

T. C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İDARİ FAALİYETLERİN GÖRÜLÜŞÜNE
KATILAN
ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN
İDARİ İŞLEM YAPABİLİRLİĞİ SORUNU

MERAL YILDIRIM

2501140502

TEZ DANIŞMANI
DR. ÖĞR. ÜYESİ CENK YAŞAR ŞAHİN

İSTANBUL - 2018



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : MERAL YILDIRIM Numarası : 2501140502
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : DR.ÖĞR.ÜYESİ. CENK YAŞAR ŞAHİN
Tez Savunma Tarihi : 07.08.2018 Saati : 15:00
Tez Başlığı : İDARİ FAALİYETLERİN GÖRÜLÜŞÜNE KATILAN ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN İDARİ İŞLEM YAPABİLİRLİĞİ SORUNU

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.TURAN YILDIRIM		KABUL
2- PROF.DR.AYDIN GÜLAN		Kabul
3- PROF.DR.MELİKŞAH YASİN		Kabul
4- PROF.DR.BİLGEHAN ÇETİNER		Kabul
5- DR.ÖĞR.ÜYESİ. CENK YAŞAR ŞAHİN		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ.DR. NUR ZELİHA KAMAN		
2- DR.ÖĞR.ÜYESİ. HALİT UYANIK		

ÖZ

İDARİ FAALİYETLERİN GÖRÜLÜŞÜNE KATILAN ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN İDARİ İŞLEM YAPABİLİRLİĞİ SORUNU

MERAL YILDIRIM

Çalışma kapsamında, idari faaliyetlerin görülüşünde yaşanan değişim karşısında kamu gücünün aracı olan idari işlemin özel hukuk kişileri tarafından tesis edilmesinin mümkün olup olmadığı sorunu ele alınmıştır. Bu kapsamda, özel hukuk kişiliğinin kamu kesimindeki görünüşleri konusunda bir ayrıma gidilmiş ve idari işlemin bir özel hukuk kişisi tarafından tesis edilip edilemeyeceği sorusuna da bu ayrım çerçevesinde cevap aranmıştır. Konuyla ilgili yargı kararlarında başvuru gerekçeleri ile mevzuat ve doktrinde yer alan verilerin ortaya konulmasının önem arz ettiği düşünülmüş ve konuya ilişkin kriter geliştirilmesi bakımından bu verilerden hareket edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İdari işlem, kamu gücü, idari faaliyet, özel hukuk kişiliği.

ABSTRACT

THE ISSUE OF THE ABILITY OF EXECUTING ADMINISTRATIVE ACTIONS OF PRIVATE PERSONS UNDER THE ADMINISTRATIVE FUNCTIONS

MERAL YILDIRIM

In the scope of this study, the fact that whether it is possible to undertake administrative function, as a mediator of public force, by private persons against the change taking place in the way administrative actions are executed, has been discussed. In this regard, a segregation has been made in terms of the way private personality appears in public and the question whether a private person can execute administrative acts within the frame of this segregation has been sought. It has been considered that the justifications made in related adjudication, and revealing the data in legislation and doctrines play an important role, and this data has been employed in developing criteria regarding the issue.

Key words: Administrative action, public force, administrative function, private personality.

ÖNSÖZ

“İdari Faaliyetlerin Görülüşüne Katılan Özel Hukuk Kişilerinin İdari İşlem Yapabilirliği Sorunu” başlığını taşıyan tez çalışmamızdaki amacımız, kamu gücünün aracısı olan idari işlemin bir özel hukuk kişisi tarafından yapılabilmesinin mümkün olup olmadığını ortaya koyabilmektir. Bu amaçla çalışmamız kapsamında, yüksek yargı yerlerinin önlerine gelen uyuşmazlıklarda vermiş oldukları kararlar ile doktrin ve mevzuat hükümlerinden hareketle bir değerlendirme yapmak ve kriter geliştirmeye çalışmak yoluna gidilmiştir.

İdari işlemin kamu gücünün en belirgin görünümlerinden biri olması, özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebilmelerine koşulsuz bir kabulle yaklaşmayı zorlaştırmaktadır. Diğer yandan, mevzuatımızda özel hukuk kişilerine idari işlem yapabilmeleri imkânı tanıyan doğrultuda hükümler olmakla birlikte, konuyla doğrudan ilgili bir normatif düzenlemenin bulunmaması, konunun bir sorun olarak gündeme gelmesine yol açan başlıca husustur. Belirtmek gerekir ki, doktrinin konuya yeterli ilgiyi göstermemesi, sorunun güncelliğini korumasına katkı sağlamış ve bizi, en azından tartışılmaya açılması amacıyla, sorunu ele almaya teşvik etmiştir.

Akademik anlamdaki ilk çalışmamız olması itibarıyla aynı zamanda bir yöntem denemesi teşkil eden tezimiz sırasında karşılaştığımız zorluklar, yukarıda sözünü ettiğimiz ilgisizlik nedeniyle başvurulacak kaynakların azlığı dolayısıyla yaşanmıştır. Bu zorluğun yarattığı olumsuzlukların aşılması ise kürsü hocalarımın desteğiyle mümkün olmuştur. Bu vesileyle, tez konumla ilgili sorularımı yanıtlamak bakımından desteklerini eksik etmeyen değerli kürsü hocalarım Dr. Öğr. Üyesi Halit UYANIK’a, Prof. Dr. Melikşah YASİN’e ve Prof. Dr. Cemil KAYA’ya içtenlikle teşekkür ederim. Tez danışmanlığımı kabul eden, tez çalışmalarımın yanı sıra akademik anlamdaki her türlü tereddüdümün giderilmesi noktasında içten yardımlarını gördüğüm değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Cenk Yaşar ŞAHİN’e ve tez başlığımın belirlenmesinden çalışmanın sona erdirilmesine kadar sürdürdüğü yol

göstericiliği ile düşünce zeminimin oluşmasına imkân sağlayan değerli hocam Prof.
Dr. Aydın GÜLAN’a ayrıca teşekkür etmek isterim.

İstanbul – 2018
Meral YILDIRIM



İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR VE ÖZEL HUKUK KİŞİLİĞİNİN KAMU KESİMİNDEKİ GÖRÜNÜMLERİ

I.KONUNUN GELİŞİMİ VE GÜNCEL SORUNLARI.....	3
A.Özel Hukuk Kişilerinin İdari Faaliyetlerin Görülüşüne Katılımının Ana Hatları ile Gelişimi.....	4
B.Özel Hukuk Kişilerinin İdari Faaliyetlerin Görülüşünde Kamu Gücü Kullanımı İhtiyacı ve Doğurabileceği Sorunlar	9
II.KONUyla İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR	12
A.İdari İşlem Kavramı	12
B.İdari Faaliyet Kavramı	16
1.İdare Faaliyeti ve İdari Faaliyet	16
2.İdari Faaliyet ve Özel Hukuk Faaliyeti	17
C.Özel Hukuk Kişilerinin İdari Faaliyetlerin Görülüşüne Katılımının Kavramsal Olarak Netleştirilmesi İhtiyacı	19
D.İdari İşlemin Yargısal Denetiminin Anlam ve Sınırı	20
III.KAMU KESİMİNDE ÖZEL HUKUK KİŞİLİĞİNİN GÖRÜNÜMLERİ	23
A.Genel Olarak Özel Hukuk Kişiliği.....	23
B.Konumuz Bakımından Özel Hukuk Kişiliğine Yönelik Bir Ayrım Denemesi	25
1.Gerçek Kişiler ve Kuruluşunda İdarenin İradesinin Bulunmadığı Özel Hukuk Tüzel Kişileri.....	27
2.İdarenin İradesiyle Kurulan Özel Hukuk Tüzel Kişileri.....	30
a.Şirket Statüsünde Olanlar.....	31
b.Vakıf veya Dernek Statüsünde Olanlar.....	34

3.Kendine Özgü Nitelikleri Olan Bazı Tüzel Kişiler.....	36
a.İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve Sosyal Yardım Sandığı (İLKSAN)	37
b.Ordu Yardımlaşma Kurumu (OYAK)	38
c. Türkiye Futbol Federasyonu (TFF).....	38
d.Organize Sanayi Bölgeleri (OSB).....	39

İKİNCİ BÖLÜM

YARGI YERLERİNİN ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN İDARİ İŞLEM YAPABİLİRLİĞİNE İLİŞKİN YAKLAŞIMI

I.ANAYASA MAHKEMESİ’NİN KONUYA YAKLAŞIMI	42
A.Zaman Boyutuyla Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gösterdiği Yaklaşım: Zaman İçinde Yaşanan Bir Değişiklik (Mi?), İstikrar (Mı?) veya Karmaşa (Mı?)	42
B.Anayasa Mahkemesi’nin Gerekçe Malzemesi Olarak İdari İşlem Kuramını Kullandığı Kararları	51
C.Anayasa Mahkemesi’nin Faaliyetin Niteliğinden Hareketle Gerekçelendirdiği Kararları	54
D.Değerlendirme.....	57
II.DANIŞTAY KARARLARINDA ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN İDARİ İŞLEM YAPABİLİRLİĞİ	58
A.Danıştay’ın Özel Hukuk Kişilerinin İdari İşlem Tesis Edebileceğini Kabul Eden Mahiyetteki Kararları ve Bu Kararlarında Kullandığı Kriterler	59
1.“Hukuki Durumu” Etkileyecek Sonuç Doğuran Hukuki İşlemlerin İdari İşlem Olduğuna Dair Danıştay Kararları	59
2.Danıştay’ın Hukuki İşlemi Yapan Özel Hukuk Tüzel Kişiliğine Kamusal Nitelik Atfetmek Suretiyle Dava Konusu İşlemi Denetlediği Kararları	62
3.Danıştay’ın Kararlarında Özel Hukuk Kişilerinin İşlemlerinin Yargısal Denetimini Kendi Alanında Görmesinin Gerekçesi Olarak Kullandığı “ <i>Kamu Hizmetine Bitişik/Yardımcı ve Onunla Birlikte Yürüyen Hizmet</i> ” Nitelemesi	65
B.Danıştay’ın Özel Hukuk Kişilerinin İdari İşlem Tesis Edemeyeceği Doğrultusundaki Kararları	67
C.Değerlendirme.....	70

III.UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ VE YARGITAY'IN KONUYU ELE ALIŞ ŞEKLİ	70
A.Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Konuyu Ele Alış Şekli	71
1.Uyuşmazlık Mahkemesi'nin İdari Yargıyı Görevli Kabul Eden Kararları .	71
2.Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Adli Yargıyı Görevli Kabul Eden Kararları .	76
a.Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İşlemlerinin İdari Yargının Görevi Dışında Kaldığına Dair Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları	76
b.Özel Hukuk Hükümlerine Göre Kurulup Faaliyet Gösteren Tüzel Kişilerin Kamu Gücünün Kullanıcısı Olamayacağına Dair Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları	81
3.Değerlendirme.....	83
B.Yargıtay'ın Konuyu Ele Alış Şekli	85

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MEVZUATTA YER ALAN İLGİLİ DÜZENLEMELER VE DOKTRİNİN

BAKIŞ AÇISI

I.MEVZUAT HÜKÜMLERİ AÇISINDAN ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN HUKUKİ İŞLEMLERİ.....	88
II.DOKTRİNİN AYRINTIYA GİRMEYEN KANAATİ: “ÖZEL HUKUK KİŞİLERİ DE İDARİ İŞLEM YAPAR!”	91
III.DOKTRİN VE MEVZUAT HÜKÜMLERİNİN İHMAL ETTİĞİ KRİTER İHTİYACI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER	96
A.Hukuki İşlemi Yapan Özel Hukuk Kişisinin Niteliğinden Hareketle Kriter Arayışı.....	97
B.Hukuki İşlemin Yapıldığı Faaliyetteki Yerine Bağlı Kriter Arayışı	99
C.Hukuki İşlemin Yapıldığı İdari Faaliyetin Konusuna Dair Kriter Arayışı... ..	101
1.Özel Hukuk Kişilerinin Kamu Hizmetinin Görülüşüne Katılımları Sırasında Tesis Etmiş Oldukları Hukuki İşlemler	102
2.Özel Hukuk Kişilerinin İdari Kolluk Faaliyetinin Görülüşüne Katılımları Sırasında Tesis Etmiş Oldukları Hukuki İşlemler	104
3.Özendirme ve Destekleme Faaliyeti ve Özel Hukuk Kişileri.....	105
4.Regülasyon Faaliyeti ve Özel Hukuk Kişileri	107

D.Yargı Kararlarının Ele Alış Biçiminden Kaynaklanan Gerekçe/İhmal Sorunu	108
SONUÇ YERİNE: KRİTER İHTİYACINI KARŞILAMA ÖNERİSİ.....	112
KAYNAKÇA	120



KISALTMALAR LİSTESİ

AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
bs.	: Bası
C.	: Cilt
ÇYYD	: Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi
D	: Daire
Dan.	: Danıştay
DD	: Danıştay Dergisi
DİDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
E.	: Esas
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İİİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
K.	: Karar
MAÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
md.	: Madde
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TODAİE	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
UYM	: Uyuşmazlık Mahkemesi
UYMD	: Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi
Vd.	: Ve devamı-Ve diğerleri

Y. : Yıl
Yarg. : Yargıtay
YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu



GİRİŞ

Özel hukuk kişilerinin idari faaliyetlerin görülüşüne katılımlarının yaygınlaşmasıyla birlikte bu faaliyetlerin hukuki rejiminde bir değişim yaşanmış ve bu değişim, özel hukuk kişilerinin de idari işlem tesis edip edemeyeceği sorusunu gündeme getirmiştir. Zira idari işlem, İdarenin faaliyetlerini yerine getirirken kullandığı temel hukuki aracı teşkil etmektedir. İdari faaliyet alanında özel hukuk kişiliğinin yaygınlaşması, idari işlemin yapıcısının idari teşkilata dahil makamlar ile idari işleve ilişkin işlemleri bakımından yasama ve yargı organları olarak ifade edilmesini, tartışılabilir hale getirmiştir. Diğer yandan idari işlemin kamu gücü kullanılarak tesis edilen bir hukuki işlem oluşu, özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebileceğine koşulsuz bir kabulle yaklaşmayı zorlaştırmaktadır. Bununla birlikte, özel hukuk kişilerinin bir idari işlemin yapıcısı olup olamayacağı sorusunun belirgin bir cevabı gerekli kıldığı ortadadır. Çalışmanın konusunu, kamu gücünün bir görünümü olan idari işlemin özel hukuk kişilerince tesis edilip edilemeyeceğinin, tesis edilebileceğinin kabul edildiği durumlarda, bunun kriterlerinin araştırılması oluşturmaktadır.

Bu itibarla, çalışma kapsamında birinci bölümde, özel hukuk kişilerinin idari faaliyetlerin görülüşüne katılımlarının gösterdiği gelişmeye değinilerek sorunun güncelliği ortaya konulmaya çalışılmış ve konuyla ilgili temel kavramlara yer verilmiştir. Bu bölümde ayrıca konu bakımından özel hukuk kişilerine yönelik bir ayırım denemesine gidilmiş ve özel hukuk kişileri, bu ayırım çerçevesinde ele alınmıştır. Temel olarak özel hukuk kişileri hakkında kuruluşlarında İdarenin inisiyatifinin bulunup bulunmadığına dayalı olarak yapılan bu ayırımın, konuya ilişkin kriter geliştirilmesi bakımından önem arz ettiği düşünülmüştür.

İkinci bölümde ise, yüksek yargı yerlerinin kararları ele alınarak yargının konuya ilişkin bakış açısı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'nin, Danıştay'ın, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın konuyla

ilgili olarak vermiş olduğu kararlar, her birinin yaklaşımının ortaya konulabilmesi bakımından mümkün olduğu oranda kendi içlerinde gruplandırılarak, fakat yargının bakışını bütüncül şekilde ortaya koyabilmek adına diğerk yüksek yargı yerlerinin benzer konularda vermiş oldukları kararlarla ilişkilendirilerek incelenmeye çalışılmıştır.

Üçüncü ve son bölümde ise, öncelikle konuyla ilgili olarak mevzuat ve doktrindeki verilere değinilerek halihazırdaki duruma ilişkin bir durum tespiti yapılmıştır. Mevzuat ve doktrin tarafından konuyla ilgili olarak ihmal edilen kriterlerin neler olabileceğine ilişkin değerlendirmelere de yine bu bölümde yer verilmiştir. Kriter ihtiyacın karşılanmasına yönelik bu düşüncelerin konuyla ilgili işlevsel bir sonuca ulaşmayı mümkün kılıp kılmadığı ise, mümkün olduğu oranda, ikinci bölümde ele alınan yargı kararlarında ulaşılan sonuçlarla birlikte değerlendirilerek ortaya konulmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR VE ÖZEL HUKUK KİŞİLİĞİNİN KAMU KESİMİNDEKİ GÖRÜNÜMLERİ

I.KONUNUN GELİŞİMİ VE GÜNCEL SORUNLARI

İdari faaliyet alanının en önemli gündem maddelerinden birini, özel hukuk kişilerine geçmişe nazaran daha fazla yer açılması şeklindeki eğilim oluşturmaktadır. Bu eğilimin, idari faaliyet alanında iki yönden bir artış ile tezahür ettiği gözlemlenmektedir: Bir yandan sayıca daha fazla idari faaliyet, daha yoğun şekilde özel hukuk kişileri tarafından görülmeye başlanmıştır. Diğer yandan ise İdare, giderek özel hukuk tüzel kişiliği görünümünde kurulmaya başlamış; kamu iradesiyle kurulmasına¹ rağmen özel hukuk kişiliği şeklinde hukuk alemine çıkan birimlerin sayı ve türünde artış yaşanmıştır. İdari faaliyetlerin özel hukuk kişileri tarafından görülmesinin yoğunluğunda ve kamu iradesiyle kurulan özel hukuk tüzel kişilerinin sayısı ve türünde yaşanan bu artış karşısında, *bu birimlerin faaliyetlerini yerine getirirken idari işlemler tesis etmeye ihtiyaç duymaları halinde, idari işlemin bu birimler adına İdare tarafından mı yapılacağı, yoksa belirli şartlarla bu birimler tarafından yapılabilmesinin mi kabul edileceği sorusu* tüm güncelliği ve ağırlığıyla karşımızdadır. Zikrettiğimiz bu sorunun temelini ortaya koyabilmek amacıyla bu bölümde; özel hukuk kişilerinin idari faaliyetlerin görülüşüne katılımının ana hatları ile gösterdiği gelişmeye değinerek, bu katılımın günümüzde gösterdiği tablo karşısında konumuzla ilgili olarak gündeme gelen sorunları zikretmeye çalışacağız.

¹ Kanunla, kanunun verdiği yetkiyle, sermaye aktarımıyla gibi şekillerde kurulmaya *kamu iradesiyle kurulma* adını veriyoruz.

A.Özel Hukuk Kişilerinin İdari Faaliyetlerin Görülüşüne Katılımının Ana Hatları ile Gelişimi

Bireylerin ve özel teşebbüslerin ortak ve genel ihtiyaçlarının tatmin edilmesi, Devletin görevi ve hatta varlık sebebidir². Devlet bu ortak ihtiyaçların giderilmesi, toplumun geneli için faydalı ve gerekli işlerini, fonksiyonları aracılığı ile yerine getirir ve bu fonksiyonlar da birtakım organlar aracılığı ile icra edilir³. Bugün için Devletin bilinen üç fonksiyonuna karşılık gelen yasama, yürütme ve yargı ayırımından yürütmenin içinde ele alınan İdare⁴, Devletin yukarıda zikrettiğimiz türden iş ve görevlerinin yerine getirilmesiyle yükümlü cihazı teşkil eder. Teşkilata işaret eden yönüyle açıkladığımız İdarenin *örgütsel* bu anlamı dışında, *işlevsel* bir anlamı da olduğu ifade edilmekte; işlevsel anlamıyla idarenin faaliyet, yönetim kavramlarına karşılık geldiği belirtilmektedir⁵.

Yukarıdaki iki anlamıyla göz önünde tutulduğu ve bir bütün kabul edildiğine işaret edilen idare kavramının⁶ işlevsel anlamı içinde değerlendirilen eylemler, bugün idare hukuku konuları arasında “*idari faaliyetler*” başlığı altında ele alınmakta ve İdare kavramı, daha ziyade, bu faaliyetleri yerine getiren teşkilatı ifade etmek için kullanılmaktadır. İdari faaliyetler ise ister kamu hizmeti ile eşdeğer ele alınsın⁷ isterse kamu hizmetinden ayrıldığı ölçüde farklı faaliyet türlerinin bulunduğu kabulüyle alt başlıklandırmaya tâbi tutularak incelensin, asıl olarak Devlete atfedilen faaliyetlerdir. Zira, yukarıda da değindiğimiz üzere Devlet dediğimiz yapının esas varlık sebebi, bu türdeki faaliyetlerin yerine getirilmesidir.

İdari faaliyetin sadece kamu hizmetinden ibaret olduğunun kabul edildiği dönemlerde, Devlete düşen görevlerin çoğalması ve Devletin üstlendiği faaliyetlerin

² Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I., 3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s. 14.

³ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, s. 1.

⁴ Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s.1.

⁵ Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukuku I (Genel Konular)**, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1970, s. 3-4; Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 2.

⁶ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 3.

⁷ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, s. 13.

çeşitli mahiyetler alması, bu faaliyetlerin öncelikle kendisi dışındaki kamu tüzel kişileri tarafından da görülmesini gerekli kılmıştır⁸. Bunun sonucu olarak Devlet, yükümlü olduğu görevleri yerine getirmek için bir iş bölümü yapmak ve bu görevleri kendisi ile diğer kamu tüzel kişileri arasında paylaşmak mecburiyetinde kalmıştır⁹. Diğer yandan, kamu hizmetinin Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yerine getirilmesi dışında, Devlet tarafından çeşitli hukuki biçimler altında özel girişimcilere bırakılmasına da tarih boyunca rastlanmıştır¹⁰. Kamu hizmetinin İdarenin varlık sebebi ve İdareye verilen bir görev olarak açıklandığı dönemlerde dahi, bir özel hukuk kişisine kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesiyle kamu hizmeti gördürülebilmesinin, kuralı bozmayan bir istisna olarak kabul edildiği ifade edilmektedir¹¹. Osmanlı döneminden itibaren başvuru bu usulün¹² rağbet görmediği dönemler olmuş ise de imtiyaz usulünün gerilediği dönemlerde dahi kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine yönelik çeşitli uygulama ve yöntemler varlığını sürdürmüştür¹³. Özellikle, elektrik piyasası faaliyetleri, otoyol yapım, bakım ve işletmesi gibi faaliyetlerde 1980'lerden itibaren yap-işlet-devret modeline doğru bir dönüşüm yaşanmıştır¹⁴.

Kamu hizmetinin, özel hukuk kişisine gördürülmesine ilişkin klasik usullerin kuralı bozmadığına ilişkin yukarıda zikrettiğimiz kabulün gerekçesi olarak ifade edilen hususlardan biri, kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi için gerekli mali kaynakların Devlet tarafından temin edilmesinin güçlüğü iken diğeri, kamu hizmetinin ifası için gerekli uzmanlığın kimi zaman Devletçe yeter derecede kolay

⁸ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, s. 15.

⁹ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, s. 14-15.

¹⁰ Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, 3. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 322.

¹¹ Aydın Gülan, "Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri", (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul, 1987, s. 55.

¹² Osmanlı döneminde, posta, telgraf ve telefon hizmetleri, fener, liman ve rıhtım hizmetleri, tramvay ve tünel hizmetleri, elektrik, gaz, su hizmetleri gibi çeşitli alanlarda verilen imtiyazlarda yabancı devletlerin sahip olduğu paylara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Turgut Tan, "Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları", **AÜSBFD**, C. 22, S. 2, 1967, s. 298 vd.

¹³ Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, s. 323.

¹⁴ Turgut Tan, "Kamu Hizmeti İmtiyazından 'Yap-İşlet-Devret' Modeline", **AÜSBF**, C. 47, Y. 1992, S. 3, s. 313 vd.

ve hızlı şekilde karşılanamamasıdır¹⁵. Özel kişilerin katılımıyla kamu hizmeti ifasının, bir dönem için, sözü edilen eksikliklerin baş gösterdiği belirli bazı kamu hizmetlerine ilişkin olarak gündeme geldiği söylenebilecek ise de bugün için pek çok kamu hizmetinin özel kişiler tarafından yerine getirilebileceği kabul edilmektedir. Bu kabul, belirli bir kamu hizmetinin bir özel hukuk kişisine gördürülmesinin yoğunluğuna da tesir etmiş ve günümüzde kamu hizmetleri büyük oranda özel hukuk kişilerinin katılımıyla yahut bizzatıhi özel hukuk kişileri tarafından görülür hale gelmiştir.

Tek başına elektrik kamu hizmetinin geçirmiş olduğu süreç dahi, bu yönde yaşanan dönüşümü açıkça ortaya koymak noktasında yeterlidir. Özel hukuk kişilerinin kamu hizmetlerine katılımına ilişkin yukarıda kısaca değindiğimiz sürecin, elektrik piyasası faaliyetleri bakımından da paralel seyrettiğini söylemek mümkündür. Osmanlı döneminde, 19. yüzyılın ortalarından itibaren bir hizmet olarak gördürülmesi gündeme gelen ve imtiyaz verilmesi yoluna gidilen¹⁶; Cumhuriyetin ilanı sonrası dönemde 1930'lara kadar Osmanlı döneminden kalma imtiyazlarla yürütülen elektrik kamu hizmeti, 1970 yılında bir kamu kurumu olarak kurulan Türkiye Elektrik Kurumu'na verilmiştir¹⁷. Diğer yandan, Kurum öncelikle 1984 yılında Bakanlar Kurulu kararıyla ayrılarak iki iktisadi devlet teşekkülüne dönüştürülmüştür¹⁸. Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi (TEAŞ) ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi (TEDAŞ) isimli bu iki teşekkülün faaliyetleri yanında elektrik alanındaki kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi, bu süreçte de mümkün olmuştur¹⁹.

İdare ile özel hukuk kişilerinin elektrik faaliyetlerinin görülüşünde, artan yahut azalan oranlarda fakat yan yana üstlendikleri rol, son yıllarda belirgin şekilde özel hukuk kişileri lehine genişlemiştir. Her biri temel birer kamu hizmeti kabul edilen

¹⁵ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, s. 15.

¹⁶ Tan, "Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları", s. 317.

¹⁷ Yakup Gönen, **Türkiye'de Elektrik Kamu Hizmetinin Yürütülmesi ve Lisans Usulü**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s. 101-102.

¹⁸ Gönen, **Türkiye'de Elektrik Kamu Hizmetinin Yürütülmesi ve Lisans Usulü**, s. 106.

¹⁹ Taner Ayanoğlu, "Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru", **İHİD**, C. 12, Y. 2000, S. 1, s. 70.

elektrik üretim, iletim ve dağıtım hizmetlerinden²⁰ yalnızca üretim hizmetindeki özel kesim payının artışı dahi bu hususu başlı başına ortaya koymaktadır. TEAŞ'ın 2001 yılında Bakanlar Kurulu kararıyla²¹ üç anonim şirkette ayrılmasıyla oluşan ve halihazırda bir iktisadi devlet teşekkülü olan Elektrik Üretim Anonim Şirketi'nin elektrik üretimindeki payı, son on yıl içinde önemli bir düşüş göstermiştir. Şirketin elektrik üretimindeki 2008 yılındaki payı sektörde faaliyet gösteren tüm güçler arasında %57,34 iken²², 2017 yılının Temmuz ayı sonu itibarıyla %25,1'dir²³. Özel hukuk kişilerinin elektrik üretiminde üstelendiği rolün yalnızca son on yılda %42,66'lık bir orandan %74,9'a yükselerek neredeyse iki katına çıkması, özel hukuk kişiliğinin elektrik piyasası faaliyetlerindeki yaygınlığını göstermesi bakımından önemlidir.

Özel hukuk kişilerinin idari faaliyetlerin "içindeki" (veya idari faaliyetleri ilgilendiren, idari faaliyetin konusuna ve amacına ilişkin bu) rolünün bu denli yaygınlaşan görünümüne dikkat çekmekle birlikte, bir başka açıdan da yaşanan gelişmeye işaret etmek gerekir: İdare de yürütmekle yükümlü olduğu faaliyetleri giderek kurmuş olduğu şirketler aracılığı ile yerine getirmekte; özel hukuka göre faaliyet gösteren kimi vakıf yahut dernek gibi oluşumlarda İdarenin izine rastlanmaktadır. Özellikle belediyelere bağlı şirketler, bu konudaki önemli bir örneği teşkil etmektedir. Büyükşehir belediyelerinin kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında sermaye şirketi kurabileceklerine dair hüküm²⁴ mevzuatımıza 2011 tarihinde dahil edilmiştir. Bir fikir vermesi bakımından belirtmek gerekir ki; İstanbul

²⁰ AYM, E. 1994/43, K. 1994/42-2, T. 09.12.1994, RG, 24.01.1995/22181.

²¹ Bakanlar Kurulu'nun Türkiye Elektrik Üretim İletim Şirketinin; Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi, Elektrik Üretim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi unvanlı üç ayrı iktisadi devlet teşekkülü şeklinde teşkilatlandırılmasına ilişkin 05.02.2001 tarih ve 2001/2026 sayılı kararının tam metni için bkz. 24333 sayı ve 02.03.2001 tarihli Resmi Gazete.

²² Elektrik Üretim A.Ş.'nin 2008 yılına ait detaylı istatistikler için bkz. "Türkiye Kurulu Gücünün Kuruluşlara Dağılımı, **2008 Yıllık Raporu**, s. 19, http://www.euas.gov.tr/Documents/YILLIK_RAPOR_2008.pdf.

²³ Elektrik üretiminde faaliyet gösteren diğer güçlerden serbest üretim şirketlerinin bu orandaki payı %61,5 iken, yap-işlet devret santrallerinin %7,6, yap-işlet-devret santrallerinin %1,7, işletme hakkı devredilen santrallerin %2 ve lisanssız santrallerinin ise %2'dir. Bkz. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, <http://www.enerji.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Elektrik>.

²⁴ 2004 tarih ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu 26. maddesinde, büyükşehir belediyesinin kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketi kurabileceğini düzenlemektedir. Bkz. RG., 23.07.2004/25531.

Büyükşehir Belediyesi'ne bağlı olarak faaliyet gösteren şirket sayısı halihazırda yirmi dokuzdur²⁵.

Yukarıda en belirgin örnekleriyle ortaya koymaya çalıştığımız *kamunun şirketleştiği, şirketlerin kamulaştığı*²⁶ alışılmışın dışındaki bu tablo, üstelik yalnızca kamu hizmeti alanı bakımından güncel ve geçerli değildir. Kamu gücünün kendisini en somut bir biçimde gösterdiği, İdarenin hemen her türlü muamelesiyle muhataplarının hak ve özgürlüklerine müdahalesine imkân sağlayan kolluk alanında²⁷ dahi özel hukuk kişiliği giderek daha belirgin hale gelmektedir. İç güvenlik hizmetlerinin özel güvenlik şirketlerine bırakılmasına yönelik düzenlemelere ilişkin dile getirilen sakınca ve endişeler henüz güncelliğini korumakta iken²⁸, bugün askeri şirketlerin ortaya çıkışından söz edilmektedir²⁹.

Diğer yandan, özel hukuk kişilerinin her türlü idari faaliyet konusunda İdareyle birlikte karşımıza çıkmasının bir adım ötesi ise yukarıda kısaca değindiğimiz, özel hukuk kişilerinin bazen bir idari faaliyetin tek yürütücüsü olabilmesidir. İdarenin, faaliyetin esas yükümlüsü olarak sadece kamu hizmetinin verileceği özel hukuk kişisini ve kamu hizmeti için alınacak karşılığı belirleme ve denetleme misyonuna çekildiği bu gibi durumlarda, faaliyeti yerine getiren artık özel hukuk kişisidir. Özellikle özelleştirmeye tâbi tutulan, fakat özelleştirme sonrasında yürüttükleri faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde bir değişiklik olmayan kuruluşlar, yürüttükleri hizmetlerde faaliyetten yararlananlar bakımından tek muhatap olabilmektedir. Bu husus da özel hukuk kişilerinin idari faaliyetlerin görülüşüne katılımının günümüzde ulaştığı noktayı açıkça ortaya koymaktadır.

²⁵ İstanbul Büyükşehir Belediyesi, <https://www.ibb.istanbul/SitePage/Index/149>.

²⁶ Emine Uşaklıgil, **Bir Şehri Yok Etmek: İstanbul'da Kazanmak ya da Kaybetmek**, İstanbul Can Yayınları, 2014, s. 16.

²⁷ İl Han Özay, "Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri", http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/ozay.pdf.

²⁸ D. Çiğdem Sever, "Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık", (Yayınlanmamış doktora tezi), Ankara, 2013, s. 288.

²⁹ Filiz Culha Zabcı, "Özel Askeri Şirketlerin Ortaya Çıkışı", [www.tasam.org.tr](http://www.tasam.org.tr/TR/icerik/50172/ozel_askeri_sirketlerin_ortaya_cikisi) [TR/icerik/50172/ozel_askeri_sirketlerin_ortaya_cikisi](http://www.tasam.org.tr/TR/icerik/50172/ozel_askeri_sirketlerin_ortaya_cikisi). Özel askeri endüstrinin doğuşu hakkında bilgi için aynı yazara bir başka çalışma için bkz. www.tasam.org/.../yeni_savaslarin_gizli_yuzu_ozel_askeri_sirketler_d3ad2e36-9fa4-...

B.Özel Hukuk Kişilerinin İdari Faaliyetlerin Görülüşünde Kamu Gücü Kullanımı İhtiyacı ve Doğurabileceği Sorunlar

Özel hukuk kişilerinin idari faaliyetlerin görülüşüne katılımının önceleri istisna olarak kabul edilen ve giderek yaygınlaşan yukarıda kısaca izahına çalıştığımız görünümü, beraberinde çeşitli sorunları da gündeme getirmektedir. Bu sorunların konumuz bakımından önem taşıyanı, özel hukuk kişileri bakımından idari faaliyette bulunurken, faaliyetin yerine getirilmesinin zorunlu kıldığı, bizzat veya ilgili İdare aracılığıyla kamusal yetki kullanabilme ihtiyacıdır. Kamusal yetki kullanımının en belirgin görünümü ise idari işlem tesisidir. İdare de faaliyetlerini yerine getirirken pek çok idari işlem yaptığından özel hukuk kişilerinin idari faaliyetlerin görülüşüne katılımının artışı, bu kişilerce idari işlem tesisinin mümkün olup olmayacağı sorusunu gündeme getirmektedir.

Zikrettiğimiz bu husus, anlaşılabilir olması bakımından bir örnekle açılmalıdır: Avrasya Tüneli'nin işletilmesi halihazırda, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından görevlendirilen Avrasya Tüneli İşletme İnşaat ve Yatırım A. Ş.' ye aittir³⁰. Özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğunda kuşku bulunmayan söz konusu şirketin, üstlenmiş olduğu idari faaliyeti yerine getirmek için kimi kamusal yetkilere ihtiyaç duyduğu ortadadır. İhlalli geçiş yapan araç sürücülerine yönelik tesis edilecek para cezaları, bu cezaların şu an kimin tarafından tesis edildiği ve bunun isabetine ilişkin değerlendirmeler bir yana bırakılacak olursa, idari faaliyeti üstlenen bu şirketin kamusal yetki kullanımına ilişkin duyduğu ihtiyacın ilk akla gelen örneğini teşkil etmektedir. Bu tür yetkiler idari işlem addedilir ise bir özel hukuk kişisince tesis edilip edilemeyeceği ise asıl cevabını aradığımız sorudur.

Mevzuatımızda, özel hukuk kişilerine idari işlem yapma yetkisi veren kanuni düzenlemeler mevcuttur ve bu düzenlemeler çalışmanın devam eden kısımlarında yeri geldikçe ele alınacaktır. Bununla birlikte, özel hukuk kişilerinin *idari işlem yapabilirliği* olarak ifade ettiğimiz sorun, asıl olarak halihazırdaki durumda yapıp

³⁰ <https://www.avrasyatuneli.com/kurumsal/ne/projenin-kunyesi>.

yapamıyor oluşları değil, *yapabilmelerinin meşruiyeti* sorunudur. Meşruiyetin ise öncelikle Anayasa’ya aykırı olmamakla sağlanabileceği kuşkusuzdur.

Doğrudan idari işlem tesisine yönelik bir düzenleme olmamakla birlikte, Anayasa’nın 128. maddesi, çalışmamızın temas ettiği en önemli anayasal düzenlemedir. “*Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler*” başlığını taşıyan hüküm 1. fıkrasında; Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceğini düzenlemektedir. İdari faaliyetin³¹ rejimini belirleyen anayasal düzenlemelerin en önemlisini teşkil eden bu hüküm, tanımlarına yer vermemekle birlikte genel bazı kavramlarla bir görev belirlemesi yapmakta ve bu tür görevlerin ancak memurlar ve diğer kamu görevlilerince yerine getirilebileceğini emretmektedir. Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından *genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler*, yerine getirilmeleri idari işlem tesisi ile mümkün oldukları ölçüde, çalışmamız bakımından bir sınır teşkil edecektir.

Diğer yandan, idari faaliyetin görülüşüne katılan özel hukuk kişinin bir gerçek kişi değil de -çoğunlukla olduğu gibi- bir özel hukuk tüzel kişisi olarak karşımıza çıktığı durumlarda bir başka sorun daha gündeme gelmektedir. Serozan’ın kimi hukukçuların deve kuşu tüzel kişi diye adlandırdığını ifade ettiği, ne “ak”, ne “kara” ama “gri” tüzel kişilerin^{32 33} hukuk sistemimizdeki varlığı giderek artmaktadır³⁴. Özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş olmakla birlikte,

³¹ Madde başlığı ve metninde her ne kadar kamu hizmeti kavramı kullanılmış olsa da yargı kararlarını incelediğimiz ikinci bölümde de görüleceği üzere hüküm mahkemelerce, kolluk faaliyetini de kapsar şekilde, idari faaliyetlerin geneline ilişkin bir düzenleme olarak ele alınmaktadır.

³² Rona Serozan, **Tüzel Kişiler (Özellikle: Dernekler ve Vakıflar)**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 31.

³³ Serozan, ayrıca atıfta bulunmadan “*kimi hukukçular*” ibaresini kullanmaktadır.

³⁴ Gözler ise bir tüzel kişinin ya özel hukuk tüzel kişisi ya da kamu tüzel kişisi olabileceğini; “melez tüzel kişi”, “sui generis tüzel kişi”, “kamu hukuku ağırlıklı tüzel kişi”, “özel hukuk ağırlıklı tüzel kişi”, “atipik kamu tüzel kişisi”, “kamu tüzel kişiliğine yaklaşan müessese” gibi karma nitelikli tüzel kişilerin bulunduğu söylenemeyeceğini öne sürmektedir. Kemal Gözler, “Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Neye Yarar? K. Begüm İsbir’in Kamu Tüzel Kişiliği İsimli Doktora Tezinin Düşündürdükleri”, <http://www.idare.gen.tr/kamu-tuzel-kisiligi.pdf>, s. 20 vd.

teşkilatlanmaları ve bütçelerinin oluşturulması bakımından kamusal özellikler taşıdıkları için yargı yerleri tarafından “*kamu hizmetine bitişik/yardımcı ve onunla birlikte yürüyen hizmet*” ifa ettiğinden bahisle “*kamu tüzel kişiliğine yaklaşan yeni bir müessese*” olarak isimlendirilen³⁵ Türk Diyanet Vakfı, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı gibi vakıflar ile doktrinde “*kamu kesiminde yer alan özel hukuk kişisi*” olarak formüle edilen³⁶, gelirlerinin önemli bir kısmı kamu gelirlerinden mevzuat gereği aktarılan paydan oluşan, kuruluşundaki irade kamu yararına dayalı olan, vakıf senetleri yönetmelik şeklinde Resmi Gazete’de yayınlanan ve her ilçe'deki kuruluşunun bu yönetmeliğe konu resmi senedin tesciliyle olduğu Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları³⁷ gibi vakıflar, bu karma alanda zikredebileceğimiz pek çok örnekten yalnızca birkaçını teşkil etmektedir.

Elektrik piyasası faaliyetlerini örneklerken yukarıda değindiğimiz ve bir kamu kurumu olduğunun kabulüyle birer İdare olarak ele aldığımız TEAŞ, TEDAŞ VE EÜAŞ gibi kamu iktisadi teşebbüslerinin³⁸, doktrinde İdare dışında *kamu hizmetini yürütmekle yükümlü özel kuruluş* oldukları yönündeki görüşün varlığı³⁹ da nazara alındığında, bu “karma alan”ın çeşit, sayı, mali boyut gibi birçok açıdan küçümsenmeyecek, görmezden gelinemeyecek, genel açıklamalarla yetinilemeyecek bir boyuta sahip olduğu ortaya çıkar. Bu alan dahilinde kalan tüzel kişilerin ağırlıklı niteliklerinin tespiti ise çalışmamızın temas ettiği bir başka hususu teşkil etmektedir. Yukarıda ana hatları ile güncelliği ve önemine dikkat çekmeye çalıştığımız sorun, temas ettiği bu diğer yan hususlar da mümkün olduğu oranda belirginleştirilmeye çalışılarak ele alınacaktır.

³⁵ Yargı kararlarını ele aladığımız bölümde, detaylı şekilde incelediğimiz bu tür kamu tüzel kişilerine ilişkin kararlardan örnek olarak bkz. DİDDK, E. 2006/2958, K. 2010/910, T. 06.05.2010, DD, S. 125, s. 50-55; Dan. 5. D, E. 2000/624, K. 2003/1085, T. 01.04.2003, Kazancı İçtihat Bankası.

³⁶ Gülan, “Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri”, s. 53.

³⁷ Gülan, “Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri”, s. 54.

³⁸ Kamu iktisadi kuruluşlarını birer kamu kurumu olarak inceleyen yazarlara örnek olarak bkz. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Cilt I, (Genel Esaslar), 11. bs, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 275; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 8. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 365; Turan Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, 6. bs., İstanbul, Ekim, 2015, s. 178.

³⁹ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 328.

II.KONUyla İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

A.İdari İşlem Kavramı

İdari işlem, çalışmanın olduğu gibi şüphesiz idare hukukunun da en temel kavramlarından birini teşkil etmektedir. İdare hukukunun ve hatta idari yargılama hukukunun pek çok müessese ve kavramı idari işlem kavramından hareketle tanımlanmakta, bu kavram etrafında şekillenmektedir. Buna karşın, idari işlemin kanuni bir tanımı bulunmamakta⁴⁰ kavram, çeşitli düzenlemelerde öngörülmüş olmakla birlikte idari işlemi açıklayıcı bir hüküm mevzuatta yer almamaktadır. Kavramın tek ve herkesçe kabul edilen bir tanımının yapılmasının mümkün olmamasının⁴¹ en belirgin sebebinin de tanıma ilişkin kanuni temeldeki bu eksiklik olduğunu söylemek mümkündür.

Sözü edilen eksiklik nedeniyle idari işlem kavramına doktrin tarafından getirilen tanımlar⁴² çeşitlilik gösterse de idari işlemin bir hukuki işlem türü olduğu konusunda bir duraksama bulunmamaktadır. İdari işlem, her şeyden önce bir hukuki işlemdir⁴³. Hukuki işlem ise; ehliyetli bir hak sahibinin hukuki bir netice meydana getirmek, diğer bir anlatımla yeni bir hukuki durum doğurmak, mevcut hukuki durumu değiştirmek yahut kaldırmak için yaptığı irade açıklamasıdır⁴⁴. Hukuk

⁴⁰ Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, Cilt I, (Genel Esaslar), s. 363.

⁴¹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 382. Yazarlar, çeşitliliğin yalnızca kavramın tanımlanmasında değil kavram konusunda da yaşandığını belirtmektedirler. İşleme ilişkin olarak “tasarruf”, “muamele”, “karar”, “kural”, “norm”, “düzenleme” gibi terimlerin kullanıldığından hareketle söz konusu tespiti varan yazarlar, bu çeşitliliğin sürekli değişen ve gelişen bir hukuk dalı olan idare hukuku için bir eksiklik olmadığına, adeta bir zorunluluk teşkil ettiğine dikkat çekmektedirler.

⁴² Kavrama ilişkin doktrinde getirilen tanımlardan bir kısmı için bkz. Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukukuna Giriş I**, Ankara, TODAİE Yayınları No: 117, 1968-1970, s. 155; Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 385; Celal Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, Danıştay Yayınları No:51, s. 9; Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, Cilt I, (Genel Esaslar), s. 364-365; Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2009, s. 108; İsmet Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner/ Kahraman Berk, **İdare Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 1278; Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. bs. Ankara, İmaj Yayınevi, 2015, s. 121; Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, 2. bs., Bursa, Ekin Kitabevi, 2009, s. 656.

⁴³ Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s. 9; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 382.

⁴⁴ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, s. 258; Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, (Çoğaltma Ders Notları), Ankara, 1972-1973, s. 20.

düzeninde söz konusu etkileri yaratan irade açıklamaları ancak hukuki iktidar kullanılması sonucu ortaya çıkabilir ve bu hukuki iktidarın özel hukuktaki tezahürü sübjektif hak iken kamu hukukunda Devlet yetkisidir⁴⁵.

İdari işlem de hukuki işlemin kamu hukuku alanındaki en belirgin şekli olduğundan⁴⁶ idari işlemi oluşturan irade açıklaması Devlet yetkisi kullanılarak ortaya çıkacaktır. Kamu hukuku alanındaki irade açıklamalarında Devlet yetkisi olarak ortaya çıkan hukuki iktidarın, idari işlem özelindeki somut yansıması ise işlemin tesisindeki kamu gücü kullanımudur. Dahası, bir hukuki işleme *idari* olma vasfı kazandıran unsur, işlemin kamu gücü ayrıcalıklarına dayanıyor olmasıdır⁴⁷. Dolayısıyla araştırma konumuzu, kamu gücü ayrıcalıklarına bağlandığı kabul edilen idari işlemin, mutlaka ve yalnızca kamu tüzel kişilerinca yapılmasının gerekli olup olmadığı, özel hukuk kişilerinin de kendilerine verilen faaliyet alanı sebebiyle “kamu gücü” kullanıp kullanamayacağı ve buradan hareketle “idari işlem” yapıp yapamayacakları oluşturmaktadır⁴⁸.

Kamu hukukunda ayrıcalıklar alanı, kendilerine egemenlik yetkileri tanınmış Devlet organlarına münhasır olmakla birlikte, bireyler üzerindeki somut etkileri açısından esas olarak İdare cihazına özgü sayılmaktadır⁴⁹. Tersinden ifadesi ile kamu gücü ayrıcalıklarının, başta İdare olmak üzere Devlet organları dışındaki kişi ve/veya organlarca kullanılamayacağı hususu genel kabul görmektedir. İdari işlemler de kamu gücü kullanımının birer görünümü olmaları itibarıyla kamu gücü kullanma ayrıcalığına sahip olan İdare cihazı içerisindeki makamlarca tesis edilmelidir. İdari işlemin bu özelliği, doktrinde bir işlemin idari nitelikte olup olmadığını belirlemede kullanılan ölçütlerden biri olarak karşımıza çıkmakta ve organik ölçüt olarak ifade

⁴⁵ Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, (Çoğaltma Ders Notları), s. 19; Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s. 9.

⁴⁶ Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s. 9.

⁴⁷ Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 660.

⁴⁸ Diğer yandan, çalışma kapsamında idari işlemin temelini kamu gücü ayrıcalığına bağlanmasının isabeti, bir başka temel kabul etmenin gerekip gerekmediği de göz ardı edilmeyecektir.

⁴⁹ Celal Erkut, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Yenilik Basımevi, İstanbul 2004, s. 53.

edilmektedir⁵⁰. İdari işlemi, işlemi yapan makama göre belirleyen bu ölçüte göre idari işlem, İdare cihazına dahil bir kişi, makam veya kuruluş tarafından yapılmış olmalıdır.

Bununla birlikte, idari işlemin tespit ve tanımında organik ölçüt ile birlikte kullanılan ve maddi ölçüt olarak ifade edilen bir diğer ölçüt ise, Devletin hangi birimi tarafından yapılmış olursa olsun idari işleve⁵¹ yönelik işlemlerin idari işlem sayılmasını ifade etmektedir⁵². İdari işlemin tespitinde organik ölçüte nazaran öne çıktığı ifade edilen⁵³ bu ölçüt, İdare cihazı içerisindeki makamlarca tesis edilen her işlemin idari işlem sayılmasını engellediği gibi Devletin yasama ve yargı organlarının idari işleve ilişkin işlemlerinin de idari işlem sayılması sonucunu doğurmaktadır.

Bu noktada idari işlemin en önemli özelliklerinden biri olarak zikredilmesi gereken bir diğer husus da idari işlemin tek yanlılığıdır⁵⁴. Tek yanlı işlemlerde, işlemin muhatabı işlemi yapanın iradesi ile belirlenmiş olan düzenlemeye uymaya zorlanır⁵⁵. Tesisindeki kamu gücü kullanımı da idari işleme, muhatabı üzerinde tek yanlı biçimde hukuki etkiler doğurma yetkisi sağlamaktadır.

Buraya kadar yapılan açıklamalar itibarıyla *idari işlem*; İdare ve diğer Devlet organları tarafından kamu gücü kullanılarak ve idari işleve yönelik olarak yapılan tek yanlı irade açıklamaları olarak ifade edilebilecektir.

⁵⁰ Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, Cilt I, (Genel Esaslar), s. 364; Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **İdare Hukuku**, s. 1241; Cem Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş (II)-Ders Notları**, İstanbul, Yenilik Basımevi, 2008, s. 391.

⁵¹ “İdare işlevi, İdarenin çeşitli görev, ödev ve işlerinin bir toplamı değil belki de bunların idarî yetki ve usullerle beraber kaynaştırılmış bileşimidir. Başka bir deyişle, İdare İşlevi, İdarenin tüm faaliyetlerinin, tutum ve davranışlarının ortak konusunu ve hâkim niteliğini belirleyen ve varlık nedenini teşkil eden bir kavramdır.” Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 6.

⁵² Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş (II)-Ders Notları**, s. 391.

⁵³ Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, Cilt I, (Genel Esaslar), s. 365.

⁵⁴ “Kamu makamlarının, Devlet yetkilerini kullanırken donatıldıkları Kamu Gücü, kendilerine, bireyler ile girdikleri ilişkilerde, onların iradesinden bağımsız bir şekilde ve hatta karşıt iradelerine rağmen, tek yanlı olarak hukuki sonuçlar ve etkiler yaratabilecek işlemler yapabilmeye yetki ve yeteneği tanımaktadır.” Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s. 13.

⁵⁵ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 391.

Bununla birlikte Gran, Devlet teşkilatına dahil makamlardan sâdır olma eksenli bu idari işlem tanımının bir adım daha ileri götürülmesi gerektiğini belirtmekte ve pozitif hukuktaki bazı gelişmelere atıfla kimi özel hukuk oluşumlarının işlemlerinin de idari işlem teşkil edebildiğine dikkat ekmektedir⁵⁶. Gerçekten de bir üst başlıkta kısa bir kesitini aktardığımız özel hukuk kişilerinin idari faaliyetlerin görülüşüne katılımlarının yaygınlaşması ile birlikte idari işleme ilişkin yukarıda yer verdiğimiz tanımının, yanlış değilse bile en azından açıklama ve temellendirme kapsamı olarak eksik olduğunu, ihtiyacı ve ihtimalleri bütünüyle karşılamadığı için tartışılabilir hale gelmiş olduğunu söylemek mümkündür.

İdari işlem, İdarenin faaliyetlerini yerine getirmesi için kullandığı araçlardan biri⁵⁷, görevlerini yerine getirirken kullandığı başlıca hukuki imkândır. Kamu hizmeti, kolluk yahut diğer idari faaliyetlerin yerine getirilmesi çoğu defa zorunlu olarak idari işlem tesisi ile mümkün olmaktadır. Bu sebeple, başta kamu hizmeti olmak üzere idari faaliyetlerin grlşndeki dönüşüm ve faaliyetlerin özel hukuk kişilerinin katılımıyla gerçekleştirilebilir hale gelmesi, idari işlemin yapıcısının kim olabileceğine ilişkin yaklaşımın değişimini de beraberinde getirmiştir.

Çalışma kapsamında, özel hukuk kişileri tarafından tesis edilmesinin mümkün olup olmadığını sorguladığımız idari işlem kavramı, bir üst başlıkta değindiğimiz idari faaliyetlerin görülüşünde yaşanan gelişimle bağlantılı olarak ve kamu gücünün aracısı olma zaviyesinden ele alınacaktır.

⁵⁶ Sait Gran, “İdari İşlem”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, Cilt II, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s. 1277-1278.

⁵⁷ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 375 vd. Yazarlar, idari işlemleri idari eylemler ile birlikte “İdarenin Faaliyet Araçları” başlığı altında ele almaktadır.

B.İdari Faaliyet Kavramı

1.İdare Faaliyeti ve İdari Faaliyet

İdare faaliyeti, faaliyetin yapıcısından hareketle oluşan bir kavram olması itibarıyla İdarenin faaliyetleri anlamına gelmektedir. İdarenin faaliyetleri ise idari faaliyetlerin yanında İdarenin tamamen özel hukuk kişisi gibi özel hukuk alanında, özel hukuku kullanarak yerine getirdiği faaliyetlerini ve kamusal olmakla birlikte idari işleve yönelik olmayan faaliyetlerini de kapsamaktadır. Bu itibarla İdareden sâdır olan anlamındaki İdare faaliyeti kavramı, idari faaliyeti de içine alan ve ondan daha geniş bir kavramı ifade etmektedir. Çalışmanın konusu, özel hukuk kişilerinin idari faaliyetlerin görülüşüne katılımı sırasındaki idari işlem yapabilirliği olduğundan, idari faaliyet kavramının anlamının belirlenmesi önem arz etmekte ve bunun için gerek İdarenin diğer kamusal faaliyetlerinden gerekse bir özel hukuk kişisi gibi yürüttüğü faaliyetlerinden ayrılan yönlerinin ortaya konulması gerekmektedir.

İdare günlük idare ödev ve işlerinin yürütülmesi dışında kaynağı Anayasa’da veya yasamanın iradesinde bulunmak kaydıyla yasamaya benzeyen düzenleme yetkileri ile yargılama sayılan idari uyusmazlıkları çözümleme yetkilerini de kullanabilmektedir⁵⁸. Bununla birlikte, bir özel hukuk kişisi tarafından katılımının önemini sorguladığımız idari faaliyetler, İdarenin bu kapsamdaki faaliyetleri olmayıp idari işlev kapsamında kalan faaliyetleridir.

Arapça kökenli bir sıfat olan “idari” kelimesi, sözlük anlamı itibarıyla “yönetimsel” anlamına gelmektedir⁵⁹. Faaliyet kelimesi ile birlikte kullanıldığında ise, hukuki bir anlama bürünmekte ve teknik bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. İdari faaliyet, İdarenin faaliyetlerinden idari alana ilişkin olanları ifade

⁵⁸ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 5-6.

⁵⁹ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a267cb5111688.25524913

etmektedir. İdari işlev ise idari alanı belirleyen en önemli öğedir⁶⁰. İdari işlev, devletin yasama ve yürütme erklerinin saptadığı siyasi yönde ve hukuki çerçevede, esas itibarıyla kamu gücü ve usulleri kullanılarak doğrudan, devamlı ve ahenkli surette kamusal faaliyetlerin yürütülmesine dair faaliyetidir⁶¹. Diğer yandan, idari işlev Anayasa'nın yürütme organı içinde öngördüğü yapısal İdareye özgü olmayıp, yasama ve yargı organı içinde yer alan idari birimlerin yürüttükleri yasama ve yargı işlevi dışında kalan “idari” etkinliklerini de kapsamaktadır⁶². Yasama ve yargı organlarının gereksinimlerinin giderilmesi, mal ve yönetimleri altındaki değerlerin korunması amacına yönelik etkinlikleri idari işleve girmekte ve bu organlarca idari işlemler yapılmaktadır⁶³. Bununla birlikte idari işlev niteliğinde faaliyette bulunma, yasama ve yargı organları bakımından ikincil niteliklidir. Devletin bu iki erkinin idari işlev kapsamında faaliyette bulunmasının bu tali niteliği gereği çalışmamız, idari teşkilata dahil makamlar tarafından yürütülen faaliyetlere özel hukuk kişilerinin katılımıyla sınırlı olacaktır.

2.İdari Faaliyet ve Özel Hukuk Faaliyeti

İdari faaliyetin kapsamının belirlenmesi noktasında önem taşıyan başka bir husus ise özel hukuk alanında yürütülen faaliyetlerle olan farkının ortaya konulmasıdır. İdari faaliyetleri, özel hukuk kişilerinin özel hukuk alanında, özel hukuk kurallarına göre gördükleri faaliyetlerden ayırmak, nispeten daha kolaydır. Zira iki faaliyet türü arasında klasik anlamıyla özel hukuk kişisi farkı olmakla birlikte, güdülen amaç ve kullanılan araç olmak üzere belirgin farklar bulunmaktadır⁶⁴.

Diğer yandan, İdare de kimi durumlarda bir özel hukuk kişisi gibi faaliyette bulunabilmektedir. Ekonomik ve ticari nitelikte faaliyette bulunan kimi kamu

⁶⁰ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 6.

⁶¹ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 10.

⁶² Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 416.

⁶³ Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 417.

⁶⁴ İki faaliyetin yöneldiği amaç, faaliyet yerine getirilirken kullanılan araç, faaliyetin konusu, faaliyetin yerine getiriliş biçimi ve doğacak uyumsuzlukların tabi olacağı hukuki rejim ve yargı kolu konularındaki farklar için bkz. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 34-36.

kuruluşlarının kamu tüzel kişiliğine sahip olmalarına karşın yürüttükleri faaliyetin özelliği dolayısıyla özel hukuk kurallarına göre faaliyette bulunacakları kabul edilmektedir⁶⁵. Örneğin, Devletin ekonomiye müdahalesinde bir araç olduğu ileri sürülen⁶⁶ kamu iktisadi teşebbüsleri, özel teşebbüsler gibi kârlılık ve verimlilik ilkelerine uygun çalışmak durumunda olduklarından dış ilişkilerinde ticari ilke ve kurallara, yani özel hukuk kurallarına göre faaliyet göstermektedir⁶⁷.

İdarenin özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği faaliyetlerle idari faaliyetlerin ayrımında kullanılabilecek belirgin bir kriter İdarenin özel hukuk faaliyetleri sırasında tâbi olduğu özel hukuk ilke ve kurallarıdır. Fakat bu, başka bir inceleme konusu olsa gerektir. Çalışmadaki amacımız ise asıl olarak, özel hukuk kişilerinin *idari* faaliyetlerin görülüşüne katılımı sırasındaki idari işlem tesis edebilirliğinin sorgulanması, bu faaliyetler sırasındaki kamusal yetki ve usullere başvurabilirliğinin değerlendirilmesidir.

İdari faaliyet başlığı altında genellikle kamu hizmeti ve kolluk olmak üzere iki tür faaliyet ele alınmaktadır⁶⁸. Diğer yandan, idari faaliyetin tek türünün kamu hizmeti olarak kabul edildiği⁶⁹ yahut idari faaliyetler başlığı altında kamu hizmeti ve kolluk dışında başkaca faaliyet türlerinin ele alındığı çalışmalar⁷⁰ da bulunmakla birlikte, günümüzde sahip oldukları önemlerden yola çıkarak çalışma kapsamında idari faaliyetleri kamu hizmeti, kolluk, özendirme ve destekleme ve regülasyon başlıkları çerçevesinde incelemeyi tercih etmiş bulunuyoruz. Bunlardan kamu hizmeti, toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel ihtiyaçların karşılanması amacıyla kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen

⁶⁵ Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, Cilt I, (Genel Esaslar), s. 275.

⁶⁶ Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 197-198.

⁶⁷ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 205-206.

⁶⁸ İdari faaliyet türlerini kamu hizmeti ve kolluğu ayrımıyla inceleyen yazarlara örnek olarak bkz. Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, Cilt I, (Genel Esaslar), s. 574 vd.; Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 483; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 597 vd.; Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **İdare Hukuku**, s. 1147.

⁶⁹ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, s. 13.

⁷⁰ Duran, kamu hizmeti ve kolluk dışında, kamu yararlı faaliyetleri özendirme ve destekleme, öngörme ve alternatif belirtme ve özyönetim faaliyetlerini de ele almaktadır. **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 243 vd.

faaliyetler⁷¹; kolluk, kamu düzenini sağlamak, korumak ve bozulduğunda geri getirmek faaliyeti⁷²; özendirme ve destekleme, özel kişilerin kamuya yararlı faaliyetlerinin özendirilmesi ve desteklenmesi⁷³; regülasyon ise, Devletin özel hukuk kişilerinin yürüttüğü faaliyetlere müdahale ederek, bu kişilerin faaliyetlerine ilişkin hak ve özgürlüklerini nasıl kullanacağını belirlemesi ve bu şekilde söz konusu faaliyetlere yön vermesi⁷⁴ olarak tanımlanmaktadır. Çalışmamız kapsamında ele alınacak gerek yargı kararları gerekse mevzuat hükümleri bir özel hukuk kişinin kamu hizmeti veya kolluk faaliyetini yürütüşü sırasındaki işlemlerine ilişkin olsalar dahi, özendirme ve destekleme faaliyeti ile regülasyon faaliyetini de çalışmamıza dahil etmeyi tercih ediyoruz.

C.Özel Hukuk Kişilerinin İdari Faaliyetlerin Görülüşüne Katılımının Kavramsal Olarak Netleştirilmesi İhtiyacı

Özel hukuk kişilerinin bir idari faaliyet alanında karşımıza çıktığı durumlar gerek mevzuatımızda gerekse doktrin tarafından farklı kavramlar ile ifade olunmaktadır. Örneğin Anayasa'nın 47. maddesinin "*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 belirlenir*" şeklindeki son fıkrası, özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin kamu hizmeti alanına dahil olmasını *yaptırmak* ve *devretmek* fiilleriyle ifade etmektedir.

Bir başka düzenleme ve ifade etme örneği olarak 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun⁷⁵ ek 6. maddesinin 2. fıkrasındaki "... 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun suç saydığı fiilleri işleyenler hakkında işlem yapılması amacıyla, Emniyet Genel Müdürlüğünce kendilerine verilen tutanağı düzenlemek" şeklindeki hüküm ile fahri trafik müfettişlerine verilen yetki gösterilebilir. Söz konusu hüküm

⁷¹ Gülan, "Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri", s. 4.

⁷² Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 248.

⁷³ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 346.

⁷⁴ Cenk Şahin, **Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon" ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 1.

⁷⁵ RG., 18.10.1983/18195.

uyarınca, sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadığı konusunda yetkililere yardımcı olması öngörülen fahri trafik müfettişleri, kolluk faaliyeti kapsamında kalan bir alana *tutanak düzenlemek* şeklinde dahil olmaktadır.

Doktrinde ise özel hukuk kişilerinin idari faaliyet alanına katılmalarının ele alındığı çalışmalarda genel olarak faaliyetin özel hukuk kişilerine *gördürülmesinden*⁷⁶ yahut *devrinden*⁷⁷, bazen de bir idari faaliyetin özel hukuk kişileri tarafından *yürütülmesinden*⁷⁸ söz edilmektedir. Özel hukuk kişilerinin kamu hizmetine katılımı *özelleştirme* kavramının anlamlarından biri olarak da ifade edilmektedir⁷⁹. Bu kavramlar, teknik anlamıyla özelleştirme kavramı dışında, büyük ölçüde birbirlerine karşılık gelen anlamlar taşımaktadır. Özel hukuk kişinin idari faaliyetin görülüşüne katılımının türleri ve faaliyetin türüne göre bu katılımın ne oranda mümkün olduğu, hemen yukarıda atıfta bulunduğumuz ve asıl olarak bir idari faaliyetin özel hukuk kişilerine gördürülmesini ele alan çalışmaların konusunu teşkil etmektedir. Çalışmamız başlığında yer alan “*idari faaliyetin görülüşüne katılma*” kavramı ise bir özel hukuk kişinin; sözleşme, izin, kanun ile görevlendirilme ve hatta hukuki bir temeli bulunmak kaydıyla gönüllülük esasına dayalı olarak dahil olduğu bir idari faaliyet alanında, karşımıza hukuki bir işlemlle çıktığı her durumu ifade etmek için kullanılmaktadır.

D.İdari İşlemin Yargısal Denetiminin Anlam ve Sınırı

Konuyla ilgili temel kavramlara ilişkin başlık altında yer vermeyi gerekli gördüğümüz bir diğer husus da idari işlemin yargısal denetiminin ifade ettiği anlamdır. Zira, ikinci bölümde yargı yerlerinin konuya ilişkin yaklaşımı ele alınırken de görüleceği üzere yargı, zaman zaman önüne gelen uyuşmazlığa konu işlem

⁷⁶ Örnek olarak bkz. Gülan, “Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri”; Sever, “Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık”, Ezgi Yıldırım, “İdari Kolluk Faaliyetinin Özel Hukuk Kişilerince Görülmesi”, (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi), 2013.

⁷⁷ Örnek olarak bkz. Şerife Yıldız Akgül, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.

⁷⁸ Örnek olarak bkz. Hüseyin Melih Çakır, **Sağlık Hizmetinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

⁷⁹ Aydın Gülan, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, **İHFM**, C. LVI, S. 1-4, 1998, s. 101; Melikşah Yasin, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, 2. bs. İstanbul, Beta Yayınları, 2007, s. 3.

hakkında bir idari işlem olduğu tespitinde bulunmamakta, işlemin hukuki denetimi konusunda görevli yargı yerinin neresi olacağını belirlemekle yetinerek hüküm tesis etmektedir. Bir hukuki işlemin yargısal denetiminin tâbi olacağı yargı kolunu belirlemenin, işlemin niteliği konusunda bir belirlemeyi de içerip içermediği önemli bir soru teşkil etmektedir. Bu itibarla, bir idari işlemin yargısal denetiminin ifade ettiği anlam ve bu denetimin sınırı konusunda başlangıçta bir belirlilik sağlayabilmek adına, yargısal denetim kavramı üzerinde kısa da olsa durulması gerekmektedir.

İdare, idari bir faaliyetinin ifası sırasında bir işlem tesis ederken hukuka aykırı hareket edebilir. İdarenin tutum ve davranışlarının -ve özel olarak işlemlerinin- hukuka uygunluğunu sağlamak için çeşitli denetim yolları öngörülmüştür⁸⁰. İdari denetim, siyasi denetim, kamuoyu denetimi gibi denetim yolları bulunmakla birlikte, İdarenin hukuka uygunluğunu sağlamada en etkili ve nesnel denetim yolunun yargısal denetim olduğu ifade edilmektedir⁸¹. Zira İdare, işlem ve eylem yaparken açıkladığı iradesinin özel hukuktaki gerçek ve tüzel kişilere oranla hukuksal açıdan üstün bir konumda ve güçte olması, işlemlerinin hukuka uygun kabul edilmesi gibi çeşitli ayrıcalıklara sahiptir⁸². Böyle ayrıcalıklarla donatılmış bir İdare karşısında, hiçbir denetimin yargısal denetim kadar etkin bir koruma sağlayamayacağı kabul edilmektedir⁸³.

İdarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması, demokratik toplumlarda benimsenen ve gerekliliği bakımından üzerinde tartışma bulunmayan bir konudur⁸⁴. Nitekim pozitif hukukumuzda da Anayasa'nın "*Yargı Yolu*" başlığını taşıyan 125. maddesi, ilk cümlesinde *İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık* olduğunu düzenlemektedir. Madde, yargı yolunu açık tutmakla birlikte, hangi yargı kolunun İdarenin eylem ve işlemlerinde görevli olduğu

⁸⁰ Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, 33. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s. 1; Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Cilt II, (İdari Yargılama Hukuku), 8. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 3.

⁸¹ Tekin Akıllıoğlu, "Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği", C. 23, S. 1, 1990, s. 6; **AİD**, Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, Cilt II, (İdari Yargılama Hukuku), s. 3-5.

⁸² İl Han Özay, **Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 4; Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 12.

⁸³ Özay, **Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma**, s. 4; Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 16.

⁸⁴ Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 1; Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, Cilt II (İdari Yargılama Hukuku), s. 3.

konusunda bir belirlemede bulunmamaktadır. İdari rejimin geçerli olduğu hukuk düzenimizde, kural olarak idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümleneceği kabul edilmektedir⁸⁵. Bugün için idari işlemlerin yargısal denetimi, idari yargı teşkilatı içerisindeki başta Danıştay olmak üzere, diğer idari yargı yerleri olan bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri tarafından gerçekleştirilmektedir^{86 87}.

İdare mahkemeleri bir idari işlemin yargısal denetimini, hukuka uygunluğunu denetlemekle sınırlı olarak gerçekleştirir. Zira, yukarıda isimlerini zikrettiğimiz yargı dışı denetim mekanizmalarından bazıları hem hukuka uygunluk hem de yerindelik denetimi yapabilmekteyken yargısal denetim yalnızca hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olarak yapılabilmektedir⁸⁸. Hukuka uygunluk denetimi, kamu hizmetlerini yürütmekle yükümlü bulunan İdarenin bu hizmetleri yürütürken hukuka bağlı kalıp kalmadığının tespiti için idari yargı yerleri tarafından yapılan denetim olarak ifade edilmektedir⁸⁹. Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrası ilk cümlesinde bu hususu, *"Yargı yetkisi idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz."* şeklinde ifade etmiş, söz konusu kural İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrasında da yer almıştır⁹⁰.

Bir idari işlemin özel hukuk kişilerince tesis edilebileceği sonucuna varılır ise özel hukuk kişilerince gerçekleştirilen bu işlemin yargısal denetiminin yukarıda ana

⁸⁵ Diğer yandan, adli yargının görev alanına bırakılan uyuşmazlıklarda da bulunmaktadır. Adli yargının görevine bırakılan uyuşmazlıklara ilişkin kanuni düzenlemelere örnek olarak 1983 tarih ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun, bedele ilişkin uyuşmazlıkların adli yargıda görüleceğine ilişkin 14. maddesi; 2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun idari para cezalarına adli yargıda itiraz edilebileceğine ilişkin 27. maddesi gösterilebilir.

⁸⁶ Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 2.

⁸⁷ Bir idari işlem idari yargı yerleri önünde iki tür davaya konu edilebilir. 1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 2. maddesinde iptal ve tam yargı davası olarak düzenlenen iki dava türünün özellikleri için bkz. Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, Cilt II (İdari Yargılama Hukuku), s. 263 vd.; Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 763 vd.

⁸⁸ Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, Cilt II (İdari Yargılama Hukuku), s. 5.

⁸⁹ Cemil Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 127.

⁹⁰ İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı:

Madde 2 – (...) 2. İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler. (...) RG., 20.01.1982/17580.

hatları ile ortaya koyduğumuz yargı yeri ve usule tâbi olup olmayacağı hususu da çalışmamız kapsamında kalmaktadır.

III.KAMU KESİMİNDE ÖZEL HUKUK KİŞİLİĞİNİN GÖRÜNÜMLERİ

A.Genel Olarak Özel Hukuk Kişiliği

Hukuk düzeninde, hukuki ilişkilere taraf olabilen, hak sahibi ve yükümlü olabilen hak öznesi şeklinde tanımlanan gerçek kişilerin⁹¹ yanında, tüzel kişi olarak isimlendirilen kişilerin de bir hakkın öznesi olabildiği kabul edilmekte⁹² ve hukuken kişi dediğimiz başlığın altında bu iki tür kişi ele alınmaktadır. Özel hukuk alanında gerek gerçek kişiler gerekse tüzel kişiler bir hakkın öznesi olabilirken bugün için idare hukukunda hak özneleri çoğunlukla tüzel kişiler olarak kabul edilmektedir⁹³. Tüzel kişiler ise hukuk dallarının ilgi alanlarına göre; kamu gücünü en azından bir ölçüde ve bazı alanlarda kullanabilen kamu tüzel kişileri ile eşit ilişkilerin tarafı olabilen özel hukuk tüzel kişileri olarak ikiye ayrılarak tasnif edilmektedir⁹⁴. Bunlardan ilkinin, kamu gücünün kullanımını gerçekleştirebileceği gibi bireyler veya diğer tüzel kişilerle, tarafları eşit sayılan özel hukuk ilişkilerine de girebileceği kabul edilmekte; ikincisi ise tamamen eşit ilişkilere giren tüzel kişiler olarak tanımlanmakta⁹⁵, kamu gücünü kullanma yetkisine sahip olmadığı ifade edilmektedir⁹⁶.

⁹¹ Serozan, **Tüzel Kişiler (Özellikle: Dernekler ve Vakıflar)**, s. 13.

⁹² Bilge Öztan, **Tüzel Kişiler (Ders Notları)**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1994, s. 1.

⁹³ Özay ise, idare hukukunda sadece tüzel kişilerin bir hakkın öznesi olabileceğini belirtmektedir. “Gerçek kişiler ise ancak bu tüzel kişilerin organları, yetkilileri veya etkinliklerinin aracı olma durumundadırlar.” Özay, **Günlükte Yönetim**, s. 120. Aynı doğrultuda bkz. Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 68.

⁹⁴ Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)**, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 79.

⁹⁵ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)**, s. 79.

⁹⁶ Mustafa Dural/Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, 16. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015, s. 227.

Bir dönem için iki tüzel kişilik türü arasındaki ayrımı sağlamak için kullanılan kriterlerden⁹⁷ biri olarak zikredilebilecek kamu gücü kullanımının, bugün için bu ayrımı ortaya koymak noktasında genel geçer bir kriteri ifade ettiğini söylemek kolay görünmemektedir. Günümüzde kamu hukuku özel hukuk ayrımının giderek belirsizleşmesi, kamu gücünün sadece kamu tüzel kişilerinca kullanılabileceğini söylemeyi zorlaştırmaktadır.

Kamu gücünün özel hukuk tüzel kişilerinca kullanılıp kullanamayacağı hususu ise çalışmamızın asıl konusunu oluşturmaktadır. Zira, hukuk düzeninde *kişilik* kavramının yapıcı unsurunu, *hukuki sonuç doğuran irade açıklamalarında bulunabilme* imkânı oluşturmaktadır⁹⁸. Hukuki anlamda kişi dediğimiz varlığa tanınan *hukuki sonuç doğuran irade açıklamalarında bulunabilme* ise hukuki işlem yapabilme imkânıdır. İdari işlemin de yukarıda izah edildiği üzere hukuki işlemin bir türü olduğu ve kamu gücü ayrıcalıklarına bağlanarak açıklandığı nazara alındığında, *özel hukuk tüzel kişileri* çalışmamız kapsamında incelenmesi gereken önemli başlıklardan birini oluşturmaktadır.

Özel hukuk tüzel kişileri, genel olarak önce kişi toplulukları ve mal toplulukları şeklinde ikiye ayrılarak ele alınmakta ve daha sonra yöneldikleri amaca göre kazanç paylaşımı amacı güdenler ve gütmeyenler olarak başka bir ayrıma daha tâbi tutulmaktadır⁹⁹. Özel hukuk alanında yapılan ve bu alan bakımından önem taşıyan bu ayrımlar dışında özel hukuk tüzel kişilerini başka ayrımlara tâbi tutarak incelemek de şüphesiz mümkün olmakla birlikte, bu tür ayrımlar kamu kesiminde faaliyet gösteren gerek kamu tüzel kişileri gerekse özel hukuk tüzel kişileri bakımından işlevsellik taşımamaktadır. Çalışma bakımından asıl önemli olan, yürütmüş oldukları faaliyetin niteliği gereği idari işlemin yapıcısı olması gündeme

⁹⁷ Kuruluş şekilleri, kuruluş amaçları, tâbi oldukları hukuki rejim, personel, mal ve gelirlerinin niteliği ile üzerlerindeki Devlet denetiminin niteliği açılarından iki tüzel kişi türü arasındaki ayrıma ilişkin kriterler hakkında geniş açıklama için bkz. Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 21-29.

⁹⁸ Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 119.

⁹⁹ Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 125; Dural/Öğüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, s. 228-229.

gelebilecek özel hukuk kişilerini incelemek olduğundan, bu bölümde özel hukuk tüzel kişilerini *idari işlemin yapıcısı olabilmeleri açısından* ele almaya çalışacağız¹⁰⁰.

Özel hukuk tüzel kişilerinin kamu kesimindeki görünümü ise bölümün ilk başlığı altında dikkat çekmeye çalıştığımız üzere, bir yandan idari faaliyet alanında özel hukuk tüzel kişilerinin yaygınlığı ve diğer yandan İdarenin özel hukuk kişiliği şeklinde hukuk alemine çıkması şeklinde tezahür ettiğinden, özel hukuk tüzel kişilerini bu ayrım çerçevesinde inceleyeceğiz. Diğer yandan, bu ayrım çerçevesinde karşımıza çıkabilecek tüzel kişileri tek tek saymak suretiyle ele almak hem çalışmamızın sınırlarını çok aşacağından hem de kamu kesimindeki özel hukuk kişilerinin tasnifi başlı başına bir çalışma konusu teşkil ettiğinden, kamu kesiminde özel hukuk kişiliğinin görünümünü örneklemek suretiyle ortaya koymaya çalışmayı tercih ediyoruz.

Son olarak, yukarıda çoğunlukla tüzel kişilerin karşımıza çıktığını söylediğimiz idare hukuku alanında, özel kişilerce faaliyet yürütülmesi söz konusu olduğunda, tüzel kişilerle birlikte istisnai de olsa gerçek kişiler de karşımıza çıktığından, çalışmayı özel hukuk tüzel kişileri ile sınırlı tutmuyor ve gerek çalışmanın gerekse bölümün başlığında *özel hukuk kişileri* ifadesine yer veriyoruz.

B.Konumuz Bakımından Özel Hukuk Kişiliğine Yönelik Bir Ayrım Denemesi

Tercih ettiğimiz ayrım çerçevesinde ilk başlık altında ele alacağımız özel hukuk kişilerini, gerçek kişiler ile kuruluşunda İdarenin inisiyatifinin bulunmadığı özel hukuk tüzel kişileri oluşturmaktadır. Bu ilk başlık altında ele alacağımız gerçek kişi ve özel hukuk tüzel kişileri bakımından ortak olan husus, bu kişilerin hukuki bir temel çerçevesinde idari faaliyet alanına katılmaları, idari faaliyetin görülüşünde rol üstlenmeleridir. Yine bu başlık altında ele alacağımız tüzel kişileri, kuruluşunda

¹⁰⁰ İdari işlem tesis edebilen özel hukuk kişilerinin tespitine yönelik ölçütler hakkında bkz. Mehmet İnanç, **Özel Hukuk Tüzel kişilerinin İdari İşlemleri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 50 vd.

İdarenin iradesinin etkin olduğu özel hukuk tüzel kişilerinden farklı olarak tüzel kişiliklerinin nitelikleri konusunda bir tereddüt bulunmayan tüzel kişilerdir. Dahil olmuş oldukları idari faaliyet alanı, bu kişileri, idari işlem tesis edip edemeyeceğini sorguladığımız kişilerin bir türü olarak çalışmamız kapsamına almayı gerekli kılmaktadır.

Özel hukuk tüzel kişiliği görünümünde olmakla birlikte, kuruluşunda İdarenin iradesinin bulunduğu tüzel kişilerinin ise bir üst paragrafta sözünün ettiğimiz özel hukuk tüzel kişilerinden kanımızca ayrıca değerlendirilmesi gerekliliği bulunmaktadır. Bu gereklilik, bu tür özel hukuk tüzel kişilerinin kuruluşunda etkin olan irade dışında, ilgili başlıkta izahına çalışacağımız üzere bu kişilerin faaliyet amaçlarından da kaynaklanmaktadır. İdarenin iradesiyle kurulan bu özel hukuk tüzel kişilerini, şirket statüsünde ve vakıf veya dernek statüsünde olanlar olmak üzere ikiye ayırarak, bu başlıklar altında da bu iki statünün en belirgin örneklerini zikrederek ele almaya çalışacağız.

İdari işlemin yapıcısı olabilmesi bakımından yapılacak değerlendirmeler için işlevsel olduğu gerekçesinden hareketle, kuruluşunda İdarenin iradesi bulunan ve bulunmayanlar olarak ikili bir ayrım çerçevesinde inceleyeceğimiz özel hukuk tüzel kişileri dışında, niteliği hakkında doktrin ve yargı yerlerince fikir birliği sağlanamamış bazı tüzel kişiler de bulunmaktadır. Tüzel kişiliklerinin niteliğindeki bu belirsizlik, bu kişileri, devam eden başlıklarda temel ayırımımız çerçevesinde ele alacağımız türlerden biri altında zikretmeyi zorlaştırmaktadır. Diğer yandan, kamu tüzel kişiliği açıkça vurgulanmamış bu tüzel kişilerin de idari işlem yapabilmelerinin irdelenmesi noktasında göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bu itibarla, yukarıda kısaca değindiğimiz özel hukuk tüzel kişilerine ilişkin temel ayırımımızın sınırlarını zorlamamak ve fakat açıkça kamu tüzel kişiliğine kavuşturulmamış bir tüzel kişiyi çalışmamız kapsamı dışında da bırakmamak adına İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve Sosyal Yardım Sandığı (İLKSAN), Ordu Yardımlaşma Kurumu (OYAK), Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) ve organize sanayi bölgelerini (OSB) üçüncü bir başlık altında zikredeceğiz.

1.Gerçek Kişiler ve Kuruluşunda İdarenin İradesinin Bulunmadığı Özel Hukuk Tüzel Kişileri

Kamu hizmetinin gerektirdiği mali kaynakların ve uzmanlığın daha iyi, kolay ve hızlı sağlanabilmesi amacıyla kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi, bölümün ilk başlığı altında da kısaca değindiğimiz üzere, öteden beri başvurulan bir yöntem olmuştur. Özel hukuk kişilerinden hizmetin kuruluş safhasında ihale yöntemleri ile özel hukuk sözleşmesine konu işler için yararlanılmasının yanı sıra; zaman içerisinde kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerince görülme usulleri çeşitli şekillerde gelişmiş ve yaygınlaşmıştır¹⁰¹. Özel hukuk kişileri tarafından kamu hizmetinin yürütülmesinin her türlü şeklinin kimi zaman geniş anlamıyla “imtiyaz” olarak isimlendirildiği ifade edilmekte ise de¹⁰² kamu hizmetinin özel hukuk kişileri tarafından görülme usulleri imtiyazın yanı sıra, müşterek emanet, iltizam, yap-işlet-devret gibi sözleşmelerle yahut ruhsat, izin gibi İdarenin tek taraflı işlemiyle gördürülmesi alt ayrımlarıyla incelenmektedir¹⁰³. Konumuz bakımından asıl önemli olan husus ise, bu usullerin gösterdikleri özellikler yahut birbirinden ayrılan yönleri değil, kamu hizmetinin özel hukuk kişisine hangi usul uyarınca gördürülmesi söz konusu olursa olsun, özel hukuk kişisi bakımından gündeme gelebilecek olan kamusal yetki içeren işlemler yapabilme ihtiyacıdır. İmtiyaz usulü ile örneklendirilecek olunursa, imtiyaz sözleşmesi uyarınca kamu hizmeti gören bir özel hukuk kişisine hizmetin görülmesi sırasında kamu gücüne dayanan yetkiler¹⁰⁴; tahsilat yetkisi, ceza kesme, zabıt tutma gibi yetkiler tanınması gündeme gelmektedir¹⁰⁵. Yine kamu hizmetlerine özel hukuk kişilerinin katılımının

¹⁰¹ Aydın Gülan, “Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Ankara, Liberte Yayınları, 2001, s. 141.

¹⁰² Ali Ulusoy, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, İstanbul, Ülke Kitapları, 2004, s. 33.

¹⁰³ Örnek olarak bkz. Gülan, “Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri”, s. 55 vd.; Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 392 vd. Karahanoğulları ise kamu hizmetinin sözleşmeyle gördürülmesi usulüne imtiyaz olarak ifade etmekte; müşterek emanet, yap-işlet-devret gibi usullere ise kamu hizmetinin Devlet tarafından bizzat yerine getirilmesi şeklinde ifade ettiği emanet usulü ile imtiyaz usulü arasında kalan karma usuller olarak atıfta bulunmaktadır. Bkz. Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, s. 330.

¹⁰⁴ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, s. 536.

¹⁰⁵ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 335; Gülan, “Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri”, s. 60.

özel bir örneği olarak, 2007 tarih 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu¹⁰⁶ uyarınca aldıkları izne istinaden özel öğretim ifa eden kurumların not verme, disiplin cezası verme gibi işlemleri yapması, bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Bir kamu hizmetini başlangıçtan itibaren bir özel hukuk tüzel kişisi olarak üstlenenlerin yanı sıra, kamu tüzel kişiliğine sahip olmakla birlikte, özelleştirme uygulamaları neticesinde bu özelliklerini yitirenler de kamu hizmeti alanında özel hukuk kişiliğinin bir görünümünü teşkil etmektedir. Özelleştirme uygulamaları neticesinde, kamu payı yüzde ellinin altına düşen kurumlar özel hukuk tüzel kişiliğine dönüşmekte, 1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun¹⁰⁷ uyarınca genellikle bu tüzel kişilerce yürütülen faaliyetler imtiyaz kabul edilmekte¹⁰⁸ ve bu kişilerce kamu hizmeti, artık İdareyle aralarında imzalanacak imtiyaz sözleşmesi uyarınca görülmektedir. Kanımızca, ilk andan itibaren bir özel hukuk kişisi olarak kurulup kamu hizmeti ifa eden şirketler ile kamu kurumu iken yaşanan hisse devri neticesinde özel hukuk tüzel kişiliğine dönüşen tüzel kişileri, yalnızca bunlardan ikincisinin tüzel kişilik yapısında yaşanan değişiklik nedeniyle farklı bir statüde mütalaa etmeyi gerektirir bir sebep bulunmamaktadır. Bununla birlikte, sonradan özel hukuk tüzel kişiliğine dönüşen şirketler, özelleştirme tarihinden sonra kamu hizmeti ifa ederken kullandıkları yetkilerin niteliğinin değerlendirilmesi bakımından gözden kaçmaması gereken bir grubu teşkil etmektedir.

Özel hukuk kişilerinin içinde karşımıza çıktığı tek idari faaliyet türü, kamu hizmeti değildir. Konunun güncelliğine dikkat çekmeye çalıştığımız başlıkta da değindiğimiz üzere, kolluk alanında kalan faaliyetlerde de özel hukuk kişiliğinin görünümleri artmaktadır. 2004 tarih ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair

¹⁰⁶ RG., 14.02.2007/26434.

¹⁰⁷ RG., 27.11.1994/22124.

¹⁰⁸ Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesinin Özelleştirilmesi

Madde 15 – (...) Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz addolunur. Bunların dışındakiler imtiyaz sayılmaz. Bu madde gereğince imtiyaz sayılan faaliyetlerle ilgili olarak yapılacak anlaşma ve sözleşmeler imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri niteliğinde olup, diğer kanunların bu hususları düzenleyen özel hükümleri saklıdır. (...)

Kanun¹⁰⁹ uyarınca faaliyette bulunan özel güvenlik şirketleri, 2001 tarih ve 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun¹¹⁰ uyarınca kendilerine yapının çeşitli aşamalarında yapıyla ilgili yetkiler verilen yapı denetim kuruluşları, kolluk faaliyeti alanında çeşitli işlemleriyle karşımıza çıkan özel hukuk kişilerinin ilk akla gelen örnekleridir¹¹¹.

Kamu hizmeti ve kolluk faaliyeti alanlarında bir kanun uyarınca ihdas edilip, nitelik, yetki ve çalışma esasları gibi hususları yine aynı kanun uyarınca bütüncül bir şekilde düzenlenen yukarıda örneklerine yer verdiğimiz özel hukuk kişileri yanında, çeşitli kanun yahut kanun hükmünde kararnamelerle kendilerine idari nitelikte yetkiler verilen özel hukuk kişileri de bu yetkileri nedeniyle bu bölüm başlığı altında zikredilmesi gereken bir başka grubu teşkil etmektedir. Örneğin, 2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun¹¹² 4. maddesinde, üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan yüklenici şirketin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerinin, İdare tarafından denetleneceği yahut denetletileceğini düzenlemektedir¹¹³. İdare dışında yüklenicinin faaliyetlerini denetleyeceklerin niteliklerine ilişkin bir belirleme bulunmasa dahi madde kapsamından, bu denetimi bir şirketin yapabileceği sonucu çıkmaktadır. Bu şirketlere ilgili kanun uyarınca denetim faaliyeti kapsamında tanınan yetkiler, bu şirketleri de kamu kesimine ve dolayısıyla çalışma kapsamına dahil etmektedir.

Buraya kadar yapılan açıklamalar itibarıyla hep tüzel kişi olarak örneklerine yer verdiğimiz özel hukuk kişileri, idari faaliyet alanında gerçek kişi olarak da karşımıza çıkabilmektedir. Nitekim, bir üst paragrafta değindiğimiz türde, kendisine

¹⁰⁹ RG., 26.06.2004/25504.

¹¹⁰ RG., 13.07.2001/2461.

¹¹¹ İdari kolluk faaliyetinin görülüşüne katılan özel hukuk kişilerinin, faaliyetin görülüşüne katılım şekline göre ayrıntılı bir tasnifi için bkz. Yıldırım, “İdari Kolluk Faaliyetinin Özel Hukuk Kişilerince Görülmesi”, s. 40 vd.

¹¹² RG., 09.03.2013/28582.

¹¹³ Sözleşme MADDE 4 – (...) (Değişik: 20/8/2016-6745/74 md.) İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler veya denetletir. (...)

bir kanun maddesi ile idari faaliyet alanında yetkiler verilen özel hukuk kişilerinden biri de fahri trafik müfettişleridir. 1983 tarih ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, fahri trafik müfettişi olarak uygun görülen kimselerin, sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadığını denetlemekle sorumlu olan yetkililere yardımcı olacaklarını düzenlemektedir. Görev tanımları, zikredilen Kanunun suç saydığı fiilleri işleyenler hakkında işlem yapılması amacıyla tutanak düzenlemek ve bu tutanakları trafik kuruluşuna teslim etmek şeklinde belirlenen fahri trafik müfettişleri, konumuz kapsamında kalan gerçek kişi özel hukuk kişileri örneklerindendir.

2.İdarenin İradesiyle Kurulan Özel Hukuk Tüzel Kişileri

İdare hukukunda gerçek kişilerin hak öznesi olamaması, ancak tüzel kişilerin bir hakkın öznesi olabilmesi; idari teşkilattaki her birimin mutlaka tüzel kişiliğe bağlı olması/tüzel kişiliğin içinde yer alması gerektiği anlamına gelmemekte, idari teşkilatta tüzel kişiliği olmayan birimler de bulunmaktadır¹¹⁴. Diğer yandan, bir İdarenin varlığı, mutlaka bir tüzel kişi olan birimi ifade etmiyor olsa dahi tüzel kişiliğe sahip olan İdareler bakımından, sahip olunan tüzel kişiliğin hukuki niteliğinin ne olduğu hususuna açıklık getirilmesi konumuz bakımından bir zorunluluk teşkil etmektedir. Zira İdare özel hukuk kişiliği hukuki görünümüyle karşımıza çıkabilmekte, özel hukuk kişisi görünümündeki bazı tüzel kişiler aslında bizzat İdare tarafından kurulmuş olabilmektedir. Kanunla veya kanuna dayalı olarak ortaya çıkan bu tür özel hukuk tüzel kişilerini, bir üst başlıkta ele aldığımız, bir idari faaliyet alanına idari faaliyet görmek yahut idari faaliyetin belirli bir aşamasında görev üstlenmek şeklinde dahil olan özel hukuk tüzel kişilerinden ayırmanın anlamlı bir hukuki değerlendirme imkânı vereceği düşünülmüştür.

Diğer yandan, kuruluşunda İdarenin inisiyatifinin bulunduğu bu tüzel kişilerin tespiti, üst başlıkta ele aldığımız özel hukuk tüzel kişilerinin tespitinden daha zor; dahil oldukları alan da bu kişilerin kapladığı alandan daha az belirgindir. Zira bir üst başlıkta ele aldığımız özel hukuk tüzel kişileri, idari faaliyet yürütsele dahi kuruluş

¹¹⁴ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 70.

ilke ve esasları uyarınca özel hukuk tüzel kişiliği niteliklerinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Hukuk alanında İdarenin inisiyatifıyla var olan özel hukuk tüzel kişileri ise kuruluşları yahut organlarının oluşumu gibi hususlar itibarıyla kamu tüzel kişiliğine yaklaşan özellikler gösterebilmektedir. Örneğin, Anayasa'nın 123. maddesi¹¹⁵ uyarınca kamu tüzel kişileri için öngörülen kanun ile (yahut kanunun açık izni uyarınca) kurulabilme şartı, kimi özel hukuk kişilerinin kuruluşunda da gündeme gelebilmekte; kanun koyucu bir özel hukuk tüzel kişisi veya statüsü belirgin olmayan kuruluş meydana getirerek ona bir kamu hizmeti görevi yükleyebilmektedir¹¹⁶. “Kamu kesiminde yer alan özel hukuk tüzel kişileri” olarak adlandırılan¹¹⁷ ve değişik faaliyet alanlarında karşımıza çıkan bu kişileri, statülerini dikkate alarak, şirket statüsünde olanlar ve vakıf veya dernek statüsünde olanlar olarak iki ayrı başlık altında incelemeye çalışacağız.

a.Şirket Statüsünde Olanlar

Kuruluşlarında İdarenin iradesi bulunan özel hukuk tüzel kişilerinin bir kısmı, şirket statüsündedir. Bu statüdeki özel hukuk tüzel kişilerinin akla gelen örneklerinden ilki de belediye şirketleridir. Kamu iktisadi teşebbüsü kavramından esinlenilerek belediye iktisadi teşebbüsü olarak da adlandırıldığı ifade edilen belediye şirketleri,¹¹⁸ belediyelerin kurdukları ya da sermayesine katıldıkları anonim ve limitet şirket statüsündeki ticari kuruluşlardır¹¹⁹. Diğer yandan, yerel hizmetlerin görülmesi amacıyla kurulması öngörülen tek şirket türü belediye şirketleri değildir. Yerel idarelere ilişkin yeni yasal düzenlemeler şirketleşmeyi mümkün kılan, hatta teşvik eden hükümler içermektedir¹²⁰. Belediyeler ve büyükşehir belediyelerinin yanı sıra il özel idarelerinin de şirket kurabilmeleri mümkündür. Yerel yönetimler, hizmet konuları dahilinde olan neredeyse her alanda kurdukları şirketler aracılığıyla çeşitli

¹¹⁵ İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzel kişiliği

Madde 123 – (...) Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.

¹¹⁶ Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, Cilt I, (Genel Esaslar), s. 612.

¹¹⁷ Gülan, “Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri”, s. 53.

¹¹⁸ İpek Özkal Sayan/Murat Kışlalı, “Belediyelerde Şirketleşmenin Yararı Var mı? Hurafeler ve Gerçekler”, **ÇYYD**, C. 17, S. 1, s. 59-60.

¹¹⁹ Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, Cilt I, (Genel Esaslar), s. 259.

¹²⁰ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 197.

hizmetler ifa etmektedir. İstanbul Büyükşehir Belediyesi sınırları içerisinde; otopark hizmeti vermek için kurulmuş İSPARK A. Ş., ekmek üretimi için kurulmuş İstanbul Halk Ekmek A. Ş., raylı sistem işletmeciliğini yerine getirmek üzere kurulmuş Metro İstanbul A. Ş. İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne bağlı olarak faaliyet gösteren şirketlerden yalnızca birkaçıdır¹²¹.

Yasal dayanaklarını 2005 tarih ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun¹²² 52.¹²³, 2004 tarih ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun¹²⁴ 26.¹²⁵ ve 2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun¹²⁶ 70.¹²⁷ maddesinde bulan yerel yönetim şirketlerinin doktrinde *mahalli kamu kurumları* olarak ele alındığına rastlanmaktadır¹²⁸. Yalnızca belediye şirketlerini ele alan bazı çalışmalarda ise bu şirketlerin özel hukuk tüzel kişisi olduklarına dair tespitler bulunmaktadır¹²⁹. Kanımızca, İstanbul Büyükşehir Belediyesine bağlı olan ve kanunda açıkça kamu tüzel kişiliği olduğu düzenlenen¹³⁰ İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü (İSKİ) gibi açıkça kamu tüzel kişisi kılınmadıkça, yerel yönetimlerin kurduğu yahut sermayesine katıldığı şirketleri kategorik olarak kamu kurumu addetmek mümkün değildir. Zira, kamu kurumu dediğimiz İdare birimleri, devlet ve yerel İdareler dışında kalan kamu tüzel kişilerini ifade etmektedir¹³¹. Bununla birlikte, açıkça kamu tüzel kişisi olduğu belirtilmeyen ve anonim yahut limitet şirket

¹²¹ İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne bağlı olarak faaliyet gösteren diğer şirketler için bkz. <https://www.ibb.istanbul/SitePage/Index/149>.

¹²² RG., 04.03.2005/25745.

¹²³ Şirket kurulması Madde 52- İl özel idaresi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir. (...)

¹²⁴ RG., 23.07.2004/25531.

¹²⁵ Şirket kurulması Madde 26- (Değişik: 29/3/2011-6215/21 md.) Büyükşehir belediyesi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir. (...)

¹²⁶ RG., 13.07.2005/25875.

¹²⁷ Şirket kurulması

Madde 70- Belediye kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre şirket kurabilir.

¹²⁸ Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 591.

¹²⁹ Metin Günday vd., "Katı Atık Bertaraf Hizmetlerinin Özel kişilere Gördürülmesi", **TBB Dergisi**, S. 90, 2010, s. 405; Özkal Sayan/ Kışlalı, "Belediyelerde Şirketleşmenin Yararı Var mı? Hurafeler ve Gerçekler", s. 60.

¹³⁰ 1981 tarih ve 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 1. maddesi, İSKİ'nin kamu tüzel kişiliğe sahip olduğunu düzenlemektedir. Bkz. RG., 23.11.1981/17523.

¹³¹ Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, Cilt I, (Genel Esaslar), s. 268.

statüsünde bulunan bu şirketler, kuruluşlarında herhangi bir İdarenin iradesinin bulunmadığı özel hukuk tüzel kişileri ile de aynı nitelikte kabul edilemez. Nitekim, bu şirketler yerel yönetimlerce kurulup bunlara bağlı olarak faaliyet gösterdikleri gibi sermayelerinin tamamı ya da çoğu da bu kamu tüzel kişilerine aittir¹³². Bununla birlikte, kanımızca göz ardı edilemeyecek husus, bu şirketlerin özel hukuk kişiliği taşıdıklarıdır. Diğer yandan, çalışmadaki amacımız, niteliği tartışmalı kurum yahut kuruluşların tüzel kişiliklerinin niteliğinin kesin bir şekilde tespiti olmayıp özel hukuk kişisi olarak addedilebilecek bir tüzel kişinin idari işlem tesis edip edemeyeceğinin değerlendirilmesi olduğundan, bu şirketleri de kamusal yetki kullanıp kullanamayacaklarını sorgulayacağımız kişiler kapsamına alıyoruz.

Örneğine sık rastlamak pek mümkün görünmese de kuruluşunda İdarenin iradesi bulunan özel hukuk tüzel kişileri, *adi ortaklık* şeklinde de karşımıza çıkabilmektedir. Almış olduğu ihale kararı iptali istemiyle yargı önünde taşınan, (...) Büyükşehir Belediyesi ile (...) Çiftliği arasında Borçlar Kanunu uyarınca düzenlenen ortaklık sözleşmesi gereği kurulan Şehirlerarası Terminal İşletmesi, Danıştay tarafından, iki kamu idaresince kurulmuş olması, yönetim kurulunun iki İdarenin kadrolu personeli arasından atanması, kamu hizmeti niteliğinde olması gerekçelerinden hareketle İdare yapısı içerisinde ve idare hukukuna tâbi kabul edilmiştir¹³³.

Bu başlık altında zikretmeyi gerekli gördüğümüz bir başka tüzel kişilik türü ise kamu iktisadi teşebbüsleridir. 1984 tarih ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de¹³⁴ düzenlenen kamu iktisadi teşebbüsleri, yerel idarelerce kurulan teşebbüslerle; belirli kamu hizmetleri üzerinde uzmanlaşmış olmaları, ekonomik, ticari ve sınai kamu hizmetlerinin yürütülmesinde görev almaları, sermayelerinin büyük kısmının kamusal olması, kamusal usul ve esaslara

¹³² Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 592-593.

¹³³ Dan. 10. D, E. 1995/4326, K. 1996/ 2769, T.21.05.1996, Kazancı İçtihat Bankası. Söz konusu yargı kararı, çalışmamızın ikinci bölümünde terminal işletmesinin işleminin niteliğine ilişkin olarak tekrar ele alınacaktır.

¹³⁴ RG., 18.06.1984/18435 (Mükerrer)

göre kurulmaları gibi ortak özelliklere sahiptir¹³⁵. Yine, yerel yönetimlerce kurulan şirketlerin tüzel kişiliği gibi kamu iktisadi teşebbüslerinin tüzel kişiliği konusunda da farklı yönde görüşler bulunmaktadır¹³⁶. Zira, 233 sayılı KHK'nın 4. maddesinde teşebbüslerin tüzel kişiliğe sahip olduğu belirtilmekle birlikte, tüzel kişiliğin niteliği hakkında bir belirlemede bulunulmamaktadır.

Özellikle Anayasa'nın çeşitli maddelerinde Devlet ve diğer kamu tüzel kişileriyle beraber zikrediliş şekli¹³⁷ ve Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımından¹³⁸ yola çıkarak kamu iktisadi teşebbüslerinin kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu ve kamu kurumları arasında değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. Bu itibarla, özel hukuk tüzel kişiliği oldukları yönünde kimi görüşler bulunsun ve İdarenin özel hukuk kuralları uyarınca hukuk alanında var olmasına güzel bir örnek teşkil etseler dahi, bu teşebbüsleri, idari işlem tesis edip edemeyeceğini sorguladığımız tüzel kişilerin dışına çıkartıyoruz.

b.Vakıf veya Dernek Statüsünde Olanlar

Özel hukukta vakıflar ve dernekler, özel hukuk tüzel kişileri arasında kabul edilmekte ve incelenmektedir¹³⁹. Yine Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemelerine¹⁴⁰ atıfla vakıflar, belirli bir amaç için bir araya gelen mal toplulukları; dernekler ise belirli bir amaç için bir araya gelen kişi toplulukları olarak tanımlanmaktadır¹⁴¹. Diğer yandan tüm vakıf ve dernekler, özel hukuktaki bu yalın

¹³⁵ İsbir, **Kamu Tüzel Kişiliği**, 451.

¹³⁶ Bu görüşler için bkz. yukarıda s. 9, 40 ve 41 numaralı dipnotlar.

¹³⁷ Örnek olarak Anayasa'nın 47., 128. ve 161. maddeleri gösterilebilir.

¹³⁸ AYM, E. 1994/70, K. 1994-65-2, T. 22.12.1994, RG. 28.01.1995/22185.

¹³⁹ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi//Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 16. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 268-269; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)**, s. 80; Dural/Öğüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, s. 229; Öztan, **Tüzel Kişiler (Ders Notları)**, s. 13.

¹⁴⁰ Vakıflar, 2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 101. maddesinde, dernekler ise 56. maddesinde düzenlenmektedir. RG., 08.12.2001/24607.

¹⁴¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, s. 269; Serozan, **Tüzel Kişiler (Özellikle: Dernekler ve Vakıflar)**, s. 53, 86; Dural/Öğüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, s. 229; Öztan, **Tüzel Kişiler (Ders Notları)**, s. 13.

tanım ve anlamıyla karşımıza çıkmamaktadır. Bir üst başlıkta kuruluşunda İdarenin iradesinin bulunduğu şirketlere benzer şekilde vakıf yahut derneklerin kuruluşu da İdarenin inisiyatifiyle olabilmektedir. Kuruluş şekli, görevlilerinin aynı zamanda kamu görevlisi sıfatına sahip olması, yürütmüş oldukları faaliyetin niteliği ve sahip oldukları imkânlar gibi hususlar nedeniyle özellik arz eden bu tüzel kişiler, özel hukuktaki yerlerinden farklı şekilde ele alınmayı gerektirmektedir.

Özel hukuk tüzel kişisi olmaları itibarıyla hukuki işlemle kurulmaları kural olmasına karşın¹⁴² bazı vakıfların, tıpkı kamu tüzel kişileri gibi kanun ile kurulduğuna rastlanmaktadır¹⁴³. Kanunla kurulmuş olmamakla birlikte, tıpkı kanunla kurulanlar gibi bazı vakıfların da organlarının oluşumu itibarıyla kamusal özellikler taşıdığı görülmektedir¹⁴⁴. Bu tür vakıfların, tâbi oldukları kanun yahut vakıf senetleri incelendiğinde vergi muafiyeti gibi mali ayrıcalıklardan yararlandıkları, gelirleri arasında genel bütçeden ve ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca aktarılan miktarların da yer aldığı, kamu yararına faaliyet gösterdikleri anlaşılmaktadır.

Gülen'in "*kamu kesiminde yer alan özel hukuk kişileri*" olarak adlandırdığı ve sermayeleri, kuruluşları, görevleri ve malvarlıkları gibi unsurlarının kamusal özellikler taşıması nedeniyle sırf özel hukuk inisiyatifiyle kurulmuş özel hukuk tüzel kişileriyle, örneğin Çocuk Vakfı ile aynı sayılamayacaklarını öne sürdüğü¹⁴⁵ bu tüzel kişilerin bütün işlemlerinin de herhangi bir özel hukuk kişinin işlemlerinden ibaret olmaması ihtimali bulunmaktadır. Zira kuruluş şekilleri, faaliyet amaçları ve organlarının oluşumuna hâkim olan bu kamusal nitelik, kaçınılmaz şekilde

¹⁴² M. Tufan Ögüz, **Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları**, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2007, s. 18.

¹⁴³ 2016 tarih 6721 sayılı Kanun (RG., 28.06.2016/2975) ile kurulan *Türkiye Maarif Vakfı*, 2007 tarih ve 5653 sayılı Kanun (RG., 18.05.2007/26526) ile kurulan *Yunus Emre Vakfı*, 1987 tarih ve 3388 sayılı Kanun (25.06.1987/19498) ile kurulan *Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı* bu hususta örnek gösterilebilir.

¹⁴⁴ Çalışmamızın ikinci başlığı altında yargı önüne gelen işlemleri nedeniyle zikredeceğimiz, başkanının Adalet Bakanlığı Müsteşarı olduğu *Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı* bu vakıfların önemli bir örneğini teşkil etmektedir. 1986 tarih ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu uyarınca her il ve ilçede kurulması öngörülen, Kanun'un 7. maddesinin ikinci fıkrası gereği başkanı ve mütevelli heyetini oluşturan kimselerin kamu görevlileri olduğu sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları da bu tür vakıflara bir başka örnek olarak gösterilebilir.

¹⁴⁵ Aydın Gülen, **İdare Hukuku Ders Notları**, (Yayınlanmamıştır), s. 92-93.

faaliyetlerini yerine getiriş şekillerine de tezahür etmektedir. Faaliyet biçimlerindeki bu kamusalılığın, faaliyetlerini getirirken kullandıkları yetkilerin niteliğini ne oranda etkileyeceği, başka bir anlatımla, tesis etmiş oldukları işlemlere *idarilik* niteliği kazandırıp kazandırmayacağı konusu, bu tür vakıfları çalışmamız bakımından önemli kılmaktadır.

Yukarıda örneklemeye çalıştığımız vakıflar gibi bazı derneklerin oluşumunda da İdarenin izine rastlanabilmektedir. İkinci bölümde, tesis etmiş olduğu bir işlemi dolayısıyla ele alacağımız Türkiye Jokey Kulübü Derneği gibi dernekler de sahip oldukları bu özellik nedeniyle bu başlık altında zikredilmesi gerektiğini düşündüğümüz türde özel hukuk tüzel kişilerindendir.

3.Kendine Özgü Nitelikleri Olan Bazı Tüzel Kişiler

Tüzel kişi olarak karşımıza çıkan her hukuki birimin tüzel kişiliğinin niteliği, yani kamu hukuku tüzel kişisi mi yoksa özel hukuk tüzel kişisi mi olduğu, duraksamaya yol açmayacak şekilde belirgin değildir. Bunun sebeplerinden biri, bazı tüzel kişilerin kimi kamusal özellikler taşımalarına karşın tâbi olacakları hukukun, özel hukuk olarak belirlenmiş olmasıdır. Bazı kanunlarda, kanun uyarınca ihdas edilen birimin bir tüzel kişiliğe sahip olduğu belirtilmekte ise de kamu tüzel kişiliği olduğu şeklinde bir belirlemede bulunulmamakta ve ayrıca bu tüzel kişinin özel hukuka tâbi kılınmış olduğuna rastlanabilmektedir. Bir kuruluşun özel hukuk hükümlerine tâbi olması, türünü kendiliğinden değiştirip onu İdare dışına çıkaramaz¹⁴⁶ ise de bu tespitte bulunabilmek için öncelikle, bahsi geçen tüzel kişinin idari teşkilat içerisinde olduğunda bir tereddüt bulunmaması gerekir. Doktrinde, *“kamu hukuku-özel hukuk tüzel kişisi”*¹⁴⁷, *“atipik kamu kurumu”*¹⁴⁸, *“niteliği tartışmalı kurum”*¹⁴⁹, *“sui generis kuruluş”*¹⁵⁰ gibi çekinceli ifadelerle nitelenen bu tür tüzel kişilerin idari teşkilatta yer alıp almadıklarına dair belirsizlik, yürütmüş

¹⁴⁶ İl Han Özay, “Futbolda ‘Özelleştirme’”, *İHİD*, Y. 11, S. 1-3, 1990, s. 33.

¹⁴⁷ Serozan, **Tüzel Kişiler (Özellikle: Dernekler ve Vakıflar)**, s. 31.

¹⁴⁸ Turgut Tan, “Katılımcı Yönetim Modeli Üstüne: İLK SAN ve İSKİ”, *ÇYYD*, C. 2, S. 6, 1993, s. 3.

¹⁴⁹ Ramazan Çağlayan, “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları”, *UYMD*, S. 7, 2016, s. 385.

¹⁵⁰ Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **İdare Hukuku**, s. 618.

oldukları faaliyetin niteliği ve konumuz bakımından asıl önemlisi tesis etmiş oldukları işlemlerinin hukuki niteliği bakımından da bir belirsizliğe yol açmaktadır. Ancak, özel hukuka tâbi kılınan bir tüzel kişinin, kendisine tekel hakkı tanınan bir konuda, kamu gücü kullanımı biçiminde tezahür eden ve yürüttüğü kamu hizmeti ile ilgili olan işlemlerini, karakteristik özelliklerini hiç dikkate almaksızın, özel hukuk işlemi saymak doğru değildir¹⁵¹. Bu nedenle çalışmada, kimi tüzel kişiliklerin niteliği konusunda doktrin ve -yargı kararlarını ele aldığımız ikinci bölümde de görüleceği üzere- yargı yerlerince aşılammış bazı belirsizlikleri göz ardı etmek ve bu tüzel kişileri de çalışmamız kapsamına dahil etmek gerekmiştir. Bu itibarla, daha evvel de değindiğimiz üzere özel hukuk tüzel kişilerine ilişkin temel ayırımımızın sınırlarını zorlamamak ve fakat açıkça kamu tüzel kişiliğine kavuşturulmamış bir tüzel kişiyi çalışmamız kapsamı dışında da bırakmamak adına, İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve Sosyal Yardım Sandığı (İLKSAN), Ordu Yardımlaşma Kurumu (OYAK), Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) ve organize sanayi bölgelerini (OSB) bu başlık altında kısaca zikredeceğiz.

a. İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve Sosyal Yardım Sandığı (İLKSAN)

Niteliği tartışmalı kurumlar arasında zikredilebilecek ilk tür, üyelerinin yardımlaşma ve dayanışmalarını sağlamak için ihdas edilen tüzel kişilerdir. Bunun akla gelen ilk örneği de İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve Sosyal Yardım Sandığı (İLKSAN)'dır. İLKSAN'ın, 1943 tarih ve 4357 sayılı Kanun¹⁵² ile Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı olarak kurulması öngörülmüş olup söz konusu Kanun'un incelenmesinden; gelirlerinin vergi, resim ve harçlara tâbi olmadığı, haciz ve temlik edilemediği, mevcut ve alacaklarının Devlet mallarının sahip olduğu hak ve

¹⁵¹ Taner Ayanoğlu, "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği", *TBB*, S. 74, 2008, 52.

¹⁵² Hususi İdarelerden Maaş Alan İlkokul Öğretmenlerinin Kadrolarına, Terfi, Taltif ve Cezalandırılmalarına ve Bu Öğretmenler İçin Teşkil Edilecek Sağlık ve İçtimai Yardım Sandığı ile Yapı Sandığına ve Öğretmenlerin Alacaklarına Dair Kanun, RG., 19.01.1943/5308.

rüçhanlara sahip olduğu, ana statüsünün bakanlık tarafından tespit edileceğinin düzenlendiği görülmektedir.

b.Ordu Yardımlaşma Kurumu (OYAK)

Üyelerinin yardımlaşma ve dayanışmalarını sağlamak için ihdas edilen Ordu Yardımlaşma Kurumu (OYAK) da bu başlık altında zikredilmesi gerektiğini düşündüğümüz bir başka tüzel kişidir. 1961 tarih ve 205 sayılı Kanun¹⁵³ ile özel hukuk hükümlerine tâbi bir tüzel kişi olarak kurulan OYAK'ın da İLK SAN'a benzer şekilde, adı geçen Kanun'da çeşitli vergilerden muaf tutulduğu, malları ile gelir ve alacaklarının Devlet malları hak ve rüçhanlığına sahip olduğu, bunlara karşı suç işleyenlerin Devlet mallarına suç işleyenler gibi takibata tâbi tutulacağının düzenlendiği görülmektedir. İşlemleri yargı önüne taşınan uyuşmazlıklarda, mahkemeler tarafından kamu kurumu addedilen İLK SAN ve OYAK, kanun koyucu tarafından kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmiş değildir.

c. Türkiye Futbol Federasyonu (TFF)

2009 tarih ve 5894 sayılı Kanun¹⁵⁴ ile özel hukuk hükümlerine tâbi, tüzel kişiliğe sahip, özerk yapıda bir kuruluş olarak düzenlenen Türkiye Futbol Federasyonu (TFF), niteliği yargı kararları ve doktrinde ortak bir kabul görmemiş olması nedeniyle bu başlık altında yer vermeyi tercih ettiğimiz tüzel kişilerden bir diğeridir. Kurulması kanun ile öngörülmüş olmasına karşın, açıkça kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu belirtilmeyen TFF'nin doktrinde, kamu tüzel kişisi olduğu¹⁵⁵, kamu hukukundan etkilenen tüzel kişilik olduğu¹⁵⁶ doğrultusundaki görüşlerden, özel hukuk tüzel kişisi olduğunun kabul görmediği sonucuna varılabilecek ise de

¹⁵³ Ordu Yardımlaşma Kurumu Kanunu, RG., 09.01.1961/10702.

¹⁵⁴ Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, RG., 16.05.2009/27230.

¹⁵⁵ Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, s. 176; Cenk Akil, "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Kararlarının Hukuki Niteliği", **MÜHF-HAD**, C. 19, Y. 2013, S. 3, s. 18; Mustafa Avcı, "Spor Federasyonlarının Hukuki Niteliği, İdari Teşkilat İçindeki Konumu ve Bağımsızlığı Sorunu", **İÜHF**, C. LXX, S. 2, 2012, s. 12.

¹⁵⁶ Kahraman Berk, "Türk Futbol Federasyonunun Türk İdare Teşkilatı İçindeki Yeri", **İÜHF**, C. LXIV, S. 2, 2006, s. 21.

kanundaki özerk olduğu ve özel hukuk hükümlerine tâbi kılındığı şeklindeki düzenleme nedeniyle federasyon, işlemlerini ele almayı gerekli gördüğümüz kurumlardan birini teşkil etmektedir.

d.Organize Sanayi Bölgeleri (OSB)

Niteliği konusunda tereddüt bulunan her tüzel kişi, yukarıdaki örnekler gibi, tüzel kişiliğinin türü konusunda kanuni bir belirlemeden yoksun değildir. Kanunla açıkça özel hukuk tüzel kişiliği olarak nitelendirilmiş olmasına karşın, bu niteliğinde tereddütler uyandıran tüzel kişiler de bulunabilmektedir. 2000 tarih 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu¹⁵⁷ uyarınca kanuni zemine kavuşan¹⁵⁸ organize sanayi bölgeleri (OSB) bunun en önemli örneğini teşkil etmektedir. Kanun, 5. maddesinde OSB'lerin niteliklerini belirlerken bölgeleri, özel hukuk tüzel kişiliği olarak tanımlamaktaysa da sahip oldukları yetkiler, bu bölgelerin özel hukuk tüzel kişiliği oldukları konusunda peşin bir kabulü ve bölgeleri *kuruluşunda İdarenin iradesinin bulunmadığı özel hukuk tüzel kişilerini* ele aldığımız başlık altında ele almayı zorlaştırmaktadır¹⁵⁹. Kanun'un OSB'lerin özel hukuk tüzel kişiliğini düzenlediği 5. maddesinde bölgelere verdiği kamulaştırma yetkisi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş¹⁶⁰ ise de çeşitli maddelerinde OSB'lere kamu gücü kullanımı anlamına gelecek yetkiler bahsedildiği görülmektedir. Kanun'un 4. maddesinde yer alan *imar planına göre arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler ile işyeri açma ve çalışma ruhsatlarını verme; işyeri açma ve çalışma ruhsatının verilmesi sırasında buna ilişkin harçları tahsil etme yetkileri*, 18. maddesinde yer alan, *katılımcılara yönetmelik hükümlerine göre müteşebbis heyetin veya genel kurulun belirleyeceği prensipler çerçevesinde arsa tahsis etme yetkisi*, 20. maddesinde yer alan

¹⁵⁷ RG., 15.04.2000/24021.

¹⁵⁸ Organize sanayi bölgelerinin, 4562 sayılı Kanun öncesinde de fiilen var oldukları hakkında bkz. İsbir, **Kamu Tüzel Kişiliği**, s. 612.

¹⁵⁹ Nitelikleri Madde 5 – (Değişik: 4/7/2012-6353/20 md.)OSB, müteşebbis heyetin veya genel kurulun vereceği karar üzerine yönetim kurulunun başvurusu üzerine Bakanlıkça verilen kamu yararı kararı ve sınırları belirlenmiş yetki çerçevesinde kamulaştırma işlemleri (...) yaptırabilen bir özel hukuk tüzel kişiliğidir. (...)

¹⁶⁰ AYM, E. 2013/49, K. 2013/125, T. 31.10.2013, RG., 28.12.2013/28865.

katılımcılara elektrik üretim tesisi kurma ver işletme izni verme yetkisi gibi kamu gücü kullanımına dair yetkileri, organize sanayi bölgelerini de idari işlemin yapıcısı olabilmesini sorguladığımız özel hukuk tüzel kişileri kapsamına dahil etmektedir.



İKİNCİ BÖLÜM

YARGI YERLERİNİN ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN İDARİ İŞLEM YAPABİLİRLİĞİNE İLİŞKİN YAKLAŞIMI

Mevzuatımızda, özel hukuk kişilerine idari işlem yapma yetkisi veren çeşitli kanuni düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelerden bir kısmına çalışmanın çeşitli kısımlarında yeri geldikçe değinilecektir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki özel hukuk kişilerinin, bir idari işlemin yapıcısı olabileceğine veya olamayacağına ilişkin anayasal düzlemde veya genel mahiyette bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Diğer yandan, Gözübüyük/Tan'ın da ifade ettiği üzere bu konu Türk İdare Hukuku doktrininde de henüz yeteri kadar dikkat çekebilmiş değildir¹. Doktrinin ihmal ettiği hemen her alanda gerçek ve güncel sorunlarla karşı karşıya olan ve önüne gelen uyuşmazlıklarda verdiği kararlar ile kimi kavram ve maddelerin içinin dolmasına yardımcı olan yargı², çalışmanın yöneldiği sorun bakımından da asıl veriyi sunan aktördür. Özel hukuk kişilerinin idari işlem yapabilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda mevzuattaki düzenlemelerde ve doktrinin ilgisinde gözlemlenen eksiklik, mahkemeler tarafından, önlerine gelen uyuşmazlıklarda çoğu zaman olayla sınırlı olarak, zaman zaman da geliştirmeye çalıştıkları kimi kıstaslar kullanılarak bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Bu itibarla, sorunun gerek çerçevesini çizebilmek gerekse içeriğini etraflica ele alabilmek bakımından, bu konuda en fazla irdelemeyi yapan yüksek yargı yerlerinin, önlerine gelen uyuşmazlıklardaki yaklaşımlarını belirlemeyi gerekli buluyoruz³.

¹ Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, Cilt I, (Genel Esaslar), s. 366.

² Aydın Gülan, **Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri, Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi**, İstanbul, Lamure Kitap, 2008, s. 9.

³ Belirtmek gerekir ki, yargının tutarlı bir kriter arayışında olmadığı, olaya göre ve kimi zaman çelişkili kararlar verdiği sonucuna da ulaşılabilmesi söz konusu olabilir. Bununla birlikte, yargının yaklaşımının ortaya konulmasının konunun incelenmesi bakımından gerekli olduğu kuşkusuzdur.

I. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KONUYA YAKLAŞIMI

Özel hukuk kişilerinin kamusal alanda işlem yapabilmesi hususuna temas eden yargı kararlarından önemli bir kısmını Anayasa Mahkemesi kararları oluşturmaktadır. Bu kararların tahlile tâbi tutulması, Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin yaklaşımının anlaşılabilmesi için gereklilik teşkil etmektedir. Bununla birlikte özel hukuk kişilerinin işlemlerini konu edinen Anayasa Mahkemesi kararlarının anlam ve kapsamının belirlenmesinin ve konunun Mahkeme tarafından nasıl ele alındığı hususunun tek kriterle açıklanamadığı görülmüştür. Bu itibarla bu kararları öncelikle, kararların verilmiş oldukları tarih boyutundaki değişimler çerçevesinde ele alacağız. Ayrıca Yüksek Mahkeme'nin benzer uyuşmazlıklar bakımından benzer gerekçeleri kullandığı durumları tespit etmeye çalışacağız. Nihayet karara konu faaliyetin niteliğinden hareketle Yüksek Mahkeme'nin kullandığı gerekçelerin farklılık gösterip göstermediğini tespit etmeye çalışacağız. Böylelikle Anayasa Mahkemesi'nin konuya yaklaşımını üç farklı açıdan ele alarak ortaya koymaya çalışacağız.

A. Zaman Boyutuyla Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gösterdiği Yaklaşım: Zaman İçinde Yaşanan Bir Değişiklik (Mi?), İstikrar (Mı?) veya Karmaşa (Mı?)

Anayasa Mahkemesi'nin özel hukuk kişilerinin bir idari işlemin yapıcısı olabilmesinin mümkün olup olamayacağına ilişkin kararlarını, tarih itibarıyla ele almak, Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin düşünce çizgisinin tarihi akış içerisinde değişip değişmediğini, değişmiş ise bu değişimin sebeplerini anlamak bakımından önemlidir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi kararlarını öncelikle bu başlık altında, eski tarihli olanlardan başlamak ve içeriklerine görece daha fazla yer vermek suretiyle ele alacak, tekrara düşmemek adına diğer kriterlere göre yaptığımız ayrımlarda ise bu kısma mümkün olduğunca atıfta bulunarak inceleme yapacağız.

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlardan konumuz bakımından değinilmesini zorunlu gördüğümüz önemli bir kararı, 1985/11 Esas ve 1986/29 Karar

sayısıyla 11.12.1986 tarihinde vermiş olduğu bir karardır. Mahkeme, 03.05.1985 tarih ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun, kanun kapsamına giren yapılar için belediye veya valiliklerin yanı sıra yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına yapı ruhsatiyesi verme yetkisini tanıyan 21. maddesinin, Anayasa'nın 128. maddesine aykırılığı nedeniyle oy birliği ile iptaline karar vermiştir. Özel hukuk kişilerine yapı ruhsatiyesi ve yapı kullanma izni verme yetkisi tanımanın, Anayasa'nın 128. maddesindeki düzenlemeyle bağdaşmadığı sonucuna varırken Anayasa Mahkemesi şu gerekçeleri zikretmiştir:

“(…) Uygulamada ve öğretide de kabul edildiği gibi; ister ‘bağlı yetki’ ister ‘takdir yetkisi’ şeklinde kullanılsın ‘ruhsat verme’ idarenin, kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Bu nedenle ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, aslî ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur. Bu durum karşısında, bu hizmetin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekir. Esasen Anayasa'nın 128. maddesi ile benimsenen ilke de bu doğrultudadır. İnşaat ruhsatı ve yapı kullanma izninin hukuki niteliği ve bunun sonucu olarak bu hizmetin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yürütülebileceğinin kabulü yeminli büro elemanlarının hukuki statüsünün belirlenmesini gerektirmektedir. Memur olmadıkları konusunda duraksamaya yer bulunmayan yeminli büro elemanları bakımından önemli olan ve açıklığa kavuşturulması gereken husus, Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen diğer kamu görevlilerinden sayılıp sayılmayacaklarıdır. (...) Yeminli bürolar, (...) merkezi idarenin gözetim ve denetimi altında onun bir birimi durumunda olan kuruluşlar değildir. (...) büro elemanları ile merkezi idare arasında statüer bir ilişki de yoktur. (...)”

Yukarıda yapılan açıklamalardan, 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 anlaşılmaktadır.”⁴

Gerekçede ilk dikkati çeken husus, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni vermenin kolluk faaliyetleri arasında bulunması nedeniyle asli ve sürekli görevler olduğu ve bu sebeple bu görevlerin memur ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirilmesi gerektiği tespitidir. Mahkeme, yeminli büro elemanlarının bir özel hukuk kişisi oldukları konusunda doğrudan bir kabulle hareket etmemiş, Anayasa'nın 128. maddesinde sayılan memur ve diğer kamu görevlisi kapsamında olup olmadıklarına dair değerlendirmeyi öne çıkarmıştır. Anayasa Mahkemesi, memur olmayan yeminli büro elemanlarının Anayasa maddesindeki “diğer kamu görevlisi” kapsamında da olmadığından hareketle temel iptal gerekçesini ortaya koymuş, bu büroların merkezi idarenin gözetim ve denetimi altında

⁴ AYM, E. 1985/11, K. 1986/29, T. 11.12.1986, RG., 18.04.1987/19435.

bulunmamalarının yanı sıra, merkezi idare ile aralarında statüer yapıda bir ilişkinin olmadığını belirtmiştir. Kararda dikkat çekici olan husus, Anayasa'nın 128. maddesinin "ilgili anayasa maddesi" olarak belirlenmiş olmasıdır.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararından sadece birkaç ay sonra vermiş olduğu bir diğer kararında ise 3239 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 141. maddesine ek maddeyle⁵ getirilen yeminli mali müşavirlere "muhasabe, işletme, finans ve mali mevzuat konularında gerçek ve tüzel kişilere müşavirlik hizmeti vermek, mükelleflerin vergi tarhına esas teşkil edecek mali tablolarını ve beyannamelerini, ilgili mali mevzuat, cari muhasabe prensipleri ve denetim standartları yönünden tasdik etmek yetkileri" konusunda Anayasa'nın 128. maddesinin 1. fıkrası bakımından bir aykırılık saptamamıştır⁶. Mahkeme, sözü edilen kararında yeminli mali müşavirlerce incelenmiş belgelerin kamu idaresinin yetkili elemanlarınca incelenmiş belgelerle aynı değerde kabul edilmesinden hareketle mali müşavirlerce yapılan denetimin, kamu hizmeti olduğu sonucuna varmıştır. Yine, kendilerine kanunla yetki verilmiş olması dolayısıyla Devlet ile aralarında kamu hukuku ilişkisi bulunduğu kabulüyle mali müşavirlerin Anayasa'nın 128. maddesi

⁵ Ek Madde-Yeminli Mali Müşavirlik mesleğinin konusu: Gerçek ve tüzel kişilerin, muhasabe sistemlerini kurmak, geliştirmek, işletmecilik, finans, mali mevzuat ve bunların uygulamaları ile ilgili işlerini düzenlemek, bu konularda müşavirlik yapmak, mükelleflerin mali tablolarını ve beyannamelerini ilgili mali mevzuat hükümleri, muhasabe prensipleri ve denetim standartları açısından tasdik etmektir.

Yeminli Mali Müşavirlerce gerçek ve tüzel kişilerin mali tabloları ve vergi beyannamelerinin mevzuat hükümlerine uygunluğunun tasdik edilmiş olması halinde, bu belgeler kamu idaresinin yetkili elemanlarınca tasdik işleminin kapsamı ölçüsünde incelenmiş belgeler olarak kabul edilir.

Ancak, bu Kanunla ve diğer kanunlarla kamu idaresine tanınan, teftiş ve inceleme yetkilerinin kullanılması ve gerektiğinde tekrarına ait hususlar saklıdır.

Yeminli Mali Müşavirler yaptıkları tasdikle ilgili işlemlerden sorumludurlar.

Yeminli Mali Müşavirlik ünvanının kazanılması, bunların yapacağı işler, sorumluluk sınırları, yönetim, çalışma ve disipline ilişkin esaslar ve diğer hususlar Bakanlar Kurulunca çıkarılacak Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenir.

Yeminli Mali Müşavirler Odalarının kuruluşuna ilişkin esaslar kanunla düzenlenir.

Yeminli Mali Müşavirler Kurulu biri başkan, biri başkan vekili olmak üzere yirmi kişiden oluşur.

Yeminli Mali Müşavirler Kurulunun kuruluş, görev, çalışma ve denetim esasları seçilme usulü ile diğer konular Bakanlar Kurulunca belirlenir.

Kurul üyeleri ve personeli özlük hakları bakımından Sermaye Piyasası Kurulu üyelerinin ve personelinin tabi olduğu özlük hakları rejimine tabidir.

⁶ AYM, E. 1986/5, K. 1987/7, T. 19.03.1987, RG., 12.11.1987/19632. Anayasa Mahkemesi bu kararında ilgili düzenlemeyi, yeminli mali müşavirlerin görev itibarıyla idarenin bütünlüğü içerisinde kalmaları nedeniyle bu kimselerin özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekirken, bu yetkinin madde kapsamında Bakanlar Kurulu'na bırakılmış olması nedeniyle Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrasına aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

anlamında kamu görevlisi oldukları tespitinde bulunmuştur. Mahkeme, yeminli mali müşavirlerin özel hukuk kişisi olabileceği konusunda ayrıca bir irdeleme yapmayarak düzenlemeyi Anayasa'nın 128. maddenin 1. fıkrası yönünden inceleme gereği duymamış, düzenlemeye konu yetkilerin kamu gücünün kullanımı anlamında bir idari işlem olmadığı kanaatine dayanmıştır. Dikkat edilirse bir yandan konuyu Anayasa'nın 128. maddesi ekseninde alma bakımından bir süreklilik söz konusu olmakla birlikte, mali müşavirlerin kamu hizmeti görmesi şeklindeki ek gerekçelerin oldukça tartışmaya açık olduğu görülmektedir. Temel kriteri kullanmadan, ek gerekçeyle hüküm tesis etmiş olması da Anayasa Mahkemesi'nin süreklilik olarak görülebilen bir çizgide, adeta sonuca karar verdikten sonra, temel bağlantıları kurmakla birlikte, karar bazında gerekçe kullandığını söylemek mümkündür.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, 2002 tarihinde 29.06.2001 tarih ve 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un bazı maddelerinin iptali istemi üzerine yapmış olduğu incelemede, yapı denetim kuruluşlarına Kanun ile tanınan yapı denetimine ilişkin çeşitli yetkileri de Anayasa'nın 128. maddesine aykırı bulmamıştır⁷.

Kanun, getirdiği düzenleme ile tüzel kişiliği haiz yapı denetim kuruluşları kurulmasını öngörmüş ve bu kuruluşlara geniş yetkiler tanımıştır. Kanun 2. maddesinde⁸, yapı denetim kuruluşlarına yapının çeşitli aşamalarında yapıyla ilgili olarak inceleme, kontrol, rapor ve görüş bildirimini gibi yetkilerin yanı sıra yapının ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun olup olmadığını denetleme yetkisi de vermektedir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırılık iddialarını bu şirketlerin nihai olarak bir idari işlem yapabilme yetkisinin olup olmadığı bağlamında incelemiş ve olmadığı sonucuna ulaşarak kanun hükmünün Anayasa aykırılığı dolayısıyla iptali talebini reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nce, dava konusu düzenlemeyle yapı denetim kuruluşlarına (kanun hükmünün idari faaliyete katılmaya imkân verdiği açık olsa da) sonuçlandırıcı bir idari işlem yapma yetkisi verilmemiş, yapı denetim kuruluşlarının

⁷ AYM, E. 2001/377, K. 2002/59, T. 26.06.2002, RG., 09.12.2002/24931.

⁸ Halen yürürlükte olan söz konusu maddenin tam metni için bkz. 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun, RG., 13.07.2001/24461.

kamu gücü kullanmadan teknik inceleme yapmak ve bu konuda ilgili yerlere rapor, görüş ve bilgi vermekle görevlendirilmiş olduğuna işaret edilmiştir. Bu itibarla Anayasa Mahkemesi'ne göre, yapı denetim kuruluşlarının sahip olduğu yetkiler Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler arasında yer almamaktadır ve dolayısıyla ilgili kuruluşlara tanınan yetkilere ilişkin düzenleme Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık taşımamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarının yapı ruhsatı verme yetkisini Anayasa'nın 128. maddesine aykırı bulduğu 1985/11 Esas, 1986/29 Karar ve 11.12.1986 tarihli kararındaki gerekçelerinden farklı olarak bu kararında, yapı denetim kuruluşlarına kamu gücü kullanımı niteliğinde bir yetki verilmediğinden bahisle hüküm kurmuştur. Mahkemenin, söz konusu tespiti varırken, yapının ruhsat ve ekleri ile ilgili mevzuata uygunluğunun denetiminin yapı ruhsatı vermekten farklı nitelik arz ettiğinden hareket ettiği anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu karardan kısa bir süre sonra 26.06.2001 tarih ve 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun 4. Maddesinin 3. fıkrasının *"Arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler yönetici şirket tarafından verilir ve denetlenir."* şeklindeki cümlesini Anayasa'nın 128. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir⁹. Yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verilmesi ve denetlenmesinin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli bir kamu hizmeti olması nedeniyle memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle gerçekleştirilmesi gerektiğine dikkat çeken Mahkeme, yönetici şirketin ise aynı Kanun uyarınca bir özel hukuk kişisi niteliğinde olması dolayısıyla bu yetkileri kullanamayacağına hükmetmiştir.

Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı'nın¹⁰ 31.10.2006 tarih ve 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nu kapsamında sahip bulunduğu; *"tohumlukları yetiştiren, işleyen ve satışa hazırlayan, dağıtan, satan gerçek veya tüzel kişilerin yetkilendirilmesi ve denetlenmesi, ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğu ile etiket ve ambalaj bilgilerinin doğruluğunun denetlenmesi"*ne ilişkin

⁹ AYM, E. 2001/383, K. 2003/92, T. 16.10.2003, RG., 19.01.2006/26054.

¹⁰ Bakanlığın bugün sahip olduğu isim Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'dır.

yetkilerini Türkiye Tohumcular Birliği, kamu kurum ve kuruluşları ve üniversitelerin yanı sıra özel hukuk tüzel kişilerine de devrine ilişkin düzenlemenin iptali istemiyle yapılan itirazda da Anayasa Mahkemesi; özel hukuk tüzel kişilerine devri öngörülen denetim yetkisi yönünden iptal kararı vermiştir¹¹. İlgili karar gerekçesinde, denetim yetkisinin idarenin kolluk etkinlikleri içerisinde yer alan, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup asli ve sürekli görevler arasında yer aldığı ifade edilerek Anayasa'nın 128. maddesi gereğince memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Bu kararlara bakıldığında Anayasa Mahkemesi'nin 128. madde ışığında bir değerlendirme yapmada istikrar gösterdiği söylenebilir. Ancak Anayasa Mahkemesi, 6094 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle 10.05.2005 tarih ve 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'a getirilen, *"EPDK'nın ilgili Kanun kapsamında sahip olduğu üretim tesisleri ile elektrik üretim ve dağıtım yapılan diğer tesislerin lisansı kapsamındaki inceleme ve denetim yetkisinin denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılabilceği"*ne ilişkin düzenlemenin iptali istemi üzerine yaptığı incelemede ise, Anayasa'nın 2., 7. ve 10. maddelerine aykırılık dolayısıyla iptal kararı vermiş, Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık saptamamıştır¹². Söz konusu iptal kararına farklı gerekçe ile katılan üye Fulya KANTARCIOĞLU, yazmış olduğu farklı oy gerekçesinde, iptaline karar verilen düzenlemenin *"veya gerektiğinde masrafları ilgililere ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir."* kısmının, Anayasa Mahkemesi'nin Tohumculuk Kanunu ile ilgili olarak yukarıda yer verdiğimiz 2007/2 Esas, 2011/13 Karar sayılı ve 13.01.2011 tarihli kararındaki gerekçelerle Anayasa'ya aykırı bulunduğunu belirtmiştir. KANTARCIOĞLU'nun anılan kararın *"özel hukuk kişilerine"* ibaresine

¹¹ AYM, E. 2007/2, K. 2011/13, T. 13.01.2011, RG., 23.07.2011/28003.

¹² AYM, E. 2011/27, K. 2012/101, T. 05.07.2012, RG., 06.10.2012/28433. Anayasa Mahkemesi, DSİ'nin elektrik üretmek amacıyla kurulacak üretim tesislerinin su yapısı ile ilgili kısımları ile gerçek veya tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının incelenmesi ve denetlenmesi yetkilerinin denetim şirketlerine devrine dair düzenlemenin 128. maddeye aykırılığı nedeniyle iptali istemi üzerine yapmış olduğu incelemede de, 2. ve 7. maddelere aykırılık nedeniyle iptal kararı vermiş, 128. maddeye ilişkin bir aykırılık tespitinde bulunmamıştır. Kararda, 2011/27 Esas sayılı kararının gerekçesine benzer şekilde, denetim usul ve esaslarına dair belirsizliğin Anayasa'nın 128. maddesi bağlamında yapılacak denetime de engel olacağına belirtilmesiyle yetinilmiştir. Bkz. AYM, E. 2012/6, K. 2012/131, T. 27.09.2012, RG., 13.02.2013, 28558.

ilişkin gerekçelere yapmış olduğu atıftan; EPDK'nın sahip bulunduğu denetim yetkisini genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli bir edim kapsamında niteleyip bu yetkinin denetim şirketlerine devrini öngören düzenlemeyi Anayasa'nın 128. maddesine aykırı bulmak gereğine işarette azlık oyu yazdığı görölmektedir. Dolayısıyla bu azlık oyu esasında bir istikrar gereğine işarettir. Kararda bu hususta, daha önceki kararlardan niçin farklı bir madde gerekçelendirilmesine gidildiğine dair bir açıklama yoktur. Azlık oyunda bu hususa işaret edilmesi bizi, bu konunun tartışıldığı ancak çoğunluk tarafından farklı bir eksenle ele alınmasına karar verildiği kanaatine vordırmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 03.6.2011 tarih ve 635 sayılı Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin, Bakanlığın sorumluluğunda bulunan *“sanayi ürünlerinin, ürün güvenliği ve teknik mevzuatına uygunluğunu sağlamak amacıyla yapılacak denetim sırasında alınan numunelerin testlerinin, özel hukuk hükümlerine tabi kişi veya kurumlar tarafından yapılabileceği”*ne ilişkin düzenlemesinin iptali için yapılan itirazda, aşağıdaki tespitleri çerçevesinde Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık bulmamıştır:

“(…) Denetimde esas alınacak kıstasların tespiti ile denetimler sırasında alınan numunelerin test edilmeleri, denetim açısından ***bir hazırlık işlemi niteliğinde olup***, icrai sonuç doğuran bir işlem veya karar değildir. Bu kurallarda öngörölen hukuki, cezai ve idari tedbirleri uygulama yetkisi özel kişi veya kurumlara devredilmemektedir. Sadece teknik destek sağlamaktan ibaret, hazırlık işlemi niteliğinde olan hizmetin memur ve diğer kamu görevlisi olmayan kişilere gördürölmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.”¹³

Aslında bu kararın konuyu önemli ve öncekilerden (ve kimi sonrakilerden) farklı bir eksenle ele aldığı, ağırlık noktasının hazırlık işlemi- icrai işlem ayırımı ışığında olduğu görölmektedir.

4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'nun *“Yetki devri”* başlığını taşıyan ve Ulaştırma Bakanlığı'nın¹⁴, söz konusu kanun gereğince yerine getirmekle yükümlü olduğu görev ve yetkilerinin tamamını veya bir kısmını devredebileceğini öngören 35. maddesinin iptali istemi üzerine yapılan incelemede Anayasa Mahkemesince, Bakanlığın devredebileceği yetkilerinin kolluk yetkileri kapsamında bulunduğu ve

¹³ AYM, E. 2011/84, K. 2012/151, T. 11.10.2012, RG., 26.07.2013/28719.

¹⁴ Bakanlığın bugün sahip olduğu isim Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'dır.

dolayısıyla bu yetkilerin memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden bahisle, düzenlemenin Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir:

“(...) Kolluk faaliyeti içinde yer alan zorunlu denetim hizmeti, idari para cezası ile uyarma, geçici durdurma ve iptal şeklinde idari müeyyideler uygulamaya ilişkin görev ve faaliyetler genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindendir. Anayasa'nın 128. maddesine göre, kolluk faaliyetleri arasında yer alan bu tür kamu hizmetlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur.”¹⁵

Bu kararı, Anayasa Mahkemesi'nin bu başlık altında ele aldığımız ilk kararındaki gerekçesine dönüş yaptığının bir göstergesidir. Yeminli mimarlık ve serbest mühendislik bürolarına yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verilmesini Anayasa'nın 128. maddesine aykırı bulduğu karardaki gibi, bu kararda da Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi, kolluk faaliyetleri çerçevesinde kalan etkinliklerin asli ve sürekli görevlerden olması nedeniyle memurlar ve diğer kamu görevlilerince yürütülmesi gerektiği olmuştur.

14.03.2013 tarih ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ve Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün Kanun kapsamındaki her türlü denetim yükümlülüklerinin hizmet satın alınarak yaptırılmasına ilişkin kuralıyla ilgili yaptığı incelemede Anayasa Mahkemesi, denetim raporlarının icrai nitelikte olmadığından bahisle düzenlemenin Anayasa'nın 128. Maddesine aykırılık taşımadığını belirterek iptal isteminin reddine karar vermiştir¹⁶.

Anayasa Mahkemesi, 13.10.1983 tarih ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun suç saydığı fiilleri işleyenler hakkında kurallara uygun davranıp davranmadıklarını araştırıp değerlendirmek üzere fahri trafik müfettişlerine tanınan ihbar tutanağı düzenleme yetkisinin iptali için yapılan başvuruda da Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık bulmamıştır¹⁷. Mahkeme söz konusu kararını, fahri trafik müfettişlerince düzenlenen tutanakların idari işlem kuramı uyarınca hazırlık işlemi

¹⁵ AYM, E. 2012/27, K. 2012/173, T. 08.11.2012, RG., 28.03.2013, 28601.

¹⁶ AYM, E. 2013/65, K. 2014/93, T. 22.05.2014, RG., 24.06.2016/29396.

¹⁷ AYM, E. 2013/43, K. 2013/168, T. 26.12.2013, RG., 07.03.2014/28934.

niteliğinde olup bu tutanakların hazırlanmasının denetlenen kişinin hukuksal durumunda değişiklik yaratmadığı, asıl icrai işlemin denetim sonucunda yetkili makamlarca verilecek idari yaptırımlar olduğu savına dayandırmıştır.

Mahkeme, 21.02.2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un, yüklenicinin sözleşme konusu edimlerinin yerine getirilip getirilmemesinin denetiminin özel kişilere bırakılmasına ilişkin hükümlerinin iptali talebiyle yapılan itiraz üzerine yaptığı inceleme sonucunda da, az evvel zikrettiğimiz 2013/43 Esas, 2013/168 Karar sayılı ve 26.12.2013 tarihli kararıyla birebir aynı içerikteki gerekçelerle Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık bulmamıştır¹⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin, değindiğimiz bu son üç kararı, yukarıda zikrettiğimiz 2011/84 Esas ve 2012/51 Karar sayısıyla 11.10.2012 tarihinde vermiş olduğu karardaki gerekçesine dönüş yaptığını göstermektedir. Anayasa Mahkemesi, dayanak noktasını hazırlık işlemi-icrai işlem ayırımının oluşturduğu bu gerekçesine, arada başkaca gerekçeyle hüküm kurduğu karardan sonra, son üç kararında tekrar başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin çok yakın bir tarihte vermiş olduğu 25.06.2010 tarih ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 30. maddesinin 5. fıkrasında, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün otoyolları işletme hakkını devrettiği özel hukuk tüzel kişisi niteliğindeki şirketler tarafından kontrolsüz geçişlerde tesis edilmesi ve yine bu şirketlerce tahsil edilmesi öngörülen para cezasının, *“klasik anlamda idari yaptırım niteliğindeki cezalardan farklı, idare hukuku alanından ziyade, özel hukuk alanına yaklaşan, (sui generis) niteliğe sahip bir işlem olduğu”* gerekçesiyle, ilgili düzenlemenin Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır¹⁹.

¹⁸ AYM, E. 2013/50, K. 2015/38, T. 01.04.2015, RG., 15.04.2015/29327.

¹⁹ AYM, E. 2017/166, K.2018/8, T. 18.01.2018, RG., 27.02.2018/30345. Karara muhalif kalan iki üye karşı oy gerekçelerinde; düzenlemeye konu cezayı idari para cezası olarak değerlendirek idarenin kolluk yetkisi kapsamında kaldığı ve özel hukuk kişilerince verilebilmesinin icrai işlem

Bu kararlara baktığımızda, son karar dışında, diğerlerinin bir yaklaşım biçimini gösterdiğini söylemek mümkündür. Yüksek Mahkeme, özellikle kamu gücü kullanılarak, hukuksal statülerde tek taraflı bir değişikliği kendi başına yapma gücü olan hukuki işlemlerin özel hukuk kişileri tarafından yapılmasını Anayasanın 128. maddesine aykırı görmekte, buna karşılık “hazırlık işlemi” şeklinde vasıflandırdığı, hukuki statüyü doğrudan değiştirmeyen yetkiler bakımından ise aykırılık görmemektedir. Oysa ki, hazırlık işlemleri de bir kamusal yetki kullanımıdır. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi’nin getirdiği kriterin, belki kendi içinde belirli bir ölçüde bir tutarlılığı olsa dahi, konuyu realiteden hareketle ikna edici biçimde irdelediği söylenemez. Son kararı ise başlı başına yeni bir yaklaşımı göstermektedir. Bu kararını, iptal talebinin reddini diğer açıklama biçimiyle gerekçelendirmesinin mümkün olmadığı bir durumda yeni bir kriterle gerekçelendirdiği söylenebilir.

Ancak ilgili oldukları düzenlemelerin konumuzla yakın teması nedeniyle seçtiğimiz bu kararların bir zaman kesitiyle ele alınması, Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin yaklaşımını belirlemeye yetmemektedir. Anayasa Mahkemesi’nin konuya yaklaşımı, ilk ele aldığımız kararı olan 1985 tarihli kararının üzerinden otuz yılı aşkın süre geçmiş olmak ve bu tarihten günümüze kadar verdiği kararları genel olarak Anayasa’nın 128. maddesi çerçevesinde olmakla birlikte, salt tarihi boyutuyla ele alındığında düz bir çizgi göstermemektedir. Bu itibarla, kararların birkaç açıdan daha incelemeye tâbi tutulması ihtiyacı vardır.

B. Anayasa Mahkemesi’nin Gerekçe Malzemesi Olarak İdari İşlem Kuramını Kullandığı Kararları

Yukarıda da kısaca değindiğimiz üzere Anayasa Mahkemesi son dönemlerde vermiş olduğu kararlarının bazılarında, konuya idari işlem kuramından hareketle yaklaşarak, dava konusu işlemin icrai nitelikte olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yaptıktan sonra, hazırlık işlemi niteliğinde olduğunu saptadığı işlemler bakımından özel hukuk kişilerince tesis edilmiş olmayı mümkün

yapma yetkisinin devri anlamına geldiği gerekçesiyle düzenlemenin Anayasa’nın 128. maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir.

görmektedir. Mahkeme, bu nitelendirmeyi yaptığı kararlarda birebir aynı kelimelerle ve ifade biçimiyle, aynı gerekçelendirmeyi kullanmaktadır.

“Denetim faaliyeti, başlı başına icrai sonuç doğuran bir işlem veya karar niteliğinde değildir. Denetim sonucu düzenlenen raporlar, idari işlem kuramı uyarınca hazırlık işlemi niteliğinde olup bu raporların hazırlanması, denetlenen kişilerin hukukunda değişiklik yaratmamaktadır. Esasen icrai işlem, denetim sonucunda yetkili makamlarca alınan cezai ve idari kararlar ile başvurulmuş diğer hukuki tedbirlerdir. İcrai kararları almakla yetkili idari makam, hazırlık işlemi niteliğindeki denetim raporunda yer alan tespit ve değerlendirmelerle bağlı değildir. Bu nedenle kural olarak icrai işlemler dışında denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınmasıyla yürütülmesi Anayasa’ya aykırılık teşkil etmez.”

şeklindeki gerekçelendirme kalıbı, Anayasa Mahkemesi tarafından bir üst başlıkta ele aldığımız kararlardan;

- Kamu özel ortaklığı ile tesis yapımını üstlenen yüklenicinin faaliyetlerinin denetiminin özel kişilerce yapılmasına imkân tanıyan düzenlemeye dair 2013/50 Esas, 2015/38 Karar sayılı ve 01.04.2015 tarihli,
- Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ve Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü’nün elektrik piyasası faaliyetleri ile ilgili denetim yetkilerinin özel kişilere devrine imkân tanıyan düzenlemeye dair 2013/65 Esas, 2014/93 Karar sayılı ve 2.05.2014 tarihli,
- Bilim Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı’nın metroloji alanındaki denetim yetkilerinin özel kişilere devrine imkân tanıyan düzenlemeye dair 2011/84 Esas, 2012/151 sayılı ve 11.10.2012 tarihli kararında birebir aynı şekilde,
- Fahri trafik müfettişlerine suç tutanağı düzenleme imkânı tanıyan hükme dair 2013/43, 2013/168 Karar sayılı ve 26.12.2013 tarihli kararında ise çok benzer ifadelerle dayanak alınmıştır²⁰.

²⁰ Söz konusu kararlar, Anayasa Mahkemesi’nin bir üstte “Zaman Boyutuyla Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gösterdiği Yaklaşım: Zaman İçinde Yaşanan Bir Değişiklik (Mi?), İstikrar (Mı?) veya Karmaşa (Mı?)” başlığı altında ele aldığımız kararları arasında incelenmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin yalnızca bu gerekçelendirmede bulunduğu kararlarına bakıldığında, Mahkeme'nin, yaptırım içermeyen bir tür ön denetim yetkisi anlamına gelecek ve bunun da denetiminin mümkün olması sebebiyle bağlayıcı olmadığına işaret eden tüm işlemleri hazırlık işlemi addedip bu işlemlerin özel hukuk kişilerince yapılabilirliğini kabul ettiği sonucuna varmak mümkündür.

Bununla birlikte, Mahkemenin denetim yetkisine yaklaşımı, bir üst başlıkta yer verdiğimiz tüm kararlarına baktığımızda görüleceği üzere her zaman hazırlık işlemi-icrai işlem ayrımından hareketle olmamıştır. Anayasa Mahkemesi, nispeten daha yakın tarihli bu kararlarında biraz daha özel hukuk kişilerine yetki verilmesine yer açacak şekilde, ama yaptırım uygulama yetkisinin İdarede kaldığını da belirterek, çeşitli konulara ilişkin yapılacak denetim faaliyetinin, yardım ya da teknik destek sağlamaktan ibaret hazırlık işlemi niteliğinde olduğu gerekçesiyle özel hukuk kişileri tarafından yapılmasında Anayasa'ya aykırılık görmemiştir. Diğer yandan Mahkeme, yapı denetim kuruluşlarına verilen teknik inceleme yetkisini Anayasa'ya aykırı bulmadığı 2001/377 Esas, 2002/59 Karar sayılı ve 26.06.2001 tarihli kararında, bu yetkinin hazırlık işlemi kapsamında kaldığından bahisle değil, kamu gücü kullanmadan gerçekleştirilmesinden hareketle hüküm kurmuştur. Sonuç itibarıyla, iki karar da teknik inceleme yetkisine ilişkin ve sonucu itibarıyla aynı doğrultuda olmakla birlikte, Mahkeme'nin ilgili kararlarda bu yetkiyi ele alış biçimi farklıdır.

İdari işlem kuramı uyarınca yapılan hazırlık işlemi-icrai işlem ayrımına ilişkin gerekçelendirme de Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımının ortaya konulması noktasında tek başına yeterli bir kriteri ifade etmemektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin son dönem vermiş olduğu kararlarındaki gerekçelerde kullanıldığını ifade ettiğimiz bu ayrım, özel hukuk kişilerine kontrolsüz geçişlerde tanınan para cezası verme yetkisinin Anayasa'ya uygunluğu hakkında yaptığı denetime ilişkin 2017/166 Esas, 2018/8 Karar sayılı ve 18.01.2018 tarihli kararında²¹ Mahkeme tarafından, muhalif kalan iki üyenin karşı oy gerekçeleri hariç, başvurulmamıştır. Bu

²¹ Söz konusu kararlar, Anayasa Mahkemesi'nin bir üstte “Zaman Boyutuyla Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gösterdiği Yaklaşım: Zaman İçinde Yaşanan Bir Değişiklik (Mi?), İstikrar (Mı?) veya Karmaşa (Mı?)” başlığı altında ele aldığımız kararları arasında incelenmiştir.

itibarla, Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin yaklaşımını bütüncül bir şekilde ortaya koymaya yardımcı olamayan bu ayrım dışında, kararlarının farklı bir kriterden hareketle daha ele alınması gerekmektedir.

C.Anayasa Mahkemesi'nin Faaliyetin Niteliğinden Hareketle Gerekçelendirdiği Kararları

Anayasa Mahkemesi'nin özel hukuk kişilerine çeşitli muameleler yapma yetkisi veren düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğu hakkında yaptığı denetim, tarihi boyutuyla göstermeye çalıştığımız başlıktaki incelemede de görüleceği üzere, genel olarak Anayasa'nın 128. maddesinin 1. fıkrasına ilişkindir. Anayasa'nın *Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini* emreden bu hükmü, özel hukuk kişilerinin idari bir faaliyet alanındaki hukuki bir işlemiyle ilgili olan hemen her düzenlemenin denetiminde Anayasa Mahkemesi tarafından başvurulmuş hürumdür.

Anayasa'nın 128. maddesine aykırılığı iddiasına dayanılarak iptalleri istemiyle Anayasa Mahkemesi önüne gelen düzenlemelerin neredeyse tamamı, özel hukuk kişilerine çeşitli konularda tanınan denetim faaliyeti ile bu faaliyetin bir adım sonrasını teşkil eden yaptırım uygulama, tasdik etme yahut ruhsat, izin verme gibi hukuki işlemlere ilişkindir. Anayasa Mahkemesi, denetleme görev ve yetkisinin kolluk yetkilerinden olduğuna hükmettiği kararlarda, bu yetkinin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olduğu, bu nedenle memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yürütülmesi gerektiği gerekçesiyle özel hukuk kişilerine bırakılamayacağına hükmetmektedir. Özel hukuk kişilerine tohumculuk faaliyeti ile ilgili tanınan denetim yetkisine ilişkin düzenlemeyle ilgili yaptığı denetimde Mahkeme, Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık saptarken şu gerekçeleri kullanmıştır:

“(…) Tohumluğun üretimine, ithal ve ihracatına izin verilmesi, tohumluk sertifikasyonu, tohumculuk ile ilgili faaliyetlerde yetkilendirme ve bunların denetlenmesi, ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğu ile etiket ve ambalaj bilgilerinin doğruluğunun

denetlenmesi işlemlerinin kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. İptali istenilen kural ile Bakanlığın bu konuda haiz olduğu yetkileri gerekli gördüğü hallerde kısmen veya tamamen Türkiye Tohumcular Birliğine, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere; şartları belirlenmek kaydıyla, süreli veya süresiz olarak devredebileceğinin öngörüldüğü, Bakanlığın kuralda belirtilen yetkileri vermesi halinde de denetim ve gözetim görevinin devam edeceği açıktır.

İptali istenilen kural ile Bakanlığın; Birliğe, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere devredebileceği yetkilerinden olan denetleme görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindendir. Anayasa'nın 128. maddesine göre de, kolluk faaliyetleri arasında yer alması nedeniyle denetleme yetkisinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur. İptali istenilen kuralda özel hukuk tüzel kişileri dışında yetki devri yapılabilecek Türkiye Tohumcular Birliği, kamu kurum ve kuruluşları ve üniversiteler kamu tüzel kişiliğine sahip olup, Anayasa'nın 128. maddesi kapsamındadır. Ancak, bunlar dışında Bakanlığın denetim yetkisini tümüyle özel hukuk tüzel kişilerine devretmesi veya onlarla paylaşması ise olanaklı değildir. Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kuralda yer alan 'özel hukuk tüzel kişilerine' ibaresi, 8. maddedeki 'denetim' yönünden Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”²²

Diğer yandan Anayasa Mahkemesi, “EPDK’nın ilgili Kanun kapsamında sahip olduğu üretim tesisleri ile elektrik üretim ve dağıtım yapıları diğer tesislerin lisansı kapsamındaki inceleme ve denetim yetkisinin denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılabilmesi”ne ilişkin düzenlemenin ve “DSİ’nin elektrik üretmek amacıyla kurulacak üretim tesislerinin su yapısı ile ilgili kısımları ile gerçek veya tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının incelenmesi ve denetlenmesi yetkilerinin denetim şirketlerine devri”ne dair düzenlemenin 128. maddeye aykırılıkları nedeniyle iptalleri istemi üzerine yapmış olduğu yargılamalarda²³ Anayasa’nın farklı maddelerine aykırılık saptamış olmakla birlikte 128. maddeye aykırılık dolayısıyla iptal kararı vermemiştir.

Zikredilen iki düzenlemenin de denetim şirketlerince yapılacak denetimin usul ve esasları konusunda belirlilik taşımamaları nedeniyle Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden olan “belirlilik” ilkesine aykırı olduğunu

²² Söz konusu karar, Anayasa Mahkemesi’nin bir üstte “Zaman Boyutuyla Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gösterdiği Yaklaşım: Zaman İçinde Yaşanan Bir Değişiklik (Mi?), İstikrar (Mi?) veya Karmaşa (Mi?)” başlığı altında ele aldığımız kararları arasında incelenmiştir.

²³ Söz konusu kararlar, Anayasa Mahkemesi’nin bir üstte “Zaman Boyutuyla Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gösterdiği Yaklaşım: Zaman İçinde Yaşanan Bir Değişiklik (Mi?), İstikrar (Mi?) veya Karmaşa (Mi?)” başlığı altında ele aldığımız kararları arasında incelenmiştir.

belirten Anayasa Mahkemesi, bu belirsizliğin Anayasa'nın 128. maddesi yönünden yapılacak denetime engel oluşturduğuna işaret etmekle yetinmiştir. Bu iki karar Anayasa Mahkemesi'nin, tohumculukla ilgili yukarıdaki kararının aksine, denetim yetkisinin devrini konu edinen bir düzenlemeyi, salt bu nedenle Anayasa'nın 128. maddesine aykırı bulmadığını veya farklı anayasal iptal gerekçeleri var ise 128. maddeye başvurmayı gerekli görmediğini göstermesi bakımından önemlidir.

Anayasa Mahkemesi, denetim yetkisiyle birlikte özel hukuk kişilerine izin, ruhsat verme, tasdik etme yahut yaptırım uygulama gibi bir yetkinin verilmesi halinde ise, önüne gelen bu nitelikteki yetkileri ihtiva eden bir düzenlemeyi Anayasa'nın 128. maddesine aykırı bulmaktadır. İlk başlık altında ele aldığımız kararlardan; 3194 sayılı İmar Kanunu'nun yeminli büro elemanlarına *yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni* vermesine imkân tanıyan düzenlemesine ilişkin kararı; 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun özel hukuk tüzel kişisi olan yönetici şirkete *arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izni verme ve denetleme* imkânı tanıyan düzenlemesine ilişkin kararı; 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'nun özel hukuk tüzel kişilerine *zorunlu denetim hizmeti idari para cezası ile uyarma, geçici durdurma ve iptal şeklinde idari müeyyide uygulama* imkânı tanıyan düzenlemesine ilişkin kararında yaptığı değerlendirmeler de bu hususu desteklemektedir²⁴.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun yeminli mali müşavirlere tanıdığı yetkilere ilişkin vermiş olduğu kararındaki²⁵ farklılık ise kanımızca Mahkemenin konuya yaklaşım biçiminden kaynaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi, oldukça dolaylı bir yorumla yeminli mali müşavirlerin kamu görevlisi olduğu sonucuna varmış ve Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası yönünden bir incelemede bulunmamıştır. Mahkemenin bu tespitinin isabeti bir yana bırakılacak olursa, tersinden anlamıyla Yüksek Mahkeme'nin bu kararında da özel hukuk kişilerinin

²⁴ Söz konusu kararlar Anayasa Mahkemesi'nin bir üstte "Zaman Boyutuyla Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gösterdiği Yaklaşım: Zaman İçinde Yaşanan Bir Değişiklik (Mi?), İstikrar (Mı?) veya Karmaşa (Mı?)" başlığı altında ele aldığımız kararları arasında incelenmiştir.

²⁵ Söz konusu karar, Anayasa Mahkemesi'nin bir üstte "Zaman Boyutuyla Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gösterdiği Yaklaşım: Zaman İçinde Yaşanan Bir Değişiklik (Mi?), İstikrar (Mı?) veya Karmaşa (Mı?)" başlığı altında ele aldığımız kararları arasında incelenmiştir.

yukarıda belirttiğimiz türden işlemleri yapabildiğini kabul etmediği sonucuna varılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin, 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un özel hukuk tüzel kişisi niteliğindeki işletme hakkı sahibi şirketlerce *kontROLSÜZ GEÇİŞLERDE PARA CEZASI TESIS EDİLMESİNE* dair düzenlemesinin Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık taşımadığına ilişkin kararı²⁶ ise Mahkeme'nin ortaya koyduğumuz eğiliminin gerçek bir istisnası olarak zikredilmelidir.

D.Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi'nin salt tarihi boyutu ile alındığında süreklilik arz etmediği sonucuna varılabilecek kararlarının, belirli yargılamalarında başvurduğu gerekçelendirmeleri ve belirli faaliyet alanlarındaki yetkilerin kullanımına ilişkin yaklaşımı ile birlikte, bu parçalardan oluşan bir bütün olarak yaklaşımı tespit edilmeye çalışılarak değerlendirildiğinde, kendi içinde bir tutarlılık arz ettiği, bir mantığı olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi kural olarak, özel hukuk kişilerinin hazırlık işlemi tesis edebilmesini mümkün görmekle birlikte icrai işlem tesis edebilmesini mümkün görmemektedir. Yüksek Mahkeme'nin bu hükme varırken özel hukuk kişilerince gerçekleştirilecek denetim faaliyeti sonrası düzenlenecek hazırlık işlemi niteliğindeki raporlardaki tespit ve değerlendirmelerin, icrai kararları almaya yetkili idari makamlar bakımından bağlayıcılık taşımadığı kabulünden hareket ettiği görülmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu “mantığı” istikrarlı ve kendi içinde tekrar eden nitelik taşısa da bilimsel olarak isabetli ve açıklanabilir değildir.

Hazırlık işlemleri, bir idari işlemin yapılmasından önce tesis edilen, karar almaya yetkili makamları bağlamayan ve genellikle icrai nitelikte olmayan işlemler olarak ifade edilmektedir²⁷. Bununla birlikte, hazırlık işlemlerinin pek çok durumda

²⁶ Söz konusu karar, Anayasa Mahkemesi'nin bir üstte “Zaman Boyutuyla Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gösterdiği Yaklaşım: Zaman İçinde Yaşanan Bir Değişiklik (Mi?), İstikrar (Mı?) veya Karmaşa (Mı?)” başlığı altında ele aldığımız kararları arasında incelenmiştir.

²⁷ Cemil Kaya, “Türk İdare Hukuku'nda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, **GÜHFD**, C. IX, Ankara, 2005, s. 261.

icrai işlemi tesis edecek kişi ya da makamı hukuken değilse dahi fiilen bağlaması ve hukuk alanında bir değişiklik yapması muhtemeldir. Hemen yukarıda yer verdiğimiz hazırlık işlemi tanımında yer alan, hazırlık işlemlerinin icrai nitelikte olmadığına ilişkin *genellikle* şeklindeki nitelemenin de böylesi durumlara ilişkin bir çekince olduğunu söylemek mümkündür.

Hazırlık işlemi ile icrai işlemler arasındaki ayrımın bu şekilde belirsizleştiği durumların varlığı nazara alındığında, Anayasa Mahkemesi'nin özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebilmelerini kabul ettiği sonucuna varılması gerekmektedir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, böyle bir kabulü hiçbir kararında açıkça zikretmemektedir.

Diğer yandan, hazırlık işlemleri ile icrai işlemlerin birbirleri ile arasındaki sıkı bağ, yıllara yayılan tüm kararlarında Anayasa Mahkemesi tarafından görmezden gelinmiş olamayacağına göre, icrai karar alma yetkisinin idari makamlarda kaldığı şeklindeki tespitlerinden Yüksek Mahkeme'nin, aslında özel hukuk kişilerince kesin, yürütülebilir, icrai idari işlem tesis edilemeyeceğini kabul ettiği çıkarımına varılabilir. Hazırlık işlemleri de idari işlemin bir türü olduğundan, Anayasa Mahkemesi'nin özel hukuk kişilerinin idari işlem yapabildiğini kabul ettiği, fakat buna kesin, yürütülebilir ve icrai olmamak bakımından bir sınır getirdiği söylenebilir.

II.DANIŞTAY KARARLARINDA ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN İDARİ İŞLEM YAPABİLİRLİĞİ

Danıştay'ın özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edip edemeyeceğine, tesis edebileceğini kabul ettiğinde ise hangi şartlarla kabul ettiğine ilişkin yaklaşımı çeşitli kararlarında farklılık arz etmektedir. Danıştay'ın konuya ilişkin yaklaşımının daha net bir şekilde ortaya konulabilmesi adına, benzer kararlarının gruplandırılmasına çalışılarak, ortak başlıklar altında incelenmesi daha isabetli olacaktır.

A.Danıştay’ın Özel Hukuk Kişilerinin İdari İşlem Tesis Edebileceğini Kabul Eden Mahiyetteki Kararları ve Bu Kararlarında Kullandığı Kriterler

1.“Hukuki Durumu” Etkileyecek Sonuç Doğuran Hukuki İşlemlerin İdari İşlem Olduğuna Dair Danıştay Kararları

Danıştay, çalışmamızın konusuyla ilgili vermiş olduğu kararların bir kısmında, kamu hizmeti yürüten özel hukuk kişilerinin ve özel hukuk hükümlerine tâbi kılındığı belirtilen tüzel kişilerin işlemlerinin, bunların üstlenmiş oldukları faaliyetleri yürütürken kullandığı yetkilerin niteliğinden hareket ederek, idari işlem olduğu sonucuna varmaktadır. Mahkeme, bir özel hukuk tüzel kişisi olan “Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü’nün Eskişehir İl İşletme Müdürlüğü” tarafından, kamunun ortak kullanımına kapatılan site içerisindeki aydınlatma hizmetleri için site yönetimi tarafından abone olunması gerektiği, aksi halde aydınlatma tesislerinin elektriğinin kesileceğine ve konuyla ilgili tüm sorumluluğun site yönetiminde olacağına ilişkin site yönetimine gönderilen bildirimin, *“kamu hizmetinin yürütülmesini teminen tek yanlı olarak tesis edildiği, ilgilinin hukukunda değişiklik yaptığı ve bir idari işlem niteliğinde”* olduğu sonucuna varmıştır. Kararda yer alan şu ifadeler Mahkeme’nin konuya yaklaşımını belirleyebilmek bakımından önemlidir:

“(…) İdari işlemler, çeşitli hukuki etkiler doğurmak amacıyla yapılan tek yanlı ve icrai irade açıklamaları olarak tanımlandığında, ‘iradenin açıklanması’ yönünden, bu iradenin sahibi durumunda olan ‘idari makam’ kavramı önem kazanmaktadır. Bu noktada, yalnızca işlemi yapan merciye göre belirlenen organik ölçüt tek başına yeterli olmamaktadır. Yani idarenin her işlemi idari işlem olmadığı gibi, bütün idari işlemlerin kamu tüzel kişileri tarafından tesis edilmesi de söz konusu değildir. Bu açıdan, idari karar alma yetkisi ve gücüyle donatılmış olmalarına karşılık, gerek statüleri ve gerekse teşkilatlanmaları ve yönetimleri bakımından özel hukuk tüzel kişisi olup da, kamu hizmeti gören kuruluşlar, bu hizmetleri yerine getirirlerken kamu makamı gibi hareket etmekte ve işlemleri de idare hukuku kurallarına tabi olmaktadır.

(…) Kamu hizmeti yerine getirilirken sahip olunan ayrıcalıklara dayanılarak, tek yanlı irade beyanıyla tesis edilen, hukuk düzeninde değişiklik yapan, başka bir deyişle, kişilerin hukuki durumlarında değişiklik meydana getiren etkili ve yürütülmesi zorunlu işlemler iptal davasına konu edilebileceği gibi, bu işlemler nedeniyle uğranılan zararların tazmini için tam yargı davası açılması da mümkündür.”²⁸

²⁸ Dan. 13. D, E. 2012/1871, K. 2013/276, T. 06.02.2013, DD, S. 134, s. 544-552.

Kararda dikkat çeken husus, karara konu işlemi yapan şirketin hiçbir kamusal niteliği olmadığıнын, bir özel hukuk tüzel kişisi olduğunun belirtilmiş olmasına rağmen bu şirketçe tesis edilen işlemin, idari işlem kabul edilmiş olmasıdır. Mahkeme bu sonuca, kamu hizmeti gören özel hukuk kişinin işleminin yerine getiriliş şeklinden hareketle, tek yanlı olarak ve ilgilinin hukukunda değişiklik yapan nitelikte olması dolayısıyla varmıştır. Teşkilatlanma, statü ve yönetim bakımından özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olup bir idari faaliyetin yürütücüsü olan şirketin işlemini idari işlem addederek idari yargı denetimine tâbi kılınması gerektiği sonucuna varmış olması, Danıştay'ın bu kararında; kuruluşunda İdarenin iradesinin bulunmadığı ve fakat idari faaliyet alanında rol üstlenen özel hukuk tüzel kişilerinin bu faaliyetleri sırasında idari işlem tesis edebileceklerini kabul ettiğini göstermektedir.

Nitekim Danıştay, Çanakkale Organize Sanayi Bölgesi Yönetim Kurulu Başkanlığı'nın, organize sanayi bölgesinde arsa tahsis edilen şirkete ait projenin tesis kurma şartlarını taşımadığını belirterek tahsis işleminin iptali doğrultusunda vermiş olduğu kararının kamusal yetki ve usuller kullanılarak idare hukuku ilke ve kurallarına göre tesis edilmiş olduğuna hükmetmiş ve idari işlem ile ilgili olarak şu nitelemelerde bulunmuştur:

“(…) İdare işleviyle ilgili ve tek taraflı irade beyanına dayalı olarak hukuki sonuç doğuran tasarruflar olarak tanımlanan idari işlemler, kural olarak idare makamlarınca tesis edilmektedir. Ancak *idare işleviyle ilgili kamu yetki ve usullerini kullanmakla yetkili olduğu özel yasal düzenlemeyle **istisnai olarak** kabul edilen özel hukuk tüzel kişilerinin, **tek taraflı irade beyanlarıyla hukuki sonuç doğuran, doğrudan uygulanabilir nitelikli işlemlerinin de idari işlem niteliği taşıdığıнын kabulü gerekir.** Zira bir işlemin idari işlem olup olmadığı konusunda asıl ayırt edici unsur işlemin idare işleviyle ilgili bir alanda, kamusal yetki ve usuller kullanılarak yapılması, başka bir deyişle idare hukukunun ilke ve kurallarına tabi olmasıdır.*”²⁹

Danıştay, bu kararında da Çanakkale Organize Sanayi Bölgesi'nin bir özel hukuk kişisi olduğunu açıkça belirtmiş, ancak kendisine taşınmaz tahsis etme konusunda kamusal bir yetki tanınmış olduğu gerekçesiyle ve bu yetkinin tek taraflı irade beyanıyla sonuç doğuran bir idari işlem olduğunun kabulüyle denetiminin idari yargının görev alanında kaldığına karar vermiştir. Bu kararında Danıştay, özel hukuk

²⁹ Dan. 10. D, E. 2009/5590, K. 2009/10533, T. 16.12.2009, DD, S. 124, s. 392-394.

kişilerinin idari işlem ile ilgisini “idari işlev” alanında faaliyette bulunma şeklinde çok geniş bir bağ ile kurmuş, fakat sonrasında özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebilmesini istisnai olarak kabul ettiği yorumunu doğuracak kriterler sıralamıştır. Mahkeme bir işlemin idari işlem addedilmesinde idari işlevle ilgili kamusal yetki ve usullerle tesis edilmesinin ayırt edici olduğunu belirtmektedir. Fakat, özel hukuk kişilerinin idari işlev alanına özel yasal düzenlemeyle istisnai olarak katılabileceği şeklindeki gerekçesinden Danıştay’ın, özel hukuk kişilerinin kanuni bir temeli olmaksızın idari işlev alanına dahil edilemeyeceği, dahil edilebileceği hallerin de istisnai olarak düzenlenebileceği yaklaşımında olduğu sonucu çıkmaktadır.

Danıştay, eski tarihli bir kararında da Türkiye Futbol Federasyonu Merkez Hakem Kurulu tarafından tesis edilen (A) klasmanı futbol hakeminin (B) klasmanına düşürülmesine ilişkin işlemin yine tek taraflı olarak ilgilinin hukukunu etkileyecek biçimde tesis edilmiş olmasından hareketle idari işlem olduğuna hükmetmiştir³⁰. Mahkeme, Türkiye Futbol Federasyonu’nun tüzel kişiliğinin niteliğine ilişkin bir tespitle bulunmamış³¹, federasyonun özel hukuk hükümlerine tâbi olmasının yalnızca bu nedenle federasyon bünyesinde yer alan kurullarca tesis edilen işlemlerin idari işlem olması niteliğini ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir.

Yukarıda yer verdiğimiz kararlarda ortak olarak göze çarpan husus, idari işlemi yapan makam bir kamu tüzel kişisi olmamasına rağmen Danıştay’ın, işlemlerin tesis edilışinde kullanılan yetkilerden hareket ederek bu işlemlerin idari işlem olduğu sonucuna varmış olmasıdır. *Tek yanlı olarak, ilgilinin hukukunda değişikliğe yol açar nitelikte, kamusal yetki ve usuller kullanılarak, idare hukuku ilke ve kuralları uyarınca* tesis edilen işlemler, işlemi yapan makamın niteliğinden bağımsız şekilde idari işlem vasfı kazanmaktadır. Danıştay, hemen bir sonraki başlık altında ele aldığımız bir kısım kararında ise, işlemi yapan makamın kendisine birtakım kamusal

³⁰ Dan. 10. D. E. 1991/1149, K. 1991/2286, T. 17.06.1991, Kazancı İçtihat Bankası.

³¹ Türkiye Futbol Federasyonu (TFF)’nin tüzel kişiliğinin niteliği konusunda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde özel hukuk kişilerinin görünümüne dair başlık altında ele aldığımız kurumlardan biri olan federasyonun niteliğine ilişkin bu görüşler konusunda ilgili kısımdaki açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz. Bkz. s. 39. TFF ile ilgili bu Danıştay kararına ise, kararda federasyonun kamu tüzel kişisi olduğuna ilişkin bir vurgu bulunmaması ve tesis etmiş olduğu işlemin yapılış şeklinden hareketle işleminin idari işlem olduğu sonucuna varılmış olması dolayısıyla bu başlık altında yer veriyoruz.

özellikler yakıştırmak suretiyle ve bu makamlarca tesis edilen işlemlerin, bir idari makamdan sâdır olduğundan bahisle idari işlem sayıldığını kabul etmektedir. Bu başlık altında incelediğimiz kararlar, Danıştay'ın özel hukuk kişilerinin idari işlem yapabileceği konusundaki en dolaysız kabulünün görünümü olmaları itibarıyla kanımızca ayrı önemi haizdir.

2.Danıştay'ın Hukuki İşlemi Yapan Özel Hukuk Tüzel Kişiliğine Kamusal Nitelik Atfetmek Suretiyle Dava Konusu İşlemi Denetlediği Kararları

Danıştay çalışmamızın konusuyla ilgili vermiş olduğu bazı kararlarında, işlemi yapan özel hukuk kişinin kendisine kamusal bazı nitelikler atfederek yahut bu kişileri kamu kurumu addederek bu kişilerce yapılmış işlemleri, kamusal bir makamca yapılmış oldukları gerekçesiyle idari işlem kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme özel hukuk kişilerine kamusal nitelik yakıştırmasını, çoğu defa bu kişilerin yönetim kurulu gibi organlarının kamu görevlilerinden oluşması, faaliyet amaçlarının kamu yararı olması, kendilerine bazı kamu gücü ayrıcalıkları tanınmış olması gibi gerekçelerle yaptığı görülmektedir.

Danıştay, Borçlar Kanunu uyarınca adi ortaklık şeklinde teşekkül etmiş bir şehirlerarası terminal işletmesinin bilet satış gişelerine yönelik olarak aldığı ihale kararı ve bu karar uyarınca yapmış olduğu ihale işlemlerini idari işlem addetmiş ve bu işlemlerin iptalleri talebiyle açılan davanın idari yargıda görülmesi gerektiğine hükmetmiştir³². Mahkeme bu tespite varırken, terminal işletmesi yönetim kurulunun kamu hizmeti yerine getiren İdarelerin kadrolu personeli arasından seçilerek oluşturulması, işletmenin kamu harcamalarıyla kurulmuş olması ve terminal işletmeciliğinin kamu hizmeti niteliğinde bulunmasından hareket etmiştir. Kararda terminal işletmesinin oluşum biçimi itibarıyla İdare yapısı içinde bulunduğu ve idare hukukuna tâbi olduğuna dikkat çekilmiştir³³. Kararın sonuç kısmında işlemin tek yanlı, kesin ve yürütülmesi zorunlu olduğu belirtilmiş olmakla birlikte kararda

³² Dan. 10. D, E. 1995/4326, K. 1996/ 2769, T.21.05.1996, Kazancı İçtihat Bankası.

³³ Kararda, bunun kamu malından yararlanma şekli boyutu hakkında ise bir değerlendirmede bulunulmamıştır.

işlemin yerine getiriliş şekline ilişkin bir vurguya rastlanmamakta; işlemin İdare yapısı içinde bulunduğu varsayılan bir makamca yapılmış olması dolayısıyla idari işlem addedilerek idari davaya konu edilebileceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Özelleştirme uygulamaları sonrası kamu kuruluşu niteliğini kaybeden bazı kuruluşlar da Danıştay'ın, bu kişilere tanınan ayrıcalık ve yükümlülüklerden yola çıkarak, işlemlerini idari işlem addettiği özel hukuk kişilerinden bir kısmını teşkil etmektedir. Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, özelleştirme uygulamaları sonucu yüzde elli beş hissesi özel hukuk kişisine geçmiş olan Türk Telekom A.Ş. tarafından, çalışanın maaş nakil ilmühaberinin yeniden düzenlemesi talebinin reddine dair tesis etmiş olduğu işlemin idari işlem olduğu sonucuna varmıştır³⁴.

Danıştay bu kararında, üç aşamalı bir değerlendirme yapmıştır. İlk olarak, Türk Telekom A.Ş.'nin ve personelinin hukuki statüsünü belirlemek yoluna giderek şirketin özelleştirme tarihinden sonra kamu kuruluşu niteliği kalmadığını ve bu tarihten sonra şirket çalışanlarının kamu personeli ve işlemlerinin de idari işlem sayılmayacağını, özel hukuk kişisi aleyhine idari yargıda kural olarak dava açılmayacağını ifade etmiştir. Daha sonra imtiyaz sözleşmesi ile bir kamu hizmetini yürütmek hakkını elde eden şirkete, personeli hakkında kanunla verilen maaş nakil ilmühaberi düzenlemesi görevinin idare hukuku alanında sonuç doğurduğu ve idari işlem olduğuna karar vermiştir. Danıştay, üçüncü aşama olarak ise, içeriği itibarıyla idari işlem olan söz konusu işlemin bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından yapılmış olması gerekçesiyle idari yargı denetimine tâbi olup olamayacağının ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu konuda yapmış olduğu değerlendirmede ise, sahip olduğu bazı kamusal ayrıcalıklar ve yükümlülükler nedeniyle herhangi bir özel hukuk tüzel kişisinden farklı bir hukuki statü içinde bulunduğu gerekçesiyle Türk Telekom A.Ş.'nin dava konusu işleminin idari yargı denetimine tâbi olduğu sonucuna varmıştır.

Danıştay bir kısım kararında ise işlemi yapan makamın kamu kurumu olduğunu belirterek, bu makamlarca yapılan işlemlerin idari işlem teşkil ettiği

³⁴ DİDDK, E. 2011/55, K. 2011/205, T. 07.04.2011, Kazancı İçtihat Bankası.

sonucuna varmaktadır. Nitekim Mahkeme, üyesinin emeklilik yardımı yapılması talebiyle yapmış olduğu başvuruyu reddeden İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve Sosyal Yardım Sandığı'nın (İLKSAN) bu ret işleminin iptali için açılan davanın görüm ve çözüm yerinin idari yargı olduğu tespitine varırken sandığın kamu gücünü kullanan bir statüye sahip bir kamu kurumu olduğu kabulünden hareket etmiştir³⁵. Sandık mallarının Devlet mallarına benzer bir koruma altında bulunduğundan, gelirlerinin vergi ve benzeri mali yükümlülüklerden muaf olduğundan, idare ve işleyişinin Milli Eğitim Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir ana statü ile belirleneceğinden bahisle sandığın tüzel kişiliği haiz bir kamu kurumu olduğuna hükmetmiş, emeklilik yardımı talebinin reddine dair işlemde kaynaklanan davanın da idari yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir.

29.05.1986 tarih ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu³⁶ uyarınca kurulan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı'nın, çalıştırdığı personelinin işine son verilmesi işleminden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta ise Danıştay, işlemin kamu gücü kullanılarak tesis edildiği ve çalışanın kamu görevlisi olduğu gerekçesiyle idari yargının görevli olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme söz konusu kararında, bu tür vakıflara ilişkin olarak da kamu kurumu niteliğinde olduklarının tartışmasız olduğu tespitine varmıştır³⁷. Karar gerekçesinden, Mahkeme'nin vakfın personelinin kamu hizmeti yürüttüğü ve dolayısıyla kamu görevlisi olduğu kabulünden hareketle vakfın kamu kurumu olduğu sonucuna vardığı anlaşılmaktadır.

³⁵ Dan. 11. D, E. 2001/674, K. 2003/4126, T. 17.10.2003, Kazancı İçtihat Bankası.

³⁶ 1986 tarihli söz konusu Kanun 7. maddesinde, Kanun'un amacına uygun faaliyet ve çalışmalar yapmak ve ihtiyaç sahibi vatandaşlara nakdi ve ayni yardımda bulunmak üzere her il ve ilçede sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları kurulmasını öngörmektedir. Bkz. RG., 14.06.1986/19134.

³⁷ Dan. 12. D, E. 2003/131, K. 2004/2238, T. 28.06.2004, Kazancı İçtihat Bankası.

3.Danıştay’ın Kararlarında Özel Hukuk Kişilerinin İşlemlerinin Yargısal Denetimini Kendi Alanında Görmesinin Gerekçesi Olarak Kullandığı “Kamu Hizmetine Bitişik/Yardımcı ve Onunla Birlikte Yürüyen Hizmet” Nitelemesi

Danıştay’ın, özel hukuk kişilerine atfettiği kamusal bazı özelliklerin yanında, bu kişilerce yürütülen faaliyetin niteliğinden ötürü de özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebileceklerini, hükmüne dayanak aldığı kararları mevcuttur. Danıştay “*kamu hizmetine bitişik/yardımcı ve onunla birlikte yürüyen hizmet*” formülü ile nitelediği durumlarda, bu hizmete idari faaliyetle yanyanalığı dolayısıyla idari nitelik atfetmekte ve bu hizmeti yürüten kişilerin yapmış oldukları işlemlerin de idari işlem olduğu sonucuna varmaktadır.

Danıştay, Adalet Teşkilatı Güçlendirme Vakfı (ATGV) Yönetim Kurulu’nun lojman tahsisi için kendisine yapılan başvuruyu reddeden işlemini idari işlem kabul edip görevli yargı yerinin idare mahkemeleri olduğuna hükmettiği bir kararında; bir özel hukuk kişisi olan vakfın kurucu ve organlarının kamu görevlilerinden oluştuğuna, bu anlamda kamusal alana taşıdığına ilişkin belirlemelerin yanı sıra, vakfın konut yönetmeliğinde belirtilen yetkili komisyonlarınca tesis edilen işlemlerin *adalet hizmetiyle birlikte yürüyen ve ona bitişik idari nitelik taşıdığını* ifade etmiştir

“Davacı, A.T.G.V. Yönetim Kurulunun lojman tahsisine ilişkin 26.8.1999 günlü, 37 sayılı kararının ve Konut Yönetmeliğine göre kendisine lojman tahsis edilmemesine ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açmış olduğundan, uyuşmazlığın çözümünde yönetmeliğin ‘Vakıf Konutlarının Tahsis Usul ve Esasları’ hakkındaki hükümlerine bakılacağı açıktır. Buna göre, idare hukuku alanına ilişkin bulunan vakıf konut yönetmeliği ile önceden düzenlenmiş objektif kurallara göre yapılan değerlendirme sonucunda yetkili organ tarafından re’sen ve tek yanlı biçimde tesis edilen dava konusu işlemler, tüm unsurları bakımından idari bir işlem niteliği taşımaktadır.”^{38 39}

³⁸ Dan. 5. D, E. 2000/476, K. 2000/1516, T. 17.05.2000, Kazancı İçtihat Bankası.

³⁹ Doğrudan ATGV’ce tesis edilen bir işleme dair olmamakla birlikte Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’na ait daha yeni tarihli bir kararda da ATGV’nin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun kapsamına girip girmediğine ilişkin olarak yapılan değerlendirme sonucu vakfın, *adalet hizmetine yardımcı ve ona bitişik olarak kamu hizmeti yerine getiren* ve ağırlıklı olarak kamusal bir nitelik

Yukarıda yer verdiğimiz karardakine benzer olarak yine lojman tahsisi ile ilgili bir başka uyuşmazlıkta Danıştay’ca; Türkiye Diyanet Vakfı tarafından vakıf lojmanında oturan kamu görevlisinin tahliyesine dair tesis edilen işlem ve vakfın niteliği hakkında birebir benzer değerlendirmelerde bulunularak görevli yargı yerinin idare mahkemeleri olduğuna hükmedilmiştir. Danıştay, bu kararında da vakfın özel hukuk tüzel kişisi olduğunu kabul etmekle birlikte Vakıf Konut Talimatı’nda belirtilen yetkili komisyonlarca tesis edilen işlemlerin *diyanet hizmetiyle birlikte yürüyen ve ona bitişik idari nitelik taşıdığını* belirtmiştir⁴⁰.

Yukarıda zikrettiğimiz kararlarda Danıştay ortak olarak, işlemi tesis eden vakıfların Medeni Kanun hükümlerine göre kurulmuş özel hukuk kişileri olduğunu belirtmekle birlikte, bu durumun merkezi idarenin üst düzey kamu görevlilerinden oluşan vakıf yönetim kurullarınca idari usul ve esaslara göre tesis edilen işlemlerin idari niteliğini ortadan kaldırmayacağını ifade etmektedir. Danıştay’ın, “*idare usul ve esaslara göre tesis edilme*” ifadesinden kastının ise re’sen ve ilgilinin durumunda tek taraflı değişiklik yapan işlem tesis etmek olduğu anlaşılmaktadır. Anılan kararlarda ortak olarak dayarılan “*kamu hizmetine bitişik/yardımcı ve onunla birlikte yürüyen hizmet*” ifadesi ise, Danıştay’ın ilgili makamların işlemlerinin idari işlem olduğu kabulündeki gerekçelerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira Danıştay aktardığımız kararlarda bu formülü, hizmeti yürüten makamların işlemlerinin idariliği konusunda tek dayanak olarak kullanmamakta, dayanak aldığı birkaç hususun yanı sıra zikretmektedir.

taşması dolayısıyla kamu tüzel kişiliğine yaklaşan yeni bir müessese olduğunun kabulü gerektiği gerekçesiyle ilgili kanun kapsamında olduğuna hükmedilmiştir. Bkz. DİDDK, E. 2006/2958, K. 2010/910, T. 06.05.2010, DD, S. 125, s. 50-55. 4734 sayılı Kanun, 1. maddesinde belirtildiği üzere; kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan yahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektedir. Bkz. RG., 22.01.2002/24648.

⁴⁰ Dan. 5. D, E. 2000/624, K. 2003/1085, T. 01.04.2003, Kazancı İçtihat Bankası.

B.Danıştay'ın Özel Hukuk Kişilerinin İdari İşlem Tesis Edemeyeceği Doğrultusundaki Kararları

Danıştay'ın bazı kararları, özel hukuk kişilerinin açıkça idari işlem tesis edemeyeceği doğrultusundadır. Danıştay bu kararlarından bir kısmında bu çıkarıma, yalnızca idari işlemi tesis eden makamın bir özel hukuk kişisi olması nedeniyle varmakta iken; bir kısmında ise uyuşmazlığa konu işlemin özel hukuk kişisine yapılmasının yanı sıra ek argümanlar zikrederek ulaşmaktadır.

İller Bankası Anonim Şirketi Yönetim Kurulu tarafından yürürlüğe konan İller Bankası Anonim Şirketi İnsan Kaynakları Yönetmeliği'nin bazı maddelerinin iptali için açılan bir davada Danıştay; İller Bankası'nın özel hukuk hükümlerine tâbi, tüzel kişiliği haiz, anonim şirket statüsünde bir kalkınma ve yatırım bankası olduğunu belirttikten sonra, banka hizmetinin Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerden sayılamayacağı, personelinin de 128. madde anlamında memur veya diğer kamu görevlileri kapsamında olmadığını gerekçe göstererek uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir⁴¹. Görüldüğü üzere, Danıştay söz konusu kararında konuya, dava konusu yönetmeliği yürürlüğe koyan İller Bankası'nın örgütleniş şeklinden ziyade bankanın yaptığı hizmetin ve bu hizmeti yerine getiren personelin niteliğinden hareketle yaklaşmış ve hizmetin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerden sayılmaması nedeniyle çalışanları hakkında düzenlemeler getiren yönetmeliğin ilgili maddelerinin iptali istemiyle açılacak davada idari yargının görevsiz olduğuna karar vermiştir.

Danıştay, Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığı Yönetim Kurulu tarafından yürürlüğe konan Türk Hava Yolları Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin iptali istemiyle açılan davada; özelleştirme işlemleri sonrası ortaklığın kamu payının yüzde ellinin altına düşmesi nedeniyle özel hukuk tüzel kişiliği haline geldiği, kamu tüzel kişiliği bulunmadığı gerekçesiyle ortaklığa ait yönetmeliğin idare hukuku alanında kurulmuş

⁴¹ Dan. 5. D, E. 2013/373, K. 2013/4137, T. 21.05.2015, Kazancı İçtihat Bankası.

bir işlem niteliğinde olmadığına karar vermiştir⁴². Bu kararında Danıştay, dava konusu yönetmeliğin idare hukuku alanında tesis edilmiş bir işlem olmadığına karar verirken yalnızca işlemi yapan makamın kamu tüzel kişiliği bulunmadığından bahisle hüküm kurmuş, işlemin tesis ediliş şekli ile ilgili bir irdelemede bulunmamıştır.

Danıştay, Türkiye Futbol Federasyonu’nun bir spor kulübünü Türkiye Profesyonel Liglerinden çıkartmak suretiyle tasfiye etmesi kararı ile bu kararın dayanağı düzenlemenin ilgili maddelerinin iptali talebiyle açılan davada; federasyonun özel hukuk tüzel kişiliğine dönüşmüş olduğu gerekçesiyle uyuşmazlığın görümü ve çözümünün adli yargı yerine ait olduğuna karar vermiştir⁴³. Danıştay bu kararında, 3461 sayılı Türkiye Futbol Federasyonunun Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesiyle federasyonun genel idare esasları dışında kalmış olduğunu belirtmektedir. Bu çıkarıma ise ilgili kanunla federasyonun özel hukuk hükümlerine tâbi kılınmış olduğundan hareketle vardığı anlaşılmaktadır. Biraz yukarıda ele aldığımız, Danıştay 10. Daire’nin 1991/1149 Esas, 1991/2286 Karar sayılı, 17.06.1991 tarihli ve yine Türkiye Futbol Federasyon tarafından tesis edilen işlemle ilgili kararında⁴⁴ ise Danıştay’ın uyuşmazlığın idari yargının görev alanında olduğuna hükmettiğini belirtmiştik. Söz konusu kararında Danıştay, federasyonun özel hukuk hükümlerine tâbi kılınmasının sadece bu nedenle federasyon bünyesinde yer alan kurullarca tesis edilen işlemlerin idari işlem olması niteliğini ortadan kaldırmayacağını ileri sürmekteyken şu an ele aldığımız kararında ise federasyonun özel hukuk tüzel kişiliğine dönüştüğünü belirtmekte, ama mantıken zorunlu olmasına rağmen bir ikinci safhaya geçerek tesis edilen işlemin niteliği ile ilgili bir tartışmaya girmemektedir.

Danıştay 10. Daire’nin 1991/1149 Esas sayılı kararında federasyon tarafından tesis edilen işlem, bir futbol hakeminin klasmanının değiştirilmesi işlemidir ve

⁴² Dan. 5. D, E. 2007/5319, K. 2007/6963, T. 17.12.2007, DD, S. 118, s. 210-211.

⁴³ Dan. 10. D, E. 1989/2924, K. 1991/547, T. 20.02.1991, Kazancı İçtihat Bankası.

⁴⁴ Söz konusu karar, Yüksek Mahkeme’nin “ ‘Hukuki Durumu’ Etkileyecek Sonuç Doğuran Hukuki İşlemlerin İdari İşlem Olduğuna Dair Kararlar” başlığı altında ele aldığımız kararları arasında incelenmiştir.

Danıştay bu işlemin, tek taraflı olarak ilgilinin hukukunu etkileyecek biçimde tesis edilmiş olması nedeniyle idari işlem olduğuna karar vermiştir. Şu an ele aldığımız kararın konusunu oluşturan bir futbol kulübünün profesyonel ligden çıkartılmasına ilişkin işlem bakımından da tek yanlılık ve ilgilinin hukukunu etkileyecek biçimde tesis edilmiş olma özelliklerini taşıdığı şüphesizdir. Netice itibarıyla söz konusu işlem, sadece federasyonun iradesiyle oluşturulmuştur ve işlemin muhatabı spor kulübünün ligden çıkartılması sonucunu doğurmuş olması bakımından da kulübün hukukunu etkilediği açıktır. Buna karşın Danıştay bu işlem bakımından böyle bir irdelemeye gitmemiş, federasyonun işlemini adeta bir derneğin üyesini dernek üyeliğinden çıkarması işlemi gibi ele almıştır. Salt bu karar ele alındığında Danıştay'ın özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebileceğini kabul etmediğini söylemek mümkün iken, bu karardan çok kısa bir süre sonra ve aynı Danıştay dairesi tarafından verilen bir diğer kararda aynı tüzel kişinin işleminin idari işlem olarak nitelendirilmiş olması, Danıştay'ın federasyonun işlemlerinin niteliğine ilişkin yaklaşımında net bir şekilde kabul ediyor/kabul etmiyor hükmünü vermeyi, bu alandaki kararlarını teorik olarak sistemleştirmeyi güçleştirmektedir.

Danıştay, ikisi de özelleştirmeye tâbi kurumlardan olmasına karşın Türk Telekom Anonim Şirketi tarafından çalışanının maaş nakil ilmühaberinin yeniden düzenlemesi talebinin reddi işlemiyle ilgili üst başlıkta ele aldığımız DİDDK'nın 2011/55 Esas, 2011/205 Karar sayılı ve 07.04.2011 tarihli kararında⁴⁵ işlem hakkında idari işlem olduğu tespitinde bulunmuş olmasına rağmen; az yukarıda ele aldığımız Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığı Yönetim Kurulu tarafından yürürlüğe konan Türk Hava Yolları Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin kimi maddelerinin iptali istemiyle ilgili verdiği hükümde, özel hukuk tüzel kişisi tarafından tesis edilmiş olması nedeniyle, sadece bu gerekçeyle idare hukuku alanında bir işlem bulunmadığı sonucuna varmıştır.

⁴⁵ Söz konusu karar, Yüksek Mahkeme'nin "Danıştay'ın Hukuki İşlemi Yapan Özel Hukuk Tüzel Kişiliğine Kamusal Nitelik Atfetmek Suretiyle Dava Konusu Hukuki İşlemi Denetlediği Kararları" başlığı altında ele aldığımız kararları arasında incelenmiştir.

C.Değerlendirme

Münferit kararları karşılaştırıldığında çelişkili bir yaklaşım içerisinde olduğu söylenebilecek olan Danıştay'ın, yukarıda zikrettiğimiz şekilde, zaman derinliğinde ve konu çeşitliğinde incelenen tüm kararlarına bakıldığında aslında bir eğilimi olduğunu söylemek mümkündür;

Danıştay, bir özel hukuk kişisince tesis edilmiş olsa dahi tek yanlı ve ilgilinin hukukunda değişikliğe yol açan işlemlerin idari işlem olduğu tespitine vardığı sayılı kararı dışında ya idari işlemin bir özel hukuk kişisince tesis edilebileceğini kabul etmemekte yahut kabul ettiği durumlarda dahi işlemi tesis eden özel hukuk kişinin kendisinde yahut yürüttüğü faaliyetin niteliğinde kamusal birtakım özellikler aramaktadır. Yani Danıştay, konuyu genel olarak “özel hukuk kişilerinin idari işlem yapıp yapamayacağı” ekseninde ele almamakta, mutlaka baktığı diğer hususlardaki tespitlerine dayalı olarak, bu konuda bir sonuca varmaktadır.

Bu kapsamda, özel hukuk kişilerin idari işlem tesisinin mümkün olabilmelerini; bu kişilerin kendisini kamu tüzel kişiliğine, faaliyetini ise kamu hizmetine yaklaştırması yolu ile kabul ettiği nazara alındığında, Danıştay'ın konumuz bakımından dolaylı bir kabulünün bulunduğu anlaşılmaktadır.

III.UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ VE YARGITAY'IN KONUYU ELE ALIŞ ŞEKLİ

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin idari, adli -ve daha önceden de askeri- yargı yerlerinin görev alanı uyuşmazlıklarını çözerken mutlaka kriterler geliştirmesi; inceleme konumuz ile ilgili esas belirlemeyi de yine Uyuşmazlık Mahkemesi'nin yapması, sorunu şu veya bu yönde bir kriter geliştirerek fakat, mutlaka çözüme kavuşturmuş olması beklenirdi.

Ancak, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin özel hukuk kişilerinin kamusal alanda işlem yapabilmesine ilişkin olarak önüne gelen görev uyuşmazlıklarının çözümünde adli yargının yahut idari yargının görevli olduğuna karar verirken kullandığı

kıstaslar, farklılık arz etmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin konuya yaklaşımının belirgin şekilde ortaya konulabilmesi adına, konuyla ilgili vermiş olduğu kararları, idari yargıyı ve adli yargıyı görevli kabul eden kararlar şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutarak incelemeye çalışacağız. Diğer yandan Uyuşmazlık Mahkemesi'nin konumuzla ilgili görev uyuşmazlıklarına ilişkin kararlarında adli yargıyı görevli saydığı daha fazla sayıda kararı olduğunu gözeterek Uyuşmazlık Mahkemesi ve Yargıtay kararlarını ortak bir başlık altında, birbirleriyle kıyaslayarak incelemeye de imkân tanır şekilde ele almaya çalışacağız.

A.Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Konuyu Ele Alış Şekli

1.Uyuşmazlık Mahkemesi'nin İdari Yargıyı Görevli Kabul Eden Kararları

Kanun koyucu tarafından açıkça özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelenen yahut tüzel kişiliğinin niteliği hakkında bir belirlemede bulunulmamış olmakla birlikte, tâbi olduğu mevzuatında kamu tüzel kişisi olduğu konusunda açık bir belirleme de bulunmayan tüzel kişilerin işlemleri konusunda idari yargıyı görevli gören Uyuşmazlık Mahkemesi kararları, birbirine yakın tarihlerde tesis edilmiş kararlar olup benzer gerekçeleri ihtiva etmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu kararlarında; *görev uyuşmazlığına konu işlemin idari nitelikte bir muamele olduğu, işlemi tesis eden makamın kamu kurumu özellikleri gösterdiği ya da yürütülen faaliyetin kamu hizmetine bitişik nitelik arz ettiğinden hareket ettiği* görülmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi, ilgili kararlarında genellikle bu gerekçelerin birden fazlasını, birbiriyle kaynaşık şekilde kullanmaktadır.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin söz konusu kararları arasından ele alınmasını zorunlu gördüklerimizden biri Türkiye Jokey Kulübü Komiserler Kurulu tarafından tesis edilen bir işlemin idari işlem olduğunun tespitine vardığı karardır. Karara konu uyuşmazlık, düzenlenen at yarışları neticesinde kazanan atları belirleyen Kurul işleminin iptali ile altılı ganyan ödülünün kendisine verilmesi istemiyle açılan davanın çözüm yerinin belirlenmesine ilişkindir. Görev uyuşmazlığının çözümü

konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi, Türkiye Jokey Kulübü ve Komiserler Kurulu'nun niteliğinden hareket etmiştir. Kararda, Türkiye Jokey Kulübü'nün 2908 sayılı Dernekler Kanunu uyarınca ve özel bir kulüp olarak kurulmuş olmakla birlikte kamuya yararlı derneklerden olduğu, 10.07.1953 tarihli ve 6132 sayılı At Yarışları Kanunu uyarınca at yarışı yapmak ve bu yarışlar üzerinde müşterek bahis tertip etmek konusundaki yetkisinin bakanlığın denetim ve gözetimi altında bulunduğu dikkat çekmiştir⁴⁶. Komiserler Kurulu'nun ise Bakan tarafından seçilen görevlilerden oluştuğu, idari bir kurul niteliği taşıdığı ifade edilmiş ve kurulun kararı açıkça idari işlem olarak nitelenmiştir:

“(...) dava konusu istem, komiserler kurulu kararının iptaline ilişkin olduğundan, bu idari işlemin iptali ve altılı ganyan ödülünün kendisine verilmesi istemine yönelik davanın idari yargı yerinde çözülmesi gerektiğinden...”⁴⁷

Oldukça eski tarihli olan bu karar, özel bir kulüp bünyesinde oluşturulmuş olan Komiserler Kurulu isimli kurulun işleminin idari işlem olduğunun açık bir şekilde hükme bağlanmış olması dolayısıyla, konumuzla ilgili en önemli kararlardan birini teşkil etmektedir.⁴⁸

Uyuşmazlık Mahkemesi, Trakya Yağlı Tohumlar Tarım Satış Kooperatifleri Birliği Genel Müdürlüğü tarafından tesis edilen genel müdürlük müşaviri olan görevlinin ambar şefliğine atanması işleminin iptalinde görevli yargı kolunu belirlerken de işlemi tesis eden kooperatifin niteliğinden hareket etmiştir.

⁴⁶ 6132 sayılı At yarışları Hakkında Kanun'un 5. maddesi, 1. maddede at yarışları düzenlemek ve bu yarışlar üzerinde ülke çapında müşterek bahis tertip etmek konusunda Tarım Orman ve Köy İşleri Bakanlığı'na (bugünkü ismi ile Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı) tanınan hak ve yetkinin, at yetiştirme ve ıslahını teşvik gayesi ile kurulmuş ve kamu yararı amacına hizmet ettiği usulen onanmış derneklere devredilebileceğini düzenlemektedir. Bu yetkinin, Türkiye Jokey Kulübü ile imzalanan sözleşme neticesinde kulübe devredilmiş olması da Yüksek Mahkeme'yi, kulübün kamuya yararlı derneklerden biri olduğunu sonucuna vardırmıştır.

⁴⁷ UYM, E. 1995/2, K. 1995/1, 13.02.1995. Uyuşmazlık Mahkemesi bu kararında Türkiye Jokey Kulübü'nün kamu yararlı derneklerden biri olmasını, dava konusu işlemin idari işlem olduğunun gerekçelerinden biri olarak zikretmiş olmakla birlikte açıkça kamu hizmeti gördüğünü belirttiği kimi kuruluşların işlemleri ile ilgili olarak, bir sonraki başlıkta görüleceği üzere, adli yargıyı görevli bulduğu kararları da bulunmaktadır.

⁴⁸ Karar gerekçesinde, Komiserler Kurulu'nun Bakan tarafından seçilecek kişiler ile bakanlığın veteriner işleri umum müdüründen oluştuğu, bu düzenleme dolayısıyla kulübün yönetiminin Bakan tarafından seçilen görevlilerce yürütüldüğü ifadelerine yer verilmiş olması nedeniyle Mahkeme'nin, Komiserler Kurulu'nu kulübün değil, Bakanlığın bir birimi addederek hüküm tesis etmiş olması ihtimalinin de göz önünde bulundurulması gereklidir.

Kooperatiflerin özel hukuk kişisi olup önceleri Medeni Kanun ve Ticaret Kanunu hükümlerine tâbi olarak faaliyet göstermekte iken gerçekleştirilen değişikliklerle kamu tüzel kişilerinin statüsüne yaklaştırıldıklarını belirtmiş; kurulmaları, tüzel kişilik kazanmaları ve yönetimleri gibi hususlarda Devletin güdümünde bulunmaları nedeniyle kamu kurumlarına benzer nitelik gösterdikleri hükmüne varmıştır. Mahkeme bu hususlardan hareketle, tam anlamıyla özel hukuk kişisi sayılmadığı sonucuna vardığı birlik tarafından yapılan atama işlemini idari işlem addetmiştir⁴⁹.

Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı'nın (ATGV) lojman tahsis şeklinin değiştirilmesi talebiyle kendisine yapılmış bir başvurunun reddine dair tesis etmiş olduğu işlemin, idari işlem olduğu tespitine varırken ise Uyuşmazlık Mahkemesince vakfın niteliğinin yanı sıra, yürütülen faaliyetin niteliğine ilişkin değerlendirmelerde de bulunulmuştur. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin söz konusu kararı, bir üst başlıkta Danıştay kararlarını incelerken yer verdiğimiz ATGV'nin işlemlerini konu edinen kararlarda da Danıştay tarafından adeta bir ilke karar olarak atıfta bulunulan, gerekçeleri dayanak alınan önemli bir karardır. Uyuşmazlık Mahkemesi bu kararında, ATGV'nin Medeni Kanun hükümlerine göre kurulmuş bir özel hukuk kişisi olduğunu ortaya koymakla birlikte, yapı ve işlev yönünden kamusal alana taşıdığını, kamu tüzel kişiliğine yaklaşan yeni bir müessese olduğunu belirtmektedir. Kurucu ve organlarının tümüyle kamu görevlilerinden oluştuğu, gelirlerinin büyük bir oranının genel bütçeli idare bütçesi içinde yer alan kamu hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla kurulmuş olduğu ve vakfın vergi muafiyetine sahip olduğundan bahisle bu sonuca varan Uyuşmazlık Mahkemesi, vakfın yürüttüğü faaliyete ilişkin olarak Danıştay'ın başvurduğu bir niteleme olarak yukarıda ele aldığımız *adalet hizmetine yardımcı ve ona bitişik olarak yerine getirilen kamu hizmeti* nitelemesini de, tespit edebildiğimiz kadarıyla, ilk kullanan yargı yeri olmaktadır. Karara konu işlem olan lojmanın tahsis şeklinin değiştirilmesi talebinin reddine dair işlem ile dayanağı Vakıf Konut Yönetmeliği'ne ilişkin yaptığı incelemede ise Uyuşmazlık Mahkemesi şu değerlendirmelerde bulunmaktadır:

“(...) davacının oturmakta olduğu Vakıf lojmanından yararlanma koşulunun; bir başka deyişle, tahsis şeklinin değiştirilmesi isteğiyle yaptığı başvurusunun değerlendirilmesinde esas alınan

⁴⁹ UYM, E. 1992/21, K. 1992/22 K. T. 18.05.1992, RG., 24.06.1992/21264.

ATGV. Konut Yönetmeliği incelendiğinde; konutların tahsisi konusunda, merkezde ATGV Yönetim Kurulunun, taşrada ise Adli Yargı Adalet Komisyonunun yetkili olduğunun belirlendiği ve genel olarak da, bu Yönetmelikte yer alan hükümlerin, Kamu Konutları Yönetmeliği hükümlerine paralel düzenlemeler olduğu görülmektedir. Şu kadar ki, Kamu Konutları Yönetmeliğinden farklı olarak, kendisine konut tahsis edilenle Vakıf arasında 'kira sözleşmesi' düzenlenmesi esası benimsenmiş ve konuttan çıkarılmayı gerektiren durumda kolluk kuvvetinden yararlanma yerine yetkili makam tarafından ilgili hakkında tahliye davası açılması öngörülmüştür. Ancak davacı, kira sözleşmesinde yer alan hükümlerin yorumlanmasıyla ilgili olmayan ve Konut Yönetmeliğine göre yeni bir tahsis isteğiyle yaptığı başvurunun reddi yolundaki işlemin iptali istemiyle dava açmış olduğundan, uyuşmazlığın çözümünde kira sözleşmesi hükümlerine değil Yönetmeliğin 'Vakıf Konutlarının Tahsis Usul ve Esasları' hakkındaki hükümlerine bakılacağı açıktır.

Buna göre, idare hukuku alanına ilişkin bulunan Vakıf Konut Yönetmeliği ile önceden düzenlenmiş objektif kurallara göre yapılan değerlendirme sonucunda yetkili organ tarafından **re'sen ve tek yanlı biçimde tesis edilen dava konusu işlem tüm unsurları bakımından idari bir işlem niteliği taşımaktadır.**

ATGV'nın, Medeni Kanun hükümlerine göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisi olması, tümü merkezi idarenin üst düzey kamu görevlilerinden oluşan Vakıf Yönetim Kurulunca idari usul ve esaslara göre tesis edilen işlemin idari niteliğini ortadan kaldırmaz.⁵⁰

Bu yargı kararı, kamu tüzel kişisine yaklaştığı belirtilmiş olmakla birlikte nihayetinde Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından özel hukuk tüzel kişisi olduğu açıkça ifade edilen bir hukuk kişisince tesis edilmiş olan bir işlemin, idari işlemin tüm unsurlarını taşıdığını vurgulaması bakımından önem arz etmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, idari yargıyı görevli gördüğü kararlarının tamamında işlemin idari işlem olduğunu bu kararlarındaki kadar açık zikretmemekte, bazen de işlemin *idari nitelikte* olduğu belirlemede bulunmaktadır. Ordu Yardımlaşma Kurumu (OYAK) tarafından üyesine yapılan emeklilik ve maluliyet yardımlarının hatalı hesaplanarak eksik ödendiği gerekçesiyle açılan bir davada, dava konusu işlemin hukuki niteliğinin belirlenmesi için OYAK ile ilgili yasal düzenlemelerin incelenmesini gerekli bulan Mahkeme; 03.01.1961 tarih ve 205 sayılı Ordu Yardımlaşma Kurumu Kanunu'ndaki düzenlemelerden yola çıkarak OYAK'ın kamu kurumu olduğu tespitine varmıştır. Eksik ödemeye ilişkin işlemin ise zikredilen kanundan alınan kamusal yetkiler çerçevesinde *re'sen ve tek yanlı biçimde tesis edilmiş idari nitelik taşıyan bir işlem* olduğuna hükmetmiştir⁵¹.

⁵⁰ UYM, E. 1999/1, K. 1999/11, T. 03.05.1999, RG., 08.06.1999/23719.

⁵¹ Uyuşmazlık Mahkemesi; ilgili Kanun'un Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının kendi mali olanaklarıyla dayanışmalarını sağlamak amacıyla yürürlüğe konulduğunu, bu amacın gerçekleştirilmesi amacıyla OYAK'ı kamusal hak ve yetkilerle donatan Kanun'un idare hukuku ilkelerine dayanan bir düzenleme olduğu, Kanun'da OYAK'ın özel hukuka tabi olacağı belirtilmiş

Benzer şekilde, İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve Sosyal Yardım Sandığı (İLKSAN)'nın üyesi hakkında tesis etmiş olduğu, emeklilik yardımı yapılamayacağı ancak eksik ödenen aidatlarının iade edileceği şeklindeki işlemin iptali isteminden doğan davanın çözümünde Uyuşmazlık Mahkemesi idari yargıyı görevli görürken, işlem hakkında çok benzer değerlendirmelerde bulunmuştur. Kararda, kendisine kanun ile kamusal yetkiler ve ayrıcalıklar tanınmış bir kamu kurumu olduğu belirtilen sandık ile üyesi arasındaki ilişkinin idare hukuku ilişkisi olduğu belirtilmiştir. Sandık ana statüsünün tatbikinde idare hukukunu ilgilendiren kanunların yanı sıra özel hukuka ilişkin kanunların da dikkate alınacağı belirlenmiş olmasından hareketle sandık-üye ilişkisinin de özel hukuk hükümlerine tâbi olacağı sonucuna ulaşmanın olanaksız olduğunu ifade eden Mahkeme, sandığın üyelerine sağlamakla yükümlü olduğu sosyal yardımlara ilişkin işlemlerin *kamu gücüne dayalı, re'sen ve tek yanlı tesis olarak edilen idari nitelikte* olduğuna karar vermiştir⁵².

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1990'lı yıllar ile 2000'li yılların başında vermiş olduğu gözlemlenen bu kararları için ortak olarak söylenebilecek husus, özel hukuk tüzel kişiliği olarak örgütlenmiş veya en azından özel hukuka tâbi kılınmış olmanın Yüksek Mahkeme'yi bu kişilerce tesis edilen işlemlerin idari işlem olamayacağı şeklinde koşulsuz bir kabule götürmediğidir. Uyuşmazlık Mahkemesi bu başlık altında zikrettiğimiz tüm kararlarında, işlemi tesis eden makam hakkında kamu tüzel kişiliğine yaklaştırma, kamu kurumu addetme eğiliminde olsa dahi işlemin tesis ediliş şekli konusunda da irdelemelerde bulunmaktadır. Doğrudan idari işlem

ise de bu durumun OYAK'ın kamu kurumu niteliğine engel teşkil etmeyeceği ve üye-kurum ilişkisinin de özel hukuka tabi olacağı sonucunu doğurmayacağına karar vermiştir. UYM, E. 1998/2, K. 1998/4, T. 09.02.1998, RG., 09.03.1998/23281. Uyuşmazlık Mahkemesi; OYAK tarafından hazırlanan Konut Kredi Yönetmeliği'nin idare hukuku alanında bir düzenleyici işlem olduğu tespitine vardığı bir başka kararında da OYAK ve işlemlerinin niteliği konusunda aynı değerlendirmelerde bulunmuştur. Bkz. UYM, E. 1997/43, K. 1997/42, 29.09.1997, RG., 30.10.1997/23155.

⁵² UYM, E. 2001/5, K. 2001/12, T. 16.04.2001, Kazancı İçtihat Bankası. Danıştay 11. Daire'nin yukarıda değindiğimiz ve benzer bir konuda 17.10.2003 tarihinde tesis etmiş olduğu 2001/674 Esas, 2003/4126 Karar sayılı kararı da göz önüne alındığında, İLKSAN'ın kamu kurumu olduğu, kamu gücüne dayalı bir statüye sahip olduğu ve işlemlerinin de idari nitelikte olduğu konusunda yüksek yargı yerlerinin aynı yaklaşım içerisinde olduğunu söylemek mümkündür.

demediği kararlarında *idari nitelikte işlem* bulunduğu tespitine varmakta, en azından bu kişilerce tesis edilen işlemlerde idari işlemin izlerini aramaktadır.

2.Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Adli Yargıyı Görevli Kabul Eden Kararları

a.Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İşlemlerinin İdari Yargının Görevi Dışında Kaldığına Dair Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları

Uyuşmazlık Mahkemesi, özel hukuk kişilerince tesis edilen işlemlerin yargısal denetimi konusunda adli yargının görevli olduğuna hükmettiği kararlarının bir kısmında, işlemin özel hukuk kişisince tesis edilmesini yeterli görmektedir. Bu doğrultudaki bir kısım kararını, organize sanayi bölgelerinin tesis etmiş oldukları işlemler ile ilgili kararları oluşturmaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, organize sanayi bölgelerince tek taraflı olarak tesis edilen işlemleri, salt özel hukuk tüzel kişilerince yapılmış olmalarını gerekçe göstererek adli yargı denetimine tâbi kıldığı görülmektedir. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi, Muratlı Islah Organize Sanayi Bölgesi Yönetim Kurulu'nca verilen, bir taşınmazın önerilen alan sınırları içerisinde çıkarılması şeklindeki işlemin yargısal denetiminin, işlemin bir özel hukuk tüzel kişisince tesis edilmiş olması nedeniyle adli yargı yerinin görevinde olduğuna karar vermiştir:

“(…) sözü edilen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, Muratlı Islah Organize Sanayi Bölgesi'nin özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğu ve özel hukuk tüzel kişilerince tesis edilen işlemlerin yargısal denetiminin adli yargı yerlerince yapılacağı açık olduğu gözetildiğinde, Tekirdağ İli, Muratlı İlçesi, Aşağısevindikli Köyü F19d01c4a pafta 2439 parsel sayılı taşınmazın <önerilen alan sınırları içerisinde çıkarılması> yolunda tesis edilen işlemin yargısal denetiminin de adli yargı yerine ait olduğu açıktır.”⁵³

⁵³ UYM, E. 2014/60, K. 2014/156, T. 03.03.2014, RG., 15.04.2014/28973 (Mükerrer). Yüksek Mahkeme, Gebze Plastikçiler Organize Sanayi Bölgesi içerisinde yer alan bir taşınmazda faaliyet süren şirket tarafından inşa edilen yapı için yapı kullanma izni verilmesi istemiyle yapılan başvurunun, şirketin taşınmazın maliki olmadığı gerekçesiyle reddine dair tesis etmiş olduğu işlemin yargısal denetiminin adli yargının görevinde olduğuna karar verdiği bir başka kararında da son zikrettiğimiz kararı ile birebir aynı gerekçeleri kullanmıştır. Bkz. UYM, E. 2015/515, K. 2015/528, T. 06.07.2015, RG., 08.08.2015/29439.

Bir üst başlıkta Danıştay kararlarını incelerken ele aldığımız Danıştay 10. Daire'nin 2009/5590 Esas, 2009/10533 Karar sayılı ve 16.12.2009 kararına⁵⁴ konu olan ve Çanakkale Organize Sanayi Bölgesi Yönetim Kurulu tarafından verilen tahsis işleminin iptali işlemi ile ilgili uyuşmazlıkta Danıştay'ın, dava konusu işlemi idari işlem addettiği ve idari yargı denetimine tâbi kıldığını belirtmiştik. Söz konusu kararında Danıştay, tıpkı Uyuşmazlık Mahkemesi gibi organize sanayi bölgelerinin özel hukuk tüzel kişisi olduğunu belirtmiş olmakla birlikte kendilerine tanınmış olan yetkinin kamusal yetki olduğundan bahisle bu yetki kullanılarak tesis edilen işlemin idari işlem olduğuna hükmetmiştir. Bir işlemin idari işlem olup olmadığı hususunda asıl ayırt edici unsur olarak işlemin kamusal yetki ve usullerle tesis edilmiş olmasını dayanak alan Danıştay'a karşın Uyuşmazlık Mahkemesi, hemen üstte atıfta bulunduğumuz iki kararında da işlemin tesis ediliş şekli ile ilgili bir niteleme yapmaksızın, özel hukuk kişisi tarafından tesis edilen işlemlerin adli yargının görevinde olduğuna karar vermiştir.

Yargı yerlerinin bu yaklaşım farklılığının nedenini ortaya koymaya çalışırken aklımıza gelen ilk husus, organize sanayi bölgelerine önceleri tanınmış olan kamulaştırma yetkisinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olmasıdır⁵⁵. Zira ilgili Danıştay kararı organize sanayi bölgelerine kamulaştırma yetkisi veren düzenleme yürürlükte olduğu dönemde verilmiş iken Uyuşmazlık Mahkemesi kararları, ilgili düzenlemenin iptali sonrasında tesis edilmiş kararlardır. Kamulaştırma işlemi, kamusal yetki ve usuller kullanılarak tesis edilen işlemlerin şüphesiz en belirgin örneklerinden birini teşkil etmektedir. Söz konusu yetkinin bir özel hukuk tüzel kişisine verilmiş olması ise bu kişilerin idari işlem tesis edebileceklerinin kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Yukarıda yer verdiğimiz kararlarda iptali talep edilen işlemlerin hiçbirisi kamulaştırma yetkisine dayalı olmasa dahi, organize sanayi bölgelerinin bu yetkiye sahip olmasının kanuni bir dayanağının

⁵⁴ Söz konusu karar, çalışmamızın Danıştay kararlarını incelediğimiz kısmının “ ‘Hukuki Durumu’ Etkileyecek Sonuç Doğuran Hukuki İşlemlerin İdari İşlem Olduğuna Dair Danıştay Kararları” başlığı altında ele alınmıştır.

⁵⁵ 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun 5. Maddesinin organize sanayi bölgelerine kamulaştırma yapabilme yetkisi veren ifadesi, Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Söz konusu iptal kararı için bkz. AYM, E. 2013/49, K. 2013/125, T. 31.10.2013, RG., 28.12.2013/28865.

olmasının, idari işlem niteliğinde başkaca işlemleri de tesis edebileceklerinin kabulünü kolaylaştıracağı aşıkardır. Bununla birlikte, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararı öncesi vermiş olduğu bazı kararları, yüksek yargı yerlerinin yaklaşım farklılığını organize sanayi bölgelerinin kamulaştırma yetkisine sahip olup olmadığından hareketle açıklamayı zorlaştırmaktadır. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi, organize sanayi bölgelerinin kamulaştırma yetkisine sahip olduğu dönemde Ostim Organize Sanayi Bölgesi içerisinde yer alan bir şirketin faaliyetten men edilmesine ve mevcut işyeri açma ve çalışma ruhsatının iptal edilmesine ilişkin işlemle ilgili olarak vermiş olduğu bir kararda da adli yargının görevli olduğu sonucuna ulaşmıştır⁵⁶. Yüksek yargı yerlerinin organize sanayi bölgeleri tarafından tesis edilen işlemlerin niteliği konusundaki yaklaşımının, en azından yukarıda örneklediğimiz kararlar bakımından farklılık arz ettiğini söylemek mümkündür.

Uyuşmazlık Mahkemesi bir kısım kararında ise, davalı mevkiinde kamu kuruluşu bulunup bulunmadığına bakmakta, davalı mevkiinde kamu kuruluşu niteliği bulunmayan bir makamın bulunması halinde, bu kişi tarafından tesis edilen işlem hakkında bir değerlendirmede bulunmadan adli yargının görevli olduğuna karar vermektedir. Özelleştirmeye tâbi tutulan kurumların işlemlerine dair olduğu görülen bu kararlarda, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2. maddesine atıfta bulunmak suretiyle gerekçelendirme yaptığı görülmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi, Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretimine İlişkin Yönetmelik hükümlerine istinaden güneş enerjisi santrali kurmak için izin isteminde bulunan şirketin başvurusunun reddine dair tesis edilen işlem ve daha evvel verilmiş başkaca izinlere ilişkin işlemlerin iptali ilgili kararında idari yargı kapsamında açılmış bir davanın bulunduğundan söz etmenin imkânsız olduğu gerekçesiyle adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir. Kararda, özelleştirme uygulamaları kapsamında hisselerinin tamamı özel şirkete devredilerek kamu kurumu, yani İdare vasfını kaybettiği belirtilen davalı şirket Toroslar Elektrik Dağıtım A. Ş.'nin

⁵⁶ UYM, E. 2012/442, K. 2013/485, T. 08.04.2013, RG., 21.05.2013/28653.

işleminin niteliği konusunda bir inceleme yapılmamıştır⁵⁷. Uyuşmazlık Mahkemesi, elektrik dağıtım faaliyeti yapan şirketlerle ilgili vermiş olduğu bu ve benzeri⁵⁸ kararlarında olduğu gibi özelleştirmeye tâbi tutulan diğer kurum ve kuruluşların işlemleriyle ilgili uyuşmazlıklarda da genel olarak, davalı mevkiinde kamu kuruluşu niteliği taşımayan bir şirketin bulunması karşısında idari yargı yetkisi kapsamında açılmış bir idari davanın bulunduğundan söz etmenin imkânsız olduğunu belirtmektedir. Nitekim, Türk Telekom Karaman İl Müdürlüğü'nde kapsam içi personel statüsünde çalışan bir çalışanın Türk Telekom'un özelleşmesi sonucu başka bir kamu kurum veya kuruluşuna nakledilmesi talebinin, özelleştirilen kuruluş tarafından reddedilmesine ilişkin davanın çözüm yerinin adli yargı olduğunu belirtirken de Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu gerekçeden hareket ettiği gözlenmektedir⁵⁹. Danıştay kararlarını incelerken yer verdiğimiz birebir aynı nitelikte bir uyuşmazlıkla ilgili olarak DİDDK'nın 07.04.2011 tarihinde, 2011/55 Esas ve 2011/205 Karar sayısı ile vermiş olduğu kararında⁶⁰, aksi bir sonuca varmış olması ise dikkat çekicidir. Danıştay söz konusu kararda, maaş nakil ilmühaberi

⁵⁷ İlgili karara konu görev uyuşmazlığının çözümü sırasında yazılı düşüncesi istenen Danıştay savcısı ise görüşünde idari makam kavramından hareket ederek idari yargının görevli olduğunu ifade etmiştir. İdari karar alma yetkisi ve gücüyle donatılmış olmalarına karşılık gerek statüleri gerekse teşkilatlanmaları ve yönetimleri bakımından özel hukuk kişisi olup da kamu hizmeti gören kuruluşların, bu hizmetleri yerine getirirken kamu makamı gibi hareket ettiği ve işlemlerinin de idare hukuku kurallarına tabi olduğu belirtilen görüşte; Toroslar Elektrik Dağıtım A. Ş.'nin davaya konu başvuru reddeden işleminin tek yanlı olarak tesis edilen, ilgilinin hukukunda değişiklik yapan ve idari işlem niteliğinde bulunan bir işlem olduğu ifade edilmiştir. Bkz. UYM, E. 2016/103, K. 2016/531, T. 28.11.2016, RG., 20.12.2016/29924. Bu görüşte, Danıştay savcısı tarafından açıkça bir atıfta bulunulmamış olmakla birlikte, Erkut'un özel hukuk kişilerince tesis edilen işlemlerin idari işlem olarak kabul edilmesinde "idari makam" kavramını öne çıkaran savının dayanak alındığı anlaşılmaktadır. Erkut'un bu yaklaşımına, aşağıda doktrinin konuyu ele alış biçimi ortaya konulurken değinilecektir.

⁵⁸ Aleyhine tahakkuk ettirilmiş sokak aydınlatma faturalarını onaylamayarak ödemekten kaçınan İçme Belediye Başkanlığı'nın, faturaların ödenmemesi halinde sokak aydınlatmalarının bağlı olduğu elektrik sisteminin devre dışı bırakılacağına dair Fırat Elektrik Dağıtım A. Ş. işlemiyle ilgili uyuşmazlıkta da Uyuşmazlık Mahkemesi aynı belirlemelerde bulunmuştur. Kararda, Fırat Elektrik Dağıtım A. Ş.'nin yaptığı denetim faaliyetinin kamu hizmeti teşkil ettiğinin vurgulanmış olmasına karşın şirketin işleminin niteliği konusunda bir değerlendirmede bulunulmamış olması kanımızca dikkat çekicidir. Karar metni için bkz. UYM, E. 2013/261, K. 2013/655, T. 13.05.2013, RG., 18.06.2013/28681.

⁵⁹ UYM, E. 2008/142, K. 2009/19, T. 02.02.2009, RG., 24.07.2009/27298. Özelleştirme işlemleri sonrasında Türk Telekom İl Müdürlüğü tarafından maaş nakil ilmühaberinin düzeltilmesi talebiyle kendisine yapılan başvurunun zımnen reddine dair tesis edilen işlem ile ilgili kararında da Yüksek Mahkeme'nin gerekçesi aynı olmuştur. Bkz. UYM, E. 2013/1079, 2013/1231, T. 01.07.2013, RG., 01.08.2013/28725.

⁶⁰ Söz konusu karar, çalışmamızın Danıştay kararlarını incelediğimiz kısmının "Danıştay'ın Hukuki İşlemi Yapan Özel Hukuk Tüzel Kişiliğine Kamusal Nitelik Atfetmek Suretiyle Dava Konusu Hukuki İşlemi Denetlediği Kararları" başlığı altında ele alınmıştır.

düzenlenmesinin idare hukuku alanında sonuç doğuran bir idari işlem olduğu, Türk Telekom A. Ş.'nin sahip olduğu kamusal ayrıcalıklar ve yükümlülükler nedeniyle herhangi bir özel hukuk kişisinden farklı olduğu gerekçesiyle işlemin denetiminde idari yargıyı görevli kılmışken Uyuşmazlık Mahkemesi, Türk Telekom A. Ş.'nin tüzel kişiliğinin yahut asıl önemlisi işleminin niteliği hakkında herhangi bir irdelemede bulunmamıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi zikrettiğimiz kararlarında; *kural olarak* idari yargıda ancak Devlete ve kamu tüzel kişilerine karşı açılan davalara bakılabileceğini belirtmekle birlikte, somut uyuşmazlıkta bu kuralın istisnasını teşkil edebilecek bir durumun var olup olmadığını araştırmamaktadır⁶¹.

Uyuşmazlık Mahkemesi, kimi kuruluşların üyelik işlem ve ilişkileriyle ilgili olarak tesis ettikleri işlemlerin denetiminde görevli yargı kolunu belirlerken de bu kuruluşların kamu kurumu yahut kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olup olmadıklarını irdeleyerek sonuca varmaktadır. Süt Üreticileri Birliği'ne yapılan üyelik başvurusunun reddine dair Birlik tarafından tesis edilen işlem ile ilgili kararında, Uyuşmazlık Mahkemesince işlem konusunda hiçbir irdelemeye girilmeksizin adli yargının görevli olduğuna karar verilmiştir. İlgili mevzuatta Süt Üreticileri Birliği'nin kamu tüzel kişiliği bulunduğu ilişkin açık bir hükme yer verilmediği, bu birliklerin bireylere karşı üstün hak ve yetkilerle donatıldıklarını söylemenin mümkün olmadığı, özel hukuka tâbi oldukları sonucuna ulaşıldığını belirterek Birliğin kamu kurumu niteliğinde meslek teşekkülü mahiyetini taşımadığına ve özel hukuk tüzel kişisi olduğuna hükmeden Uyuşmazlık Mahkemesi idari yargı yetkisi kapsamında bir davanın bulunmadığına karar vermiştir⁶².

⁶¹ Benzer şekilde özelleştirme süreci tamamlanan Türkiye Petrol Rafinerileri A. Ş.'nin personeli hakkında tesis etmiş olduğu naklen atama işlemiyle ilgili uyuşmazlıkta da Uyuşmazlık Mahkemesince, yine aynı kabulden hareket edilmiştir. Bkz. UYM, E. 2007/451, K. 2009/34, T. 02.03.2009, Kazancı İçtihat Bankası. Yine, özelleştirme işlemleri tamamlanan banka personelinin kurumlarıyla ilişkilerinden doğan davalarda da Uyuşmazlık Mahkemesi, bu bankaların özel hukuk tüzel kişiliğine dönüşmüş olmaları gerekçesiyle adli yargıyı görevli görmektedir. Örnek olarak bkz. UYM, E. 2008/361, K. 2009/154, T. 01.06.2009, RG., 18.01.2011/27819; UYM, E. 2008/90, K. 2009/13, 02.02.2009, RG., 24.07.2009/27298.

⁶² UYM, E. 2013/1805, K. 2013/2013, T. 30.12.2013, RG., 21.02.2014/28920. Uyuşmazlık Mahkemesi, Esnaf ve Sanatkarlar Kredi ve Kefalet Kooperatifi Yönetim Kurulu üyesinin Yönetim Kurulu kararıyla üyeliğine son verilmesi işlemiyle ilgili kararında da benzer bir değerlendirmede bulunarak kooperatiflerin özel hukuk tüzel kişiliğine sahip bulundukları, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olmadıkları gerekçesiyle kooperatifin işlemi konusunda adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir. Bkz. UYM, E. 2011/213, K. 2012/11, T. 06.02.2012, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

Bu başlık altında zikrettiğimiz kararlar, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bir hukuki işlemi idari işlem addetmek noktasında, tamamen organik kriterden hareket ettiğini göstermektedir.

b.Özel Hukuk Hükümlerine Göre Kurulup Faaliyet Gösteren Tüzel Kişilerin Kamu Gücünün Kullanıcısı Olamayacağına Dair Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları

Uyuşmazlık Mahkemesi, özel hukuk tüzel kişilerinin veya özel hukuk tüzel kişiliği olduğu konusunda bir açıklık olmamakla birlikte özel hukuk hükümlerine göre kurulup faaliyet gösteren bazı tüzel kişilerin işlemlerini, bu kişilerce kamu gücü kullanılamayacağı gerekçesiyle adli yargı denetimine tâbi kılmaktadır. 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu uyarınca kurulan vakıfların işlemlerine ilişkin olan kararlarında Uyuşmazlık Mahkemesi; bu vakıfların Medeni Kanun hükümlerine göre tescil edilmiş ve faaliyetleri bakımından özel hukuka tâbi kılınmış olmaları nedeniyle vakıf müteveli heyetleri tarafından tesis edilen işlemlerin idari işlem sayılmayacağı sonucuna varmaktadır. İlgili kanun uyarınca vakıf müteveli heyetinin büyük çoğunluğunun kamu görevlilerinden oluşmasının öngörülmüş olmasının bu vakıfları kamu tüzel kişisi haline getirmeyeceğini belirten Mahkeme, işlemlerinin kamu gücüne dayanarak tesis edilmiş olduklarının kabulü mümkün olmadığı gerekçesiyle bu işlemlerin denetiminin adli yargının görevinde olduğuna karar vermektedir⁶³.

Bununla birlikte, Danıştay 12. Daire'nin 2003/131 Esas, 2004/2238 Karar sayısı ile 28.06.2004 tarihinde vermiş olduğu ve bir üst başlıkta Danıştay kararlarını incelediğimiz kısımda ele aldığımız kararda ise söz konusu kanun uyarınca kurulan vakıfların kamu kurumu olduklarının tartışmasız olduğu tespitine varıldığını ve dava

⁶³ Örnek kararlar için bkz. UYM, E. 2014/621, K. 2014/728, T. 14.07.2014, RG., 26.07.2014/29072; UYM, E. 2014/17, K. 2014/44, T. 27.01.2014, RG., 12.03.2014/28939; UYM, E. 2008/33, K. 2009/36, T. 02.03.2009, RG., 24.07.2009/27298.

konusu işlemin kamu gücüne dayanılarak tesis edilmiş olduğunun hükme bağlanmış olduğunu belirtmiştik⁶⁴.

Aynı kanun uyarınca kurulan vakıflarca yapılan benzer nitelikteki işlemlerin niteliğine ilişkin olarak tamamen karşıt değerlendirmeleri içeren bu kararlar, ilk bakışta yargı yerlerinin özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebileceğine ilişkin farklı bir yaklaşım içerisinde olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Diğer yandan, yüksek mahkemelerin ilgili kararlara konu işlemlerin niteliğine ilişkin tespitlerindeki bu **farklılık, aslında işlemi tesis eden vakıflara ilişkin yaptığı niteleme farkından kaynaklanmaktadır.**

Danıştay 3294 sayılı Kanun uyarınca kurulan vakıfların, yürüttükleri faaliyetten hareketle kamu kurumu niteliğinde oldukları sonucuna varmış ve vakıfça tesis edilen işlemin kamu gücü ile tesis edilebilmesini mümkün görmüştür. Uyuşmazlık Mahkemesi ise atıfta bulunduğumuz kararlarında zikredilen kanun uyarınca kurulan vakıfların işlemlerinin kamu gücü ile tesisini mümkün görmezken bu vakıfların Medeni Kanun hükümlerince kurulup faaliyet göstermelerinden hareket etmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin söz konusu kararlarında, idari işlem adeta kamu gücü kullanımıyla eş anlamlı kabul edilmiş ve bir özel hukuk kişisi tarafından yapılabilmesi konusunda bir değerlendirmede dahi bulunulmamıştır.

Uyuşmazlık Mahkemesi, Türkiye İhracatçılar Meclisi genel sekreter yardımcısının hizmet akdini sona erdiren işlem konusunda çıkan görev uyuşmazlığında da, Meclis'in kanun ile yahut kanunun verdiği açık yetki uyarınca kurulan bir kamu tüzel kişisi ya da kamu kurumu niteliğinde meslek teşekkülü olmadığını, Meclis görevlilerinin kamu görevlisi olduklarının söz edilemeyeceğini belirterek Meclis Yönetim Kurulu işleminin de İdare tarafından kamu gücüne

⁶⁴ Söz konusu karar, çalışmamızın Danıştay kararlarını incelediğimiz kısmının “Danıştay’ın Hukuki İşlemi Yapan Özel Hukuk Tüzel Kişiliğine Kamusal Nitelik Atfetmek Suretiyle Dava Konusu Hukuki İşlemi Denetlediği Kararları” başlığı altında ele alınmıştır.

dayanılarak tek başına tesis edilen buyurucu niteliği bulunan idari işlem sayılmasının olanaklı olmadığına hükmetmiştir⁶⁵.

3.Değerlendirme

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin konuya yaklaşımını ele aldığımız bu ana başlık altındaki tüm kararlarına bakıldığında, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebilmesini mümkün gören yaklaşımının, tarihi süreçte daralarak yok olduğunu söylemek mümkündür. Uyuşmazlık Mahkemesi 1990'lı yıllarda verdiği kararlarında idari yargının görevini, yapıcısının mutlaka idari teşkilat içerisinde yer aldığı işlemlere hasretmemiştir. Kamu tüzel kişiliği konusunda açıkça bir belirleme bulunmayan kişilerin işlemleri konusunda açıkça idari işlem tespitinde bulunmasa dahi, işlemin yapılışında kullanılan yetkiler yahut işlemin tesisi sırasında yürütülen faaliyetin niteliğinden hareket ederek idari yargının görev alanıyla bir bağlantı tesis etmeye çalışmıştır. Bununla birlikte, 2000'li yıllardan itibaren vermiş olduğu kararlarında adli yargının görevli oluşunun Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından adeta bir karine gibi kabul edildiği, idari işlemi tesis eden makamın idari teşkilat birimi olup olmadığına bakılması dışında idari yargının görevli olabilmesine ilişkin bir değerlendirmede bulunulmadığı görülmektedir.

Kararları ele alırken değindiğimiz; *özel hukuk tüzel kişilerinin işlemlerinin denetiminin adli yargıya tâbi olduğu, davalı mevkiinde kamu kuruluşu bulunmaması nedeniyle idari yargı yetkisinde açılmış bir davanın bulunmadığı, özel hukuk hükümlerine göre kurulan tüzel kişilerin kamu gücünün kullanıcısı olamayacağı* şeklindeki gerekçelerinin tümünden Uyuşmazlık Mahkemesi'nin aslında idari yargının görev alanını teknik anlamda İdare birimlerinin gerçekleştirdiği eylem ve işlemlerle sınırladığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, davalı mevkiinde bulunan kişiye göre yapılan böyle kategorik bir kabulün iki açıdan sorun doğurması muhtemeldir. Birincisi, İdare birimleri idari işlem dışında özel hukuk işlemleri de tesis edebildiğinden, bir İdare tarafından tesis edilmiş bir özel hukuk işlemi de, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu ön kabulü dolayısıyla işlemi tesis edeninden

⁶⁵ UYM, E. 2013, 1456, K. 2013/1641, T. 11.11.2013, RG., 21.12.2013/28858.

hareketle idari yargının görevine tâbi kılınabilir. Daha zayıf olmakla birlikte ikinci olarak, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından davalı mevkiinde bulunan kişide katı bir şekilde aranacak idari teşkilat içerisinde yer alma özelliği, özel hukuk kişilerinin işlemleri bir yana, yasama ve yürütmenin idari işleve ilişkin işlemlerinin tâbi olacağı yargı kolu bakımından yeterli açılımı sağlamamaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin idari yargının görevli olabilmesi için mutlaka bir idari teşkilat biriminden sâdır bir muamelenin bulunmasını aramasının, yasama ve yargının idari işlem niteliğindeki işlemlerinin idari yargıyla olan bağının kurulmasında yetersiz kalacağı açıktır.

Diğer yandan, eski tarihli ve sınırlı sayıda da olsa özel hukuk tüzel kişisi olarak addettiği kişilerin işlemleri konusunda idari yargıyı görevli gördüğü kararlarının bulunması Uyuşmazlık Mahkemesi'nin olay bazlı bir yaklaşım içerisinde olduğunu göstermektedir. Örneğin Mahkeme, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı'nın işlemini idari işlem kabul ettiği 19991/1 Esas ve 1999/11 Karar sayılı ve 03.05.1999 tarihli kararında⁶⁶, vakfın ve yürüttüğü faaliyetlerin niteliği konusunda yaptığı irdelemeleri, yukarıda adli yargıyı görevli gördüğünü belirttiğimiz organize sanayi bölgelerinin işlemleri ile ilgili kararlarında yapmamaktadır. Hem Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı'nın hem de organize sanayi bölgelerinin kararlara konu işlemleri re'sen ve tek yanlı surette tesis edilmiş olmakla birlikte, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı'nın ve yürüttüğü faaliyetin kamusal özellikler taşıdığından bahisle işlemini idari işlem addetmiş, organize sanayi bölgeleri için ise böyle bir değerlendirmeye girmemiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin olay esaslı bu bakış açısı, her ne kadar idari yargı ve adli yargıyı görevli gördüğü kararları tarihi açıdan birbirlerine uzak olsalar dahi, konuya ilişkin tutarlı bir yaklaşımının bulunduğunu söylemeyi zorlaştırmaktadır.

⁶⁶ Söz konusu karar, Yüksek Mahkeme'nin "Uyuşmazlık Mahkemesi'nin İdari Yargıyı Görevli Kabul Eden Kararları" başlığı altında ele aldığımız kararları arasında incelenmiştir.

B.Yargıtay’ın Konuyu Ele Alış Şekli

İdari işlemin bir özel hukuk kişisince yapılabilmesiyle ilgili olarak Yargıtay’ın önüne gelen uyuşmazlıkların sayısı, muhtemelen diğer yüksek yargı yerlerinin önüne gelenlerin sayısından az; karara konu işlemi tesis eden özel hukuk kişiliğinin çeşitliliği de dardır. Bu sonuca varmamızın nedeni, konuyla ilgili olarak ulaşılabilen karar sayısının nispeten az olmasıdır. Aslında konumuzla ilgili birçok uyuşmazlık gündemine gelse dahi, bu tartışmanın açılmamış olmasından ötürü aslında sorunun “görülmediği” de bir varsayım olarak incelenmeyi gerektirir.

Bir özel hukuk kişisi tarafından tesis edilmiş işlem yahut işlemleri konu edinen Yargıtay kararlarından önemli bir kısmının, özelleştirmeye tâbi kuruluşların tesis etmiş olduğu işlemlere ilişkin olduğu görülmektedir. Yüksek Mahkeme, özelleştirme uygulamaları neticesinde kamu payı yüzde ellinin altına düşen kuruluşların kamu kurumlarına nakil hakları bulunan personelleriyle ilgili olarak özellikle son dönemde vermiş olduğu kararlarında, söz konusu işlemlerin idari işlem olduğu gerekçesiyle bu işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargının görevinde olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay söz konusu kararlarında, ilgili personelin nakledilecekleri kurumdaki statülerini, özlük ve parasal haklarını belirlemek gibi işlemlerin denetiminde, Danıştay kararlarını incelerken yer verdiğimiz DİDDK’nın 2011/55 Esas, 2011/2015 Karar sayılı ve 07.04.2011 tarihli kararındaki⁶⁷ gerekçelerine birebir atıfta bulunarak *“imtiyaz sözleşmesi ile bir kamu hizmetinin yürütmekle görevli ve yetkili kılınan şirketlerin diğer özel hukuk tüzel kişilerinden farklı olarak kimi kamusal ayrıcalıklara ve yükümlülüklerle tabi oldukları, kamu kurumlarına nakil hakkı bulunan personelleriyle ilgili bazı kamusal görevler yüklenen şirketlerin belirtilen görevleri kapsamında tesis ettiği işlemlerin idari işlem niteliğinde olduğu ve bu işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargının görevinde bulunduğu”* şeklinde hükümler tesis etmiştir⁶⁸. Bir üst başlıkta değindiğimiz üzere Uyuşmazlık

⁶⁷ Söz konusu karar, çalışmamızın Danıştay kararlarını incelediğimiz kısmının “Danıştay’ın Hukuki İşlemi Yapan Özel Hukuk Tüzel Kişiliğine Kamusal Nitelik Atfetmek Suretiyle Dava Konusu İşlemi Denetlediği Kararları” başlığı altında ele alınmıştır.

⁶⁸ Örnek olarak bkz. Yarg. 9 HD, E. 2017/20251, K. 2017/7280, T. 25.04.2017; Yarg. 9. HD, E. 2014/33231, K. 2016/6203, T. 16.03.2016; Yarg. 22 HD, E. 2014/19483, K. 2015/35614, T. 24.12.2015; YHGK, E. 2014/1559, K. 2015/2649, T. 18.11.2015; Yarg. 22. HD, E. 2014/10202, K.

Mahkemesi ise özelleştirme süreci tamamlanan kuruluşların personelleriyle ilgili işlemlerinin denetimi konusunda, idari yargıda ancak devlet ve diğer kamu tüzel kişilerine dava açılabilceğinden bahisle adli yargıyı görevli görmekte ve bu işlemlerin idari işlem niteliği taşıyabilmesi noktasında bir değerlendirmede bulunmamaktadır⁶⁹. Yargıtay'ın atıfta bulunduğumuz söz konusu kararları, Yargıtay'ın özelleştirilen kuruluşların personelleri hakkında tesis etmiş oldukları benzer içerikteki işlemler bakımından Danıştay ile aynı doğrultuda, Uyuşmazlık Mahkemesiyle ise aksi bir yaklaşım içerisinde olduğunu göstermektedir.

Yargıtay, bir organize sanayi bölgesi müteşebbis heyeti tarafından verilen arsa tahsis iptali kararının yokluğunun tespitiyle ilgili olarak önüne gelen bir uyuşmazlıkta, *organize sanayi bölgelerinin özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduklarının açıkça kanunda düzenlenmiş olduğu* gerekçesinden hareketle uyuşmazlığın adli yargının görevinde olduğuna karar vermiştir⁷⁰. Yine başka bir kararında Yargıtay, Türkiye Musiki Eseri Sahipleri Meslek Birliği'nin⁷¹ zorunlu organı niteliğindeki Haysiyet Kurulu tarafından tesis edilen üyelikten çıkarma cezasının iptaliyle ilgili yapmış olduğu bir incelemede, *“birliğin kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları kapsamında bulunmadığı, buna bağlı olarak idari yapı içerisinde yer almadığı, bir kamu gücüne dayalı olarak tesis edilme olanağı bulunmayan işlemlerin idari nitelikte kabul edilemeyeceği”* gerekçelerinden hareketle uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir⁷². Kararlara konu işlemlerin tesis ediliş şekli ve nitelikleri hakkında ayrıca bir değerlendirme yapmayı gerekli görmediği bu kararlar, Yargıtay'ın açıkça kamu tüzel kişisi olduğu belirtilmemiş bir tüzel kişi tarafından tesis edilen işlemlerin idari işlem olamayacağı şeklinde peşin bir kabule sahip olduğunu ve benzer konularda aynı

2015/20014, T. 09.06.2015; YHGK, E. 2013/22-1937, K. 2015/1493, T. 05.06.2015; YHGK, E. 2012/1891, K. 2013/671, T. 08.05.2013; YHGK, E. 2012/9-1855, K. 2013/635, T. 08.05.2013, Kazancı İçtihat Bankası.

⁶⁹ Bkz. yukarıda s. 37.

⁷⁰ Yarg. 4. HD, E. 2016/12011, K. 2016/12067, T. 12.12.2016, Kazancı İçtihat Bankası.

⁷¹ 05.12.1950 tarih ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, değişik 42.maddesinde, meslek birliklerinin *“özel hukuka tabi tüzel kişiler”* olduğunu belirtmektedir. Bkz. RG, 13.12.1951/7981.

⁷² Yarg. 11. HD, E. 2012/3567, K. 2012/4999, T. 30.03.2012, Kazancı İçtihat Bankası.

karara varmış olan Uyuşmazlık Mahkemesi ile aynı yaklaşım içerisinde olduğunu ortaya koymaktadır⁷³.



⁷³ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bir kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olmayan Süt Üreticileri Birliği'nin işleminin denetiminin adli yargıya ait olduğuna ilişkin kararı hakkında bkz. s. 37 vd. Organize sanayi bölgelerinin işlemlerinin denetiminin adli yargıya ait olduğuna ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesi kararları için bkz. s. 33 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MEVZUATTA YER ALAN İLGİLİ DÜZENLEMELER VE DOKTRİNİN BAKIŞ AÇISI

I.MEVZUAT HÜKÜMLERİ AÇISINDAN ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN HUKUKİ İŞLEMLERİ

Çalışmamızın birinci bölümünde de değindiğimiz üzere idari işlem kavramının kanuni bir tanımdan yoksun olması gibi, bir özel hukuk kişinin idari işlemin yapıcısı olabileceği hususu da kanuni zeminde netleştirilmiş değildir. Anayasa’da yahut herhangi bir kanunda, özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebileceğini öngören yahut tesis edebilmesini doğrudan yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2. maddesinde idari işlemlere karşı açılabilmesini öngördüğü dava türlerinden tam yargı davasının idari işlemle ilgisini, davacı olabilme ehliyeti yönünden; iptal davasının idari işlemle ilgisini ise davacı olabilme ehliyeti ile birlikte işlemin unsurları açısından kurmuş ve fakat gerek bu maddesinde gerekse diğer maddelerinde idari işlemin yapıcısına ilişkin bir düzenleme ihdas etmemiştir.

Bir özel hukuk kişinin işlemine dair olan ve hukuka aykırı olduklarından bahisle uyuşmazlığa konu edilmiş kanun hükümleri de *özel hukuk kişileri, idari işlem tesis edebilir/edemez* şeklinde doğrudan bir ifade içermemektedir. Nitekim ikinci bölümde ele aldığımız yargı kararlarına konu kanuni düzenlemelere bakıldığında, bu düzenlemelerin genel olarak bir özel hukuk kişisine kamusal addedilebilecek çeşitli yetkilerin kullanılması imkânı veren düzenlemeler olduğu görülmektedir. Bu yetkilerin, idari işlem niteliğinde olup olmadığı ve idari işlem addedilirse bir özel hukuk kişisince yapılıp yapılamayacağı ise ancak mahkeme tarafından bir değerlendirmeye tâbi tutulur ise gündeme gelmektedir. Örneğin, iptali istemiyle

Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmiş olması dolayısıyla yargı kararlarını ele aldığımız bölümde değindiğimiz 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 30. maddesinin 5. fıkrasının, *“4046, 3465 ve 3996 sayılı kanunlar çerçevesinde işletme hakkı verilen veya devredilen otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarından geçiş ücretlerini ödemedен geçiş yapan araç sahiplerinden, işletici şirket tarafından geçiş ücreti ödemedен giriş çıkışı yaptığı mesafeye ait geçiş ücreti ile birlikte, bu ücretin on katı tutarında ceza, genel hükümlere göre tahsil edilir.”* şeklindeki birinci cümlesi, işletici şirkete geçiş ücreti ve bu ücretle birlikte ceza tahsil yetkisi tanımaktadır. Kendisine söz konusu yetkiler tanınan işletici şirket, aynı Kanun uyarınca işletme hakkı sahibi sermaye şirketini¹, yani bir özel hukuk kişisini ifade etmektedir. Kanun, bir özel hukuk kişisine geçiş ücreti ve ceza tahsil yetkisi tanımakta; bu yetkinin adli yargıda bir dava açılarak mı, doğrudan icra vasıtasıyla mı kullanılacağı yoksa idari işlem olarak tebliğ edilip böyle bir borcu bulunmadığı iddiasında olanların idari yargıda bir dava açmak zorunda bırakılarak mı tahsil edileceğine ilişkin bir belirlilik içermemektedir. Ancak bu hususun kanunla düzenlenmiş olması, idari işlemle istenebilmesi için olsa gerektir.

Bir özel hukuk kişisine zikrettiğimiz türde yetkiler bahşeden kanun hükümleri önüne gelen mahkemeler, bu yetkilerin idari işlem niteliğinde olup olmadığı doğrultusunda bir değerlendirmeye kimi durumlarda gitmekte, kimi durumlarda ise yetkilerin kullanımına idari işlem tesis edebilme bağlamında yaklaşmamaktadır². Bir özel hukuk kişinin, kamusal nitelikte yetkiler tesis edip edemeyeceğine ilişkin değerlendirmelerde bulunulan yargı kararlarında ise bu yetkilerin mahkemelerce,

¹ Tanımlar

MADDE 2- (1) Bu Kanunun uygulanmasında; (...)

1) İşletici şirket: İlgili mevzuat hükümleri uyarınca işletme hakkı verilen veya devredilen Türkiye'de kurulmuş sermaye şirketlerini, (...) ifade eder.

² Örneğin, Anayasa Mahkemesi 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na getirilen ek maddesine dair yapmış olduğu yargılamada, maddede yeminli mali müşavirlere, vergi mükelleflerinin mali tablo ve beyannamelerini ilgili mevzuat, cari muhasebe prensipleri ve denetim standartları yönünden tasdik etmek şeklinde tanınan yetkiler hakkında idari işlem olup olmadıkları bağlamında bir değerlendirmede bulunmamıştır. Söz konusu karar, çalışmamızın Anayasa Mahkemesi kararlarını ele aldığımız kısmın “Zaman Boyutuyla Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gösterdiği Yaklaşım: Zaman İçinde Yaşanan Bir Değişiklik (Mi?), İstikrar (Mı?) veya Karmaşa (Mı?)” başlığı altında ele alınmıştır.

Anayasa'nın 128. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde bulunup bulunmadığı konusunda bir değerlendirmeye tâbi tutularak hüküm tesis edildiği görülmektedir. Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından *genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin* memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceğini emreden söz konusu hüküm, daha evvel de değindiğimiz üzere doğrudan idari işlemle ilgili bir düzenleme değildir. Diğer yandan, ilk bakıldığında yalnızca idari faaliyetlerin yahut İdarenin personelinin hukuki rejimine ilişkinmiş intibai uyandırır da idari işlemin İdarenin faaliyetlerinin asli hukuki aracı olduğu dikkate alındığında hüküm, konumuz bakımından irdelenmesi gerekli en temel düzenlemedir.

Doktrinde madde metninde yer alan *genel idare esasları* kavramından anlaşılması gerekenin kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usulleri olduğu belirtilmekte³; kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usullerinin ise kamu gücü kullanılarak tek taraflı idari işlemler tesis etmek olduğu ifade edilmektedir⁴. *Genel idare esasları* kavramının mahkemeler tarafından ise daha ziyade, bu esaslara göre yürütülecek hizmetlere ilişkin ölçütler geliştirilerek açıklanmaya çalışıldığı görülmektedir. Nitekim çeşitli yargı kararlarında genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken hizmetlerin ayırt edici unsuru olarak *kadro tahsisi*⁵; *merkezi idare ile statüer bir ilişkinin varlığı*, *devletin kamu gücünün*, *emretme yetkisinin kullanılması*⁶ gibi kriterler zikredilmektedir.

³ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 718; Çiğdem Sever, “Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Ölçütte Çözülme ve Anayasa’nın 128. Maddesinin 1. Fıkrası”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 2013, s. 251; Günday, **İdare Hukuku**, s. 582.

⁴ Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, Cilt I, (Genel Esaslar), s.809-810; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 718; Günday, **İdare Hukuku**, s. 582.

⁵ “(...) Önemi ve değeri nedeniyle devletin başlıca görevleri içindeki hizmetler, genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerdir. Kadro tahsisi genel idare hizmetlerinin karakteristiğidir.” AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, T. 19.04.1988, RG., 23.98.1988/19908.

⁶ “(...) Statü ayrımının yapılmasında öncelikle genel idare esaslarına göre yürütülecek hizmetleri belirleyecek objektif ölçütlerin getirilmesi gerekmektedir. Merkezi idare ile statüer bir ilişki, devletin kamu gücünün, emretme yetkisinin kullanılması, genel idare esaslarına göre yürütülecek hizmetlerin belirlenmesinde gözönünde bulundurulması gereken hususlardan bazıları olarak görülmektedir.” AYM, E. 1990/12, K. 1991/7, T. 04.04.1991., RG., 13.08.1991/20959. Aynı doğrultuda bkz. AYM, E. 1992/44, K. 1992/7, T. 09.02.1993, RG., 19.06.1993/21612.

Doktrinin idari işlem tesisi ile aynı anlamda kabul ettiği *genel idare esasları*, mahkemeler tarafından doğrudan bu anlamda kullanılmamakta; Devletin kamu gücünün ve emre yetkisinin kullanılması gibi anlamlara karşılık geldiği ifade edilse de doğrudan idari işlem tesis etmek şeklinde açıklanmamaktadır. Konumuzla en sıkı bağlantısı bulunan bu mevzuat hükmü dahi, özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edip edemeyeceği konusunda doğrudan bir açılım sağlamamaktadır.

Gerek Anayasa’da ve İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda gerek de diğer kanunlarda özel hukuk kişilerinin idari işlem yapabileceği yahut yapamayacağı hususundaki belirsizlik, idari usul bakımından da bir eksiklik kabul edilmiş ve bu yönde hazırlanan taslak metinlerde bu hususu bertaraf edici hükümler sevk edilmeye çalışılmıştır. Nitekim İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku Araştırma Merkezi tarafından son şekli verilen İdari Usul Kanunu İstanbul Tasarı Taslağı’nın (İstanbul Metni)⁷ “Kapsam” başlıklı ikinci maddesi, Kanun’un uygulama alanını, “*İdare adına hareket ederek kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişilerinin idare işlevinden kaynaklanan idari işlemleri*”ni de kapsar şekilde belirlemiştir. Özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebileceğini, idari usulün uygulama alanı açısından belirleyen söz konusu hüküm son derece önemli olmakla birlikte, özel hukuk kişisince idari işlev kapsamında tesis edilen bir işlemin yargılamasına ilişkin tereddütlerin de bertaraf edilebilmesi adına İdari Yargılama Usulü Kanunu’na idari davaya konu edilebilmesi bakımından eklenmesini önereceğimiz hükme, sonuç kısmında yer vereceğiz.

II.DOKTRİNİN AYRINTIYA GİRMEYEN KANAATİ: “ÖZEL HUKUK KİŞİLERİ DE İDARİ İŞLEM YAPAR!”

İdari işlemin bir özel hukuk kişisi tarafından yapılabilirliğine doktrin tarafından nasıl yaklaşıldığının ortaya konulabilmesi için bu hususun, şüphesiz doktrinin “idari

⁷ Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı Taslağı (İstanbul Metni), **İHİD** (Pertev Bilgen’e Armağan), C. 13, S. 1-3, 2000.

işlem” kavramına yaklaşımıyla birlikte ele alınması gerekmektedir. Zira Gözübüyük/Tan’ın da işaret ettiği ilgisizlik nedeniyle sorunu ele alan yazar sayısı oldukça azdır. Ele alan yazarlar da çoğunlukla yargı yerlerinin konuya ilişkin vermiş oldukları kararlardan yola çıkmakta ve aslında yargının konuya bakışını ortaya koymaktadır. Diğer yandan, idari işlemin yapıcısının kim ya da kimler olabileceği meselesi, idari işleme yüklenen anlam ile yakından ilgilidir.

İdari işlemleri, kural olarak, idari organ ve makamların idare alanındaki irade açıklamaları olarak ifade eden Duran, bu kuralın istisnası olarak ise yasama ve yargı organlarının idari işlev niteliğindeki faaliyetlerini saymakta, bu tanımlamada özel hukuk kişilerini zikretmemektedir⁸. Bununla birlikte yazar, kamu kesiminde ya da özel kesimde olup kamu hizmetine doğrudan ya da dolaylı bir şekilde katılan kuruluşların, *kamusal yetkiler kullanarak yaptıkları işlemler ve eylemler* konusunda kamu hukuku ilke ve kurallarına ve idari yargı denetimine tâbi olduğunu belirtmektedir⁹. Yazarın, bu kuruluşların kamu kesiminde veya özel kesimde yer alıp almamaları bakımından bir ayrım yapmayıp tâbi olacakları hukuk ve yargı düzeni bakımından işlemlerini tesis ederken kullandıkları kamusal yetkiden hareket ettiği nazara alındığında, özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edip edemeyeceği sorusuna olumlu cevap verdiği anlamı çıkmaktadır.

Erkut, idari işlemi iptal davasının konusunu oluşturması bağlamında incelediği çalışmasında, özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebileceğini doğrudan bir kabulle ortaya koymaktadır. Nitekim yazar gerek statüleri ve gerekse teşkilatlanmaları ve yönetimleri bakımından özel hukuk kişisi olup da kamu hizmeti gören kuruluşların, bu hizmetleri yerine getirirken kamu makamı gibi hareket ettiğini ve işlemlerinin de idare hukuku kurallarına tâbi olduğunu belirtmektedir¹⁰. İdari işlemin yapıcısını İdare cihazı içerisindeki makamlarla sınırlamayıp “idari makam”

⁸ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 385.

⁹ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 344-345.

¹⁰ Yazar, tamamen özel hukuk tüzel kişileri olmakla birlikte, çeşitli faaliyetlerinde idare nam ve hesabına işlemler yapan ve bu bakımdan da bir tür kamu hizmetini yerine getirdiği kabul edilen kuruluşların bu nitelikteki işlemleri bakımından idari bir makam olarak değerlendirilmeleri gerektiğinden söz etmektedir. Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s. 65.

kavramını ayrıca açıklayan yazar, bu kavramın içerisine özel hukuk tüzel kişilerini de almaktadır¹¹. Böylelikle yazar, tüzel kişiliğin niteliğinden ayrılarak “idari makam” kavramı altında objektifleştirilmiş ve kapsamının esnemesi imkânı veren bir öneri getirmektedir. İdari işlemin özel hukuk kişilerine atfedilebilirliğinde ise idari işlev¹² kavramından hareket etmektedir. İdari makam ve idari işlev kavramlarının birbirlerini bütünleyici bir özelliğe sahip olduğunu belirten yazara göre idari işlev, idari işlemin kimliğinin belirlenmesinde çok önemli bir yere sahiptir¹³. İdari işleve ilişkin işlemleri nedeniyledir ki özel hukuk tüzel kişileri bir idari makam olarak kabul edilebilmekte ve işlemleri idari işlem addedilebilmektedir. Yazar bu yaklaşımıyla, Duran’ın idare alanını belirleyen en önemli öge olarak zikrettiği ve İdarenin tüm faaliyetlerinin, tutum ve davranışlarının ortak konusunu ve hâkim niteliğini belirleyen ve varlık nedenini teşkil eden bir kavram olarak nitelediği *idari işlevi*¹⁴, özel hukuk kişisince yapılmış bir işlemi idari işlem telakki etmek noktasında başlıca kriter olarak kabul etmiş olmaktadır.

Güran, özel hukuk kişilerin tesis edilen işlemlerin idari işlemle bağlantısını, *idare hukukuna özgü yetki kullanımı* ile kurmaktadır. Yazar, kamu hizmeti taşıyan faaliyetlerin yerine getirilmesinin, kamu tüzel kişilerinden girişimci özel hukuk tüzel kişilerine geçirilmesi halinde bu kimselerin yapacağı idare hukukuna özgü yetki kullanımlarına ilişkin işlemlerin idari işlem sayılacağını belirtmektedir¹⁵. Yazar, gerçek kişilerden oluşan özel hukuk oluşumları olarak nitelediği yeminli serbest mimarlık ve mühendislik büroları gibi kuruluşların da idare hukuku görev ve yetkileriyle donatılmaları halinde, bu içerikteki işlemlerinin tipik birer idari işlem teşkil edeceğinin kuşkusuz olduğunu ifade etmekte, tanınan bu yetkilerin Anayasa’ya aykırı olmama koşulunu, bu hususta tek çekince olarak öne sürmektedir¹⁶.

¹¹ Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s. 64.

¹² Erkut ve zikrettiğimiz diğer yazarların bir kısmı “idare işlevi” kavramını kullanmakla birlikte terim birliğini sağlamak adına biz çalışma boyunca “idari işlev” kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

¹³ Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, s. 66.

¹⁴ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 6.

¹⁵ Güran, “İdari İşlem”, s. 1278.

¹⁶ Güran, “İdari İşlem”, s. 1277-1278.

Yıldırım, konuyu en net şekilde ortaya koyan ve konuyla ilgili en fazla irdelemeyi yapan yazardır. Yazar, özel hukuk kişilerinin işlemlerinin idari işlem olarak nitelenmesi için bu kişilerin sadece kamu hizmeti görmelerinin yeterli olmadığını belirtmekte, *İdarenin kullandığı kamusal yetkileri kullanmalarının gerekliliğine* dikkat çekmektedir¹⁷. Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay'ın çeşitli kararlarından örnekler veren yazar, yargı kararlarına yansıyan örneklerde ise mahkemelerce çoğunlukla işlemi yapan tüzel kişi ya da kurulun niteliğinden hareket edildiği, bunların idari nitelik taşımaları dolayısıyla işlemlerinin de idari işlem addedildiği tespitinde bulunmaktadır¹⁸. Bunun yanında, yukarıda ele aldığımız üzere, özel hukuk kişilerinin işlemlerinin, işlemin yerine getiriliş şekline göre idari işlem kabul edildiği yargı kararları da mevcuttur. Bu kararların sayıca az olmasına karşın kanımızca, yargı organlarınca *özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edemeyeceği* şeklinde kesin bir sınırla çizilmiş bir içtihadın varlığını söylemek kolay görünmemektedir. Bu itibarla, Danıştay'ın ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin içtihadı doğrultusunda özel hukuk kişilerinin işlemlerinin idari işlem olarak nitelendirilmemesinin uygun olacağı¹⁹ şeklindeki tespiti katılmamaktayız.

Bir hukuki işlemi *idari işlem* haline getiren şeyin işlemi yapan süjenin İdare olması değil, işlemin kamu gücü ayrıcalıklarına dayanması olduğunu ifade eden Gözler, bir hukuki işlemin ister kamu tüzel kişisi ister özel hukuk tüzel kişisi tarafından yapılmış olsun kamu gücü ayrıcalığı içermesi halinde idari işlem niteliğinde olduğunu öne sürmektedir²⁰. Danıştay'ın yukarıda yer verdiğimiz Türkiye Futbol Federasyonu'nun işlemini idari işlem kabul eden kararı²¹ ile Uyuşmazlık Mahkemesi'nin yine yukarıda ele aldığımız Türkiye Jokey Kulübü'nün işlemini idari

¹⁷ Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 400. Benzer doğrultuda bkz. Akyılmaz/Sezginer, Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 386. Yıldırım, özel hukuku aşan yetkiler kullandıkları durumlarda özel hukuk kişilerin idari işlev kapsamında faaliyette bulunduğunu, fakat bu işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi zorunlu olmadıkça işlemlerin idari niteliğinin ön plana çıkarılması gerekmediğini ifade etmektedir. Zorunlu olarak idari yargı denetimine tabi olan tek işlem türüne ise özel okullarca verilen disiplin, not, sınıf geçme gibi işlemleri zikretmektedir. Bkz. Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 403-404.

¹⁸ Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 400.

¹⁹ Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 403.

²⁰ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 660.

²¹ Söz konusu karar, çalışmamızın Danıştay kararlarını incelediğimiz kısmının “ ‘Hukuki Durumu’ Etkileyecek Sonuç Doğuran Hukuki İşlemlerin İdari İşlem Olduğuna Dair Danıştay Kararları” başlığı altında incelenmiştir.

işlem kabul eden kararının²² isabetli olduğunu belirten yazar, özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebileceğini kabul etmiş olmaktadır.

Yayla, idari işlemin bazı özgün hallerde bir özel kişi tarafından yapılabileceğini; bu özgün hallerin ise kanunla özel kişilere verilen bazı görevler yahut olaya özgü veya olağanüstü şartlarda İdare adına iş yapılması şeklinde ortaya çıkabildiğini belirtmektedir²³. İlk bakışta yazarın özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebilirliğinin kimi ayrıksı birtakım koşullara hasredilmiş olduğunu kabul ettiği izlenimi uyanmaktadır. Bununla birlikte, yazarın özgün halleri örneklemek amacıyla atıfta bulunduğu yargı kararları²⁴, uyuşmazlığın çözümü noktasında *kamusal yetki kullanımlarının* tartışıldığı kararlardır. Buradan yola çıkarak, yazarın da özel hukuk kişinin idari işlem tesis edebilirliğinde kamusal yetki kullanımlarını kriter olarak ele aldığını söylemek mümkündür.

Yukarıdaki açıklamalarımız itibarıyla genel olarak bakıldığında, Gözübüyük/Tan'ın, organik ölçütün önemini yitirmiş olduğu şeklindeki tespitin²⁵ doktrinin çoğunluğu tarafından da benimsendiğini söylemek mümkündür. Özel hukuk kişilerinin idari faaliyetlerin görülüşüne katılımlarının yaygınlaşması karşısında, idari işlemi organik ölçüt ile açıklamak bugün için yeterli değildir. Bununla birlikte, özel hukuk kişilerince tesis edilen işlemlerin idari işlem sayılması için, bu işlemlerin özel hukuk kişilerince yürütülen bir idari faaliyet sırasında tesis edilmiş olması da yeterli değildir. Doktrinde idari işlemin bir özel hukuk kişisince yapılabilirliğinin, işlemin tesisi sırasında kullanılan yetki ile açıklandığı görülmektedir. İşlemin tesis ediliş şekli, işlemin özel hukuk işlemi mi yahut idari işlem mi olarak vasıflandırılacağına asıl kıstastır. Bu kıstas ise doktrinde ortak bir belirlemeyle açıklanmaktadır. Yazarlarca “*kamusal yetki ve usuller*”, “*idare hukukuna özgü yetki kullanımları*”, “*kamu gücü ayrıcalıkları*” olarak ifade edilen

²² Söz konusu karar, çalışmamızın Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarını incelediğimiz kısmının “Uyuşmazlık Mahkemesi’nin İdari Yargıyı Görevli Kabul Eden Kararları” başlığı altında incelenmiştir.

²³ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 113-114.

²⁴ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 114, 258 numaralı dipnot.

²⁵ Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, Cilt I, (Genel Esaslar), s. 366.

hususlar birbirinin anlamına tekabül eder şekilde kullanılan nitelemelerdir²⁶. İdari işlemin tespitinde kullanılan organik ölçütteki çözülme ve işlemin tesis edilişi sırasında kullanılan yetkinin özelliklerinden hareket etme konusundaki ortak kabul, doktrin tarafından çalışmamızın yöneldiği soruna nasıl yaklaşıldığına da cevap oluşturmakta ve bizi belirli şartlarla özel hukuk kişilerin idari işlem tesis edilebildiğinin kabul edildiği sonucuna vordırmaktadır. Diğer yandan, idari işlem tesis edilirken kullanılan yetki ve usulün hangi özel hukuk kişileri bakımından ve ne zaman kamusal, idare hukukuna özgü veya kamu gücü ayrıcalıkları kapsamında değerlendirileceğine ilişkin bir belirlemede bulunulmaması ise bu hususların belirginleştirilmesini sağlayacak kriter ihtiyacının gerekliliği karşısında yeterli açıklamayı sağlayamamaktadır.

III.DOKTRİN VE MEVZUAT HÜKÜMLERİNİN İHMAL ETTİĞİ KRİTER İHTİYACI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edip edemeyeceğini değerlendirmek bakımından doktrin ve mevzuat tarafından ihmal edildiğini belirttiğimiz kriterlerin neler olabileceğine ilişkin düşüncelere bu başlık altında, uyuşmazlığa yansımış olduğu oranda yargı kararlarından da yola çıkarak yer vereceğiz. Zira doktrin tarafından geliştirilmeyen kriterler, yargı kararlarında da açıkça yer almıyor olsa dahi mahkemeler, idare hukuku ilke ve kurallarından hareketle ve idari yargılama tecrübesiyle sonuca ulaşmaktadır. Ulaşılan bu sonuç, yargı tarafından bilinçli şekilde ortaya konulamamış olsa dahi, benzer durumlarda ulaşılan aynı sonuçta anlam, gereklilik ve isabet bulunduğu kabulünden hareket ettiğimizden, kriter ihtiyacının giderilmesine ilişkin düşüncelerimizin sağlamasını mümkün olduğunca yargı kararları üzerinden yapacak; üzerinde durduğumuz kriterlerden farklı sonuçlara varılan yargı kararlarında, kriterden ayrılmayı haklı kılacak özgün durumların var olup olmadığını değerlendirmeye çalışacağız.

²⁶ Karahanoğulları, bir irade açıklamasının hukuki niteliğini ortaya çıkarabilmek için kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülüklerinin araştırılmasının biçimsel ölçüt olarak adlandırıldığını ifade etmektedir. Bkz. Onur Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, 3. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 28.

A.Hukuki İşlemi Yapan Özel Hukuk Kişisinin Niteliğinden Hareketle Kriter Arayışı

Hukuki işlemi yapan özel hukuk kişinin niteliği ile ifade etmeye çalıştığımız, özel hukuk kişinin ne şekilde kurularak hukuk alanında var olduğudur. Özel hukuk kişinin idari işlem tesis edip edemeyeceğini belirlerken, özel hukuk kişinin niteliğine göre bir ayırım yapıp yapılamayacağına bakıldığında, bu ayırımın anlamlı sonuçlar verdiği görülmekte ve bu kriterin yargı kararlarından bazılarında varılan sonucu açıklamaya yaradığı anlaşılmaktadır. Şöyle ki, çalışmamızın ilk bölümünde özel hukuk kişilerini ele alırken bu kişiler bakımından kuruluşlarında İdarenin iradesinin bulunup bulunmamasına göre yaptığımız tasnif, bu kişilerce tesis edilen işlemlerin idari işlem addedilip addedilmeyeceği sorusuna da belli oranda cevap oluşturmaktadır.

Kuruluşunda İdarenin iradesinin bulunmadığı özel hukuk tüzel kişileri olarak ele aldığımız, özel hukuk tüzel kişiliği oldukları konusunda bir tereddüt bulunmayan ve büyük oranda anonim şirket statüsünde kurulmuş tüzel kişiler, bir idari faaliyet alanına idari faaliyetin görülüşüne katılmak üzere dahil olmaktadır. Sözleşme ile yahut izin gibi tek taraflı bir hukuki işlem ile idari faaliyet gören bu özel hukuk kişilerinin, idari faaliyet alanına dahil olmalarının sebebi bizzat idari faaliyet yürütmek olduğundan, bu tür özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebileceklerinin kabul edilmesi gerekir. Milli Eğitim Bakanlığı'ndan aldıkları izne istinaden özel öğretim faaliyeti yürüten kurumlar, işletme hakkı devriyle çeşitli kamu hizmetlerinde görev üstlenen sermaye şirketleri gibi özel hukuk kişilerinin üstlenmiş oldukları idari faaliyetin görülüşü sırasında, bu faaliyetle bağlantılı olarak zorunlulukla gündeme gelecek kamusal yetki kullanımı ihtiyacı, bu kişilerin idari işlem tesis edebilme imkânıyla donatılabilmelerini gerektirir. Keza, bir kamu kuruluşu iken özelleştirilerek özel hukuk tüzel kişiliğine dönüşen, fakat kamu hizmeti görmeye devam eden kuruluşlar da idari işlem tesis edebileceği kabul edilmesi gereken bu gruptadır.

Bu türdeki özel hukuk kişilerinin, üstlendikleri idari faaliyeti yürütmeleri sırasında ilgilinin hukuki durumunda etki doğuran tek taraflı işlemlerinin yargı kararlarında da idari işlem kabul edildiği görülmektedir. Özellikle özelleştirme uygulamaları neticesinde özel hukuk tüzel kişiliğine dönen kuruluşların personel hukukundan kaynaklanan işlemlerini idari işlem addederek denetimlerinin idari yargının görevinde olduğuna ilişkin olan Danıştay ve Yargıtay kararları²⁷ bu kapsamdadır. Yine, Danıştay’ın özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebileceğini en dolaysız şekilde kabul ettiği kararları arasında zikrettiğimiz, Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü Eskişehir İl İşletme Müdürlüğü tarafından tesis edilen bir işlemin idari işlem niteliğinde olduğu sonucuna varılan karar da bu husustaki en önemli örneklerden biridir. Mahkemenin, kararını gerekçelendirirken kullandığı aşağıdaki ifadeler ise, bu başlık altında isabetini aradığımız kriterin işlevsel bir sonucu olduğunu destekler niteliktedir.

“(…) idarenin her işlemi idari işlem olmadığı gibi, bütün idari işlemlerin kamu tüzel kişileri tarafından tesis edilmesi de söz konusu değildir. Bu açıdan, idari karar alma yetkisi ve gücüyle donatılmış olmalarına karşılık, gerek statüleri ve gerekse teşkilatlanmaları ve yönetimleri bakımından özel hukuk tüzel kişisi olup da, kamu hizmeti gören kuruluşlar, bu hizmetleri yerine getirirlerken kamu makamı gibi hareket etmekte ve işlemleri de idare hukuku kurallarına tabi olmaktadır.

...Kamu hizmeti yerine getirilirken sahip olunan ayrıcalıklara dayanılarak, tek yanlı irade beyanıyla tesis edilen, hukuk düzeninde değişiklik yapan, başka bir deyişle, kişilerin hukuki durumlarında değişiklik meydana getiren etkili ve yürütülmesi zorunlu işlemler iptal davasına konu edilebileceği gibi, bu işlemler nedeniyle uğranılan zararların tazmini için tam yargı davası açılması da mümkündür.”²⁸

Diğer yandan, İdarenin iradesiyle kurulan özel hukuk tüzel kişilerinin idari işlem tesis edebilmesine ise, İdarenin iradesi olmaksızın kurulan özel hukuk tüzel kişilerine tanındığı kadar geniş bir imkân tanınmamalıdır. Zira, bu tüzel kişiler bizzat özel hukuk ilke ve kurallarıyla faaliyette bulunmak amacıyla kurulmuş özel hukuk kişileridir. Kamusal usullerden sıyrılarak özel hukuk ilke ve kurallarıyla bağlı olması amaçlanmış bu kişilerin faaliyetleri sırasında kamusal yetki kullanımına, idari

²⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi’nin bu konudaki yaklaşımının ise kural olarak idari yargıda ancak Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerine karşı dava açılabilirliği gerekçesinden hareketle, bu kuruluşların işlemlerini adli yargı denetimine tabi kılmak doğrultusunda olduğunun hatırlatılması gerekir. Bkz. yukarıda s. 79 vd.

²⁸ Söz konusu karar, çalışmanın ikinci bölümünde Danıştay kararlarını ele aldığımız kısımda “ ‘Hukuki Durumu’ Etkileyecek Sonuç Doğuran Hukuki İşlemlerin İdari İşlem Olduğuna Dair Danıştay Kararları” başlığı altında ele alınmaktadır.

faaliyet alanında rol üstlenen özel hukuk kişilerinin ihtiyaç duyduğu şekliyle ihtiyaç duyduklarından söz edilemez. Bu tür özel hukuk kişileri bakımından idari işlem tesis edebilme ihtiyacı kendi yönetimleriyle ilgili hususlarda ve personelleriyle olan ilişkileri bakımından gündeme gelebilir. Bu itibarla, kanımızca bu özel hukuk kişilerinin idari işlem addedilebilecek işlemleri, saydığımız bu iki halde tesis edecekleri işlemler olabilir. Buradan hareketle, bu iki hal dışında örneğin, kuruluşunda İdarenin iradesi bulunan şirket statüsündeki özel hukuk tüzel kişilerinden olan belediye iktisadi teşebbüslerinin, idari işlem yapamayacaklarının kabulü gerekir. Bu teşebbüslerin, belediyelerin kimi ayrıcalıklarından yararlanmaları ise kendi adlarına kamu gücü kullanımından şüphesiz farklı olup bu hususun idari işlem tesis etmek anlamına gelmeyeceği açıktır.

Özel hukuk tüzel kişiliği olarak teşekkül eden, fakat kuruluşlarında İdarenin iradesinin bulunduğu dernek veya vakıfların işlemleri bakımından idari işlem oldukları tespitine varılan yargı kararları, bir üst paragrafta izahına çalıştığımız kanımızla çelişik görülebilir. Ancak bu kararlar, mahkemelerin farklı bir bakış açısıyla sonuca gittiği kararları olup bu tür özel hukuk kişilerinin işlemlerinin niteliğinin belirlenmesine yönelik değerlendirmelere ilerleyen başlıklarda değinilecektir.

B.Hukuki İşlemin Yapıldığı Faaliyetteki Yerine Bağlı Kriter Arayışı

Birinci bölüm başlığı altında idari faaliyet kavramını ele alırken değindiğimiz üzere İdare, idari bir faaliyeti yürütebileceği gibi tamamen özel hukuk kişisi gibi özel hukuk alanında, özel hukuku kullanarak faaliyette de bulunabilir. İdare, bu iki tür faaliyeti sırasında da hukuki işlemler tesis eder. İdari faaliyetler, kamusal yetki ve usullere başvurularak yürütüldüğünden daha evvel de sıklıkla belirttiğimiz üzere, asli olarak idari işlemler tesis edilerek yerine getirilir. Kamusal yetki ve usullerden uzaklaşıldığı oranda ise kişilerin eşitliğine dair kurallara tabi olarak faaliyet

yürütülmesi söz konusu olur²⁹. İdarenin, özel kişi gibi, özel kişilerle eşit yürüttüğü bu tür faaliyetler ise idari faaliyet değil, ticari bir faaliyet teşkil eder ve özel hukuka tâbi olur³⁰. Bu faaliyetin ifası sırasında tesis edilen işlemler de kamusal yetki ve usullere başvurulmadan tesis edildiğinden, özel hukuk işlemi kabul edilir. İdarenin özel hukuk kişileri gibi, özel hukuk kurallarına göre yaptığı bu özel hukuk işlemleri, idari işlem sayılmaz³¹.

İdarenin yürütücüsü olduğu faaliyetlerin ve faaliyetlerin yerine getirilmesi sırasında tesis edilen hukuki işlemlerin niteliği ile bu faaliyet ve işlemlerin tâbi olacakları hukuki rejime ilişkin bu ayrım, bir özel hukuk kişinin idari işlem tesis edebilme ihtiyacı bakımından da bir anlam ifade etmektedir. Özel hukuk kişinin, idari faaliyetlerin görülüşüne katılımında kamusal yetki kullanımı ihtiyacı, dolayısıyla idari işlem tesis edebilme ihtiyacı daha evvel de belirttiğimiz gibi sıklıkla gündeme gelmektedir. İdarenin özel hukuka tâbi olduğu faaliyetlerinde ise bu ihtiyaç gündeme gelmeyeceğinden, özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebildiği halleri, İdarenin idari faaliyetlerinin yürütülmesiyle sınırlı tutulması gerektiği kanısındayız.

Özel hukuk kişisince yapılan bir hukuki işlemin niteliğini, bu işlemin İdarenin faaliyetlerinden idari alana ilişkin olanlar sırasında mı yoksa özel hukuk alanına ilişkin olanlar sırasında mı yapıldığına bakarak anlamlandırmaya çalıştığımız bu kriter, bir üst başlıkta izahına çalıştığımız kriterle de birbirini destekler niteliktedir. Nitekim, özel hukuk kişinin niteliğinden hareket ettiğimiz bir üst başlıkta da özel hukuk kişisi, idari bir faaliyet yürütmek için idari alana dahil edilen bir özel hukuk kişisi ise idari işlem tesis edebileceğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiş; özel hukuka göre faaliyette bulunması hedeflenmiş bir özel hukuk kişinin ise idari işlem tesis edebilme ihtiyacından söz edilemeyeceğinden, istisna olarak zikrettiğimiz haller dışında, idari işlemin yapıcısı olarak da gündeme gelmemesi gerektiğini ifade etmiştik. Bir üst bölümde ele aldığımız yargı kararları arasında bir İdarenin özel hukuk kişisi gibi, özel hukuk alanında, özel hukuku kullanarak faaliyette bulunması

²⁹ Karahanoğulları, bu tür faaliyetlerin yürütülmesini “özel yürütüm” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, s. 313.

³⁰ Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, s. 315.

³¹ Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 399.

gereken bir alanda olup da özel hukuk kişisince tesis edilmiş ve idari işlem niteliği atfedilmiş bir işleme ilişkin bir karar bulunmamasının da, bu gerekliliği teyit ettiği söylenebilir.

Bu itibarla, bu başlık ve bir üst başlık altında ele aldığımız iki kriter bakımından da ortak olan hususu, tesis edilen hukuki işlemin bir idari faaliyet çerçevesinde yapılıp yapılmadığı oluşturduğunu söylemek mümkündür.

C.Hukuki İşlemin Yapıldığı İdari Faaliyetin Konusuna Dair Kriter Arayışı

Özel hukuk kişinin tesis ettiği bir işlemin idari işlem olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğinin bu işlemin özel hukuk kişisince idari bir faaliyetin yürütülüşü sırasında tesis edilmiş olması gerektiğini, yukarıda ele aldığımız iki kriterin ortak sonucu olarak belirtmiştik. Diğer yandan, bir özel hukuk kişisince idari işlem tesisinin özel hukuk kişinin içinde bulunduğu her idari faaliyet türü için aynı oranda gerekli ve mümkün görülüp görülmeyeceği kanımızca ayrıca bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Zira, bugün için genel olarak idari faaliyet başlığı altında birden fazla faaliyetin ele alınması, bu faaliyetlerin her birinin konusu nedeniyle gündeme gelen ayrı rejim ihtiyacı dolayısıyladır. İdarenin farklı rejimlere tâbi idari faaliyetlerinin tümünün ifası, aynı yetki ve usullerle ve dolayısıyla hukuki işlemlerle gerçekleştirilmeyeceğinden, bu faaliyetlerin özel kişilerce görülmesinde tesis edilen hukuki işlemlerin niteliği de aynılık arz etmez. Bu itibarla, özel hukuk kişilerinin idari faaliyetler kapsamında tesis etmiş oldukları işlemleri, çalışmamız kapsamına aldığımız idari faaliyetler olan kamu hizmeti, kolluk, özendirme ve destekleme ve regülasyon faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında tesis edilmeleri bağlamında ayrı ayrı incelemeye çalışacağız.

1.Özel Hukuk Kişilerinin Kamu Hizmetinin Görülüşüne Katılımları Sırasında Tesis Etmiş Oldukları Hukuki İşlemler

Toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel ihtiyaçların karşılanması amacıyla kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen faaliyetler olarak tanımlandığını ifade ettiğimiz kamu hizmeti; bir idari faaliyet türü olarak ortak kabul görmesinin yanı sıra özel hukuk kişileri tarafından gördürülebileceği konusunda da tereddüt bulunmayan tek idari faaliyet türüdür. Önceleri yalnızca kamusal usullerle yürütülebileceği kabul edilmekteyken günümüzde kamu hizmetlerinin hukuki rejiminin salt kamu hukukuna yahut özel hukuka tâbi olmayıp konu ve amaçlarına göre değişik ölçüde her ikisine de tâbi tutulacak karma bir rejim olduğu kabul edilmektedir³². Bu itibarla örneğin, iç yapı ve ilişkileri yönünden idare hukukuna bağlı fakat, özel teşebbüsler gibi, kârlılık ve verimlilik ilkelerine uygun çalışmak durumunda olduklarından dış ilişkilerinde ticaret ilke ve kurallarına, yani özel hukuk kurallarına göre faaliyette bulunan kamu iktisadi teşebbüslerinin³³, özel hukuk usullerine göre yürüttükleri etkinlikler de kamu hizmeti kabul edilmekte³⁴; sınai ve ticari kamu hizmetlerinde dahi zorunlu olarak bir kamusal rejim unsuru bulunduğu ifade edilmektedir³⁵.

Kamu hizmetinin rejimi bakımından özel usullerin de cari olabileceğine dair hemen yukarıda yer verdiğimiz açıklamalarımız, kamusal usullerin bugün için kamu hizmetinin tek ve zorunlu bir ölçütü ve şartı olmadığını³⁶ ve haklı bir neden bulunması durumunda özel usullere de tâbi tutulabileceğini³⁷ göstermesi bakımından önemlidir. Diğer yandan kamu hizmetinin yürütülmesinde esas olan, kamusal

³² Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 305-306; Aydın Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, **İHİD**, Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı, S. 1-3, 1988, s. 151-152; Sedat Çal, “Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”, **GÜHFD**, C. XI, S. 1-2, 2007, s.609-610.

³³ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 205-206.

³⁴ İl Han Özay, “Türkiye’de Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: ‘Çok Yaşa’ ya da ‘A tes Amour’”, **İÜHFM**, C. 56, S. 1-4, 1998, s. 295.

³⁵ Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, s.175.

³⁶ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 306; Özay, “Türkiye’de Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: ‘Çok Yaşa’ ya da ‘A tes Amour’”, s. 295.

³⁷ Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, Cilt I, (Genel Esaslar), s. 574.

usullerdir³⁸. Kamu hizmetinin kamusal usullerle yürütülmesi ise kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülükleriyle ortaya çıkan kamusal rejimi ifade etmektedir³⁹. İdari işlem kavramını, kamu gücü ayrıcalıklarıyla bağlantılı olarak ele aldığımızdan, özel hukuk kişilerinin ağırlıklı olarak kamusal usulleri gerekli kılan kamu hizmetlerine katılımı, çalışmamız bakımından asıl gündemde olan husustur.

Özel hukuk kişilerinin kamu hizmetinin görülüşüne katılmasındaki temel amaç kâr elde etmek olsa dahi, kamu hizmetinin görülmesi özel kişiler tarafından yerine getirildiğinde hizmetin niteliğinde ve tâbi olacağı ilkelere bir değişiklik olmamaktadır⁴⁰. Hizmetin niteliğinde bir değişiklik meydana gelmeyecek olması, bir kamu hizmeti İdare tarafından hangi usulle görülüyorsa, özel hukuk kişisi tarafından da o usulle görülmesini gerektirir. Bu itibarla, özel hukuk kişilerinin görülüşüne katıldıkları kamu hizmeti, kamusal usulleri gerekli kılıyorsa, özel hukuk kişilerinin bu gereklilik dahilinde kamu gücüne başvurabilmeleri, dolayısıyla idari işlem niteliğinde işlemlerde bulanabilmelerinin de kabulü gerekir.

Nitekim yargının, özel hukuk kişilerinin kamu hizmeti yürütürken kamu makamı gibi hareket ettikleri ve kamu hizmetinin gerektirdiği ayrıcalıklardan yararlanarak tesis etmiş oldukları işlemlerini idari işlem sayıp idari yargının denetimine kıldığı kararları da bu hususu desteklemektedir. Danıştay'ın yargı kararlarını incelediğimiz kısımda ele aldığımız ve bu bölümün ilk başlığı altında koymaya çalıştığımız kriteri desteklemek için de zikrettiğimiz Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü Eskişehir İl İşletme Müdürlüğü tarafından tesis edilen bir işlemin idari işlem niteliğinde olduğu sonucuna vardığı kararında; özelleştirmeye tâbi kuruluşların işlemlerine idari nitelik atfederek idari yargı denetimine tâbi kıldığı kararlarda mahkemeler, karara konu işlemin idari işlemle ilgisini, bir kamu hizmeti ifası sırasında tesis edilmiş olmalarının yanı sıra kamusal ayrıcalıklara başvurularak tesis edilmeleri yönünden kurmuştur. Yine, özel ilköğretim okulları ile liselerin öğrencileri hakkında yaptıkları kayıt, sınav, not, disiplin gibi işlemlerin idari işlem

³⁸ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 305; Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, s.175.

³⁹ Karahanoğulları, “kamusal yürütüm” kavramını kullanmaktadır. Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, s.174.

⁴⁰ Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, s. 348.

sayıldığı⁴¹ ve idari yargı denetimine tâbi kılındığı kararları⁴² da bir kamu hizmetinin özel hukuk kişisince yürütülmesi sırasında kamu gücüne dayalı olarak tesis edilen işlemlere ilişkin olmaları itibarıyla bu grupta sayılmalıdır.

2.Özel Hukuk Kişilerinin İdari Kolluk Faaliyetinin Görülüşüne Katılımları Sırasında Tesis Etmiş Oldukları Hukuki İşlemler

Bir üst başlıkta kamu hizmetinin yürütülmesi usullerinden biri olarak zikrettiğimiz özel yönetim usulleri, kolluk faaliyetinin yürütülmesi bakımından söz konusu olmaz. Bazı kamu hizmetleri, yukarıda da değindiğimiz üzere özel yönetim usulleriyle yapılabilirse de idari kolluk etkinlikleri ancak ve yalnız kamu gücüne dayanılarak, tek yanlı eylem ve işlemlerle yürütülebilir⁴³. Zira kolluk faaliyetinin özü, kamu düzeninin korunması amacıyla hak ve hürriyetlere sınırlamalar getirilmesidir ve bu da kamu gücünün kullanımını gerektirir⁴⁴. Nitekim, kolluk faaliyetlerinin de bir kamu hizmeti olup olmadığına ilişkin tartışmaların halen güncelliğini korumasına rağmen, kolluğun özel ve sadece kamusal usullerle yürütülmesi gereğinin genel kabul görmüş bir husus olduğu ifade edilmektedir⁴⁵.

Kolluk faaliyetinin kamu gücünün kullanımını gerektirmesi nedeniyle kolluk teşkilatı ve personelinin genel olarak İdare içinde yer alması gerektiği⁴⁶, kural olarak kolluk faaliyetinin özel hukuk kişilerinin katılımına kapalı olduğu kabul edilmektedir⁴⁷. Diğer yandan çeşitli kanuni düzenlemelerle özel hukuk kişileri, bu

⁴¹ Güran, “İdari İşlem”, s. 1278.

⁴² Örnek olarak, özel bir lisenin, öğrencisi hakkında başarı sağlayamadığı derslerinden bütünleme sınavına kabul etmeyerek sınıfta kalmış sayılacağına dair işleminin iptali isteminin Danıştay tarafından karara bağlandığı bir uyuşmazlığa ilişkin olarak bkz. Dan.12. D, E. 1966/3, K. 1966/854. (Aktaran) Bülent Algan/Müberra Algan, “Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü Bağlamında Eğitim Hizmetlerinin Ruhsat Usulü İle Özel Kişilere Gördürülmesi”, **GÜHFD**, C. XVII, S. 3., 2013, s.189-190.

⁴³ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 245.

⁴⁴ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 45.

⁴⁵ Özay, “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri”, s. 2.

⁴⁶ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 45.

⁴⁷ Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 562.

idari faaliyet alanına da dahil edilmekte⁴⁸, özel idari kolluk faaliyeti ve yanı sıra genel idari kolluk faaliyetinin görülüşünde de karşımıza çıkmaktadır.

Özel hukuk kişilerinin, kamu hizmetinin yürütülmesinin kamusal usulleri gerekli kılması halinde, idari işlem niteliğinde hukuki işlem tesis etmelerinin bir ihtiyaç teşkil ettiği şeklindeki kanımız, kolluk faaliyeti bakımından da geçerlidir. Zira, bazı kamu hizmetleri bakımından kimi zaman gündeme gelen kamusal usullere başvurma ve dolayısıyla kamu gücü kullanımı ihtiyacı, kolluk faaliyetinin her türünde zorunlu olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargı yerlerinin yaklaşımını ele aldığımız bölümde incelediğimiz kararlara konu olan kanuni düzenlemelerde, özel hukuk kişilerinin kolluk faaliyeti içerisinde öndenetim, denetim, inceleme gibi yetkiler kullandığı ve daha seyrek olarak da ruhsat verme, para cezası tesis etme gibi yetkilere sahip kılındığı görülmektedir. Zikrettiğimiz tüm bu yetkiler, kamusal yetki kullanımının birer tezahürüdür. Nitekim, yargı kararlarında da kolluk faaliyetleri içinde olduğu değerlendirilen yetkilerin kullanımına ilişkin olan ve hukuka aykırı oldukları gerekçesiyle iptaline karar verilen birkaç kanuni düzenleme dışında⁴⁹, özel hukuk kişilerinin görülüşüne katıldıkları kolluk faaliyeti sırasında idari işlem tesis edebileceklerinin kabul edildiği görülmektedir. Yargı kararlarına paralel şekilde biz de kolluk faaliyetinin yürütülmesinde rol ve görev üstlenen özel hukuk kişilerinin, karşı karşıya oldukları kamu gücü kullanma ihtiyacı nedeniyle idari işlem niteliğinde hukuki işlem tesis edebilmesinin mümkün görülmesi gerektiği kanısındayız.

3.Özendirme ve Destekleme Faaliyeti ve Özel Hukuk Kişileri

Özel kişilerin kamuya yararlı faaliyetlerinin özendirilmesi ve desteklenmesi şeklinde tanımlandığını ifade ettiğimiz özendirme ve destekleme faaliyeti, özel

⁴⁸ Özel hukuk kişilerinin idari kolluk faaliyetlerinin görülüşüne katılımının gerekçeleri hakkında bkz. Yıldırım, “İdari Kolluk Faaliyetinin Özel Hukuk Kişilerince Görülmesi”, s. 35-36.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi’nin yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına yapı ruhsatı vermesi yetkisi tanıyan İmar Kanunu’nun ilgili maddesinin iptali ilgili kararı, Tarım ve Köyişleri Bakanlığı’nın Tohumculuk Kanunu kapsamında sahip olduğu denetim yetkisinin özel hukuk tüzel kişilerine devrine ilişkin düzenlemenin iptali ile ilgili kararı bu hususta örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu kararlar, çalışmanın ikinci bölümünde Anayasa Mahkemesi kararlarını ele aldığımız kısımda “Zaman Boyutuyla Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gösterdiği Yaklaşım: Zaman İçinde Yaşanan Bir Değişiklik (Mi?), İstikrar (Mı?) veya Karmaşa (Mı?)” başlığı altında ele alınmaktadır.

hukuk kişilerince görülmesi kamu hizmeti ve kolluğa göre daha az imkân dahilinde olan bir idari faaliyet türüdür. Zira bu idari faaliyet türünde İdarenin kamuya yararlı gördüğü için özendirmeye ve desteklemeye değer gördüğü faaliyetler, bizatihi özel hukuk kişilerince yürütülen faaliyetlerdir. Kâr gütme amacıyla faaliyette bulunması kural olan bir özel hukuk kişinin, bir başka özel hukuk kişisi tarafından yürütülen ve sonucu itibarıyla kamuya yararlı bir faaliyeti özendirmesi ve/veya desteklemesi, kanımızca ancak İdarenin de dahil olmaya devam ettiği üçlü bir ilişki çerçevesinde mümkün olabilir. Bu ilişki de kanımızca ancak, özel kişi faaliyetinin kamuya yararlı ve özendirilme ve/veya desteklenmeye değer olduğu İdare tarafından tespit ve tayin olunarak; fakat özendirme ve destekleme çerçevesinde kalan hukuki, mali ve idari yardımların İdare ile başka bir özel hukuk kişisi arasında tesis edilen bir hukuki ilişki çerçevesinde, bu özel hukuk kişisince yapılması şeklinde tezahür edebilir.

Diğer yandan, özendirme ve destekleme faaliyetinin konumuz bakımından daha az gündeme gelmesine yol açabilecek husus ise, bu faaliyetin kamu gücünün olumlu biçimde kullanılmasına elverişli olmamasıdır⁵⁰. Zira, özendirme ve destekleme faaliyeti kapsamında kalan yardımlar İdare tarafından genellikle tek taraflı işlemler ile sağlanabilir⁵¹ ise de bu işlemler, faaliyetin niteliği gereği daha çok ekonomik hayatın gerekli kıldığı hukuki işlemler olduğundan özel hukuk işlemi niteliğinde olmaları daha muhtemeldir. Bu itibarla, bir özel hukuk kişinin özendirme ve destekleme faaliyetinin görülüşünde tesis edeceği işlemlerin idari işlem niteliğinde kabul edilmesinin gereği ve ihtimali, kamu hizmeti ve kolluk faaliyetine nazaran çok daha seyrek mümkün olabilecek bir husustur. Diğer yandan, özendirme ve destekleme faaliyetinin yaptırımını olarak tazminat veya cezai şart öngörmek, yardım, kolaylık, bağışıklık ve ayrıcalıklardan yoksun kılmak⁵² gibi yetkilerin yukarıda kurgusal olarak zikrettiğimiz ilişki çerçevesinde faaliyetin görülüşüne katılacak özel hukuk kişisine tanınması halinde, bu idari faaliyet türü bakımından da özel hukuk kişilerinin idari işlem niteliğinde işlem tesis etmesi gündeme gelebilecektir.

⁵⁰ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 245.

⁵¹ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 347.

⁵² Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 245.

4.Regülasyon Faaliyeti ve Özel Hukuk Kişileri

İşlevi, belirli bir faaliyete ilişkin kuralların düzenlenmesi ve bu kurallara uyulup uyulmadığının denetlenmesi olarak ifade edilen regülasyon faaliyeti⁵³ ülkemizde bağımsız idari otoriteler ile birlikte ele alınmaktadır. Hukuk sistemimizde ayrı kamu tüzel kişiliği haiz olarak örgütlenen bu birimlerce gerçekleştirilen düzenleme ve denetleme faaliyetine özel kişilerin katılımı, tıpkı özendirme ve destekleme faaliyeti gibi kamu hizmeti ve kolluğa göre daha az mümkün olabilecek bir husustur. Bunun nedenlerinden biri, faaliyetleri regülasyona tutulacak kişilerin genellikle özel hukuk kişileri olduğu izlenimi uyansa⁵⁴ da kamu tüzel kişilerinin faaliyet gösterdikleri alana yapılan müdahalelerin de regülasyon faaliyeti kapsamında değerlendirilmesidir⁵⁵. Bir kamu tüzel kişinin faaliyette bulunduğu bir alanın düzenlenmesi ve denetiminin bir özel hukuk kişisine bırakılması, kural olarak mümkün olmamak gerekir. İkinci bir neden olarak zikredilebilecek husus ise, regülasyona tâbi tutulan alan özel hukuk kişilerinin faaliyette bulunduğu bir alan olsa dahi bu alanın düzenlenmesi ve denetlenmesinin Devlete bırakılmasının, çağımızda Devlete biçilen rolün faaliyetlerin bizzat üstlenilmesinden hakemlik şekline dönüşmesinin⁵⁶ arzu edilen bir sonucu olmasıdır. Bu itibarla, regülasyon faaliyetinin kamu tüzel kişilerince gerçekleştirilmesi asıl ve olağan olmalıdır.

Özel hukuk kişilerinin, regülasyon faaliyeti kapsamında kalan etkinliklerin görülüşünde bir şekilde rol üstlenmeleri halinde ise bu faaliyet sırasında tesis edecekleri işlemler, en az kolluk faaliyeti sırasında tesis edilecek işlemler kadar kamu gücü kullanımını gerektirecektir. Zira, genel idari kolluk faaliyetinin kamu düzeninin korunması amacına yönelik olması gibi, düzenleme ve denetleme işlevi yerine getiren bağımsız idari otoritelerin amacı ekonomik kamu düzeni ve

⁵³ Ali Ulusoy, Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme, in İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 140.

⁵⁴ Şahin, **Amerikan Federal İdare Hukukunda “Regülasyon” ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları**, s. 89.

⁵⁵ Gülan, **Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri**, s. 176.

⁵⁶ Ulusoy, Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme, in İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 140.

yürüttükleri faaliyet de ekonomik kolluk olarak ele alınmaktadır⁵⁷. Bu itibarla, bu iki faaliyetin hukuki araçları da birbirine benzer nitelik arz etmektedir. Diğer yandan, regülasyonun kolluk çıkışlı ama ondan ibaret olmayan, daha geniş kapsamlı bir idari faaliyet türü olması nedeniyle, yaptırım uygulama, ruhsat verme gibi kolluk yetkileri de regülasyon faaliyetinin tamamlayıcısı olarak gündeme gelse de regülasyon kapsamındaki asli görevin düzenleyici işlemler yapmak olduğu ifade edilmektedir⁵⁸.

Özel hukuk kişilerinin kolluk faaliyetinin görülüşüne katılımları sırasında gündeme gelebilecek birel nitelikte işlem tesisinin, regülasyon faaliyeti bakımından da mümkün görülmesi gerekir. Zira regülasyon faaliyeti içerisinde kalan denetleme ve yaptırım uygulama her şeyden önce kamu gücü kullanımını gerekli kılmaktadır. Bir özel hukuk kişinin regülasyon faaliyetinin görülüşünde görev ve rol üstlenmesi halinde, faaliyete asıl karakterini veren yetki olarak kabul edilen düzenleyici işlemler yapma yetkisi ise ayrıca ele alınmayı gerekli kılmaktadır. Kamu hukukunda kural koyma ile eş anlamlı kabul edilen düzenleme yetkisi, birinci derecede yasama kurallarında olmakla birlikte İdare tarafından ancak Anayasa ve kanunların açıkça gösterdiği ve izin verdiği konu ve hallerde kullanılabilen bir yetkidir⁵⁹. İdarenin dahi ikincil olarak kullanabildiği bu yetkinin, özel hukuk kişileri tarafından kullanılıp kullanılamayacağı hususu, düzenleme yetkisi en geniş ve sık olarak regülasyon faaliyeti kapsamında gündeme gelse dahi, tüm idari faaliyet türleri bakımından söz konusu olduğundan, bu konuyu, kriter ihtiyacını karşılamaya ilişkin düşüncelerimize yer vereceğimiz kısımda tüm faaliyetler bakımından değerlendirmeye çalışacağız.

D.Yargı Kararlarının Ele Alış Biçiminden Kaynaklanan Gerekçe/İhmal Sorunu

Özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edip edemeyecekleri ve edebilecek iseler bunun kapsam ve sınırına ilişkin mevzuat ve doktrinin ihmal ettiği kriter ihtiyacını gidermeye yönelik olarak hemen yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız

⁵⁷ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 292.

⁵⁸ Kemal Berkarda, “Amerika’da İdare Hukuku Var Mı?”, **İHİD** (Pertev Bilgen’e Armağan), C. 13, S. 1-3, 2000, s. 98.

⁵⁹ Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 426.

başlıklarda atıfta bulunduğumuz yargı kararları, ilgili başlıklarda ortaya koymaya çalıştığımız kriterleri destekler mahiyette olsa da bu kararların tümünün yargı yerlerince bir kriter geliştirmeye yönelik olarak tesis edildiğini söylemek zordur. Diğer yandan, çalışmamızın ikinci bölümünde ele aldığımız yargı kararlarından birkaçı, gerekçeleri ve vardıkları sonuç itibarıyla ayrıca değerlendirilmeyi gerektirmektedir. Yüksek yargı yerleri tarafından yürütmüş oldukları faaliyet “*kamu hizmetine bitişik/yardımcı ve onunla birlikte yürüyen hizmet*” olarak nitelenen özel hukuk tüzel kişilerinin işlemlerinin idari işlem addedildiği yargı kararları kanımızca üzerinde ayrıca durulması gereken kararlardır.

Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı (ATGV) için Uyuşmazlık Mahkemesi’nin “*adalet hizmetine yardımcı ve ona bitişik olarak kamu hizmeti*” yerine getiren müessese nitelemesini kullandığı 1991/1 Esas, 1991/11 Karar sayılı ve 03.05.1999 tarihli kararında⁶⁰; yine ATGV için Danıştay’ın “*adalet hizmetiyle birlikte yürüyen ve ona bitişik idari nitelik taşıdığı*” tespitinde bulunduğu 5. Daire’ye ait 2000/476 Esas, 2000/1516 Karar sayılı ve 17.05.2000 tarihli kararında⁶¹; yine Danıştay’a ait fakat bu defa Türkiye Diyanet Vakfı için “*diyanet işlerine yardımcı ve ona bitişik olarak kamu hizmeti yerine getirdiği*” belirlemesinde bulunan 5. Daire’ye ait 2000/624 Esas, 2003/1085 Karar sayılı ve 01.04.2003 tarihli kararda⁶², bu vakıflarca lojman tahsisine ilişkin olarak tesis edilen çeşitli işlemlerin idari nitelikte olduğuna hükmedilmiştir.

Söz konusu kararlarda yüksek yargı yerleri, sonucu itibarıyla doğru bir noktaya işaret ediyor olsalar dahi gerekçelendirmelerinin hukuki tutarlılığından ve kavramsal isabetinden söz etmek zordur. Bu kararlarda mahkeme; asıl olarak bir

⁶⁰ Söz konusu karar, çalışmamızın Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarını incelediğimiz kısmının “Uyuşmazlık Mahkemesi’nin İdari Yargıyı Görevli Kabul Eden Kararları” başlığı altında ele alınmıştır.

⁶¹ Söz konusu karar çalışmamızın Danıştay kararlarını incelediğimiz kısmının “Danıştay’ın Kararlarında Özel Hukuk Kişilerinin İşlemlerinin Yargısal Denetimini Kendi Alanında Görmesinin Gerekçesi Olarak Kullandığı ‘*Kamu Hizmetine Bitişik/Yardımcı ve Onunla Birlikte Yürüyen Hizmet*’ Nitelemesi” başlığı altında ele alınmıştır.

⁶² Söz konusu karar çalışmamızın Danıştay kararlarını incelediğimiz kısmının “Danıştay’ın Kararlarında Özel Hukuk Kişilerinin İşlemlerinin Yargısal Denetimini Kendi Alanında Görmesinin Gerekçesi Olarak Kullandığı ‘*Kamu Hizmetine Bitişik/Yardımcı ve Onunla Birlikte Yürüyen Hizmet*’ Nitelemesi” başlığı altında ele alınmıştır.

idari makamca yapılması gereken ve bir idari işlemin tüm özelliklerini taşıyan bir işlemin özel hukuk kişisi olan anılan vakıflarca tesis edilmesindeki teorik sorunu görmezden gelerek, sonucu itibarıyla işlemi nitelendirmektedir. Yukarıda atıfta bulunduğumuz kararlara konu işlemler; *lojman tahsis şeklinin değiştirilmesi talebiyle yapılan başvurunun reddi, lojman tahsisi talebinin reddi ve lojmanın tahliyesi* işlemleridir. Andığımız vakıflarca tesis edilen söz konusu işlemler, aslında bir özel hukuk kişisi olan vakıf tarafından değil, idari teşkilat içindeki bu işlemlerle yetkili birimlerce tesis edilmesi gereken işlemlerdir. Nitekim, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararında da belirtildiği üzere ATGV Yönetim Kurulu'nun konutların tahsisi konusunda merkezde sahip olduğu yetkiye, taşrada Adli Yargı Adalet Komisyonu sahiptir. ATGV Konut Yönetmeliği'nde konut tahsisi konusunda merkezde ATGV'nin yaptığı şey aslında bir kamu makamının yapabileceği bir kamu gücü kullanımıdır, dolayısıyla esasen idari makamların kullanması gereken bir yetkidir. Yargı yerleri ise, idari makamlarca yapılması gerekirken bir özel hukuk kişinin yapmış olduğu bir işlemi, yapanın niteliği, bunu yapıp yapamayacağı sorununu aşarak sonucu itibarıyla değerlendirmektedir. Mahkemelerin bu sonuca varırken kullandığı gerekçelerde ise ilgili vakıfların kimi özellikleri nedeniyle kamu tüzel kişilerine yaklaştırıldığına ilişkin değerlendirmelerde bulunmaktadır. Yargının, idari bir makamca tesis edilmesi gereken bir işlemin bir özel hukuk kişisince tesis edilmesindeki hatayı görmezden gelmesinin, bir kanuni temeli olmadan bu tür bir "görev" edinmenin mümkün olmayacağı hususunu aşmasının muhtemel sebebi ise idari işlemde başka şekilde vücut bulması mümkün olmayan bir işlemin adeta yapılması gereken kişi tarafından yapıldığını varsayarak sonuçta yapılan işlemi, idari yargı denetimine tâbi kılmak istemesidir.

Aslında burada bu vakıfların sahibi oldukları taşınmazları desteklemek istedikleri İdareye özgülemesi ve bu taşınmazların tahsis ve kullanımını da vakıfların değil, bu idari makamların yapması gerekirdi. Sahibi oldukları taşınmazı İdareye bırakması gereken vakıfların bir de bunların dağıtımına yönelik işlem yapması, ister istemez, yargıyı bu aksaklığı görmezden gelerek, tahsisteki şartlara uyulup uyulmadığı yönünde bir denetim yapmaya zorlamıştır. Yani idari yargı, sorunun temelinde yatan vakıflar, taşınmazları ve İdare arasındaki ilişkide olması gereken

meselesine önündeki olay bakımından girmektense, sonuç olarak sanki yetkili makam yapmış gibi, taşınmaz/lojman dağıtım esaslarına uyulmuş mu ona bakmaya yetkili olduğu sonucuna gelmiştir. Adeta davanın eksenini bu noktada görmüş, diğer ilişkinin hukuki değerlendirmesini “görmezden gelmiş”, “ihmal etmiştir” denilebilir.

Bu noktaya varırken kullandığı *kamu hizmetine bitişik/yardımcı ve onunla birlikte yürüyen hizmet* şeklindeki niteleme ise, objektif, bilimsel, nerede başlayıp nerede bittiği belli olan bir kriter olarak kabul edilmeyi zorlaştıran bir nitelemedir.



SONUÇ YERİNE: KRİTER İHTİYACINI KARŞILAMA ÖNERİSİ

Buraya kadar yargı kararlarının, mevzuatın ve doktrinin konumuza yönelik verilerini izahına çalıştığımız halihazırdaki tablo en genel hatlarıyla şu şekilde özetlenebilir: Yüksek yargı yerlerinden Anayasa Mahkemesi konuya, Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olup olmamak noktasında yaklaşmakta, bu değerlendirmeyi ise genellikle hazırlık işlemi-icrai işlem ayrımına giderek yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi, özel hukuk kişilerince idari bir faaliyet alanında tesis edilen ve tek başına hukuki statülerde değişiklik yapma imkânı bulunmayan işlemleri hazırlık işlemi addetmekte, bu tür işlemlerin kamu gücü kullanımını gerektirmediği kabulünden hareketle, özel hukuk kişilerince yapılmasını mümkün görmektedir. Hukuki statülerde tek başına değişiklik yapan işlemlerin ise, yine Anayasa'nın 128. maddesinden hareket ederek asli ve sürekli görevlerin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri aracılığıyla yerine getirilebileceği gerekçesiyle, özel hukuk kişilerince yapılamayacağına hükmetmektedir.

Danıştay'ın, işlemin yerine getiriliş şekli yahut işlemi yapan özel hukuk kişisine kimi kamusal özellikler yakıştırmak suretiyle de olsa özel hukuk kişilerince idari bir faaliyet alanında tesis edilen bir işlemin idari işlem niteliğinde olabileceğine ilişkin daha belirgin bir kabulü olduğunu söylemek mümkündür.

Uyuşmazlık Mahkemesi, yüksek yargı yerleri içerisinde, çalışmamızın yöneldiği sorunun mümkün olabilirliğine en şüphe ile yaklaşan yargı yeri olarak gözükmektedir. Nitekim, istisna olarak zikredilebilecek birkaç kararı dışında, ya yalnızca davalı mevkiinde kamu kuruluşu bulunmadığından hareketle yahut kamu gücünün bir özel hukuk kişisince kullanılmasının mümkün olmadığı peşin kabulüyle hüküm tesis etmektedir. Konuya çoğunlukla yargı yetkisine dayalı olarak yaklaşarak, özel hukuk kişilerince tesis edilen işlemlerin denetiminde adli yargının görevli olduğu sonucuna varmakta, idari işlemin bir özel hukuk kişisince tesis edilip edilemeyeceği konusunda ayrıca bir değerlendirmeye gitmemektedir.

Konumuza yönelik en az sayıda karar tesis etmiş olan yüksek mahkeme Yargıtay'dır. Yargıtay'ın, Danıştay'ın içtihadını izlediği özelleştirmeye tâbi tutulan kuruluşların personelleriyle ilişkilerinden doğan davaların çözümünde idari yargının görevli olduğuna dair kararları dışında, Uyuşmazlık Mahkemesi ile benzer bir yaklaşıma sahip olduğu, özel hukuk kişilerince tesis edilen bir işlemin adli yargının görevinde olduğu kabulünden hareket ettiğini söylemek mümkündür.

Çeşitli kanuni düzenlemelerde özel hukuk kişilerine kamusal addedilebilecek yetkiler bahşedildiğine rastlanmakla birlikte gerek Anayasa ve gerekse İdari Yargılama Usulü Kanunu'nu veya diğer kanunlarda konumuza doğrudan özgülenmiş bir madde bulunmamaktadır. Anayasa'nın 128. maddesi konumuzla en bağlantılı hükmü oluşturmakla birlikte, gerek idari faaliyet rejimini yoruma muhtaç ifadelerle belirliyor olması gerekse doğrudan idari işlem tesisine ilişkin olmaması nedeniyle konumuza ilişkin yeterince açılım sağlamamaktadır.

Bir özel hukuk kişinin idari bir faaliyet sırasında tesis etmiş olduğu bir işlemin idari işlem ile ilgisini, genel olarak işlemin tesis edilişi sırasında başvuru yetki ve usullerle açıklayan doktrin ise, kullanılan yetki ve usulün hangi özel hukuk kişileri bakımından ve ne zaman kamusal, idare hukukuna özgü veya kamu gücü ayrıcalıkları kapsamında değerlendirileceğine ilişkin bir değerlendirmede bulunmaması nedeniyle kriter ihtiyacının giderilmesi noktasında yeterli açıklığı/berraklaştırmayı sağlayamamaktadır.

Ayrı ayrı ele alındığında gündemimizde olan soruna genel geçer bir çözüm veremeyen bu veriler, birlikte ve genel geçerli kriter veya kriterler arayışı çerçevesinde değerlendirilirse, ancak bu takdirde konuyu bir zemine oturtmak mümkün görünmektedir. Her geçen gün idari faaliyet alanına artan şekilde dahil olan, kuruluşu herhangi bir İdarenin inisiyatifine dayanmayan özel hukuk kişilerinin; gittikçe daha fazla sayıda “cinsiyet değiştirerek” özel hukuk kişiliği şeklinde hukuk alemine çıkan “kamusal kuruluşların” ve tüzel kişiliğinin niteliği konusundaki tereddütler halihazırda bertaraf edilememiş olan kendine özgü nitelikleri olan tüzel kişilerin, faaliyetleri sırasında çok çeşitli hukuksal işlemler yapacağı hiç

kuşkusuzdur. Bu hukuki işlemlerin idari işlem kabul edilip edilmeyeceğinin bir sorun olarak idare hukukunun ve idari yargının gündemine gelmesi de kaçınılmazdır. Özellikle son zikrettiğimiz kendine özgü nitelikleri olan tüzel kişilerin niteliklerinin belirsizliğinden kaynaklanan sorunlar olacağı açıktır. Bu nedenle öncelikle kanuni düzenlemelerin sade, açık, tutarlı ve statüde tartışmaya yol açmayacak şekilde “tüzel kişilik” oluşturmaları önem taşır. Nitekim doktrinde karma nitelikli bir tüzel kişilik yaratma girişiminin yargı tarafından engellenmesi gerekliliğine⁶³ işaret edilmektedir. Pozitif düzenlemelerin açık ve belirgin olması, bu tüzel kişilerce kamusal yetkilerin kullanılıp kullanılamayacağı meselesine de çözüm oluşturabilir.

Diğer yandan, gerçekçi olmak gerekirse, konunun gündemimize bir sorun olarak gelmesinin nedeni, bu engelleme halihazırda sağlanamamasıdır ve daha evvel değindiğimiz kamu hukuku özel hukuk ayrımının giderek belirsizleşiyor olması nedeniyle sağlanması da pek muhtemel görünmemektedir. Öte yandan, bu kişilerce tesis edilen işlemlerin niteliği ve tâbi olacağı hukuki rejimin belirginleştirilmesi bir zorunluluk olarak karşımızdadır. Kendine özgü nitelikleri olan bu ve benzeri kişilerin işlemlerinin niteliğini tespit edebilmek bakımından şimdilik önerilebilecek husus, bu kişilerin, çalışmamız kapsamında temel olarak ikili bir ayrıma tâbi tuttuğumuz özel hukuk kişiliği türlerinden hangisine daha yakın olduğunun belirlenmesi olabilir. Zira, hemen aşağıda izah etmeye çalıştığımız üzere, kamu kesiminde yer alan özel hukuk kişilerine ilişkin yaptığımız bu ayrımın, bu kişilerce tesis edilen işlemlerin nitelenmesi konusundaki yargı kararlarıyla sağlanması yapılabilir bir belirleyiciliği bulunmaktadır.

Çalışma boyunca yaptığımız tüm değerlendirmeler kapsamında, özel hukuk kişilerinin idari işlem yapabileceği yahut yapamayacağı şeklindeki iki türlü yargının da tüm özel hukuk kişileri bakımından ve her durumda geçerli bir tespit olduğunu söylemek zordur. İdari işlemin özel hukuk kişilerince yapılıp yapılamayacağı sorusuna, özel hukuk kişiliğine ilişkin olarak çalışmamızda dayanak aldığımız temel

⁶³ Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 28.

ayrım çerçevesinde ve bu ayrımdaki özel hukuk kişileri bakımından da aşağıda izahına çalışacağımız, derecelendirmeli bir yaklaşım sonucunda cevap verilebilir

Kamu kesiminde özel hukuk kişiliğinin görünümlerinden biri olarak ele aldığımız kuruluşu İdarenin inisiyatifine dayanmayan özel hukuk tüzel kişileri daha evvel de ifade ettiğimiz üzere, idari faaliyet alanına asıl olarak bu idari faaliyeti yürütmek için dahil olan özel hukuk kişileridir. Sözleşme, izin, kanun ile görevlendirme yahut gönüllülük esasına tâbi olarak bir idari faaliyetin görülüşüne katılan bu özel hukuk tüzel kişileri ve yine aynı amaçla idari faaliyet alanına katılan gerçek kişiler, bu idari faaliyetin gerektirdiği kamu gücü kullanımıyla donatılmaya, idari faaliyeti İdare yürütseydi İdarenin muhtaç olacağı hususlar çerçevesinde muhtaçtır. Bu faaliyetin daha önce bir kamu tüzel kişisi tarafından görüldüğünden hareket edildiğinde, aslında faaliyetin bir kamu gücü kullanımı gerektirdiği söylenebilir. Somut olay da bu yaklaşımı haklı kılıyorsa, bu tür özel hukuk kişilerinin faaliyetin “gerektirdiği kadar” kamu gücüne, dolayısıyla idari işlem yapma yetkisine sahip olması gerektiği söylenebilir. Bu durum kanuni düzenlemede açıkça sonuca bağlanmamış ise, yargı kararlarının yaklaşımıyla meşruluk zemininin sağlanacağı tahmin edilebilir.

Diğer yandan, yukarıda hukuki işlemin yapıldığı idari faaliyetin konusuna dair kriter ihtiyacını ele aldığımız başlıkta da açıkladığımız üzere bu ihtiyaç, tüm idari faaliyet türleri bakımından aynı oranda gerekli değildir. İlgili başlıkta da izahına çalıştığımız üzere, kamu gücü kullanımı ihtiyacı;

- a) Özü kamu gücü kullanımını gerekli kılan kolluk faaliyeti bakımından bir zorunluluk olarak;
- b) Karma bir rejime sahip olan kamu hizmeti bakımından faaliyetin konusunun kamusal usulleri gerekli kıldığı ölçüde;
- c) Kamu gücünün olumlu şekilde kullanımına elverişli olmamakla birlikte özendirme ve destekleme faaliyeti bakımından faaliyetin yaptırımını gibi hususlara özgü olarak;
- d) Kolluk gibi kamu düzeninin korunmasına yönelik regülasyon faaliyeti bakımından da yine faaliyetin her aşamasında zorunluluk olarak, gündemdedir.

Bununla birlikte, bu dört idari faaliyet türünün çeşitli oranlarda gerektirdiği kamu gücü kullanımı ihtiyacının, özel hukuk kişileri bakımından aynı oranda gündemde olmamasının sebebi ise bu faaliyetlerden son ikisinin, daha evvel de değindiğimiz üzere, nitelikleri gereği özel kişilerce gördürülmesine pek fazla uygun olmamasıdır. Bu anlamda konumuz bakımından kamu gücü kullanımı ihtiyacı, özendirme ve destekleme ile regülasyon faaliyeti bakımından istisnai hallerde, kamu hizmeti bakımından kamusal usullerle yürütülmesi gerekli olduğu ölçüde, kolluk faaliyeti bakımından ise zorunlu olarak gündeme gelecektir.

Kamu kesiminde özel hukuk kişiliğinin ikinci görünümü olarak incelediğimiz İdarenin iradesiyle kurulan özel hukuk kişilerinin ise, hukuk alemine çıkış amaçları özel hukuk ilke ve usulleri uyarınca faaliyette bulunmak olduğundan, kamu gücü kullanımına ve dolayısıyla idari işlem tesis etmeye olan ihtiyaçlarının, idari faaliyet alanına bizzat idari faaliyet yürütmek üzere dahil olan özel hukuk kişileri kadar yoğun olduğunu söylemek zordur. Özel hukuk ilke ve usulleri uyarınca faaliyette bulunması arzu edildiği için özel hukuk tüzel kişiliği şeklinde teşekkül eden bu tür özel hukuk kişileri tarafından kamu gücü kullanımı ihtiyacı, yalnızca kamudan gelen personelleriyle ilişkilerinde ve kendi yönetimlerine ilişkin hususlarda gündeme gelebileceğinden, bu kişilerin idari işlem addedilebilecek işlemlerinin bu haller çerçevesinde tesis etmiş olduğu işlemler olduğu söylenebilir.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalar itibarıyla, idari işlem niteliğinde bir işlemin bir özel hukuk kişisi tarafından yapılabildiğinin kabul edilebilmesi için ilk kriter olarak zikredilebilecek husus, İdarenin iradesiyle kurulan özel hukuk kişilerine ilişkin olarak açıkladığımız sınırlı haller bir yana, işlemi yapan özel hukuk kişinin, idari faaliyet alanına, bizzat bu faaliyeti yürütmek için dahil olan bir özel hukuk kişisi olmasıdır. Bu özel hukuk kişinin tesis etmiş olduğu işlemin, özel hukuk kişinin herhangi bir faaliyeti sırasında değil, görülüşüne dahil olduğu idari faaliyet kapsamında tesis edilmiş olması ikinci kriter olarak belirtilebilecektir. Nihayet bir idari faaliyetin görülüşüne katılma, özel hukuk kişinin bu faaliyeti sırasındaki her işlemini idari işlem saymak noktasında yeterli olmamakta, idari faaliyetin kamusal

yetki ve usullerin kullanımını gerektirmesi de üçüncü bir kriter olarak gündeme gelmektedir.

Özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebileceğini kabul noktasında bir şart değil fakat yapabilmesi önünde bir sınır olduğu için kriterler arasında saymadığımız, fakat değinilmesi zorunlu bir husus da ne tür işlemler yapabileceğidir. Yargı yerlerinin görüşünü açıkladığımız bölümde, bu anlamda uyuşmazlığa yansımadağı için dile getirmediğimiz, fakat özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edebileceği bir kere kabul edildikten sonra göz ardı edilmemesi gereken husus, özel hukuk kişilerinin idari faaliyetin gerekli kıldığı genel düzenleyici işlemleri de tesis edip edemeyeceğidir. Regülasyon faaliyetine ilişkin açıklamalarımız sırasında düzenleyici işlemler yapmanın bu faaliyet bakımından kullanılan asli yetki olduğunu belirtmiş olmakla birlikte, genel düzenleyici işlemler tesis etme diğer idari faaliyetler bakımından da şüphesiz bir zorunluluktur. Bu zorunluluk, idari faaliyetin İdare tarafından yerine getirilmesinin yanı sıra bir özel hukuk kişisince görülmesi halinde de geçerli olacaktır. Diğer yandan, özel hukuk kişilerinin genel düzenleyici idari işlemler tesis edemeyeceğinin kabulü gerekir. Zira genel, nesnel, birel olmayan, tükenmez işlemler şeklinde tezahür eden İdarenin düzenleme yetkisi, İdare için hiçbir halde asli ve koşulsuz sayılmayıp türevsel ve bağımlı bir yetki olarak kabul edilmektedir⁶⁴. İdare tarafından dahi ancak Anayasa ve kanunların açıkça gösterdiği ve izin verdiği konu ve hallerde kullanılabilen düzenleme yetkisinin, bir idari faaliyet yürütüyor olsa ve faaliyet zorunlu kılssa dahi özel hukuk kişisine tanınmaması, faaliyetin gerekli kıldığı genel düzenleyici işlemin, faaliyetin asıl sorumlusu olan İdare tarafından tesis edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Sonuç olarak denilebilir ki; bir taraftan daha fazla idari faaliyetin özel hukuk kişileri tarafından görülür hale gelmesi ve diğer taraftan İdarenin adeta tür değiştirerek özel hukuk kişiliği şeklinde hukuk alemine çıkması şeklinde, kamu kesiminde iki yönden de bir aktör olarak ortaya çıkan özel hukuk kişilerinin,

⁶⁴ Lütfi Duran, “İdarenin Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?” **İHİD**, C. 4, S. 1-3, 1983, s. 33-34; Özay, **Günüşğinde Yönetim**, s. 426.

faaliyette bulunurken hukuki işlemler tesis etmesi bir zorunluluk olarak gündemdedir. Özel hukuk kişilerinin üstlendikleri faaliyetler sırasında tesis ettikleri bu işlemlerin idari işlem niteliğinde kabul edilip edilemeyeceği ve kabul edilir ise idari işlemlerle aynı denetime tâbi olup olmayacağı ise, idari işlemin kamu gücünün göstergesi, aracı ve taşıyıcısı olması nedeniyle ayrı önemi haizdir.

Çalışmamız boyunca izahına çalıştığımız “**kamunun şirketleştiği, şirketlerin kamulaştığı**” tablo karşısında, tıpkı İdarenin özel hukuk işlemleri yapabilmesinin mümkün olması gibi özel hukuk kişilerine de idari işlem niteliğinde işlemler yapabilme imkânının tanınmasına ihtiyaç vardır. Bununla birlikte, hukuki belirginliği sağlayabilmek için, özel hukuk kişilerine tanınacak bu imkânın şartlarının, sınırının belirginleştirilmesi gerekmektedir. İncelememiz sonucunda, özel hukuk kişilerinin idari işlem tesis edip edemeyeceğinin ve tesis edebileceği hallerin yaygınlığının tespitinde özel hukuk kişinin hukuk alanında ne şekilde var olduğunun, kuruluş amacı ve yürüttüğü faaliyetin niteliğinin bir belirleyiciliği bulunduğu görülmektedir:

Kuruluşunda İdarenin iradesinin bulunduğu özel hukuk tüzel kişilerinin idari işlem tesis edebilmesinin, daha evvel de değindiğimiz üzere, kamudan gelen personelleriyle ilişkileri ve yönetimlerine ilişkin hususlar çerçevesinde kabul edilmesi gerekir. Aksi durum, özel hukuka göre ve özel hukuk kurallarıyla faaliyet göstermek üzere İdarenin farklı türde kurulmasının anlamına aykırılık teşkil eder.

İdari faaliyet alanına, bu idari faaliyeti yürütmek için dahil olan özel hukuk tüzel kişilerinin ve bu alana yine aynı amaçla dahil olan gerçek kişilerin kaçınılmaz şekilde karşı karşıya oldukları kamu gücü kullanımı ihtiyacı, bizi bu kişilerin idari işlem gibi denetime tâbi tutulacak işlemleri tesis edebilmelerine daha doğrudan bir kabulle yaklaşılması gerektiği sonucuna götürmektedir. Bu tür özel hukuk kişilerince idari işlem tesis edilebilmesinin şartları ise, üçüncü bölümde ayrı ayrı ele aldığımız kriterlerden birden fazlasının kullanılmasıyla ortaya koyulabilir. Bir özel hukuk kişinin tesis etmiş olduğu işlem, öncelikle bu kişinin özel hukuk faaliyetleri sırasında değil, görülüşüne dahil olduğu idari faaliyet kapsamında tesis edilmiş olmalı; bu idari faaliyet kamusal yetki ve usullerin kullanımını gerekli kılmalı ve

özel hukuk kişisince tesis edilen ilgili işlem bu kamusal yetki ve usullerden birine başvurulmak suretiyle, yani kamu gücü kullanılarak tesis edilmiş olmalıdır. İdari faaliyetin gerekli kıldığı genel düzenleyici işlemler ise, idari faaliyetin özel hukuk kişilerinince görülmesi halinde dahi, idari faaliyetin asıl sorumlusu olan İdare tarafından tesis edilmelidir.

Bu itibarla, özel hukuk kişileri tarafından tesis edilse dahi idari faaliyetin yürütülmesini teminen ve kamu gücü kullanılarak yapılacağından, idari işlemlerle aynı yargılama usulüne tâbi olması gerektiğini düşündüğümüz özel hukuk kişilerinin idari nitelikli işlemlerinin tâbi olacakları yargısal denetim hakkında bir belirlilik sağlayabilmek adına, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na

“İdari faaliyetlerin görüldüğüne katılan özel hukuk kişilerinin, görüldüğüne katıldıkları bu idari faaliyetler sırasında, faaliyetin gerekli kıldığı kamu gücüne başvurmak suretiyle tesis ettikleri işlemler, idari yargının görev alanına girip idari davaya konu edilebilir.”

şeklinde formüle edilerek eklenecek bir hükmün, konumuza ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldıracığı gibi etkin bir yargısal denetime imkân tanıyan bir mevzuat düzenlemesini de temin etmiş olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin: “Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği”, **AİD**, C. 23, S. 1, 1990, s. 3-11.
- Akıllmaz, Bahtiyar/
Sezginer, Murat/
Kaya, Cemil: **Türk İdare Hukuku**, 8. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Akgül, Şerife Yıldız: **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.
- Akil, Cenk: “Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun Yapısı ve Kararlarının Hukuki Niteliği”, **MÜHF-HAD**, C. 19, Y. 2013, S. 3, s.379-403.
- Algan, Bülent/
Algan, Müberra: “Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü Bağlamında Eğitim Hizmetlerinin Ruhsat Usulü İle Özel Kişilere Gördürülmesi”, **GÜHFD**, C. XVII, S. 3., 2013, s.147-194.
- Avcı, Mustafa: “Spor Federasyonlarının Hukuki Niteliği, İdari Teşkilat İçindeki Konumu ve Bağımsızlığı Sorunu”, **İÜHFM**, C. LXX, S. 2, 2012, s. 3-20.
- Ayanoğlu, Taner: “Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru”, **İHİD**, C. 12, Y. 2000, S. 1, s. 70.
- Ayanoğlu, Taner: “Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği”, **TBBD**, S. 74, 2008, s. 43-76.
- Ayaydın, Cem: **İdare Hukuku’na Giriş (II)-Ders Notları**, İstanbul, Yenilik Basımevi, 2008.
- Balta, Tahsin Bekir: **İdare Hukuku I (Genel Konular)**, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1970.

- Balta, Tahsin Bekir: **İdare Hukukuna Giriş I**, Ankara, TODAİE Yayınları No:117, 1968-1970.
- Berkarda, Kemal: “Amerika’da İdare Hukuku Var Mı?”, **İHİD** (Pertev Bilgen’e Armağan), C. 13, S. 1-3, 2000, s. 87-107.
- Berk, Kahraman: “Türk Futbol Federasyonunun Türk İdare Teşkilatı İçindeki Yeri”, **İÜHFM**, C. LXIV, S. 2, 2006, s. 3-24.
- Çakır, Hüseyin Melih: **Sağlık Hizmetinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Çal, Sedat: “Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”, **GÜHFD**, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 599-655.
- Dural, Mustafa/
Öğüz, Tufan: **Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku**, 16. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015.
- Duran, Lütfi: **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Duran, Lütfi: “İdarenin Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?”, **İHİD**, C. 4, S. 1-3, 1983, s. 33-42.
- Erkut, Celal: **İptal Davasını Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, Danıştay Yayınları, No:51, 1990.
- Erkut, Celal: **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, İstanbul, Yenilik Basımevi, 2004.
- Giritli, İsmet/
Bilgen, Pertev/
Akgüner, Tayfun/
Berk, Kahraman: **İdare Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2015.
- Gönen, Yakup: **Türkiye’de Elektrik Kamu Hizmetinin Yürütülmesi ve Lisans Usulü**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.
- Gözler, Kemal: **İdare Hukuku**, Cilt I, 2. bs., Bursa, Ekin Kitabevi, 2009.
- Gözler, Kemal: **İdare Hukuku**, Cilt II, 2. bs., Bursa, Ekin Kitabevi, 2009.

Gözübüyük, Şeref/
Tan Turgut:

İdare Hukuku, Cilt I, (Genel Esaslar), 11. bs.,
Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.

Gözübüyük, Şeref/
Tan Turgut:

İdare Hukuku, Cilt II, (Genel Esaslar), 8. bs.,
Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.

Gözübüyük, Şeref:

Yönetmelik Yargı, 33. bs., Ankara, Turhan Kitabevi,
2013.

Gölan, Aydın:

İdare Hukuku Ders Notları, (Yayınlanmamıştır).

Gölan, Aydın:

“Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri”, İstanbul, 1987,
Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Gölan, Aydın:

“Kamu Hizmeti Kavramı”, **İHİD**, Prof. Dr. Lütfi
Duran’a Armağan Özel Sayısı, S. 1-3, 1988, s. 147-
149.

Gölan, Aydın:

“Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında
Tahkimin Geleceği”, **Hukuk-Ekonomi
Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu
Hizmeti**, Ankara, Liberte Yayınları, 2001, s. 140-154.

Gölan, Aydın:

**Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel
Müesseseleri, Mevzuat ve Yargı Kararları Işığında
Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi**, İstanbul, Lamure
Kitap, 2008.

Gölan, Aydın:

“Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, **İÜHF**,
C. LVI, S. 1-4, 1998, s. 97-107.

Günday, Metin:

İdare Hukuku, 10. bs., Ankara, İmaj Yayınları, 2015.

Günday Metin/
Bayman, Tuğba/
Orak, Cem Çağatay:

“Katı Atık Bertaraf Hizmetlerinin Özel kişilere
Gördürülmesi”, **TBB**, S. 90, 2010, s. 395-419.

Göran, Sait:

“İdari İşlem”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş
Günü Armağanı**, Cilt II, İstanbul, Beta Yayınları,
2001, s. 1275-1285.

- Hatemi, Hüseyin /
Kalkan Oğuztürk, Burcu: **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)**, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- İnanç, Mehmet: **Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemleri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- İşbir, K. Begüm: **Kamu Tüzel Kişiliği**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.
- Karahanoğulları, Onur: **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, 3. bs. Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- Karahanoğulları, Onur: **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, 3. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- Kaya, Cemil: **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Kaya, Cemil: “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, **GÜHFD**, C. IX, Ankara, 2005, s. 253-284.
- Oğuzman, Kemal/
Seliçi, Özer/
Oktay-Özdemir, Saibe: **Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 16. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.
- Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt I, 3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Öğüz, M. Tufan: **Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları**, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2007.
- Özay, İl Han: “Futbolda Özelleştirme”, **İHİD**, Y. 11, S. 1-3, İstanbul, 1990, s. 31-39.
- Özay, İl Han: **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- Özay, İl Han: **Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Özay, İl Han: “Türkiye’de Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: ‘Çok Yaşa’ ya da ‘A tes Amour’”, **İÜHFM**, C. 56, S. 1-4, 1998, s. 292-295.

- Özkal Sayan, İpek/
Kışlalı, Murat: “Belediyelerde Şirketleşmenin Yararı Var mı? Hurafeler ve Gerçekler”, **ÇYYD**, C. 17, S. 1, s. 59-75.
- Özta, Bilge: **Tüzel Kişiler (Ders Notları)**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1994.
- Özyörük, Mukbil: **İdare Hukuku Dersleri**, (Çoğaltma Ders Notları), Ankara, 1972-1973.
- Serozan, Rona: **Tüzel Kişiler (Özellikle: Dernekler ve Vakıflar)**, 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994.
- Sever, D. Çiğdem: “Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Ölçütte Çözölme ve Anayasa’nın 128. Maddesinin 1. Fıkrası”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 2013, 245-268.
- Sever, D. Çiğdem: “Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürölmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık”, Ankara, 2013, Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- Şahin, Cenk: **Amerikan Federal İdare Hukukunda “Regölasyon” ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Tan, Turgut: **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- Tan, Turgut: “Kamu Hizmeti İmtiyazından ‘Yap-İşlet-Devret’ Modeline”, **AÜSBFD**, C. 47, Y. 1992, S. 3, s. 307-325.
- Tan, Turgut: “Katılımcı Yönetim Modeli Üstüne: İLK SAN ve İSKİ”, **ÇYYD**, C. 2, S. 6, 1993, s. 3-7.
- Tan, Turgut: “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, **AÜSBFD**, C. 22, S. 2, 1967, s. 285-326.
- Ulusoy, Ali: **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, İstanbul, Ülke Kitapları, 2004.
- Ulusoy, Ali: Regölasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme, in İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- Uşaklıgil, Emine: **Bir Şehri Yok Etmek: İstanbul’da Kazanmak ya da Kaybetmek**, İstanbul, Can Yayınları, 2014.

- Yasin, Melikşah: **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, 2. bs. İstanbul, Beta Yayınları, 2007.
- Yayla, Yıldızhan: **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2009.
- Yıldırım, Ezgi: “İdari Kolluk Faaliyetinin Özel Hukuk Kişilerince Görülmesi”, İstanbul, 2013, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Yıldırım, Turan/
Yasin, Melikşah/
Karan, Nur/
Özdemir, H. Eyüp/
Üstün, Gül/
Tekinsoy, Okay: **İdare Hukuku**, 6. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Elektronik Kaynaklar

Avrasya Tüneli İşletme İnşaat ve Yatırım A. Ş., Kurumsal, (Çevrimiçi), <https://www.avrasyatuneli.com/kurumsal/ne/projenin-kunyesi>.04.07.2018.

Çağlayan, Ramazan, “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları”, (Çevrimiçi) <http://www.dergi.uyusmazlik.gov.tr/MakListeleme/17>. 05.05.2018.

Danıştay Dergisi, (Çevrimiçi) www.danistay.gov.tr/dergiler.html.

Elektrik Üretim A.Ş. Yıllık Raporları, “Türkiye Kurulu Gücünün Kuruluşlara Dağılımı, **2008 Yıllık Raporu**, (Çevrimiçi) http://www.euas.gov.tr/Documents/YILLIK_RAPOR_2008.pdf. 02.02.2018

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Bilgi Merkezi, (Çevrimiçi) <http://www.enerji.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Elektrik>. 02.02.2018.

Gözler, Kemal, “Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Neye Yarar? K. Begüm İsbir’in Kamu Tüzel Kişiliği İsimli Doktora Tezinin Düşündürdükleri”, (Çevrimiçi), <http://www.idare.gen.tr/kamu-tuzel- kisiligi.pdf>. 04.06.2018.

İstanbul Büyükşehir Belediyesi, Şirketler, (Çevrimiçi)

<https://www.ibb.istanbul/SitePage/Index/149>. 02.02.2018

Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı, (Çevrimiçi) <https://www.kazanci.com.tr>.

Özay, İl Han, “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri”, (Çevrimiçi) www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/ozay.pdf. 10.03.2017.

[Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a267cb5111688.25524913), (Çevrimiçi)

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a267cb5111688.25524913. 16.12.2017.

Zabcı, Filiz Çulha, “Yeni Savaşların Gizli Yüzü: Özel Askeri Şirketleri”, (Çevrimiçi)

www.tasam.org/.../yeni_savaslarin_gizli_yuzu_ozel_askeri_sirketler_d3ad2e36-9fa4-... . 09.01.2018

Zabcı, Filiz Çulha, “Özel Askeri Şirketlerin Ortaya Çıkışı”, (Çevrimiçi)

www.tasam.org/tr-TR/Icerik/50172/ozel_askeri_sirketlerin_ortaya_cikisi . 09.01.2018