

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**TÜRK HUKUKUNDA İDARİ KOLLUK YETKİSİNİN ÖZEL
HUKUK KİŞİLERİNE DEVRİ**



YÜKSEK LİSANS TEZİ

Betül SEVİNÇ

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Özge AKSOYLU ÜRGER

KASIM 2018

ÖNSÖZ

Elinizde bulunan tez, kariyerimi üzerine kurmayı hedeflediğim idare hukuku alanındaki ilk ciddi akademik çalışmamdır. Bu tez, ortaya çok boyutlu hukuki bir problematik koymaktan başlayarak ilgili literatüre ve içtihadâ hâkim olmaya kadar bir akademisyenin sarf ettiği kıymetli çabayı bizzat anlamama vesile olmuştur. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin bütün hocalarına, hukuk üzerine yürütülen sistematik tartışmalara karşı bende ilgi uyandırdıkları için içten teşekkür borçluyum.

Değerli tez danışmanım Dr. Öğr. Ü. Özge Aksoylu'ya, tezimin zenginleşmesini sağlayan soruları, ilgili kaynak ve içtihat konusundaki yardımı, bütün argümanlarımı sabırla dinleyip bana zaman ayırdığı ve manevi desteği için çok teşekkür ederim. Sorgulama, sistemli düşünme ve ifade etme, düşünceyi temellendirme ve araştırmayı iyi bir plan içinde sunma gibi akademik çalışmanın vazgeçilmezlerini tez sürecinde devamlı takip ettiği için kendisinin danışmanlığında tez yazmanın ayrıcalıklı hissettirdiğini belirtmek isterim.

Çalışmalarım süresince bana destek olan başta anne ve babama, araştırmalarımı sürdürürken bana eşlik eden ve yardımlarını esirgemeyen pek sevgili arkadaşım Arş. Gör. Didem Yalçıntaş'a, yardımları için Arş. Gör. Mehmet Emin Alpaslan'a, tezimi okuyarak değerli fikirlerini benimle paylaşan Mehmet Şirin Çelik'e ve Arş. Gör. Oğuz Bandır'a kalpten teşekkürlerimi sunarım.

Betül SEVİNÇ

İstanbul, 11.11.2018

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	v
RÉSUMÉ.....	vii
ABSTRACT	xii
ÖZET.....	xvii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

I- ÖZEL KİŞİNİN DOĞRUDAN KAMU GÜCÜ KULLANIMI YOLUYLA KOLLUK YETKİSİ KULLANMASI.....	17
A- Özel Kişinin İdari İşlem Tesis Etmek Suretiyle Kolluk Yetkisi Kullanması	18
1- Özel Kişinin Düzenleyici Kolluk İşlemi Tesis Etmesi.....	19
2- Özel Kişinin Birel Kolluk İşlemi Tesis Etmesi	28
a- Özel Kişinin İzin Verme ve Bildirim Kabul Etme Yetkileri.....	29
b- Özel Kişinin İdari Yaptırıma Karar Verme Yetkisi.....	40
B- Özel Kişinin Doğrudan İdari Eylemde Bulunmak Suretiyle Kolluk Yetkisi Kullanması	43
1- Özel Kişinin Kişi Hürriyeti ve Dokunulmazlığına Müdahale Niteliğinde İdari Eylemleri	56
2- Özel Kişinin Özel Hayatın Gizliliği ve Korunmasına Müdahale Niteliğinde İdari Eylemleri	60

İKİNCİ BÖLÜM

II- ÖZEL KİŞİNİN KAMU GÜCÜ KULLANIMINA KATILIM YOLUYLA KOLLUK YETKİSİ KULLANMASI.....	67
A- Özel Kişinin Hazırlık İşlemi Tesis Etmesi.....	67
1- Özel Kişinin İdareyi Bağlayıcı Hazırlık İşlemleri.....	70
2- Özel Kişinin İdareyi Bağlayıcı Olmayan Hazırlık İşlemleri.....	87

B- Özel Kişinin Uygulama Eylemi Gerçekleştirmesi	91
1- Özel Kişinin Özel Hayatın Gizliliği ve Dokunulmazlığına Müdahale Niteliğindeki Uygulama Eylemleri	922
2- Özel Kişinin Mülkiyet Hakkına Müdahale Niteliğindeki Uygulama Eylemleri	95
SONUÇ	1000
KAYNAKÇA	1033
ÖZGEÇMİŞ	113



KISALTMALAR

age	Adı geçen eser
agm	Adı geçen makale
AÜHFY	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AYM	Anayasa Mahkemesi
Bkz.	Bakınız
CC	Conseil Constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	Çeviren
D.	Daire
Dan.	Danıştay
DSİ	Devlet Su İşleri
E.	Esas Numarası
Ed.	Editör
EPDK	Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
E.T.	Erişim Tarihi
ETK	3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu
Fon	Türkiye Varlık Fonu
İDDGK	İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
K.	Karar Numarası
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KTK	2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu
Muayene Yönetmeliği No	Araç Muayene İstasyonlarının Açılması, İşletilmesi ve Araç Muayenesi Hakkında Yönetmelik Number
OSB	Organize Sanayi Bölgesi
ÖGHK	5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun
Özel Güvenlik Yönetmeliği	Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
PVSK	Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

RGTS	Resmi Gazete Tarih ve Sayı
Şirket	Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketi
TAEK	Türkiye Atom Enerjisi Kurumu
TFF	Türkiye Futbol Federasyonu
TJK	Türkiye Jokey Kulübü Derneği
TODAİE	Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
vd.	ve devamı



RÉSUMÉ

La délégation de pouvoirs de police administrative aux personnes privées en droit turc a été traitée autour de la question si la Constitution autorise une telle délégation du pouvoir, si tel est le cas, quelles en sont les limites de la délégation. Face aux variétés des régulations attribuant les pouvoirs de police administrative aux personnes privées dans la législation turque, on a vu qu'une approche holistique et cohérente n'a pas été développée par les tribunaux et la doctrine. Dans le cadre de la thèse, une règle de délégation a été proposée pour toutes les délégations de pouvoirs de police administrative en appuyant les dispositions concernées de la Constitution, en bénéficiant des décisions des tribunaux et de la doctrine mais en négligeant des éléments contradictoires.

Les activités de police sont de restreindre les libertés publiques en utilisant la puissance publique dans le but de maintenir l'ordre public. Le véritable titulaire d'une activité réalisée en utilisant la puissance publique est l'État et ses organes qui utilisent le droit de souveraineté. Ainsi, la délégation des puissances publiques aux personnes privées constitue une problématique.

Puisque la souveraineté exige d'être la seule autorité assurant l'ordre, les compétences découlant de la souveraineté ne devraient pas être partagées avec des personnes privées. Il y a quelques activités découlant de la souveraineté de l'État, qui sont interdites aux personnes privées. Tout d'abord, on se demande dans quelle mesure les pouvoirs de la police administrative restent dans le domaine exclusif de l'État. Dans cette discussion, on a vu que bien que l'inaliénabilité des pouvoirs de police soit mentionnée, ce principe n'est pas absolu et n'a pas de limites claires.

Deuxièmement, la délégation de pouvoirs de police administrative aux personnes privées est examinée dans le contexte constitutionnel. L'article 6 intitulé souveraineté et l'article 128 concernant les fonctionnaires de la Constitution de 1982 sont déterminants sur ce sujet. Personne n'est autorisé à exercer une autorité de l'État autres que les organes législatifs, exécutifs et judiciaires conformément au troisième alinéa de l'article 6 indiquant que "*Aucune personne ou organe ne peut exercer une autorité de l'État qui n'émane pas de la Constitution.*" Les pouvoirs de la police administrative, puisqu'ils comprennent la création de règles contraignantes sur les individus, le fondement de décisions exécutoires unilatérales concernant eux et l'exécution d'office, proviennent de la souveraineté et restent dans le champ d'application des autorités étatiques mentionnées à l'article 6. Le pouvoir de la police administrative ne peut être exercé que par l'organe exécutif et l'administration, puisqu'il s'agit d'un pouvoir exécutif exercé dans le cadre autorisé par la loi. Par principe, les personnes morales privées ne sont pas autorisées à utiliser ces pouvoirs.

Si la disposition de troisième alinéa de l'article 6 de la Constitution est valable pour tous les pouvoirs de la police administrative peut être compris avec une réglementation plus détaillée. Sur ce point, les services obligatoires à exécuter par les agents publics sont décrits par l'article 128 de la Constitution comme suit "*les fonctions fondamentales et permanentes requises par les services publics que l'État, les entreprises économiques d'État et les autres organismes publics chargés d'exécuter conformément aux principes de l'administration générale.*" L'article indique brièvement que les fonctions fondamentales et permanentes des services publics exercées par des entités juridiques publiques en utilisant la puissance publique ne peuvent pas être conduites par des personnes privées. On sait que les pouvoirs de la police administrative sont exercés par des entités juridiques publiques en utilisant la puissance publique. Selon l'article 128, ceux qui ont des caractéristiques des fonctions fondamentales et permanentes ne sont pas transférés aux personnes privées. Néanmoins, les « fonctions fondamentales » n'ont pas été clairement définies dans les décisions judiciaires et la doctrine, cette situation rend difficile la distinction entre les pouvoirs de police aliénables et inaliénables. Afin de clarifier cette ambiguïté, la définition proposée de la fonction fondamentale est la suivante : "*La fonction déterminant de manière indépendante les résultats juridiques ou physiques ciblés par l'activité de police concernée.*" Par conséquent, la délégation de ce type de fonctions aux personnes privées est contraire à la Constitution.

Par contre, on a constaté que l'État n'est pas suffisant avec ses propres agents et son budget dans l'exécution des services publics qui lui sont assignés, et que certains services sont fournis plus efficacement par le secteur privé. Il a été mis en place dans le monde et en Turquie la délégation des services publics gérés par l'État au secteur privé sous l'influence du néolibéralisme. En ce sens, le pouvoir discrétionnaire a été conféré au législateur en ajoutant le quatrième alinéa à l'article 47 de la Constitution, à propos de "*Ces investissements et services réalisés par l'État, les entreprises économiques d'État et d'autres personnes morales publiques, qui pourraient être réalisés ou délégués par des personnes physiques ou morales par le biais de contrats de droit privé.*" Après cette disposition, même s'il a été allégué qu'il n'y a aucun obstacle constitutionnel à la délégation de pouvoirs de police administrative aux personnes privées, la disposition de quatrième alinéa de l'article 47 a rendu possible la délégation de certains services aux personnes privées en ne dépassant pas les limites établies par les articles 6 et 128. Autrement dit, les investissements et services sauf "*Les fonctions fondamentales et permanentes requises par les services publics et remplies conformément aux principes de l'administration générale*" peut être exécutés par des personnes privées par le biais de contrats de droit privé.

En regardant de plus près aux pouvoirs de police administrative délégués aux personnes privées dans notre législation, il a été vu que ces pouvoirs s'exercent de quatre manières différentes. D'abord, les actes administratifs de police peuvent être réalisés uniquement par une personne privée; deuxièmement, les opérations matérielles de police administrative peuvent être exécutées uniquement par une personne privée; troisièmement, bien que l'acte de police soit établi par l'administration, la personne privée peut accomplir l'acte préparatoire et finalement un acte de police établi par l'administration peut être exécuté par une personne privée. Il faut déterminer quels groupes d'autorités sont considérés comme fonctions fondamentales selon cette classification faite sur la distinction entre les actes de police et les opérations de police.

Dans les deux premières situations, les compétences utilisées par la personne privée sont des fonctions fondamentales puisque la personne privée, par le pouvoir discrétionnaire dans les limites permises par la loi, effectue une opération administrative ou établit un acte administratif modifiant le statut physique ou juridique des personnes. Toutefois, il n'y a pas de fonction fondamentale dans la situation dans laquelle la personne privée établit un acte préparatoire parce que le dernier n'influence pas le statut juridique des personnes. À titre exceptionnel, l'acte préparatoire liant juridiquement l'acte exécutif de police établi par l'administration reste dans le domaine de la fonction fondamentale en raison d'être déterminant sur le changement de statut juridique des personnes. Enfin, bien que les opérations d'exécution influencent unilatéralement le statut matériel des personnes, ces opérations ne sont pas déterminantes sur le résultat matériel en raison d'être lié par l'acte établi par l'administration. Par conséquent, ils ne sont pas considérés comme une fonction fondamentale.

La délégation des actes de police administrative aux personnes privées est examinée en deux groupes selon l'action déléguée, qu'elle soit réglementaire ou individuelle. Découlant du pouvoir discrétionnaire de l'administration, la création des actes réglementaires de police contenant l'établissement de règles générales et objectives constituent une autorité de la souveraineté. Pourtant, les personnes privées sont autorisées à définir des règles réglementaires et contraignantes pour le maintien de l'ordre public dans les compétitions et les courses sportives. Dans ce cadre, il est traité la Fédération Turque de Football et l'Etablissement de Concours qui a des pouvoirs en ce qui concerne l'organisation des concours hippiques. Bien qu'il n'y ait pas de consensus sur la personnalité de la Fédération turque de football dans la doctrine et les décisions de justice, la Fédération prépare le statut et les instructions contraignantes pour toutes les parties du football aux fins d'arrangements de football en Turquie. Quant à l'Etablissement de Concours, il réglemente les procédures et les principes à suivre pour l'inscription du cheval aux concours et une partie des conditions nécessaires à satisfaire par les personnes demandant le document de propriétaire de cheval. Bien que Le Club Jockey Turc ait utilisé les compétences de l'Etablissement de Concours pendant longues années, les licences concernant ces compétences ont été déléguées récemment au Fond de Richesse de la Turquie. Le Fond ne jouisse pas personnellement de telles compétences, ces licences peuvent être transférées à des tiers dans le but d'obtenir des revenus pour le Fonds.

Etant donné que l'administration n'a pas des agents publics en nombre suffisant et bien qualifiés dans tous les secteurs, la délégation des actes individuels de police aux personnes privées a été rencontrée sous la forme de la délégation de pouvoirs de police administrative spécial nécessitant une spécialisation. Dans ce cadre, les compétences concernant un octroi de permis, l'acceptation d'une notification obligatoire et l'imposition d'une sanction administrative sont déléguées aux personnes privées. La plupart des compétences mentionnées a été mis en cause devant la Cour constitutionnelle avec allégation de violation de la Constitution. La Cour a créé la contradiction entre ses décisions en autorisant la délégation de certaines compétences alors qu'il a déclaré certaines d'entre elles inconstitutionnelles au motif qu'elles sont des actes exécutifs de police. Dans cette section, les délégations des compétences sont analysées comme l'octroi d'un permis de construire et d'un permis d'usage résidentiel par les bureaux certifiés d'architecture et d'ingénierie, les mêmes compétences exercées par les personnes privées dans les zones de développement technologique et les zones industrielles organisées, la préparation de rapport d'inspection du véhicule

par les personnes privées, la certification des produits par les personnes privées dans les secteurs de l'agriculture biologique et des semences, l'obtention d'une amende pécuniaire de la part des passagers ne payant pas les frais de pass par l'opérateur de l'autoroute.

Dans le cadre des opérations de police administrative effectuées par une personne privée; la sécurité privée, les gardes temporaires de village et les gardes volontaires ont été examinés. Bien que la sécurité privée et les gardes volontaires soient des personnes privées, Les gardes temporaires du village devraient être considérés comme des agents publics après les récents amendements. Le but de la délégation des opérations matérielles de police aux personnes privées est de créer une force auxiliaire à la police pour le maintien de la sécurité publique. En fait, ce besoin indique que l'État ne pouvait pas donner aux citoyens l'une de ses missions principales, qui est de maintenir la sécurité. Les compétences conférées aux personnes privées dans le but de fournir la sécurité constituent une atteinte à la liberté personnelle, à la sécurité personnelle et à la vie privée. La délégation des pouvoirs de la police administrative générale et de la police judiciaire aux personnes privées telles que demander l'identification, arrêter, perquisitionner et saisir sont contraire à la Constitution.

A l'égard de l'établissement des actes préparatoires par les personnes privées, la délégation de la compétence des audits à une personne privée a été observée à plusieurs reprises. Même si l'audit est une activité exercée en utilisant le pouvoir public, cette caractéristique n'est pas suffisante pour la qualifier automatiquement comme une fonction fondamentale. La partie fondamentale de l'audit est les décisions exécutives prises sur le résultat de l'audit. De l'autre côté, si l'acte préparatoire établi par une personne privée lie l'acte à établir par l'administration, cela devient une fonction fondamentale et la délégation devient inconstitutionnel. Dans ce cadre, ceux-ci sont observés : la délégation des compétences d'audits de l'autorité de régulation du marché de l'énergie et de travaux hydrauliques d'état aux personnes privées, la préparation du procès-verbal sur la violation du code de la route par un inspecteur volontaire de circulation, les rapports et les commentaires soumis par les sociétés d'audit de bâtiments avant l'octroi du permis de construire et du permis d'usage résidentiel et même l'audit de la construction de centrales nucléaires par des personnes privées. Lorsque cette délégation de pouvoirs a été portée devant la Cour constitutionnelle, la Cour exige que l'étendue, les limites et les résultats des pouvoirs délégués à une personne privée soient clairement indiqués dans le code et elle examine si l'action préparatoire lie ou non l'administration. Cependant, la Cour ne considère pas le caractère contraignant comme critère dans certaines décisions et même dans une décision récente, la Cour a déclaré que les services d'audit requises les connaissances techniques et spéciales ne sont pas en principe des fonctions fondamentales et permanentes requises par les services publics et remplies conformément aux principes de l'administration générale. Cette interprétation permet aux personnes privées de décider du résultat juridique des actes de police dans chaque domaine requis spécialisation. De l'autre côté, les actes préparatoires non contraignants et établis par des personnes privées sont observés dans le cadre du contrôle des entreprises de tourisme et les commentaires non contraignants de l'Etablissement de Concours. Ainsi la délégation des actes préparatoires aux personnes privées est mis en évidence de manière constitutionnelle et inconstitutionnelle par différents exemples.

Dans le cas de la mise en œuvre par une personne privée d'un acte exécutif de police pris par l'administration, l'administration décide indépendamment du statut

juridique des personnes, Les personnes privées s'ingèrent dans les libertés publiques sans être décisives quant aux résultats juridiques ou physiques. Alors, la délégation mentionnée doit être acceptée comme légale puisque les actes d'exécution ne sont pas des fonctions fondamentales. Dans ce cadre, cela peut être classé ; la fouille corporelle par le personnel de sécurité privé sur la décision judiciaire ou l'ordre écrit du chef de l'administration, l'enlèvement des véhicules par les fondations routières sur décision de la police de circulation et la démolition d'un bâtiment par les personnes privées dans le cadre de la législation d'urbanisme sur la décision de l'administration. Puisque les règlements en vigueur n'ont pas fait l'objet de décisions de justice dans le cadre de la délégation des pouvoirs de police, la délégation d'actes d'exécution aux personnes privées peut être considérée comme légale.

En classant les pouvoirs de police délégués aux personnes privées en référence aux actes et opérations de police expliqués ci-dessus, les fonctions fondamentales ont été identifiées dans chaque catégorie. Ainsi, les limites constitutionnelles concernant la délégation de pouvoirs de police administrative aux personnes privées ont été clarifiées dans une certaine mesure.

ABSTRACT

The delegation of the administrative police powers to private persons in Turkish Law has been handled around the question whether the Constitution permits such delegation of the power, and if so, what the limits of the delegation are. In the face of the variety of the regulations granting administrative police powers to private persons in Turkish legislation, it has been seen that a holistic and consistent approach has not been developed by the courts and the doctrine. Within the scope of the thesis, a rule of delegation has been proposed to be applied for all delegation of administrative police powers based on the relevant provisions of the Constitution, with the help of court decisions and the doctrine, but in which contradictory elements are neglected.

The police activities are to restrict public liberties by using public power with the aim of maintaining public order. The real owner of an activity carried out by using public power is the State and its organs using the right of sovereignty. Hence, the delegation of public powers to private persons constitutes a problematic.

Since sovereignty requires to be the sole authority ensuring the order, the authorities emanating from the sovereignty should not be shared with private persons. There are some activities stemming from the sovereignty of the state, which are closed to private persons. First of all, it is questioned to what extent the administrative police powers remain in the exclusive area of the state. In this discussion, it has been seen that although the inalienability of police powers is mentioned, this principle is not absolute and does not have clear boundaries.

Secondly, the delegation of administrative police powers to private persons is examined in the constitutional context. The article 6 titled sovereignty and the article 128 about public officials of the Constitution of 1982 are determinant in this subject. No person is allowed to exercise any state authority other than legislative, executive and judicial organs in accordance with the third paragraph of the article 6 indicating that “*No person or organ shall exercise any state authority that does not emanate from the Constitution.*” The administrative police powers, since it includes creating binding rules on the individuals, establishing unilateral executive act about them and acting ex officio, are originated from the sovereignty and remain in the scope of State authorities mentioned in the article 6. The administrative police power can only be carried out by the executive organ and the administration, since it is an executive authority exercised to the extent permitted by law. In principle, private legal persons are not allowed to use these powers.

Whether the third paragraph of the article 6 of the Constitution is valid for all administrative police powers can be understood with a more detailed regulation. In this point, the obligatory services to be carried out by public officials are described by the article 128 of the Constitution as “*the fundamental and permanent functions required by the public services that the State, state economic enterprises and other public corporate bodies assigned to perform in accordance with principles of general administration*”. The article briefly states that the fundamental and permanent functions of the public services carried out by public legal entities by using public power shall not be operated by private persons. It is known that administrative police powers are exercised by public legal entities by use of the public power. According to article 128, those who have characteristics of the fundamental and permanent functions shall not be transferred to private persons. None the less, “fundamental functions” in the court decisions and the doctrine have not been clearly defined, making it difficult to distinguish between the alienable and the inalienable police powers. In order to clarify this ambiguity, the proposed definition of the fundamental function is: “*the function determining independently legal or physical results targeted by the relevant police activity.*” Therefore, the delegation of that kind of functions to private persons is contrary to the Constitution.

On the other hand, it has been found that State is not sufficient in performing the public services assigned to it with its own agents and budget, that some services are more effectively provided by private sector; it has been started in the world and in Turkey to delegate public services carried out by State to private sector under the influence of neoliberalism. In this sense, by adding the fourth paragraph to the article 47 of the Constitution, the power of discretion has been granted to the legislator regarding “*Those investments and services carried out by the State, state economic enterprises and other public corporate bodies, which could be performed by or delegated to persons or corporate bodies through private law contracts.*” After this provision, even though it has been alleged that there is no Constitutional obstacle in the delegation of administrative police powers to private persons, the fourth paragraph of the article 47 enabled the delegation of some services to private persons by not exceeding the limits drawn by the articles 6 and 128. In other words, the investments and services except “*the fundemantal and permanent functions required by the public services carried out in accordance with principles of general administration*” can be performed by private persons through private law contracts.

When the administrative police powers delegated to private persons in our legislation is examined, it has been seen that these powers are exercised in four different ways. First, the police acts can be realised by only private person; second, the physical operations of administrative police can be performed by only private person; third, although the police act is established by the administration, the private person can perform the preparatory act and the last one, a police act established by the administration can be implemented by private person. It is needed to determine which groups of the authorities are considered as fundamental function according to this classification made upon the distinction between police acts and operations.

In the first two situations, the authorities used by the private person are the fundamental function since private person, with the discretionary power within the

scope permitted by law, performs an administrative operation or establishes an administrative act changing physical or legal status of people. Nevertheless, there is not a fundamental function in the situation in which the private person establishes a preparatory act, since the preparatory act does not affect the legal status of people. Exceptionally, however, the preparatory act legally binding the executive police act of the administration remains in the field of fundamental function by the reason of being determinative on the change of legal status of people. Lastly, although implementing acts unilaterally affect the physical status of people, these acts are not determinative on the physical result because of being bound by the act established by the administration. Therefore, they are not considered as fundamental function.

The delegation of administrative police acts to private persons is examined in two groups according to the delegated act as being regulatory or individual. Arising from discretionary power of the administration, the establishment of the regulatory police act containing the setting general and objective rules is an authority of sovereignty. However, private persons are allowed to set regulatory and binding rules for providing the public order in sports competitions and races. Within this scope, it is dealt with the Turkish Football Federation and the Race Establishment which has authorities regarding arrangements of the horse races. For the purpose of arrangements of football in Turkey, Turkish Football Federation prepares the Statute and the instructions which are binding for all parties of the football. Even though there is no consensus on the personality of Turkish Football Federation in the doctrine and court decisions, the federation, for the purpose of arrangements of football in Turkey, prepares the Statute and the instructions which are binding for all parties of the football. Regarding the Race Establishment, it regulates the procedures and principles to be followed for the registration of the horse to the race and a part of the conditions necessary to be satisfied by the persons demanding the horse owner document. Although Turkish Jockey Club has used the authorities of the Race Establishment for long years, recently the licenses regarding these authorities have been delegated to Turkey Wealth Fund. The Fund does not enjoy personally such authorities, these licences can be transferred to third persons on the purpose of obtaining revenues for the Fund.

The delegation of individual police acts to private persons, since the administration does not have public officials in a sufficient number and qualification in every sector, has been seen in the form of the delegation of special administrative police powers which require specialization. In this scope, the authorities regarding licensing, accepting of mandatory notification and deciding on an administrative sanction are delegated to private persons. Most of the mentioned authorities have been brought to Constitutional Court with the allegation of breach of the Constitution. The Court created a contradiction among its decisions by allowing the delegation of some authorities whereas it declared some of them as unconstitutional on the grounds that they are executive police acts. In this scope, the delegations of the authorities are analyzed such as granting of construction permit and residential usage license by certified architecture and engineering bureaus, the same authorities exercised in Technology Development Zones and Organized Industrial Zones by private persons, preparing vehicle inspection report by private person, certification of the products in the sectors of organic agriculture and seed by private person, recovering of pecuniary penalty from the passengers not paying pass fee by the operator of highway.

Within the context of the police operations performed by private person; private security, temporary village guards and voluntary guards have been scrutinized. Although private security and voluntary guards are private persons, temporary village guards should be seen as public officials after the recent amendments. The purpose of the delegation of physical operations of police to private persons is to create an auxiliary force to police officials in the maintaining of public security. Actually, this need indicates that the State could not provide citizens with one of its primary duties, which is to maintain the security. The granted authorities to private persons on the purpose of providing the security constitute intervention to personal liberty, personal security and privacy of private life. The delegation of the powers of the general administrative police and the judicial police such as asking for identification, arresting, searching, seizing and surveillance to private persons is contrary to the Constitution.

In the establishment of preparatory act by private person, the delegation of auditing authority to private person has been observed many times. Even so the auditing is an activity exercised by using public power, this characteristic is not sufficient to qualify it automatically as fundamental function. The fundamental part of the auditing is the executive decisions taken upon the result of the audit. On the other hand, if the preparatory act established by private person is binding on the act to be established by the administration, it becomes a fundamental function and the unconstitutionality occurs. In this scope, these are observed: the delegation of the auditing authorities of Energy Market Regulatory Authority and State Hydraulic Works to private persons, the arrangement of the report by voluntary inspector of traffic regarding the violation of traffic rules, the reports and the comments submitted by building audit companies before the arrangement of construction permit and residential usage license and even the auditing of the building of nuclear power plants by private persons. When such delegation of authorities have been brought to the Constitutional Court, the Court requires that the scope, limits and results of the authorities delegated to private person shall be indicated clearly in the code and investigates whether the preparatory act is binding on the administration or not. However, the Court does not consider the bindingness as a criteria in some decisions and even in a recent decision the Court stated that the auditing services required technical and special knowledge is not in principle fundamental and permanent functions required by the public services performed in accordance with principles of general administration. This interpretation enables that private persons can decide the legal results of police acts in every field required specialization. On the other hand, the preparatory acts not binding and established by private persons are observed in the scope of the auditing of tourism companies and the comments not binding of Race Establishment. Thus the delegation of preparatory acts to private persons is revealed in constitutional and unconstitutional way by different examples.

In the case of the implementation by private person of a police order taken by the administration, the administration decides independently on the legal status of people, the private persons interfere in public liberties without being decisive on legal or physical result. Therefore, the mentioned delegation should be accepted as lawful since the implementation acts are not fundamental functions. In this scope, that can be ranked; the frisking by private security personnel upon the judicial decision or the written order of administrative chief, the towing of the vehicles by traffic foundations

upon the decision of traffic police and the demolishing a building by private persons pursuant to the zoning legislation upon the decision of administration. Since the observed regulations have not been subject to court decisions within the context of the delegation of police powers, the delegation of implementing acts to private persons can be considered as lawful.

By categorizing the police powers delegated to private persons in reference to police acts and operations explained above, the fundamental functions have been identified in each category. In this way, the constitutional boundary regarding the delegation of administrative police powers to private persons has been clarified to some extent.



ÖZET

Türk hukukunda idari kolluk yetkilerinin özel hukuk kişilerine devri; Anayasa'nın söz konusu yetki devrine izin verip vermediği, eğer izin veriyorsa bunun sınırlarının ne olduğu sorusu etrafında ele alınmıştır. Türk mevzuatında özel kişilere idari kolluk yetkisi veren düzenlemelerin çeşitliliği karşısında, mahkeme kararları ve doktrinin bütüncül ve tutarlı bir yaklaşım geliştiremediği görülmüştür. Tez kapsamında, Anayasa'nın ilgili hükümlerine dayanarak, mahkeme kararları ve doktrinden yararlanarak fakat onların çelişki yaratabilecek karar ve yorumları ihmal edilerek bütün idari kolluk yetkilerinin devri için uygulanabilir bir devir kuralı önerilmiştir.

Kolluk faaliyetleri, kamu düzeninin sağlanması amacıyla, kamu özgürlüklerinin kamu gücü kullanılarak sınırlanmasıdır. Kamu gücü kullanılarak yürütülen bir faaliyetin asıl sahibi egemenlik yetkisini kullanan Devlet ve onun organlarıdır. O halde kolluk yetkilerinin özel kişilere devredilmesi problematik teşkil etmektedir.

Egemenlik, düzen sağlayıcı tek otorite olmayı gerektirdiğinden, egemenliğe ilişkin yetkilerin özel kişilerle paylaşılmıyor olması gerekmektedir. Devletin egemen olmasından kaynaklanan bazı faaliyet alanları vardır ki bunlar özel kişilere kapalıdır. İlk olarak, idari kolluk yetkilerinin ne oranda devlete münhasır alanda kaldığı sorgulanmaktadır. Bu tartışmada, kolluk yetkilerinin devredilmezliği ilkesinden bahsedilse de bu ilkenin mutlak ve sınırları belirli bir ilke olmadığı görülmektedir.

İkinci olarak, idari kolluk yetkilerinin özel kişilere devri anayasal bağlamda sorgulanmaktadır. 1982 Anayasası'nın egemenlik başlıklı 6'ncı maddesi ile kamu görevlileriyle ilgili 128'inci maddesi bu konuda belirleyicidir. Anayasa'nın 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, "*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanama[yacağı]*"na göre yasama, yürütme ve yargı organları dışında hiç kimse Devlet yetkisi kullanamaz. İdari kolluk yetkileri, kişileri bağlayıcı kuralları koymayı, onlar hakkında tek taraflı icraî işlem tesis etmeyi ve bunların re'sen icrasını içerdiğinden egemenlikten kaynaklanmakta ve 6'ncı maddede bahsi geçen Devlet yetkisi kapsamında kalmaktadır. İdari kolluk, yasaların izin verdiği alanda gerçekleştirilen bir yürütme yetkisi olduğuna göre ancak yürütme ve idare tarafından yerine getirilebilir. Kural olarak, özel hukuk kişileri bu yetkileri kullanamazlar.

Anayasa'nın 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında konulan kuralın bütün idari kolluk yetkileri için geçerli olup olmadığı daha ayrıntılı bir düzenlemeyle anlaşılabilir. Bu noktada başvurulacak Anayasa'nın 128'inci maddesi, kamu görevlilerince yürütülmesi zorunlu hizmetleri, "*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler*" olarak tarif etmektedir. Madde kısaca, kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanarak ifa ettikleri kamu hizmetlerinden asli ve sürekli görev niteliğinde olanların özel kişiler eliyle yürütülemeyeceğini ifade

etmektedir. İdari kolluk yetkilerinin, kamu tüzel kişileri eliyle kamu gücü kullanılarak yürütüldüğü bilinmektedir. Madde 128'e göre bunlar içinden asli ve sürekli görev niteliği taşıyanlar özel kişilere devredilemeyecektir. Buna karşın mahkeme kararları ve doktrinde "asli görev"ler açıkça tanımlanmamakta, bu da devredilebilir ve devredilemez kolluk yetkilerinin ayrımını güçleştirmektedir. Bu ayrımı netleştirmek amacıyla önerilen asli görev tanımı şu şekildedir: "*ilgili kolluk faaliyetiyle hedeflenen hukuki veya maddi sonucu bağımsız olarak belirleyen görev*". O halde, bu nitelikteki görevlerin özel kişiye devri Anayasa'ya aykırıdır.

Bununla birlikte, Devlet'in yükümlü olduğu kamu hizmetlerini kendi ajan ve bütçesiyle yürütmeye yetersiz kaldığı, bazı hizmetlerin özel sektör tarafından daha etkili sunulduğu görülmüş; neoliberalizmin de etkisiyle dünyada ve Türkiye'de Devlet'in yürüttüğü kamu hizmetleri özel sektöre bırakılmaya başlanmıştır. Bu doğrultuda Anayasa'nın 47'nci maddesine 4'üncü fıkra eklenerek "*Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilir veya devredilebileceği*" hususunda kanun koyucuya takdir yetkisi verilmiştir. Bu hükümden sonra, idari kolluk yetkilerinin özel kişiye devrinde anayasal bir engel olmadığı iddia edilse de 47'nci maddenin 4'üncü fıkrası, Anayasa'nın 6 ve 128'inci maddelerinin çizdiği sınırlar içinde yorumlanmalıdır. Diğer deyişle, "*genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler*" dışındaki yatırım ve hizmetler özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürülebilecektir.

Mevzuatımızda özel kişiye bırakılan idari kolluk yetkileri incelendiğinde, bu yetkilerin dört farklı formda kullanıldığı görülmektedir. Birincisi, kolluk idari işleminin sadece özel kişi tarafından tesisi; ikincisi, doğrudan kolluk eyleminin sadece özel kişi tarafından gerçekleştirilmesi; üçüncüsü, kolluk işleminin idare tarafından yapılmasına rağmen özel kişinin hazırlık işlemi gerçekleştirmesi ve sonuncusu da idarenin tesis ettiği kolluk işleminin özel kişi eliyle uygulanması. Kolluk işlem ve eylemleri bakımından yapılan bu sınıflandırmaya göre, hangi grup yetkilerin asli görev olduğu belirlenecektir.

İlk iki durumda, idari işlemi ya da doğrudan idari eylemi yapan özel kişi, kanunun izin verdiği kapsamda takdir yetkisiyle kişilerin maddi veya hukuki statüsünü değiştirdiğinden asli görev gündeme gelmektedir. Buna karşın, özel kişinin hazırlık işlemi tesis ettiği durumda, hazırlık işlemi kişilerin hukuki statüsünü etkileyen işlemler olmadığından bunların asli görev olduğu savunulamaz. Bununla birlikte, istisnai olarak, idarenin icraî kolluk işlemini hukuken bağlayan hazırlık işlemleri, kişilerin hukuki statü değişikliğini belirleyici olduğu için, bu nitelikteki hazırlık işlemleri de asli görev alanında kalmaktadır. Son olarak, uygulama eylemleri kişilerin maddi statüsünü tek taraflı olarak etkilese de bunlar, öncesinde idarenin tesis ettiği işlemle bağlı olduğu için maddi sonucun doğmasında belirleyici değildirler, bu nedenle asli görev sayılmazlar.

İdari kolluk işlemlerinin özel kişilere devri, devredilen işlemin düzenleyici veya birel işlem olmasına göre iki grupta incelenmektedir. Düzenleyici kolluk işlemi tesisi, idarenin takdir yetkisinden kaynaklanan genel ve objektif kural koymayı ifade eden bir egemenlik yetkisidir. Buna karşın, spor ve yarışlarda kamu düzeninin sağlanması amacıyla özel kişilerin düzenleyici bağlayıcı kuralları koymasına izin verilebilmektedir. Bu kapsamda Türkiye Futbol Federasyonu ve at yarışlarının

düzenlenmesiyle ilgili yetkileri olan Yarış Müessesesi'ne değinilmektedir. Türkiye Futbol Federasyonu'nun kişiliği üzerinde doktrinde ve mahkeme kararlarında görüş birliği bulunmamakla birlikte, federasyon, Türkiye'de futbolun düzenlenmesi amacıyla futbol taraflarını bağlayıcı Statü ve talimatlar hazırlamaktadır. Yarış Müessesesi ise, atın koşuya kaydı için izlenecek usul ve esaslar ile at sahibi belgesi almak isteyen kişilerin sağlaması gereken şartlardan bir kısmını düzenlemektedir. Yarış Müessesesi yetkilerini uzun yıllardır Türkiye Jokey Kulübü Derneği kullanıyorken, artık bu yetkilere ilişkin lisanslar Türkiye Varlık Fonu'na devredilmiştir. Fon, söz konusu yetkileri bizzat kullanmayacak, bu lisanslar Fon'a gelir sağlanması amacıyla üçüncü kişilere devredilebilecektir.

Birel kolluk işlemlerinin özel kişilere devri, idarenin her sektörde yeterli sayı ve donanımda kamu görevlisine sahip olmamasından dolayı uzmanlık gerektiren özel idari kolluk yetkilerinin devri olarak görülmektedir. Bu kapsamda, özel kişilere izin verme, bildirim kabul etme ve idari yaptırıma karar verme yetkileri bırakılmaktadır. Adı geçen yetkilerden birçoğu Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüştür. Mahkeme bazı yetkilerin devrini, bunların icraî kolluk işlemi olmasından ötürü Anayasa'ya aykırı bulmuş ancak bazı yetkilerin de devrine izin vererek kararlarında çelişki yaratmıştır. Bu kapsamda; yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarının yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni vermeleri, Teknoloji Geliştirme Bölgeleri'nde ve Organize Sanayi Bölgeleri'nde aynı yetkilerin özel kişiye bırakılması, araç muayene raporunun özel kişi tarafından düzenlenmesi, tohum ve organik tarım sektöründe ürünlerin sertifikasyonunun özel kişilerce yapılması, otoyol işleticilerinin geçiş ücreti ödemeyenlerden para cezası tahsil etmeleri gibi yetki devirleri analiz edilmektedir.

Doğrudan idari kolluk eylemlerinin özel kişi eliyle yürütülmesi kapsamında özel güvenlik, geçici köy (güvenlik) korucuları ve gönüllü korucular irdelenmiştir. Özel güvenlik ve gönüllü korucular özel hukuk kişileri olmasına rağmen geçici köy (güvenlik) korucularının yasa değişikliklerinden sonra kamu görevlisi olduğu düşünülmektedir. Özel kişilerin doğrudan kolluk eylemleriyle yetkilendirilmesinin amacı, kamu güvenliğinin sağlanmasında kolluk görevlilerine yardımcı yaratmaktır. Aslında kanun koyucunun bu arayışa girmesi, Devlet'in en temel görevlerinden olan güvenliğin sağlanması görevini tam olarak yerine getiremediğini göstermektedir. Güvenliğin sağlanması amacıyla özel kişilere verilen yetkiler, kişi hürriyeti ve dokunulmazlığı ile özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil etmektedir. Kimlik sorma, yakalama, arama ve el koyma gibi genel idari kolluk ve hatta adli kolluk görevlilerine verilen yetkilerin özel kişiye devri Anayasa'ya aykırıdır.

Hazırlık işleminin özel kişilerce tesisinde, çoğu kez denetim yapma yetkisinin özel kişiye bırakıldığı gözlemlenmektedir. Denetim ise kamu gücüyle gerçekleştirilen bir faaliyet olmasına karşın, bu özellik onu kendiliğinden asli bir görev haline getirmemektedir. Kamu hizmetinin asli görev kısmı, denetim sonucunda alınan icraî kararlardır. Bununla birlikte, özel kişinin hazırlık işlemi, idare tarafından yapılacak idari işlemi bağlayıcı ise asli görev gündeme gelmekte ve Anayasa'ya aykırılık doğmaktadır. Bu kapsamda; Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ve Devlet Su İşleri'nin denetim yetkilerinin özel kişiye devri, fahri trafik müfettişlerinin trafik kuralının ihlali durumunda tutanak düzenlemesi, yapı denetim kuruluşlarının yapı ruhsatı ve yapı kullanma izninden önce rapor ve görüş oluşturmaları ve nükleer santral yapılarının dahi özel kişilerce denetlenmesi incelenmektedir. Bu yetki devirleri Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürüldüğünde, mahkeme, özel kişiye bırakılan

yetkinin kapsam, sınır ve sonuçlarının yasada açıkça belirtilmesini aramakta ve hazırlık işleminin idareyi bağlayıcı olup olmadığını araştırmaktadır. Ancak bazı kararlarında bağlayıcılığı bir kriter olarak görmemekte ve hatta güncel bir kararında kural olarak teknik ve uzmanlık bilgisi gerektiren denetim hizmetlerinin devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli kamu hizmeti niteliğinde olmadığını ifade etmektedir. Bu yorum şekli, uzmanlık gerektiren her alanda, özel kişilerin kolluk işlemlerinin hukuki sonucunu belirleyebilmesine kapı aralamaktadır. Diğer yandan, bağlayıcı olmayan hazırlık işlemlerinin özel kişilere devri de fahri av müfettişleri, turizm şirketlerinin denetimi ve Yarış Müessesesi'nin bağlayıcı olmayan görüşleri çerçevesinde incelenmektedir. Böylece hazırlık işlemlerinin özel kişiye devri, Anayasa'ya aykırı olan ve olmayan farklı örneklerle ele alınmaktadır.

İdarenin aldığı bir kolluk kararının özel kişi eliyle uygulanması durumunda, idare, kişilerin hukuki statüsünü değiştirecek kararı bağımsız olarak almakta, özel kişiler hukuki ya da maddi sonucu belirleyicisi olmaksızın kamu özgürlüklerine müdahale etmektedirler. O halde, söz konusu devir asli görev teşkil etmediğinden bunların özel kişilere devri hukuka uygun olarak kabul edilmelidir. Bu kapsamda; özel güvenlik görevlilerince hâkim kararı ya da mülki amirin yazılı emri üzerine üst araması yapılması, trafikte tehlike yaratacak şekilde bulunan araçların trafik zabıtasınca tespit edilmesi üzerine trafik vakıfları tarafından çekilmesi ve imar mevzuatı uyarınca yıkılmasına idarece karar verilen yapıların özel kişilerce yıkılması sıralanabilir.

Özel kişiye devredilen kolluk yetkileri yukarıda açıklanan kolluk eylem ve işlemlerine göre sınıflandırılarak, her bir sınıfta asli görev tespiti yapılmaya çalışılmıştır. Böylece, idari kolluk yetkilerinin özel kişilere devriyle ilgili anayasal sınır bir ölçüde netleştirilmiştir.

GİRİŞ

Devletin tanımlanması ve görev alanının belirlenmesi, kökleri çok eskiye dayanan bir tartışma konusu olup, bu tartışmanın bundan sonra da devam edeceği açıktır. Sosyal, ekonomik ve siyasal gelişmelerin etkisiyle devlet, bazı dönemlerde kamu hizmetlerinin yürütülmesinin tek sorumlusu olarak görülmüş; bazı dönemlerde ise bu görevlerin bir kısmı serbest piyasaya yüklenmiştir. 1980'lerden sonra dünyada etkili olmaya başlayan neoliberalizm akımı, devletin küçülmesini savunmuş; hâlihazırda yürüttüğü kamu hizmetlerinden el çekerek bunları serbest piyasaya devretmesini önermiştir. Bu akımın etkisiyle Dünyada ve Türkiye'de, devletin kamu hizmetlerini yürütme anlayışında ciddi değişiklikler meydana gelmiş ve bu hizmetlerin özel sektöre gördürülmesi için çeşitli yöntemler geliştirilmiştir. Geldiğimiz noktada devlet, güvenliği sağlama görevini dahi kısmen özel sektöre bırakmış; böylece devletin varlık sebebi sorgulanır hale gelmiştir. Kolluk yetkilerinin özel kişilere devredilmesi de devletin küçültülmesi politikalarının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Kolluk kavramı, kamu makamları tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla kamu özgürlüklerine konulan sınırlamalar olarak tanımlanmaktadır¹. Başka bir tanıma göre kolluk, *“idarenin kamu düzenini sağlama, koruma ve bu düzenin bozulması halinde eski hale getirme için bireysel ve toplumsal davranışları düzenlemesi ve de toplum düzenine aykırı eylemleri kuvvet kullanarak önlemesi amacıyla yürüttüğü faaliyettir.”*²

¹ Giritli İsmet /Bilgen Pertev /Akgüner Tayfun /Berk Kahraman, **İdare Hukuku**, 4. Bası, İstanbul: Der Yayınları, 2011, s.979; Dupuis Georges /Guédon Marie-José /Chrétien Patrice, **Droit administratif**, 12. Baskı, Paris: Dalloz, 2011, s.530.

² Akyılmaz Bahtiyar /Sezginer Murat /Kaya Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 7. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s.585.

Kolluk faaliyetlerinin hedefi kamu düzeninin sağlanmasıdır³. İdare hukukunda kamu düzeni “maddi karışıklığın olmayışı” şeklinde algılanmaktadır⁴. Daha geniş bir tanımla kamu düzeni, toplumun barış ve güven içinde gelişmesini ve yaşamını sürdürmesini sağlayacak genel düzen ortamıdır⁵. Bu barış ve güven ortamının tesisi, toplumda güvenlik, sağlık ve esenliğin (dirlik) sağlanmasıyla mümkündür⁶. Adı geçen üç unsur, kamu düzeninin içeriğini belirleyen klasik unsurlar olmasına karşılık; genel ahlak, estetik, ekolojik ve ekonomik düzen de kamu düzeninin unsurları olarak değerlendirilmektedir⁷. Toplumsal yaşamın çok boyutlu olması ve her alanda insan ilişkilerinin bir çatışma yaratarak düzeni tehdit etme potansiyeli barındırması, kamu düzeninin her alanda var olmasını gerektirmektedir.

Kamu düzeni, hukuk sınırları içinde kamu özgürlüklerinin sınırlanması yoluyla sağlanır. Kamu özgürlükleri, büyük ölçüde “insan hakları” terimiyle örtüşse de ondan daha dar bir kavramdır. Kamu özgürlükleri, insan haklarının devlet tarafından tanınmış ve pozitif hukuka girmiş olan bölümüdür⁸. Temel hak ve hürriyetler de anayasal koruma altında olan hak ve hürriyetler olduğuna göre, kamu özgürlükleri (hürriyetleri) temel hak ve özgürlükleri kapsamakta ancak bunlarla sınırlı bulunmamaktadır⁹.

Kolluk, kamu özgürlüklerini sınırlayan faaliyetler olarak tanımlansa da kolluk faaliyetinin asıl amacının temel hak ve özgürlüklerin korunduğu bir toplumun inşası olduğu unutulmamalıdır. Hukuk devletinde kamu düzeni kavramından anlaşılması gereken, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini kullanabildiği, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebildikleri ortamın sağlanmasıdır.

Kolluk, güttüğü amaç bakımından idari kolluk ve adli kolluk olarak ikiye ayrılır. İdari kolluğun amacı, suç işlenmesinden önce kamu düzeninin bozulmasını önleyici

³ Onar Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. Cilt, 3. Bası, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966, s.1479.

⁴ Hauriou Maurice, **Précis de droit administratif et de droit public**, 12. Baskı, Paris: Sirey, 1993, s.54 s.20.

⁵ Gözübüyük A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, 30. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011, s.291.

⁶ Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **a.g.e.**, s.986; Lombard Martin /Dumont Gilles, **Droit administratif**, 9. Baskı, Paris: Dalloz, 2011, s.343; Gözler Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt 2, 2. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009, s.473.

⁷ Okay Tekinsoy Özge, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2011, s.107.

⁸ Kapani Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 6. Baskı, Ankara: AÜHFY, 1981, s.14; Mumcu Ahmet, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, 1. Baskı, Ankara: Savaş Yayınları, 1992, s.133.

⁹ Gözler Kemal, **İnsan Hakları Hukuku (“İnsan Hakları”)**, 1. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017, s.99.

tedbirler almak¹⁰ ve suç teşkil etmeyen ancak kamu düzenini tehdit eden fiilleri bastırmaktır¹¹. İdare tarafından çeşitli faaliyet alanlarında yapılan denetimler, bazı hakların ancak bildirim ya da izin usulüne başvurulmasıyla kullanılması, idari yaptırım uygulanması idari kolluk kapsamında sayılabilir. Buna karşın adli kolluk, herhangi bir suç işlenmesinden sonra, delillerin toplanması, faillere ulaşılması ve onların yargıya teslim edilmesi için yapılan eylem ve işlemlerden oluşur¹². Dolayısıyla idari kolluk, diğer adıyla yönetsel kolluk¹³, suç ortaya çıkmadan önce idari makamların yetkisindeki işlem ve eylemlerden oluşurken, adli kolluk suç işlendikten sonra başvuru ve nihai olarak adli makamlara sevk edilen işlem ve eylemlerden oluşmaktadır¹⁴.

Çeza hukukunu ilgilendiren ve suç kolluğu olarak da anılan adli kolluk bir kenara bırakılırsa, idari kolluk yetkisi, hedeflediği kamu düzeni unsuruna göre genel idari kolluk ve özel idari kolluk olarak incelenebilir. Genel idari kolluk deyimi, toplumda güvenlik, sağlık ve esenliğin sağlanması amacıyla yurttaşların her türlü etkinlikleri üzerinde yürütülen kolluk önlemlerini belirtmek için kullanılır¹⁵. Özel idari kolluk ise, toplumun belirli gereksinimlerini karşılamak üzere özel amaçlarla uzmanlık gerektiren faaliyetlere uygulanmaktadır¹⁶. Özel idari kolluğun farkı, “kamu düzeninin klasik unsurlarını aşan amaçlar”¹⁷ için yürütülmesiyle ortaya konmaktadır. Özel idari kolluk uzmanlık gerektiren faaliyetlerden oluşması sebebiyle genel ve özel idari kolluğu yürüten kamu otoriteleri farklıdır. Bu durum, ETK’nin 3. maddesinde, zabıta teşkilâtının, umumî ve hususî olmak üzere iki kısma ayrılması suretiyle düzenlenmiş; “*Umumî zabıta silâhlı bir kuvvet olan (polis) ve (jandarma)*” olarak tanımlanırken; “*hususî zabıta, umumî zabıta haricinde kalan ve mahsus kanunlarına göre teşekkül edip muayyen vazifeleri gören zabıta kuvvetleri*” olarak tanımlanmıştır. Maddenin

¹⁰ Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **a.g.e.**, s.980; Yayla Yıldızhan, **İdare Hukuku**, 2. Basım, İstanbul: Beta Yayınları, 2010, s.42; Dupuis/Guédon/Chrétien, **a.g.e.**, s.533; Lombard/Dumont, **a.g.e.**, s.342.

¹¹ Yıldırım Turan /Yasin Melikşah /Karan Nur /Özdemir Eyüp /Üstün Gül /Okay Tekinsoy Özge, **İdare Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.549.

¹² Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **a.g.e.**, s.980; Yayla, **a.g.e.**, s.42.

¹³ Gözübüyük, **a.g.e.**, s.290. Bu kavram için şu eserlere atıf yapılmıştır. Duran Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982, s.248; Özyay İl Han, **Gün Işığında Yönetim**, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1992, s.359.

¹⁴ Yıldırım /Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, **a.g.e.**, s.549.

¹⁵ Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **a.g.e.**, s.982; Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, **a.g.e.**, s.554-555. Gözler Kemal /Kaplan Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2017, s.585; Yayla, **a.g.e.**, s.44; Lombard/Dumont, **a.g.e.**, s.345.

¹⁶ Gözübüyük A. Şeref /Tan Turgut, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Cilt 1, 11. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2016, s.662; Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.585; Yayla, **a.g.e.**, s.44.

¹⁷ Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, **a.g.e.**, s. 695.

devamında “jandarma ve hususî zabıta teşkilâtı[nın] kendi kanunlarına tabi [olduğu] ve emniyet teşkilâtı[nın] bu kanun hükümlerine tabi [olduğu]” belirtilmiştir. Bununla birlikte, genel idari kolluk sadece Emniyet Teşkilatı Kanunu’na tabi personelden oluşmamaktadır. Merkezi idareye bağlı polis ve jandarma yanında, mahalli idarelerin kolluk teşkilatları da klasik kamu düzeni unsurlarını korumayı amaçladığından, belediye ve köy kolluğu genel idari kolluk kapsamında değerlendirilmelidir¹⁸. Özel idari kolluk ise, belirli faaliyetler hakkında yürütüldüğünden ilgili idari otoriteye bağlı, uzmanlaşmış kolluk personeli eliyle ve özel yasal düzenlemeler uyarınca yerine getirilir. Av yasakları, ormanların korunması, yapılaşmanın denetimi, ekonomik sınır ve yasaklar, gümrük denetimi, radyo ve televizyon yayınlarının kontrolü özel kolluk örnekleridir.

Kolluk faaliyetlerinin her biri kamu düzenini sağlamak amacıyla ve kamu özgürlüklerini sınırlamak yoluyla yürütüldüğü için, böyle bir işlevi ancak idarenin yürüteceği kabul edilmiş; bütün kolluk tanımlarında faaliyetin sahibi olarak kamu makamları veya idare gösterilmiştir. Kamu makamları ya da idari otoritelerden kastedilen, “devlet idaresi organizasyonu içinde yer alan, devletin amaçları doğrultusunda faaliyette bulunan¹⁹”, kamu gücü kullanma ehliyetine sahip kamu tüzel kişileri ya da bu kişiler adına hareket eden organ ve kişilerdir²⁰. Kolluk faaliyetlerinin esas sahibi olarak kamu makamlarının görülmesi, onların özel hukuk kişilerinden farklı olarak kamu gücü kullanma ehliyetiyle donatılmış olmalarının bir sonucudur.

Buna karşın, Türk mevzuatında çeşitli sektörlerde, çeşitli kolluk yetkilerinin özel kişilere bırakıldığı, son zamanlarda yoğunlaşan bir şekilde gözlenmektedir. Bu nedenledir ki, esas itibarıyla kamu otoritelerine ait olan ve kamu gücü ayrıcalıklarıyla yürütülen kolluk yetkisinin özel kişilere devredilip devredilemeyeceği, söz konusu devir mümkün ise bunun hangi sınırlarda yapılabileceği kamu hukuku gündemini haklı olarak işgal eden bir konu olarak ortaya çıkmıştır. Oldukça geniş bir yelpazede

¹⁸ Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.586; Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Tekinsoy, **a.g.e.**, s.554; Yayla, **a.g.e.**, s.45; Polis ve jandarmanın yanında sahil güvenlik kuvvetlerinin de genel idari kolluk olarak değerlendirilmesi için bkz. Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.87; Yayla, **a.g.e.**, s.64; sahil güvenliğinin özel idari kolluk olarak değerlendirilmesi için bkz. Günday Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara: İmaj Yayınevi, 2015, s.297; Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Tekinsoy, **a.g.e.**, s.555; Çarşı ve mahalle bekçilerinin genel idari kolluk olarak değerlendirilmesi için bkz. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s.594; Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.87.

¹⁹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Band 10, s.48’den aktaran Akyılmaz Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000, s.36.

²⁰ Akyılmaz, **a.g.e.**, s.35-36.

karşılaşılan kolluk yetkilerinin özel kişilere devri hallerinin, objektif ve bütüncül bir hukuka uygunluk ölçütüne tabi tutulabilmesi hukuki güvenlik ilkesi bakımından büyük önem arz etmektedir.

İdari kolluk yetkilerinin özel hukuk kişilerine devredilmesi, kavramsal ve anayasal olmak üzere iki boyutlu bir problematik yaratmaktadır. Kavramsal problematik, kamu gücünün özel kişilerce kullanılmasının, kavramın kendisi ve kökeniyle olan uyumsuzluğu noktasında ortaya çıkmaktadır. Anayasal problematik ise, Anayasa'nın egemenlik, özelleştirme ve kamu görevlilerince yürütülmesi zorunlu hizmetler ile ilgili düzenlemeleriyle çizilen sınırların aşılmasında ortaya çıkmaktadır.

Kavramsal problematiğin ortaya konulması için kamu gücünün kaynağı ve etkilerine bakılmalıdır. Hauriou'ya göre, kamu gücü iki şekilde karşımıza çıkmaktadır: birincisi, tek taraflı irade ile kişilerin hukuki statüsünün değiştirilmesi; ikincisi, yargıç kararı olmaksızın tek taraflı kararların icra edilebilmesidir²¹. Duran'a göre, kamu gücü, *“Devletin emretme, bu tek yanlı iradesini ilgililere kabul ettirme ve gerektiğinde zor kullanarak yerine getirme hak ve yeteneğidir”*²². Balta'ya göre kamu gücü, tek taraflı irade ile kişi ve topluluklara yükümlülük yükleyebilmeyi, onları denetlemeyi, cezalandırmayı ve onlar hakkında re'sen icra edilebilen kararlar alabilmeyi mümkün kılan yetkidir²³. Bu yetkinin kaynağına gidildiğinde egemenlik kavramı ile karşılaşılır²⁴. Kolluk faaliyetleri kamu gücüyle yürütüldüğünden bu alanda devlet egemenliği görünür hale gelmektedir²⁵.

Egemenlik, bir toprak parçası üzerindeki itaat gerektiren yönetme hakkı, *“en üst iktidar”*²⁶dır. Onar²⁷, egemenliği (hâkimiyet) tarif ederken onun maddi ve manevi unsurlarından söz etmekte; maddi unsuru emretme, para ve silah kudreti olarak açıklamakta; manevi unsuru ise toplumda umumi kabule mazhar olma olarak tanımlamaktadır. Başka bir tanıma göre egemenlik, asli ve üstün hukuki bir

²¹ Chevallier Jacques, *L'élaboration historique du principe de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris: LGDJ, 1970, s.271-272.

²² Duran, *a.g.e.*, s.23.

²³ Balta Tahsin Bekir, *İdare Hukuku 1 Genel Konular*, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1970, s.151.

²⁴ Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Tekinsoy, *a.g.e.*, s.366.

²⁵ Akgül Şerife Yıldız, *İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s.133.

²⁶ Yayla, *a.g.e.*, s.11.

²⁷ Onar, *a.g.e.*, s.1443.

iktidardır²⁸. Üstün iktidar ifadesi, bu iktidara eşit ya da yarışmacı başka bir iktidarın olmadığını anlatır²⁹. Bireyler ve grupların, çatışan menfaatlerine rağmen bir arada barış içinde yaşayabilmeleri için, onları itaate zorlayacak üstün bir güce ihtiyaç vardır. Kendisine egemenlik denilen bu güç, düzeni sağlamak maksadıyla idare edilenler hakkında kararlar alma ve bunları uygulama yetkilerine sahiptir. Söz konusu yetkilere yalnızca onun sahip olması gerekir, aksi halde kendisiyle yarışan başka bir güç yaratılmış olur. Bununla birlikte egemenlik keyfi hareket etme yetkisi olarak algılanmamalıdır. Kendini hukukla bağlı sayan devletlerde egemenlik, ancak hukukun izin verdiği sınırlar içinde kullanılan bir yetkidir.

“Egemenliğin ve ondan kaynaklanan yetkilerin sahibi kimdir?” sorusuna verilen cevaplar tarih içinde çeşitlilik göstermektedir. Bir teoriye göre, bütün ülkenin ve tebaanın sahibi olan prens, başka bir teoriye göre millet ve diğer bir teoriye göre devletin bizzat kendisi egemendir³⁰. Günümüz demokrasilerinde milletin egemen olduğu ve bu egemenliği devletin organları eliyle kullandığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla millet, egemenlik yetkilerini hukukun üstünlüğünü kabul eden devlete devretmiştir.

Modern devletin egemenlikle donatılması, Hobbes’a göre toplumsal bir sözleşmenin ürünüdür. İnsanlar bir arada düzen içinde yaşayabilmek için, can ve mal güvenliklerini kendi yöntemleriyle korumak yerine, bu yetkilerini Devlet’e devretmişlerdir³¹. Weber’in modern devlet tanımı da Hobbes’un çizdiği portreyi tamamlamaktadır. Weber’e göre devlet, belirli bir toprak parçasında meşru fiziksel şiddet tekeli kendisi hesabına başarıyla talep eden teşekküldür³². Devletin “talep” ettiği bu “meşru şiddet tekeli” insanların onu kabul etmesiyle “başarılı” olmuş olur ve böylece gücü her bireyden üstün olan, fakat bu gücün yine de bireyler tarafından kullanıldığı bir “teşekkül” yaratılmış olur³³. Meşru fiziksel şiddet, sözcüğün ilk

²⁸ Lafèrriere Julien, **Manuel de droit constitutionnel**, 2. Baskı, Paris: Domat Montchrestien, 1947, s.357-359’dan aktaran Kaboğlu İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri**, 7. Bası, İstanbul: Legal Kitabevi, 2011, s.81.

²⁹ Kaboğlu, **a.g.e.**, s.81.

³⁰ Duguit Leon, **Kamu Hukuku Dersleri**, Çev. Süheyp Derbil, Ankara: AÜHF Yayınları, 1954, s.60-61.

³¹ Hobbes Thomas, **Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti**, Çev. Semih Lim, 11. Baskı, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2013, s.136.

³² Weber Max, **The Vocation Lectures**, Çev. Rodney Livingstone, Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2004, s.33.

³³ Runciman David, **Politika**, Çev. Anıl Ceren Altunkanat, İstanbul: Domingo Yayıncılık, 2016, s.40.

anlamıyla fiziksel şiddet olmaktan öte, modern toplumda bireyleri pasifleştirerek toplumda barış ve itaati gerçekleştirmeyi hedefleyen bir güç anlamında kullanılmış ve cebir tekeli olarak adlandırılmıştır³⁴. Bir arada yaşamak için barış ve güvenlik talep eden insanlar, bu amaçla yarattıkları modern devleti cebir tekeliyle donatmışlardır³⁵.

Egemenliğin sahibi olması nedeniyle yalnızca devlet tarafından gerçekleştirilebilecek bazı faaliyetler vardır ki, bunlar münhasır devlet faaliyetleri olarak ifade edilmektedir³⁶. Adalet, savunma, vergilendirme ve diplomasi egemenliğe ilişkin kamu hizmetleri olması sebebiyle bunların özel kişilere gördürülmesi kabul edilmemektedir³⁷. Devletin kamu hizmetlerinden olabildiğince elini çekmesi gerektiğini savunan klasik liberal literatürde dahi iç ve dış güvenlik, ordu, adalet ve dış ilişkiler devlete münhasır alanda kalmaktadır³⁸. Buna paralel olarak idare hukukunda da devletin tekeline olan kamu hizmetleri belirlenmeye çalışılmıştır. Kıratlı, idari hizmetleri yetki bakımından sınıflandırırken tekelli ve tekelsiz hizmetler ayrımını yapmış ve tekelli hizmetler ile ancak devlet, mahalli idareler ya da bir kamu kurumunun yürütebileceği zabıta, savunma, denetim gibi hizmetleri kastetmiştir³⁹.

Doktrinde, egemenliğin bir yansıması olarak kamu gücüyle yürütülen kolluk faaliyetlerinin ancak idare eliyle yürütülebileceği yani “kolluk yetkilerinin devredilmezliği ilkesi” kabul edilmektedir⁴⁰. Ancak söz konusu ilkenin kapsamı ve

³⁴ Sever D. Çiğdem, **Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık**, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s.178. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, E.T:20.11.2016); Yenisey, cebir tekeli, “*kişi haklarına müdahale teşkil eden tedbirlerin sadece devlet tarafından uygulanması*” olarak tanımlamıştır. Yenisey Feridun, **Kolluk Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınları, 2015, s.75; Kaboğlu, zor kullanma yetkisini, “*kişilerin malları ya da bedenlerine zorlayıcı önlem, güç uygulama*” olarak anlamakta ve bu yetkinin devlet dışında başka kişilerce kullanılamayacağına değinmektedir. Kaboğlu, **a.g.e.**, s.82.

³⁵ Her ne kadar egemenlik kavramına dayanmasa da Duguit de bir toplumda sosyal barış için bir kuvvet tekeline ihtiyaç olduğunu ifade etmektedir. Duguit, **a.g.e.**, s.55.

³⁶ Sever, **a.g.e.**, s.70.

³⁷ Akgül, **a.g.e.**, s.91; “*Adalet, kolluk, telefon ve telgraf iletişimi gibi kamu hizmetleri yalnızca devlet tarafından yürütülür.*” Jèze Gaston, **Les principes généraux du droit administratif**, Cilt 2, 3. Baskı, Paris: Dalloz, 2004, s.1.

³⁸ Karahanoğulları Onur, **Kamu Hizmeti**, 2. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2004, s.60; Kaboğlu, **a.g.e.**, s.94; Örnek Acar, **Kamu Yönetimi**, İstanbul: Meram Yayın Dağıtım, 1992, s.51.

³⁹ Kıratlı Metin, **Koruyucu İdari Hizmetler**, Ankara: TODAİE Yayınları No:135, 1973, s.11. Günday da tekelli kamu hizmetini kamu hizmetinin konusunu oluşturan faaliyetin özel kesime yasaklanmış olması anlamında kullanmıştır. Günday, **a.g.e.**, s.337; Ayaydın’a göre, idarenin kamu kudreti usulleriyle yürütülen görevleri özel kişilere kapalıdır. Ayaydın Cem, **82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı**, Doktora Tezi, Cilt I, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1998, s.259.

⁴⁰ Forges J.M., **Les institutions administratives françaises**, Paris: PUF, 1985, s.63’ten aktaran Tan Turgut, **İdare Hukuku**, 6. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017, s.346; Chapus René, **Droit**

yorumlanmasında fikir birliği bulunmamaktadır. Gözler⁴¹, içtihadî bir ilke olması sebebiyle kanunla bu ilkeye istisna getirilebileceğini savunurken; Sever⁴², bu ilkenin anayasal dayanağı olduğunu (aşağıda incelenecek Anayasa'nın 47'nci ve 128'inci maddeleri) kabul etmektedir. İlkenin anayasal dayanağı olsa bile, bunun, kolluk yetkilerinin hiçbir şekilde özel kişilere devredilemeyeceği anlamını taşımadığı ancak kolluk yetkisinin bütünüyle devrini engellediği de ileri sürülmektedir⁴³. Duran da bu görüşe paralel düşünmekte, milli savunma ve kolluk etkinliklerinin herhangi bir şekil ve koşulda tümüyle özel kişilere bırakılamayacağını savunmaktadır⁴⁴. Buna göre, bir kısım kolluk yetkilerinin özel kişilere devredilebilmesi mümkün bulunmaktadır.

Kavramsal boyutta, kamu gücünün özü itibariyle özel hukuk kişilerine ait olmadığı ve onlar tarafından kullanılamayacağı sonucuna ulaşılsa da bu sonucun her durumda ve her zaman geçerli olup olmadığı, eğer mümkünse özel kişilere devredilecek kamu gücü ayrıcalıklarının sınırının ne olduğu ancak pozitif hukuk düzenlemelerinden, özellikle de Anayasa'dan yola çıkılarak anlaşılabilir.

Anayasa'nın "Egemenlik" başlıklı 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, *"Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz."* Bu hüküm uyarınca, Türk milleti egemenliğini yetkili organlar aracılığıyla yani Anayasa'da belirtilen yasama, yürütme ve yargı organları aracılığıyla kullanmaktadır⁴⁵. Anayasa'da yetkili olarak tanınmayan herhangi bir kişi, kurum ya da organın egemenliğe dayanılarak yürütülen yasama, yürütme ya da yargı faaliyetlerinde bulunması mümkün değildir. O halde kural olarak, egemenlik yetkisiyle doğrudan bağlı olan kolluk yetkisi de ancak yürütme organı ve onun bünyesindeki idare tarafından kullanılabilir. Özel kişilerin egemenlik alanında faaliyet gösterebilmesi için, Anayasa'da bu türden bir yetkinin istisnai olarak özel kişilerce kullanılmasına izin veren bir düzenlemenin bulunması gereklidir.

administratif général, Cilt 1, 15. Baskı, Paris: Montchrestien, 2001, s.701'den aktaran Gözler, **a.g.e.**, s.490.

⁴¹ Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.583.

⁴² Sever, **a.g.e.**, s.199.

⁴³ Sever, **a.g.e.**, s.197.

⁴⁴ Duran Lütfi, "Yap-İşlet-Devret", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt 46, Sayı 1, 1991, s.151. Benzer görüş için bkz. Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Tekinsoy, **a.g.e.**, s.702.

⁴⁵ Tanör Bülent /Yüzbaşıoğlu Necmi, **1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku**, 11. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2012, s.117; Ayaydın, **a.g.e.**, s.3.

Nitekim 1999 yılında 4446 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliğinde Anayasa'nın 47'nci maddesine eklenen 4'üncü fıkra, özel kişilere Devlet ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen bazı hizmetleri gerçekleştirebilme imkânı vermiştir. Buna göre; “*Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilir veya devredilebileceği kanunla belirlenir.*”. Söz konusu hükümde açıkça kamu hizmetlerinin özel kişilere devrinden bahsedilmese de idarenin yürüttüğü yatırım ve hizmetlerin devri, bunu da kapsamaktadır⁴⁶. Şu halde, gerçek veya tüzel kişiler, devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin yetkisi dâhilinde olan kamu hizmetlerini kanun koyucunun düzenlemesi üzerine özel hukuk sözleşmeleri ile devralabilecektir.

Ancak Anayasa'nın 47'nci maddesinin 4'üncü fıkrasının, kanun koyucuya kolluk da dâhil olmak üzere bütün kamu hizmetlerini devretme hususunda sınırsız bir yetki verip vermediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kamusal yönetim usullerinin uygulandığı hizmetlerin dahi özel kişilere gördürülmesini anayasal olarak sınırlayan bir hüküm bulunmamakla birlikte⁴⁷, devletin egemenlik yetkilerine dayanan hizmetlerin özel kişilere bırakılması pratikte sorunlara yol açabilecektir⁴⁸. Diğer bir görüşe göre ise, kamu gücüyle yürütülen bir hizmet olması sebebiyle kolluk faaliyetleri 47'nci madde kapsamında yorumlanamaz⁴⁹. AYM'ye göre Anayasa'nın 47'nci maddesinin 4'üncü fıkrasının amacı, “*geleneksel olarak kamu hukuku kurallarına tabi olduğu kabul edilen idari sözleşmelerle (özellikle imtiyaz sözleşmesiyle) özel kesime gördürülen kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerle de gördürülebilmesine imkân sağlamak*”tır⁵⁰. Şu halde, idari sözleşmelerle özel kesime gördürülmesi mümkün olmayan kamu hizmetlerinin, bir başka deyişle kolluk faaliyetlerinin söz konusu hükmün yürürlüğe girmesinden sonra da, özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürülmesi mümkün olmamalıdır.

⁴⁶ Yasin Melikşah, *Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi*, İstanbul: Beta Yayınları, 2007, s.201; Ulusoy Ali, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 1. Baskı, İstanbul: Ülke Kitapları, 2004, s.42.

⁴⁷ Ulusoy, *a.g.e.*, s.48-49. Ulusoy, özel kişiye bırakılamayacak bir kamu hizmeti grubu olmadığını düşünse de özel hukuk rejimine tabi kılınamayacak kamu hizmetleri grubunun varlığını kabul etmektedir. Zira, yatırım ve hizmetlerden *hangilerinin* özel hukuk rejimine tabi olacağını kanun koyucu belirlediğine göre, bu rejime tabi olmayan bazı hizmetlerin varlığı zorunludur. Ulusal savunma, kamu düzeninin sağlanması gibi hizmetler zorunlu olarak kamu hukuku rejimine tabi olmalıdır. s.49-50.

⁴⁸ Yasin, *a.g.e.*, s.206.

⁴⁹ Akgül, *a.g.e.*, s.126.

⁵⁰ AYM, E.2013/50, K.2015/38, T:1.4.2015, RGTS:15.04.2015/29327.

Anayasa'nın 128'inci maddesinin birinci fıkrası da, 47'nci maddesinin 4'üncü fıkrasının tüm idari faaliyetleri kapsar biçimde yorumlanmasına izin vermemektedir. Buna göre, “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”. Söz konusu düzenleme belli kamu hizmetlerinin özel kişilere devrini yasaklamaktadır. “Genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler” memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmek zorundadır⁵¹. Nitekim AYM de, “idarelerin, genel idare esasları uyarınca yürütmekle yükümlü oldukları aslî ve sürekli görevleri dışında kalan alanlardaki hizmetleri, özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürmeleri[nin] olanaklı” olduğuna hükmetmiştir⁵².

Anayasa'nın 128'inci maddesinin birinci fıkrası, kolluk yetkilerinin özel kişiye devredilmesinin mümkün olup olmadığının ve eğer mümkünse sınırlarının belirlenmesi bakımından pozitif hukuktaki temel düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. İdari kolluk yetkilerinin, zorunlu olarak kamu görevlileri eliyle yürütülecek kamu hizmetleri arasında olup olmadığını belirlemek için 128'inci maddenin birinci fıkrasının kapsamı açıklıkla ve tutarlılıkla çizilmelidir.

Söz konusu hükmün kapsamını belirleyen temel kavramlardan biri olan “genel idare esasları”ndan, kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usullerinin anlaşılması gerekmektedir⁵³. Kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usulleri ise, kamu gücü kullanılarak tek yanlı idari işlemler tesis etmek⁵⁴ ve bunları uygulamaktır. AYM'ye göre, “merkezi idare ile statüiter bir ilişki, devletin kamu gücünün, emretme yetkisinin

⁵¹ Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.617.

⁵² AYM, E.2011/150, K.2013/30, T:14.2.2013, RGTS:25.06.2013/28688; AYM, E.2013/50, K.2015/38, T:1.4.2015, RGTS: 15.04.2015/29327; Aynı yönde başka bir karar için bkz. AYM, E.2000/17, K.2002/46, T:7.5.2002, RGTS:26.03.2003/25060: “Kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, kamu hizmet ve faaliyetlerinin bîzâtihi idare kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır. Ancak, bu hizmet ve faaliyetlerden kamu gücüne özgü olmayanlar ile özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeye elverişli bulunanlar, tüm sorumluluk gene ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilir. Özel yönetim biçimiyle yürütülmeye elverişli olan kamu faaliyet ve hizmetlerinin, özel teşebbüse gördürülebilmesi ise bunun kanunlarda öngörülmüş bulunmasına bağlıdır; yürütme ve idare kendiliğinden bu yolu seçemez ve dilediği yöntemi kullanamaz.”

⁵³ Sever, **a.g.e.**, s.93; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s.745.

⁵⁴ Günday, **a.g.e.**, s.582; Gözler, genel idare esaslarını kamu gücü kavramına yollama yaparak tanımlamayı uygun bulmamakta, bunun genel idare esaslarını fazla daralttığını savunmaktadır. Gözler, **a.g.e.**, s.282. Söz konusu tanımlama, genel idare esaslarını daraltsa dahi kamu gücü kullanımının genel idare esasları kapsamında kaldığı, bu görüş tarafından da kabul edilmektedir.

*kullanılması, genel idare esaslarına göre yürütülecek hizmetlerin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken hususlardan bazılarıdır*⁵⁵.” AYM’nin başka bir kararında da, “Önemi ve değeri nedeniyle Devletin başlıca görevlerinin "genel idare esasları"na göre yürütüldüğü; “Genel idare esasları"na göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde kadronun esas olduğu; bu hizmetlerin yapısal ve işlevsel özelliklerinin diğer hizmetlerden ayrıldığı; bu görevlerin, kadroya bağlanması dışında, merkezi idare ile statüer bir ilişki içinde olması ve kamu gücünün kullanılması biçiminde özellikleri görüldüğü” belirtilmiştir⁵⁶. Aslında, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin belirleyici tek kriteri kamu gücünün kullanılması olarak görünmektedir. Zira bu görevlerin kadroya bağlanması ve görevi yürütenlerin merkezi idare ile statüer bir ilişki kurması, kanun koyucunun iradesine bağlıdır. Genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, kanun koyucu tarafından kadroya bağlanmadığı takdirde bunların tespiti ancak kamu gücünün kullanılması kriteri ile ölçülebilecektir. Gözler, genel idare esasları kavramını, karşıt kavramı olan “özel işletmecilik esasları” kavramıyla birlikte açıklamış, özel işletmeciliği ise sınai ve ticari kamu hizmetlerinin yürütülme usulü olarak belirtmiştir⁵⁷. AYM kararlarında da bu iki usulün karşıtlığına değinilmiştir⁵⁸.

İdari kolluk faaliyetleri kamu gücü kullanılarak yürütüldüğünden bunların genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetleri olduğu sonucuna varılmalıdır. O halde, bütün idari kolluk yetkileri Anayasa’nın 128’inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında kaldığı ve bu türden hiçbir yetkinin özel kişiye devredilemeyeceği sonucuna varmak mümkün müdür? Bu soruya olumlu cevap verilmesi Anayasa’nın 6’ncı maddesiyle de tutarlı olacak, temelde egemenlik yetkisinden kaynaklanan kolluk yetkileri ancak Anayasa’da yetkilendirilen yürütme ve idare eliyle yürütülecektir.

⁵⁵ AYM, E.1990/12, K.1991/7, T:4.4.1991, RGTS:13.08.1991/20959.

⁵⁶ AYM, E.1992/44, K.1993/7, T:09.02.1993, RGTS:19.06.1993/21612.

⁵⁷ Gözler, **a.g.e.**, s.634.

⁵⁸ AYM, E.2012/27, K.2012/173, T:8.11.2012, RGTS:28.03.2013/28601: “İdare eliyle yürütülen hizmet ve faaliyetlerden, genel idare esaslarına göre yürütülmesi zorunlu olmayan, diğer bir deyişle özel yönetim biçimi ile gerçekleştirilmeye elverişli bulunanların, Devletin gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilmesi olanaklıdır.”. AYM, E.1987/11, K.1988/2, T:21.01.1988, RGTS:29.03.1988/19769: “Bilindiği gibi kamu bankaları tıpkı bankacılık sektöründe faaliyet gösteren özel sektör bankaları gibi kredi ve mevduat işlemlerine dönük faaliyette bulunmakta ve özel sektör bankaları ile yoğun bir rekabet içinde çalışmaktadır. Adı geçen sektörde özel işletmecilik esasları hakimdir. Bu nedenle banka personelinin hizmetini "genel idare esaslarına göre" yürütülen "kamu hizmetleri"nden saymağa imkân yoktur.” İzgi Ömer /Gören Zafer, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Yorumu**, Cilt 2, Ankara: TBMM Basımevi, 2002, s.1136.

Ancak ne içtihat ne de doktrin kolluk yetkisinin devredilmezliği ilkesini bu şekilde kesin ve mutlak olarak yorumlamaktadır. Devletin bir egemenlik faaliyetinden tamamen vazgeçmesi mümkün görülmesi de, bu tür bir faaliyeti tamamlayıcı nitelikteki bazı işleri özel hukuk kişilerine yaptırabileceği kabul edilmektedir. Örneğin Fransa’da adaletin yürütülmesi kapsamında hapisanenin özel hukuk kişilerince işletilmesi tartışma yaratmış; hapisane yönetimi, yazı işleri ve tutukluların gözetimi dışındaki işlerin özel hukuk kişilerince de yürütülebileceği savunulmuştur⁵⁹. Yarışlar ve avcılık gibi özel kolluk alanlarında ve ekonomik kolluk alanında yasal düzenleme koşuluyla özel kişilere devir mümkün görülmektedir⁶⁰. Öyleyse Anayasa’nın 6’ncı maddesi kolluk yetkilerinin yürütme ve idare tarafından kullanılması gerektiğini genel bir kural olarak ortaya koysa da, bunların istisnai olarak devrine ilişkin kural 128’inci maddede ifade edilmektedir.

Anayasa’nın 128’inci maddesinin birinci fıkrasının hangi kolluk yetkilerini kapsadığını anlamak için hükmü tersten okumak gerekmektedir: “*genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler*” yalnızca kamu görevlileri eliyle yürütülebildiğine göre, bu hizmetlerin asli ve sürekli görevlerden oluşmayan kısmı özel kişilere gördürülebilecektir. Kolluk, kamu gücüyle ifa edildiğinden genel idare esaslarına göre yürütülen bir idari faaliyettir. O halde, kolluk yetkileri içinde öyle bir kısmı vardır ki, bunlar asli ve sürekli görev olmaları sebebiyle özel kişilere devredilemeyecekken, bunun dışındaki kolluk yetkileri özel kişilere devredilebilecektir⁶¹.

Türk hukukunda idari kolluk yetkilerinin özel kişiye devri rejimini belirlemek için kolluk yetkilerinin gerektirdiği “asli ve sürekli görevler”in ne olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır. Doktrin, asli ve sürekli görevi, kadro tahsisıyla açıklamakta⁶², başkaca bir tanım getirmemektedir. Halbuki bir görevin kadroya bağlanması, onun asli ve sürekli bir görev olmasının sonucudur, onun asli ve sürekli niteliğini belirleyen bir

⁵⁹ Fonouni-Farde Guillaume “La délégation du service public de la sécurité: Asinus equum spectat”, s. 6 (<http://lignesdedefense.blogs.ouest-france.fr>), E.T:24.11.2017)

⁶⁰ Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s.667.

⁶¹ Buna karşın, AYM’nin bazı kararlarında, idari kolluk yetkileri mutlak olarak 128’nci maddenin birinci fıkrası kapsamında görülmüştür. AYM, E.2001/383, K.2003/92, T:16.10.2003, RGTS:19.01.2006/26054; AYM, E.2007/2, K.2011/13, T:13.01.2011, RGTS:23.7.2011/28003; AYM, E.2012/27, K. 2012/173, T:8.11.2012, RGTS:28.03.2013/28601.

⁶² Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s.809; Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Tekinsoy, **a.g.e.**, s.211; Günday, **a.g.e.**, s.583; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s.647.

kriter değildir. Bu noktada; mevzuatımızda özel kişiye devredilen idari kolluk yetkileri, bunlar hakkında yargı yerlerinin verdiği kararlar ve doktrinin bu yetki devirleri hakkındaki değerlendirmeleri ışığında “asli ve sürekli görev” kavramının kapsamının saptanması mümkün gözükmemektedir.

Bilindiği üzere, süreklilik kamu hizmetinin genel ilkelerinden biri olup, söz konusu hizmetin sosyal düzen ve kamu yararı açısından aksamadan yürütülmesini ifade eder⁶³. İdari kolluk yetkileri bakımından hizmetin sürekliliğin kesilmesi, kamu düzeninin bozulmasına sebep olacağından bütün idari kolluk yetkilerinin sürekli bir görev olduğu söylenebilir. Burada belirleyici kavram olması sebebiyle “asli görev”in tanımlanması gerekir. Ancak 128’inci maddenin birinci fıkrası, kolluk dışındaki kamu hizmetlerini de ilgilendirdiğinden, bütün kamu hizmetleri için geçerli bir asli görev tanımlaması yapmak oldukça güçtür. Bununla birlikte kolluk faaliyetleri bakımından asli görev **“kolluk eylem veya işlemiyle hedeflenen hukuki veya maddi sonucu bağımsız olarak belirleyen görev”** olarak tanımlanabilir. Bağımsızlıktan kasıt, başka bir iradeyle bağlı olmaksızın ilgili maddi veya hukuki sonucu belirleyici olmaktır. Dolayısıyla kolluk faaliyetlerinin yürütülmesinden doğan hukuki veya maddi sonucun belirleyicisi kamu görevlileri olmak zorundadır. Kolluk yetkilerinin asli görev olmayan kısmı ise, kişilerin maddi veya hukuki statüsü üzerinde belirleyici etki yapmayacak surette söz konusu faaliyete yardımcı nitelikteki görevler olup⁶⁴, bunların özel kişiye devredilmesi mümkün görünmektedir.

İdari kolluk faaliyetleri esas itibarıyla idari işlem ve eylemler yoluyla gerçekleştirilmektedir. İşlemler hukuk âleminde değişiklik yapmayı hedeflemişken, eylemler ise maddi âlemde değişiklik yaratmaya yönelmişlerdir⁶⁵. Hukuk sükreleri hukuki işlem ve eylemlerde bulunarak hukuki ve maddi sonuçlara yol açarlar. İdare de

⁶³ Tan, **a.g.e.**, s.363; Örnek, **a.g.e.**, s.59.

⁶⁴ Bir AYM kararında, söz konusu sınır şu şekilde ifade edilmektedir. AYM, E.2015/72, K.2016/44, T: 26.5.2016, RGTS:21.9.2016/29834. “Gıda güvenliğinin sağlanması çerçevesinde kesimhanelerde ve et parçalama işlemi yapılan yerlerde gerçekleştirilecek muayene, kontrol ve denetim hizmetlerinin, “idari kolluk” faaliyetleri kapsamında Devletin görevleri arasında yer aldığı ve kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. Bununla beraber, bu kapsamdaki hizmetlerin, asli yetki ve sorumluluk ile idari yaptırım uygulama yetkisi idarede kalmak üzere özel kişilerce yerine getirilmesinin öngörülmesi... kanun koyucunun takdir yetkisindedir.” Yüksek Mahkeme, bir defa muayene, kontrol ve denetimin idari kolluk olduğunu tespit ettikten sonra, bu faaliyetlerin salt kolluk faaliyetleri olması gerekçesiyle 128’nci maddenin birinci fıkrası kapsamında olduğu sonucuna varmamıştır. Aksine, söz konusu kolluk faaliyeti içinde “asli yetki ve sorumluluk doğuran kısmı ve idari yaptırım kısmını” bu kapsamda ele alıp, bunun dışındaki işlemlerin özel kişiye devredilebileceğine hükmetmiştir.

⁶⁵ Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **a.g.e.**, s.1050; Duran, **a.g.e.**, s.381; Günday, **a.g.e.**, s. 122.

bir hukuk süjesi olarak, yönetmelik çıkararak, kamulaştırma yaparak kişilerin hukuki durumunu etkileyebildiği gibi; ruhsatsız yapıyı yıkararak, tehlikeli maddeye el koyarak da maddi değişiklik yaratabilmektedir.

Özel kişiye verilen kolluk yetkilerinin asli görev olup olmadığına belirlenmesinde de işlem ve eylem ayrımı esas alınmalıdır⁶⁶. Ancak söz konusu olan özel kişilere devredilen kolluk işlem ve eylemleri olduğu için, idari işlem ve eylem kavramları organik unsurları dikkate alınmaksızın, fonksiyonel anlamda değerlendirilmelidir⁶⁷.

İdarenin işlemleri içinde idare hukukuna tabi olanlar, yani idare işlevine ilişkin olanlar, idari işlem olarak adlandırılmaktadır. Burada işlemin idare hukukuna tabi olup olmaması “kamu gücü kullanılıp kullanılmadığı” ile tespit edilmektedir⁶⁸. İdari işlem, kamu kurum ve kuruluşları tarafından, kamu hukuku kuralları uyarınca tek taraflı olarak tesis edilen ve re’sen uygulanabilir nitelikte olan hukuki tasarruflardır⁶⁹. Başka bir tanıma göre idari işlem, “*idare veya idare adına hareket eden özel hukuk kişilerin, kamu gücü kullanılarak yapılan; doğrudan ya da belli bir süreç içinde, rızaları olsun ya da olmasın kişi veya onlara ait nesnelerin hukuki durumlarını*

⁶⁶ Kolluk yetkilerinin farklı nitelikte işlemlerden oluştuğu, düzenleyici veya bireysel işlemler yapıldığı, gerektiğinde kuvvet kullanmaya başvurulduğu ifade edilmektedir. Tan, **a.g.e.**, s.411.

⁶⁷ Danıştay da bir kararında, işlemin niteliğini esas alarak özel hukuk kişisi tarafından verilen kararı idari işlem kabul etmiştir. Dan., 10. D., E.2009/5590, K.2009/10533, T:16.12.2009 (<http://www.kazanci.com>) “4562 sayılı Yasada kamu mülkiyetinde olan veya kamulaştırma yoluyla elde edilen taşınmazların, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının gözetim ve denetimi altında özel kişilere Organize Sanayi Bölgesi yönetimince tahsisi öngörülmüş olup; böylece kamusal kaynaktan sağlanan taşınmazları “tahsis etme” şeklindeki bir kamu yetkisi anılan özel hukuk tüzel kişiliğine tanınmış olmaktadır. 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 taşıdığı 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.” Aksi görüş için bkz. “Özel hukuk kişinin işleminden doğan uyumsuzluğun idari yargı yerinde çözülmesi zorunlu olmadıkça, bu işlem idari işlem olarak nitelenmemelidir.” Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Tekinsoy, **a.g.e.**, s.403.

⁶⁸ Hofmann Harald/ Gerke Jürgen, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 6. Basım, Köln, 1994, s.98’den aktaran Akyılmaz, **a.g.e.**, s.39; AYM kararlarında da idari işlemlerin kamu hukuku alanında ve kamu gücü kullanılarak yapıldığı belirtilmektedir. AYM, E.2005/108, K.2006/035, T:01.03.2006, RGTS:22.07.2006/26236; Dan. 7.D., E.2007/695, K.2007/4612, T:8.11.2007 (<http://www.kazanci.com>) “İdari işlem, bir idari makam tarafından, bir kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla İdare Hukukunun kendisine tanımış olduğu kamu gücünü kullanarak ve tek yönlü irade açıklamasıyla yapılan, kesin ve yürütülmesi zorunlu her türlü işlemdir.”

⁶⁹ Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s.363; **A.g.e.**, s.371. “İcraî karar”, “hukuksal durumu etkileyici karar” ve “idari karar” eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.

*etkileyen, kamusal nitelikli, tek yanlı irade açıklamalarıdır*⁷⁰.” İdari işlemin icraî olması yani, tek taraflı irade ile hukuksal durumda bir değişiklik gerçekleştirmesi⁷¹, kamu gücünün görünüşü⁷² olmakla birlikte, eğer icraî karara bağımsız olarak hükmediliyorsa burada asli görev ifasından bahsedilebilir.

İdare hukuku rejimi içinde kalmakla birlikte, idarenin etkili (icraî) olmayan tek yanlı işlemleri de bulunmaktadır⁷³. İdarenin belli konulardaki düşünce ve niyetini açıkladığı, üçüncü kişiler üzerinde hukuki etki doğurmayan işlemleri (açıklayıcı işlemler) buna örnek gösterilebilir⁷⁴. İdari işlemin tesis edilmesi sürecinde ortaya çıkan ve tek başına icraî olmayan işlemler (hazırlık işlemleri) de bu kapsamdadır⁷⁵. Bunlara, bir amacı ifade eden işleme yani asıl işleme ulaşmak için yapılan ön işlemler (hazırlık işlemleri, ara işlemler, yardımcı işlemler) denir⁷⁶. Hem ön işlemler hem de idarenin görüş ve önerileri⁷⁷ ya da açıklayıcı işlemleri kişilerin hukuki statüsünde bir değişiklik yaratmadığından, bu işlemlerin tesisi yetkisi asli görev kapsamında değerlendirilmemelidir. Ancak öyle ön işlemler vardır ki, sonrasında gerçekleştirilen idari işlemi bağlayıcı nitelikleri bulunduğu için, hukuki sonucun belirleyicisi olurlar. Bu ihtimalde ön işlem tesisi söz konusu olsa da, asli görev ifası gündeme gelir.

Danıştay idari eylemi “*idarenin işlevi sırasında bir hareketi, bir tutumu; temelinde bir idari karar veya işlem olmayan salt maddi tasarrufları*”⁷⁸ olarak tanımlayarak yalnızca bir hukuksal işleme dayanmadan, doğrudan doğruya yapılan eylemleri idari eylem olarak kabul etmişse de, bir idari işlemin uygulanması için yapılan eylemler de (uygulama eylemleri⁷⁹) idari eylem kavramı içinde kabul edilmelidir⁸⁰. Doğrudan idari eylemler, hukuk sınırları dâhilinde olmak kaydıyla, bir kamu görevlisinin bağımsız iradesiyle kişilerin maddi durumunda re’sen değişiklik

⁷⁰ Akyılmaz, **a.g.e.**, s.30-31.

⁷¹ Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.279.

⁷² Rivéro Jean, **Droit administratif**, Paris: Dalloz, 1965, s.85’ten aktaran Yılmaz Dilşat, **İdari İşlemin İcrailik Özelliği**, Tez Serisi-3, Ankara: Astana Yayınları, 2014, s.31.

⁷³ Kaya Cemil, “Türk Hukukunda İcraî Olmayan İdari İşlemler”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Sayı 1-2, 2004, s.261.

⁷⁴ Günay, **a.g.e.**, s.124.

⁷⁵ Günay, **a.g.e.**, s.124.

⁷⁶ Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s.359.

⁷⁷ Bunlar “gösterici işlemler” olarak ele alınmaktadır. Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Tekinsoy, **a.g.e.**, s.407.

⁷⁸ Dan. 15.D., E.2017/2216, K.2017/6563, T:09.11.2017 (<http://www.kazanci.com>).

⁷⁹ Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **a.g.e.**, s.1087.

⁸⁰ Tan, **a.g.e.**, s.233; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s.365.

yarattığından, doğrudan idari eylem gerçekleştirilmesi asli görev ifası anlamına gelmektedir.

Buna karşın, bir idari işlemin maddi âlemde uygulanması re'sen icra olup kamu gücü barındırır da bunu, kamu gücü kullanımı bakımından doğrudan idari eylem ile aynı şekilde nitelendirmek doğru olmaz. Çünkü doğrudan idari eylemlerin öncesinde herhangi bir irade yokken, uygulama eyleminin öncesinde idari işlem tesis eden otoritenin bağlayıcı iradesi bulunmaktadır. Bu iki eylem türünde hukuki sonucun belirleyicisi farklıdır: uygulama eyleminde, eylemi gerçekleştiren değil, işlemi tesis eden irade belirleyici iken; doğrudan idari eylemde eylemi icra eden irade belirleyicidir⁸¹. Uygulama eyleminde, eylemi yapan önceden tesis edilmiş bir işlem uyarınca hareket edeceğine göre, bu ihtimalde asli görev ifası söz konusu olmamaktadır.

Tüm bu açıklamalar ışığında, Türk hukukunda idari kolluk yetkisinin özel kişilere devri, öncelikle özel kişinin doğrudan kolluk yetkisi kullanımı (I) veya kolluk yetkisi kullanımına katılımı (II) ihtimalleri ayrı ayrı ele alınarak; daha sonra da özel kişi tarafından kullanılan yetkinin işlem (I/A ve II/A) veya eylem (I/B ve II/B) niteliği dikkate alınarak; devredilen kolluk yetkisinin “asli görev” teşkil edip etmediğinin belirlenmesi yoluyla değerlendirilebilir.

⁸¹ Junker v. Carolin, **Der Verwaltungsakt im deutschen und französischen Recht und die Entscheidung im Recht europäischen Gemeinschaften**, Diss. München 1990, s.63'ten aktaran Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, **a.g.e.**, s.367.

I- ÖZEL KİŞİNİN DOĞRUDAN KAMU GÜCÜ KULLANIMI YOLUYLA KOLLUK YETKİSİ KULLANMASI

Özel kişinin doğrudan kamu gücü kullanımı, idari işlem tesis etme (A) veya doğrudan idari eylemde bulunma (B) şeklinde ortaya çıkabilir. Yukarıda açıklandığı üzere, doğrudan idari eylemler ve idari işlemler doğrudan ve bağımsız olarak maddi veya hukuki durumda değişiklik yapabildiğinden, kolluk faaliyetinin asli görevi niteliğinde kabul edilmeli; Anayasa'nın 6'ncı maddesi ve 128'inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca yalnızca kamu görevlilerince gerçekleştirilmelidir. Buna karşın, kanun koyucu, kamu gücünün özel hukuk kişisi tarafından doğrudan kullanımına örnek teşkil eden düzenlemeler yapmış; bu düzenlemelerden bazıları AYM tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş; ancak aynı nitelikte olan kimi düzenlemeler Anayasa'ya aykırı bulunmamış ve yürürlükte kalmaya devam etmiştir.

İdari işlem ve doğrudan idari eylem ayrımının, büyük ölçüde özel idari kolluk ile genel idari kolluk ayrımına denk düştüğü söylenebilir. Genel idari kolluk, yani en yaygın olarak karşımıza çıkan biçimiyle polis ve jandarma faaliyeti daha çok doğrudan idari eylemlerden (kimlik sorma, arama, el koyma ve zor kullanma yetkileri gibi) oluşurken, özel idari kolluk faaliyeti daha çok ilgili makamın üçüncü kişiler hakkında tesis ettiği idari işlemlerden (yapı ruhsatı, trafikten men, lisans verme gibi) oluşmaktadır. Bu nedenledir ki, özel kişilere verilen doğrudan idari işlem tesis etme yetkileri özel idari kolluk yetkileri; doğrudan idari eylem gerçekleştirme yetkileri ise genel idari kolluk yetkileri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Doktrinde de genel idari kolluk ile özel idari kolluk yetkilerinin özel hukuk kişilerine devredilmesi sorununa aynı şekilde yaklaşılmamıştır. Özel hukuk kişilerine genel idari kolluk yetkisinin devredilemeyeceği, buna karşın özel idari kolluk

yetkisinin devredilebileceği ifade edilmiştir⁸². Ancak idari kolluk yetkisinin özel kişilere devrinin Anayasa'ya uygunluğu sorunsalının çözümünde genel idari kolluk-özel idari kolluk ayrımı değil, asli görev-asli olmayan görev ayrımı esas alınmalı; özel kişiye devredilen kolluk yetkisinin asli göreve ilişkin bir yetki olması durumunda, türü ne olursa olsun -genel veya özel- Anayasa'ya aykırı olduğu kabul edilmelidir⁸³.

A- Özel Kişinin İdari İşlem Tesis Etmek Suretiyle Kolluk Yetkisi Kullanması

Özel hukuk kişinin idari işlem tesis etmek suretiyle üçüncü kişilerin hukuki durumlarında değişiklik yaratması doğrudan kamu gücü kullanımıdır. Zaten idari işlemin ayırt edici özelliği, kamu gücü içermesi⁸⁴ sebebiyle icraî nitelikte olmasıdır. Özel hukuk kişisi idari işlem tesis etmek suretiyle, üçüncü kişilerin hukuki statüleri üzerinde tek yanlı iradesiyle etkide bulunabiliyorsa, bu durum özel kişinin bir egemenlik yetkisi kullandığı ve genel idare esaslarına göre asli bir görev yürüttüğü anlamına gelmektedir.

Özel hukuk kişilerine devredilen kolluk faaliyetine ilişkin idari işlemler incelendiğinde, bunlardan bir kısmının düzenleyici (1), bir kısmının birel (2) nitelikte olduğu görülmektedir⁸⁵. Kolluk faaliyetine ilişkin düzenleyici işlem, esas ve ilkeleri kanunda belirlenmiş olmak kaydıyla, kolluk makamlarının kamu düzenini sağlamayı hedefleyen emredici kurallardır⁸⁶. Düzenleyici kolluk işlemi tesisi, genel ve objektif kurallar koyma faaliyeti olduğu için aslında bir Devlet yetkisidir⁸⁷. Diğer yandan birel nitelikteki kolluk işlemleri, doğrudan kanuna ya da düzenleyici kolluk işlemine dayanan ve belli bir kişi ya da duruma uygulanan kolluk işlemidir⁸⁸.

⁸² Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 667; Akgül, **a.g.e.**, s.154.

⁸³ Genel ve özel idari kolluk arasında, egemenliğe ilişkin olmak bakımından bir farklılık olmadığından, bunların devredilmezliği bakımından da bir farklılık olmamalıdır. Sever, **a.g.e.**, s.202.

⁸⁴ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s.380; Kalabalık Halil, **İdare Hukuku Dersleri**, Cilt 2, 2. Baskı, Konya: Sayram Yayınları, 2016, s.31.

⁸⁵ Dupuis/Guédon/Chrétien, **a.g.e.**, s.540.

⁸⁶ Kalabalık, **a.g.e.**, s.195.

⁸⁷ Düzenleyici idari işlem yapma, yürütme ve idare fonksiyonunun mahiyetinden kaynaklanır. Söz konusu devlet fonksiyonunun mahiyeti kanunların uygulanmasını sağlamaktır. Özbudun Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 12. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011, s.245.

⁸⁸ Gözler, **a.g.e.**, s.561.

1- Özel Kişinin Düzenleyici Kolluk İşlemi Tesis Etmesi

Anayasa'nın 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında “hiçbir kimse veya organ[ın] kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanama[yacağı]” belirtilerek, bir devlet yetkisi olarak düzenleme yapma yetkisinin ancak devlet organları eliyle kullanılacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Düzenleme yetkisi asli olarak yasama organına, ikincil olarak da yürütme organı ve idareye aittir⁸⁹. İdarenin düzenleyici işlemler yapma yetkisi, kanunun belirlediği sınırlarda yürütmenin takdir yetkisine sahip olmasından kaynaklanmaktadır⁹⁰. Yürütme ve idare fonksiyonunun zorunlu sonucu olarak, bu organlar düzenleme yetkisine sahiptir⁹¹. Anayasa'nın kendilerine yüklediği misyon gereği düzenleme yapabilen yürütme ve idare dışında özel kişiler söz konusu yetkiyi kullanamayacaktır.

Düzenleyici kolluk işlemlerini, kolluk görevlileri değil, kolluk makamları tesis etmektedir⁹². Kolluk makamları belli faaliyetlerin ne şekilde ve hangi şartlarda yapılacağını kanuni sınırlar içinde düzenlerken o faaliyetin ilgililerinin kamu özgürlüklerine sınırlar çizmektedir⁹³. Söz konusu sınırların aşılması halinde, bastırıcı

⁸⁹ 11.02.2017 tarihli ve 29976 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6671 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği sonrasında, asli düzenleme yetkisinin sadece yasama organına ait olması tartışmalı hale gelmiştir. Anayasa'nın değiştirilen 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasına göre, Cumhurbaşkanı yürütmeye ilişkin konularda fıkra da belirtilen sınırlamalar çerçevesinde kararname çıkarabilecektir. Bir görüşe göre, yürütmeye kanuni dayanağı olmaksızın düzenleme yapma yetkisi verilse de, kanunla düzenlenen konularda cumhurbaşkanı kararnamesiyle ilk elden düzenleme yapamayacağından cumhurbaşkanının asli düzenleme yetkisine sahip olduğu söylenemeyecek iken (Yıldırım Turan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 23, Sayı:2, 2017, s.25(<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/456806>, ET:20.10.2018)); diğer görüşe göre ise, “Yürütmeye cumhurbaşkanı kararnameleri yolu ile yasamadan özerk bir asli düzenleme alanı öngörülme[ktedir].” Ulusoy Ali, “Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?”, (www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf, ET:20.10.2018)

⁹⁰ Tanör/Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s.373; Özbudun, **a.g.e.**, s.246; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s.392. Anayasa'da değişiklik yapan 6671 sayılı kanun uyarınca, 09.07.2018 tarihinde cumhurbaşkanının göreve başlamasıyla yürürlüğe giren cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle birlikte, idarenin takdir yetkisinin kanunla çerçevelenmiş olmasına istisna getirilmiştir. Yasamanın düzenleme yapamamasına karşılık Cumhurbaşkanının ilk elden düzenleme yapabileceği mahfuz alanlar yaratılmıştır. Aksoylu Ürger Özge, “Son Anayasa Değişiklikleri Uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Türk Hukukundaki Yeri”, **IV. Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı**, Ed. Kemal Şenocak, Asos Yayinevi, 2018, s.144 (http://kayit.asoscongress.com/files/asos2018alanya/2018_Hukuk_Tam_Metin_Kitab%C4%B1.pdf, ET:23.10.2018).

⁹¹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s.373.

⁹² Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s. 597.

⁹³ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s.600; Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Tekinsoy, **a.g.e.**, 2017, s.567. Düzenleyici kolluk işlemleri, kamu özgürlüklerini sınırlayan işlemler olduğu için ve Anayasa'nın 13'üncü maddesinin ilk cümlesi uyarınca, “Temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlanabil[ir]” için herhangi bir yürütme işlemiyle kanunda öngörülmemiş bir sınırlama getirilmesi mümkün değildir.

usul veya yaptırımla karşılaşılmaktadır⁹⁴. Bir faaliyeti takdir yetkisi kullanarak ve yaptırımla destekleyerek düzenleme, egemenlikten kaynaklanan bir yetki olduğuna göre ancak Anayasa’da gösterilen, egemenliği kullanmaya ehil organlar tarafından yerine getirilebilir, özel kişilere bırakılamaz⁹⁵. Genel ve emredici kural koyma faaliyeti aynı zamanda, geniş anlamda bir kamu hizmetidir; söz konusu faaliyet kişilerin hukuki durumunu bağımsız ve tek taraflı olarak etkilediği için genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli bir görevdir. Bu sebeple, düzenleyici kolluk işlemleri tesis etme yetkisinin özel kişilere devri Anayasa’nın 6 ve 128’inci maddelerine aykırıdır.

Bununla birlikte, mevzuatımızda çeşitli spor faaliyetlerinin idarenin dışında bazı kuruluşlar tarafından düzenlendiği görülmektedir. Bu kapsamda Türkiye Futbol Federasyonu ve at yarışları yapma yetkisine sahip Yarış Müessesesi düzenleyici kolluk işlemleri tesis edebilmektedir. Kamu ya da özel hukuk kişiliği tartışmalı olan Türkiye Futbol Federasyonu dışındaki bağımsız spor federasyonları da düzenleyici kolluk işlemleri yapabilmektedir. Ancak spor federasyonlarının kamu tüzel kişisi olduğu konusunda fikir birliği bulunduğundan⁹⁶ bunların düzenleme yetkisini haiz olması anayasal açıdan herhangi bir sorun teşkil etmemektedir.

⁹⁴ Tan, **a.g.e.**, s.411; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s. 600.

⁹⁵ Özel hukuka bağlı ve özerk sayılan kuruluşlar temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenleme yapamazlar. Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **a.g.e.**, s.509.

⁹⁶ Bağımsız spor federasyonları, 3289 sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu’nun Ek 9’uncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “*Spor dalı ile ilgili faaliyetleri ulusal ve uluslararası kurallara göre yürütmek, (...)Tahkim Kurulu kararlarını uygulamakla görevli ve yetkili, özel hukuk hükümlerine tabi bağımsız spor federasyonları kurulur. Federasyonlar, Cumhurbaşkanlığı kararı ile kurulur ve kararın Resmi Gazetede yayımlanması ile tüzel kişilik kazanır. Bu Kanunda belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmeyen federasyonların tüzel kişilikleri bu maddede belirtilen usulle iptal edilir ve mal varlıkları Gençlik ve Spor Bakanlığına devredilir. (...)Federasyon malları Devlet malı hükmündedir, haczedilemez. Federasyon faaliyetlerinde görevli bulunanlar, görevleriyle ilgili olarak işlemiş oldukları suçlar bakımından kamu görevlisi sayılır.*” Her ne kadar 3289 sayılı Kanun’da bağımsız spor federasyonlarının tüzel kişilik niteliği açıkça belirtilmese de mahkeme kararlarında ve doktrinde bunlar kamu tüzel kişisi kabul edilmektedirler. “*Ek 9 uncu maddede yer alan, özerklik verilen federasyonların tüzel kişilik kazanacaklarına ve idari ve mali yönden özerk olacaklarına ve organlarının seçimle göreve geleceklerine, her türlü kararlarını kendi organları içerisinde alacaklarına, bütçelerinin genel kurul tarafından onaylanacağına ve ibra edileceğine, her türlü faaliyet ve işlemlerinin Genel Müdürlüğün bağlı olduğu Bakanlık tarafından denetleneceğine ilişkin kuralların, madde gerekçesi ile birlikte değerlendirilmesinden, özerk federasyonların; genel idare içinde yer alan Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne verilen bazı görevlerin daha verimli şekilde yürütülmesi amacıyla kamu hukuku alanında faaliyet göstermek üzere, hizmet yönünden yerinden yönetim ilkesine göre kurulan, hizmetle sınırlı olmak üzere kamusal yetki kullanan ve idarenin bütünlüğü ilkesi uyarınca merkezi idarenin vesayet denetimine tabi birer kamu kurumu oldukları sonucuna ulaşılmaktadır.*” (AYM, E.2006/118, K.2009/107, T:2.7.2009, RGTS:19.03.2010/27526) AYM’nin bu kararından sonra 29.3.2011 tarihli ve 6215 sayılı Kanun ile Ek madde 9’da yapılan düzenlemeyle spor federasyonlarına özerklik yerine bağımsızlık sıfatı verilmiştir. Bir kamu tüzel kişisinin “bağımsız” olarak nitelendirilmesi Anayasa’nın 123’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında düzenlenen idarenin bütünlüğü ilkesiyle uyumsuz olsa da, söz konusu spor federasyonları üzerinde Gençlik ve Spor Bakanlığı’nın idari vesayet yetkisi devam ettiği için gerçekte bağımsızlıktan bahsedilemeyecektir. Yayla, **a.g.e.**, s.267, 268; Şafak Tolgahan, “Spor Federasyonlarının Türk İdari Teşkilatındaki Yeri”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Cilt 11, Sayı:124,

5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile “her türlü futbol faaliyetlerini milli ve milletlerarası kurallara göre yürütmek, teşkilatlandırmak, geliştirmek ve Türkiye’yi futbol konusunda yurt içinde ve yurt dışında temsil etmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliğe sahip, özerk Türkiye Futbol Federasyonu (“TFF”)” kurulmuştur. Kanunda TFF’nin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ifade edilse de özel hukuk tüzel kişisi mi, kamu hukuku tüzel kişisi mi olduğu belirtilmemiştir⁹⁷. Bu konuda farklı görüşler ileri sürülmektedir⁹⁸. Danıştay’ın kararlarında da tutarlı bir yaklaşım görülmemektedir⁹⁹.

Aralık 2016, s.112. Özerk spor federasyonlarının kamu tüzel kişisi olduğu hakkında bakınız. Avcı Mustafa, “Spor Federasyonlarının Hukukî Niteliği, İdari Teşkilat İçindeki Konumu ve Bağımsızlığı Sorunu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 70, Sayı:2, 2012, s.12 (<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023019518/1023018568>) “Kanun’un ek 9. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, Merkez Danışma Kurulunun uygun görüşü, Gençlik ve Spor Bakanı’nın teklifi ve Başbakan’ın kararı ile kurulan ve kararın Resmî Gazete’de yayımlanması ile tüzel kişilik kazanan spor federasyonları, kanunun verdiği yetkiye göre idari bir işlem sonucu kurulmaları, mali yapıları, denetimleri ve kararlarına karşı üyeleri Spor Genel Müdürü’nün teklifi ve Gençlik ve Spor Bakanı’nın onayı ile görevlendirilen Tahkim Kuruluna başvurulabilmesi gibi ölçütler dikkate alındığında hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarıdır.” (AYM, E.2013/77, K.2014/4, T: 16.01.2014, RGTS:4.3.2015/29285) Her ne kadar, 6671 sayılı kanunla yapılan Anayasa değişiklikleriyle, Anayasa’nın 123’üncü maddesinde düzenlenen kamu tüzel kişiliğinin kurulması usulü değiştirilse de, değişiklik tarihine kadar kurulmuş olan federasyonlar “idari işlemle kurulma” şartını sağladığından ve AYM’nin “idari vesayet” bakımından yaptığı tespitler mevcut hükümde de devam ettiğinden bağımsız spor federasyonlarının hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak Cumhurbaşkanı kararı ile kurulacak olan bağımsız spor federasyonları, Anayasa değişikliği sonrasında Anayasa’nın 123’üncü maddesine göre “kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle” kurulmadığı için kamu tüzel kişisi olarak değerlendirilemeyecektir.⁹⁷ Özel hukuka tabi olmakla, özel hukuk kişisi olmanın aynı şey olmadığı yönündeki açıklama için bkz. Ayanoğlu Taner “TFF’nin Özel Hukuk Tüzel Kişiliği Görüşü Hakkında Düşünceler ve Eleştiriler” **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt 15, Sayı 174, Haziran 2017, s.2843.

⁹⁸ Doktrinde TFF’nin kamu tüzel kişisi olduğu belirtildiği gibi (Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.96.), özel hukuk tüzel kişisi olduğu yönünde de görüşler bulunmaktadır. (Ayaydın, **a.g.e.**, s.536; Petek Hasan/ Erişir Evrim, “Türkiye Futbol Federasyonu’nun Hukuki Niteliği” **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl:3, Sayı:19, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Mart 2008, s.203.) Bunların dışında TFF’nin kendine özgü (sui generis) bir tüzel kişiliği ve yapısı olduğunu ileri sürenler de mevcuttur. (Giritli/Bilgen/Akgüner/Kahraman, **a.g.e.**, s.517.)

⁹⁹ Dan. 10. D., E.1989/2924, K.1991/547, T:20.2.1991 (<http://www.kazanci.com>) “...3461 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle, Türkiye Futbol Federasyonunun genel idarenin dışında yer alan bir özel hukuk tüzel kişiliğine dönüştüğü Futbol Federasyonu ile kulüpler arasında çıkan uyuşmazlıkların tahkim kurulunca incelenerek kesin karara bağlanması gerektiği...anlaşılmaktadır.” Kararda atıf yapılan 3461 sayılı Kanun’da TFF, Başbakanlığın gözetim ve denetimi altında, özel hukuk hükümlerine tabi bir tüzel kişi olarak düzenlenmekteydi. Dan. 10. D., E.1991/1149, K.1991/2286, T:17.6.1991 (<http://www.kazanci.com>)“Kamu idaresince kamu gücü kullanılarak tek taraflı olarak tesis edilen ve ilgililerin hukukunu etkileyen işlemlerin idari işlemler olduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindendir. Bu haliyle dava konusu işlem, 3461 sayılı Yasa ile Tüzel kişilik kazanmış bulunan Türkiye Futbol Federasyonu Başkanlığına bağlı Merkez Hakem kurulunca tek taraflı olarak davacının hukukunu etkileyecek biçimde tesis edilmiş idari bir işlem niteliğindedir. Öte yandan, 3461 sayılı Yasanın 1.maddesinde, Türkiye Futbol Federasyonunun özel hukuk hükümlerine tabi olduğunun hükme bağlanmış olmasının salt bu nedenle federasyonca veya federasyon bünyesinde yer alan kurullarca tesis edilen işlemlerin idari işlem olması niteliğini ortadan kaldırmayacağı da açık bulunmaktadır.” Bu kararda Danıştay, kamu idaresince idari işlem tesis edildiğini tespit ettikten sonra TFF organı tarafından tesis edilen işlemi idari işlem olarak niteleyerek, TFF’yi kamu idaresi olarak değerlendirmiş olmaktadır.

Kamu tüzel kişiliğini belirlemede kullanılan ölçütler temel olarak; kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulma¹⁰⁰, kamu yararını amaç edinme, yetkilerinin kamu gücü içermesi ve katılım zorunluluğu getirmesi olarak sayılmaktadır¹⁰¹. Kamu tüzel kişisini özel kişiden ayıran bir diğer unsur da kamu tüzel kişisinin idari vesayete tabi olması karşısında; özel kişinin kolluk denetimine tabi olmasıdır¹⁰². TFF, kanunla kurulmuş, futbolu geliştirme ve yürütmeyi amaç edinmiş ve kamu gücüne dayalı yetkiler kullanan bir tüzel kişidir. Kanunun 3'üncü maddesinde düzenlenen TFF'nin görevleri incelendiğinde, TFF'nin "Türkiye'deki her türlü futbol faaliyetini yürütmek, düzenlemek ve denetlemekle; FIFA ve UEFA'nın yetkili organları tarafından konulan kuralların gereği gibi uygulanmasını sağlamak ve ulusal talimatlar hazırlamakla; üyelerinin, kulüplerin, futbolcuların, hakemlerin, yöneticilerin, teknik direktör ve antrenörlerin, sağlık personelleri, futbolcu temsilcileri ve müsabaka organizatörleri ile diğer tüm ilgililerin FIFA, UEFA ve TFF tarafından konulan Statü, talimat ve düzenlemeleri ile bunların yetkili kurulları tarafından verilen kararlara uymalarını sağlamakla" görevli olduğu görülmektedir. Anlaşılmaktadır ki TFF, Türkiye'de futbolla ilgili bütün tarafları bağlayıcı kurallar koyarak, onları denetleyerek ve gerektiğinde yaptırım uygulayarak çeşitli kolluk yetkileri kullanmaktadır¹⁰³. Devletin sporu geliştirme görevi kapsamında, bu görevin futbolla ilgili olan kısmını gerçekleştirmek üzere ve bu alanda tekel olacak şekilde TFF kurulmuştur¹⁰⁴. Bu özellikler, onu özel hukuk tüzel kişisi olarak görmemizi engellemektedir¹⁰⁵.

Diğer yandan, TFF'nin hizmet yerinden yönetim kuruluşu olan diğer spor federasyonlarından ayrılan özellikleri bulunmaktadır. TFF, teşkilatını kendisi

¹⁰⁰ Anayasa'nın 123'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında kamu tüzel kişiliği kanunla kurulmasının yanında, "kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak" değil, "Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle" kurulmaktadır.

¹⁰¹ Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Tekinsoy, **a.g.e.**, s.22; Bülbül Erdoğan, **Kamu İştirakleri**, İstanbul: Beta Yayınları, 2004, s. 68 vd.; Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.95.

¹⁰² Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Tekinsoy, **a.g.e.**, s. 23.

¹⁰³ Ayanoğlu, **a.g.m.**, s. 2855.

¹⁰⁴ Ayanoğlu, **a.g.m.**, s.2854; Spor hizmetlerinin yürütülmesi kamu hizmetidir. Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **a.g.e.**, 2011, s.508.

¹⁰⁵ Gözler, kanunla kurulması ve kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanması sebebiyle TFF'yi hizmet yerinden yönetim kuruluşu olarak görmektedir. Gözler, **a.g.e.**, Cilt 1, s.176. "TFF'nin kamu gücü kullandığı olgusunu, onun kamu tüzel kişiliğine sahipliği ve yürüttüğü faaliyetlerin kamusal ve idari niteliğinden kaynaklanması dışında da kabul etmek gerekir." Taner Ayanoğlu, **a.g.m.**, s.2856.

belirleyen¹⁰⁶ ve idari vesayet denetimine tabi olmayan özerk bir örgütlenmedir¹⁰⁷. 5894 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesine göre TFF, spor sektöründe uluslararası denetim tecrübesi bulunan bağımsız denetim kuruluşu tarafından denetlenmektedir. Bu sebeplerle, TFF, kamu tüzel kişisi olarak da nitelenmemekte ve kendine özgü bir tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁸. TFF ile merkezi idare arasında herhangi bir bağ kurulmadığı için idarenin bütünlüğü ilkesi bakımından TFF'nin kamu tüzel kişisi olarak kabul edilmesine dayanak oluşturacak bir unsur bulunmamaktadır. Kendine özgü bir kişilik olarak değerlendirilmesi gereken TFF'nin tesis ettiği düzenleyici kolluk işlemleri üzerinde durulmalıdır.

Kanunun 3'üncü maddesinin c bendine göre TFF, *“FIFA ve UEFA'nın yetkili organları tarafından konulan kuralların gereği gibi uygulanmasını sağlamak, ulusal talimatlar hazırlamak”* ile görevlidir. Kanun'un tanımlar maddesine göre talimat, *“Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü ve söz konusu Statü'nün çizdiği çerçevede Yönetim Kurulu tarafından yapılan düzenleme”*dir. TFF Statüsü ise, Kanun'da belirtilen usul ve esaslar ile Kanun'un uygulanmasına yönelik diğer hususlara dair TFF'nin merkez teşkilatı içindeki bir organ olan Genel Kurul tarafından hazırlanan futbola ilişkin düzenlemedir¹⁰⁹. Hem Statü'nün hem de talimatların bütün futbol tarafları için bağlayıcı olduğu maddenin f fıkrasında ifade edilmiştir.

TFF Statü ve talimatları, TFF'nin birel kolluk işlemlerinin dayanağını oluşturan düzenleyici kolluk işlemleridir. Örnek vermek gerekirse, Statü'nün 58'inci maddesine göre, *“TFF Yönetim Kurulu, futbol müsabakaları ve organizasyonlar sırasında kulüpler ve bireyler tarafından işlenen tüm disiplin ihlalleri ve sportmenlik dışı davranışlar ve bu gibi kulüp ve kişilere uygulanacak disiplin cezalarını belirlemek üzere TFF Disiplin Talimatı”*nı hazırlamaktadır. Disiplin kurulları, söz konusu Disiplin Talimatı uyarınca, ilgili kişilere disiplin cezası verecek yani birel kolluk işlemi uygulayacaktır. Futbol kulüplerine lisans verilmesi hususunda da benzer durum söz konusudur. Kanun'un 12'nci maddesinde *“Yönetim Kurulu'nun FIFA ve UEFA*

¹⁰⁶ 5894 sayılı kanunun 4'üncü maddesine göre *“TFF'nin teşkilatı, TFF Statüsünde belirlenir.”* Kanun yalnızca federasyonun merkez teşkilatını göstermiştir. Organların oluşumu ve Ana Statü'nün belirlenmesi idarenin onayına tabi değildir. Ayaydın, **a.g.e.**, s.535.

¹⁰⁷ Şafak, **a.g.m.**, s.115.

¹⁰⁸ Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **a.g.e.**, s. 517.

¹⁰⁹ TFF Statüsü için bkz. <http://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TFF-KANUN-STATU/TFF-Statusu.pdf>

kulüp lisans sistemi talimatları doğrultusunda, ulusal müsabakalarda yer alan kulüplerin yerine getirmeleri gereken kriterleri belirleyeceği” belirtilmiştir. Söz konusu kriterlerin hangi kapsamda arandığı, Statü’nün 75’inci maddesinde şöyle ifade edilmiştir: *“Bir profesyonel futbol kulübünün ulusal müsabakalara ve UEFA kulüp müsabakalarına katılımı yetkili Kulüp Lisans Kurulu tarafından verilecek lisansa tabiidir. TFF müsabakaları açısından lisans verme süreci, yetkili organlar ve kriterler Yönetim Kurulu tarafından çıkarılan TFF Kulüp Lisans Talimatında belirlenmiştir.”* Söz konusu lisans, bir kulübün müsabakaya katılma hakkını sınırlandırma ve hatta yok etme ihtimalini barındırdığından, birel kolluk işlemidir. Lisansın hangi kriterler çerçevesinde ve hangi usulle verileceğinin genel kurallarının konması ise düzenleyici kolluk işlemidir¹¹⁰. Görüldüğü üzere, TFF’nin bir organı olan Yönetim Kurulu futbol müsabakaları çerçevesinde kamu düzenini sağlamak amacıyla, futbolla ilgili üçüncü kişileri bağlayıcı, onların haklarını sınırlandırıcı genel hükümler getirebilmektedir. Bu türden bir yetki kullanımı, kamu gücü ayrıcalığı barındırmakta¹¹¹, ayrıca asli görev teşkil etmektedir. Şu halde, TFF’nin düzenleyici kolluk işlemi tesis etmesinin Anayasa’nın 6 ve 128’inci maddelerine aykırı olduğu kabul edilmelidir.

6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun çerçevesinde, at yarışlarının düzenlenmesi ve müşterek bahislerin toplanması konusunda kamu düzenini sağlamak amacıyla çeşitli düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Aslında 6132 sayılı Kanun’un 1’inci maddesiyle *“Türkiye sınırları içerisinde at yarışları düzenlemeye, yurt içinde ve yurt dışında düzenlenen yarışlar üzerine yurt içinden ve yurt dışından müşterek bahis kabul etmeye”* Tarım ve Orman Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Ancak Kanun’un 5’inci maddesinde, *“Tarım Vekâletinin birinci maddede yazılı hak ve salâhiyetleri[nin] at yetiştirme ve ıslahını teşvik gayesi ile kurulmuş ve amme menfaatine çalıştığı usulen onanmış derneklerden uygun görülecek bir veya birkaçına muayyen şartlarla ve 30 seneyi geçmemek üzere Cumhurbaşkanı kararı ile devredilebil[eceği]”* düzenlenmiştir¹¹². Buna göre, Bakanlar Kurulu’nun 93/5043 sayılı kararı¹¹³ ile;

¹¹⁰ Kulüp Lisans ve Finansal Fair Play Talimatı (<http://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/Kulup-Lisans-ve-Finansal-Fair-Play-Talimati.pdf>) TFF Yönetim Kurulu’nun diğer talimatları için bkz. (<http://www.tff.org/default.aspx?pageID=132>)

¹¹¹ İdarenin düzenleme yetkisi, bir kamu gücü ayrıcalığı olarak ele alınmaktadır. Günday, **a.g.e.**, s.223.

¹¹² 02.07.2018 tarihli ve 700 sayılı KHK ile 5’inci maddede yapılan değişiklik öncesinde, söz konusu hak ve salâhiyetlerin devri Cumhurbaşkanı kararı ile değil, “Tarım Vekâletinin teklifi ve İcra Vekilleri Heyetinin kararı” ile gerçekleştirilmekteydi.

¹¹³ RGTS: 9.12.1993/21783, s.10.

Ankara, İstanbul, İzmir, Adana ve Konya'da at yarışları yapmak, bu yarışlar üzerinden müşterek bahisler düzenlemek hak ve yetkisi 21.11.1993 tarihinden geçerli olmak üzere, 20 yıl süreyle Türkiye Jokey Kulübü Derneği'ne¹¹⁴ ("TJK") devredilmiştir. TJK, yetki devri üzerine Bakanlık ile yaptığı sözleşme uyarınca at yarışlarını düzenlemekte olup, bu sözleşmelerin sonuncusu 31 Aralık 2016 tarihine kadar uzatılmıştır¹¹⁵.

6132 sayılı Kanun'da TJK'ye devredilen yetkilerin kapsam ve sınırı belirlenmiş değildir. TJK'nin kolluk faaliyetine ilişkin yetkileri At Yarışları Yönetmeliği ve At Yarışları Müşterek Bahisler Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Bu durum, Anayasa'nın 123'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen idarenin kanuniliği ilkesine¹¹⁶ aykırı olduğu gibi, yasama yetkisinin devredilmezliği ile hukuk devletinin gereği olan belirlilik ilkesine de aykırıdır. Adı geçen yönetmeliklerde TJK, Yarış Müessesesi olarak anılmakta ve *"6132 sayılı kanun hükümlerine göre yarış yapma ve müşterek bahisler tertip etme yetkisi devredilen teşekkül"* olarak tanımlanmaktadır¹¹⁷. Yönetmelik hükümlerine göre Yarış Müessesesi; antrenör, at sahibi, jokey gibi at yarışlarında faaliyet gösteren kişileri hukuken etkileyen kararlar alabilmektedir. At Yarışları Yönetmeliği'nin 29'uncu maddesi uyarınca, atların koşulara kaydı Yarış Müessesesi'nce kurulan kayıt büroları tarafından ya da Yarış Müessesesi'nin internet sitesi üzerinden yapılmakta ve internet sitesi üzerinden yapılacak kayıtlara ilişkin usul ve esaslar Yarış Müessesesi tarafından belirlenmektedir. Bir atın koşuya kaydolması

¹¹⁴ http://medya.tjk.org/medyaftp/pdf/Turkiye_Jokey_Kulubu_Dernek_Tuzugu.pdf (E.T:14.05.2018)

¹¹⁵ <http://www.tjk.org/TR/Kurumsal/Static/Page/Tarihce> (E.T: 14.05.2018)

¹¹⁶ *"İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde, açık bir biçimde kanunla düzenlenmesini gerekli kılar."* AYM, E.2013/84, K.2014/183, T:04.12.2014, RGTS: 13.03.2015/29294.

¹¹⁷ At Yarışları Yönetmeliği'nde yetkili diğer kişi ve kurullar şöyle tanımlanmaktadır: Yarış Otoritesi, Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı, (10.07.2018 tarihli ve 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Tarım ve Orman Bakanlığı); Yüksek Komiserler Kurulu, 3/6/2011 tarihli ve 639 sayılı Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 24 üncü maddesi ile (09.07.2018 tarihli ve 703 sayılı KHK ile 639 sayılı KHK yürürlükten kaldırıldıktan sonra, yüksek komiserler kurulu, 10.07.2018 tarihli ve 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 436. maddesinde Bakanlığın sürekli kurulu olarak düzenlenmiştir.) 6132 sayılı Kanunun 8 inci maddesi hükümlerine göre oluşturulan sürekli Kurul; Yarış Komiserler Kurulu, Yarış Otoritesince her hipodrom için bu Yönetmeliğe göre yarış hizmetlerini yürütmek üzere oluşturulan kurul; Yarışçılık Müdürlüğü, Yarış Müessesesi tarafından yarışlar ile ilgili her türlü kayıt, tescil, sicil ve istatistik işlemlerini yürütmek üzere kurulan ve hipodromlardaki kayıt bürolarının bağlı olduğu Müdürlüktür. Bunlardan Yarış Otoritesi, Yüksek Komiserler Kurulu ve Yarış Komiserler Kurulu'nun özel hukuk kişileri olmadığı anlaşılmaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesi, bir kararında *"Komiserler Kurulu'nun Bakan tarafından seçilen görevlilerden oluştuğunu, idari bir kurul olduğunu ve işlemlerinin de idari nitelik taşıdığını"* tespit etmiştir. (E.1995/2, K.1995/1, T:13.02.1995, RGTS:20.03.1995/22233, s.29.) Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Tekinsoy, **a.g.e.**, s.401; Yarış Komiserler Kurulu ise, At Yarışları Yönetmeliği'nin 8'inci maddesine göre, Yüksek Komiserler Kurulu tarafından atanmaktadır.

için izlenecek usul ve esasları belirleme yetkisi, atını koşuya kaydettirecek herkesi bağlayacak şekilde kural koymayı içerir. Bunun gibi yönetmeliğin 156'ncı maddesine göre, at sahibi belgesi almak isteyen kişilerin sağlaması gereken şartlardan bir kısmını özel hukuk kişinin belirlediği görülmektedir. Söz konusu maddenin b bendine göre, at sahibi belgesi almak isteyen kişi *“Yarış atına bakma ve koşturmanın gereklerini hakkıyla yerine getirebilecek maddi imkânlara sahip olduğunu Yarış Müessesesince belirlenen esaslara uygun olarak belgelemek”* zorundadır. Bu hükümler düzenleyici idari işlem yapma yetkisini özel hukuk kişisine bırakmaktadır. At yarışlarının adil bir şekilde yürütülebilmesi için, at yarışlarıyla doğrudan ya da dolaylı olarak ilgilenecek kişileri bağlayan kurallar koymak egemenlikte kaynağını bulan bir düzenleme yetkisidir¹¹⁸. Söz konusu yetkinin dernek statüsünde olan TJK tarafından yerine getirilmesi; kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanımı olduğu için Anayasa'nın 6'ncı maddesine ve genel idare esaslarına göre yürütülen bir kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli bir görev olduğu için Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırıdır.

At yarışları düzenleme ve müşterek bahis kabul etme yetkisi, 31 Aralık 2016 tarihine kadar TJK'ye devredilmiştir. Bu tarihten sonra, 01.02.2018 tarihli ve 7072 sayılı Kanun ile 6132 sayılı Kanun'a eklenen ek madde 2 uyarınca, *“Yurt içinde at yarışları düzenleme, yurt içinde ve yurt dışında düzenlenen at yarışları üzerine yurt içinden ve yurt dışından müşterek bahis kabul etme hak ve yetkilerine ilişkin lisanslar, topluca 1/1/2018 tarihinden itibaren 49 yıl süreyle 19/8/2016 tarihli ve 6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun hükümleri uyarınca kurulan Fona verilmiştir.”* Dolayısıyla 5'inci maddenin yerini ek madde 2 almıştır.

6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun uyarınca oluşturulan Türkiye Varlık Fonu'nun hukuki bir kişiliği olmayıp, Fon bir malvarlığından ibarettir¹¹⁹. Fon'un

¹¹⁸ Günday, idarenin düzenleme yetkisini bir kamu gücü ayrıcalığı olarak ele almıştır. Günday, **a.g.e.**, s.223; Düzenleyici işlemlerin icraılığı için bkz. Yılmaz, **a.g.e.**, s.52; Düzenleme yetkisinin yürütme görevinden kaynaklanması hakkında bkz. Öztürk Burak, **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s.127.

¹¹⁹ Adı geçen Kanunun 5'inci maddesinde, *“Türkiye Varlık Fonuna devredilen varlıklar ve hakların ilgili siciline veya kütüğüne Türkiye Varlık Fonu adına tescil edileceği, Türkiye Varlık Fonu'nun bu madde kapsamındaki tescil işlemleri ile sınırlı olmak üzere tüzel kişiliği haiz olduğu”* ifade edilerek, aslında Fon'un normalde tüzel kişiliği olmadığı belirtilmiştir.

yönetimi ise 6741 sayılı kanunun 1'inci maddesine göre Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketi ("Şirket") tarafından sağlanır. Şirket ise, 6741 sayılı Kanun'un 2'nci maddesine göre "*Cumhurbaşkanlığına bağlı, ana faaliyet konusu bu Kanunla belirtilen Türkiye Varlık Fonu ve alt fonların kurulması ve yönetimi olan, profesyonel yönetim ilkelerine göre yönetilen, özel hukuk hükümlerine tabi anonim şirkettir.*" Şirket'in özel hukuk hükümlerine tabi olmasına karşın, kanunla kurulması ve ona kanunla belirli görevler yüklenmesi Şirket'in özel hukuk ya da kamu hukuku tüzel kişiliğinden hangisine sahip olduğu noktasında tartışma yaratmaktadır.

Kanundaki düzenlemelere göre, Şirket'in kuruluş sermayesi Özelleştirme Fonundan karşılanmakta, sermayeyi temsil eden paylar Özelleştirme İdaresi Başkanlığına ait olmaktadır. Yani %100 kamu sermayeli ve Cumhurbaşkanlığına bağlı bir şirket söz konusudur. Şirket Cumhurbaşkanı tarafından görevlendirilecek merkezi denetim elemanları tarafından denetlenmektedir. Kanun'un 6'ncı maddesine göre, kamusal denetimin yanında Şirket'in ve fonların bağımsız denetime tabi olduğu da belirtilmiştir¹²⁰. Diğer yandan, Şirketin yapısına ve işleyişine ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmekte ve üç yıllık stratejik yatırım planı yönetim kurulu tarafından hazırlandıktan sonra Cumhurbaşkanı onayı ile yürürlüğe girmektedir. Ayrıca Şirket, istisna ve muafiyetlerle özel şirketlerde olmayan ayrıcalıklarla donatılmıştır¹²¹. Bu veriler Şirket'in kamu tüzel kişisi olduğu yönündeki düşüncüyü desteklese de, AYM, Şirket'i "kendine özgü bir kuruluş" olarak nitelemiştir¹²².

¹²⁰ Kayıran Meltem, "Türkiye Varlık Fonu'nun Kuruluş Amaçları ve Yapısı Üzerine Bir Değerlendirme", **Eğitim Bilim Toplum Dergisi**, Cilt 14, Sayı 56, Güz 2016, s.76. (http://uvt.ulakbim.gov.tr/uvt/index.php?cwid=9&vtadi=TSOS%2CTHUK&ano=240021_7164d982b3ec7e15635316110b040c10, E.T: 19.05.2018)

¹²¹ Kayıran, **a.g.m.**, s.81.

¹²² AYM, E.2016/180, K.2018/4, T:18.01.2018, RGTS:7.2.2018/30325 "*Ulusal varlık fonlarının dünya örneklerinde de görüldüğü üzere devletlerin kontrolünde, bunlara ait kaynakların toplandığı bir havuz niteliğinde olduğu, Kanun'la devlete ait kaynakların Kanun'da belirtilen amaçları gerçekleştirmek üzere bir araya toplanarak oluşturulduğu bu yeni modelde kamu yararı amacı olmadığının söylenemeyeceği*" tespitlerinde bulunulmuştur. "...*Türkiye Varlık Fonu ve Şirket gerekçede ifade edildiği gibi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi ancak bir devlet şirketi formunda, birçok konuda muafiyet ve istisnalara sahip olarak özel bir statüde kurulmuştur. Kanun koyucunun Türkiye Varlık Fonu ile anonim şirket statüsünü haiz kendine özgü bir kuruluş olan Şirket hakkında söz konusu hedef ve beklentileri yerine getirirken klasik yöntemlerin dışında farklı bir çalışma ve denetim usulü benimsediği anlaşılmaktadır.*" Nitekim AYM, PTT A.Ş. hakkında da kamu tüzel kişisi ya da özel hukuk kişisi şeklinde bir niteleme yapmaktan kaçınmıştır. AYM, E.2013/84, K.2014/183, T:4.12.2014, RGTS: 13.3.2015/29294 "*"Kamu kurumu niteliği ağır basan" bir anonim şirket statüsünde bulunan ve evrensel hizmet yükümlüsü olarak bir kamu hizmetini yerine getiren PTT ile posta hizmeti sektöründe faaliyet gösteren diğer firmalar aynı konumda bulunmadıklarından dolayı bunlar arasında bir eşitlik karşılaştırması yapılamayacağından...*" Buna karşın, Şirket'in kamu tüzel kişisi olduğu görüşü de mevcuttur. Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.97.

6132 sayılı Kanun'un 2'nci ek maddesine göre, yurt içinde at yarışları düzenleme, yurt içinde ve yurt dışında düzenlenen at yarışları üzerine yurt içinden ve yurt dışından müşterek bahis kabul etme hak ve yetkilerine ilişkin lisanslar, birer malvarlığı değeri olarak Fon'a devredilmiştir. Fon'un yönetimini Şirket gerçekleştirdiğine göre ve stratejik yatırım planında belirtilen hedefler ile likidite, yatırım, risk ve getiri tercihlerini dikkate alarak her türlü gayri maddi hakların değerlendirilmesini Şirket sağlayacağına göre, lisanslar, fona gelir sağlamak amacıyla üçüncü kişilere devredilebilecektir. TJK'nin sahip olduğu düzenleme yetkisi de ilgili lisansa bağlandığı için, Şirket'in lisans devrettiği üçüncü kişiler söz konusu düzenleme yetkisine sahip olacaktır. Bu durumda, Anayasa'nın 6'ncı ve 128'inci maddelerine aykırı bir şekilde at yarışları alanında özel hukuk kişilerince düzenleme biçiminde idari kolluk yetkisi kullanılması sorunu devam edecektir.

2- Özel Kişinin Birel Kolluk İşlemi Tesis Etmesi

Özel hukuk kişilerine kolluk faaliyetine ilişkin birel idari işlem tesis etme yetkisi veren kanun hükümleri AYM önüne götürüldüğünde, Yüksek Mahkemenin ilgili düzenlemeleri genellikle iptal ettiği görülmektedir. Mahkeme bazı kararlarında bu işlemlerin "kolluk niteliğinde" olması sebebiyle yalnızca kamu görevlileri eliyle yürütülebileceği gerekçesine başvurmaktadır¹²³. Halbuki Anayasa'ya uygunluk değerlendirmesinde, bu işlemlerin kolluğun gerektirdiği asli ve sürekli görev olup olmadığı incelenmelidir. Birel idari kolluk işlemleri, tek taraflı olarak kişilerin hukuki statüsünü değiştirdiğinden ve söz konusu örneklerde bu işlemlere ilişkin yetki, özel kişi tarafından başka bir kişiyle paylaşılmaksızın kullanıldığından asli bir görevin devrinden söz edilebilir. Bu durumda yetki, idare ve özel hukuk kişisi arasında bölünmediği için, özel kişinin kolluk işlemini tesis etmesi, kolluğun gerektirdiği asli görevin ifası anlamına gelmektedir.

¹²³ AYM, E.1985/11, K.1986/29, T:11.12.1986, RGTS:18.04.1987/19435 "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, asli ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur." AYM, E.2007/2, K.2011/13, T:13.01.2011, RGTS:23.7.2011/28003 "Anayasa'nın 128. maddesine göre de, kolluk faaliyetleri arasında yer alması nedeniyle denetleme yetkisinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur." AYM, E.2012/27, K.2012/173, T:8.11.2012, RGTS: 28.03.2013/28601 "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."

Birel idari kolluk işlemleri, kolluk tedbirleri ve idari yaptırımlar kapsamında tesis edilebilmektedir. Kolluk tedbirleri önleyici nitelikte olup¹²⁴ buna karşın idari yaptırımlar cezalandırma iradesi taşısa da¹²⁵, her iki grupta da tesis edilen işlemler kişilerin hukuki statüsünü tek taraflı iradeyle değiştirebildiği için bunlar arasında birel idari kolluk işlemi olma bakımından bir fark doğmamaktadır. Özel kişilerin tesis ettiği birel idari kolluk işlemleri, önleyici nitelikte olan bildirim kabul etme ve izin verme yetkileri (a) ile idari yaptırıma karar verme yetkisi (b) olarak iki başlıkta incelenecektir.

a- Özel Kişinin İzin Verme ve Bildirim Kabul Etme Yetkileri

İzin verme ve bildirim kabul etme hem birel kolluk işlemleri hem de kolluk usulüdürler¹²⁶. Kamu düzeninin sağlanması amacıyla bazı hakların kullanımı, idareden izin alınması şartına bağlanmıştır¹²⁷. Bu izin verme yetkisi, izin vermeme yetkisini de içerdiğinden, kişilerin haklarını sınırlama veya engelleme potansiyelini haizdir. Bildirim ise, bir hakkın kullanımının bir mercie bildirim yapılmasına bağlandığı usuldür. İlgili merci, hakkın kullanımını engelleyememekle birlikte, bildirim sayesinde ilgili faaliyet hakkında tedbir alabilmektedir¹²⁸.

İzin yetkisi, ruhsat, lisans, yeterlilik belgesi ve sertifika gibi farklı adlar altında işlemler tesis edilmesi yoluyla kullanılabilir. Örneğin yapı ruhsatı almadan inşaata başlanamaması, elektrik üretim lisansı almadan üretim yapılamaması izin niteliğindeki bu işlemlerin ilgililerin haklarını sınırladığını göstermektedir. İzin verme ya da vermeme, tek taraflı iradeyle kişilerin hukuki statüsünü etkilediğine göre sadece kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gereken bir kolluk işlemidir. Buna karşın mevzuatımızda özel kişilerin de izin verme yetkisiyle donatıldığı bazı örneklerle rastlanmaktadır.

¹²⁴ Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.597.

¹²⁵ Tan, **a.g.e.**, s.417.

¹²⁶ Duran, **a.g.e.**, s.267; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s.601; Bildirim sonrasında verilen “alındı belgesi” de bireysel kolluk işlemi olarak nitelenmiştir. Gözler, **a.g.e.**, s.565.

¹²⁷ Tan, **a.g.e.**, s.412.

¹²⁸ İdarenin bildirim kabul etmeyerek hakkın kullanımını engellediği de görülmektedir. Tan, **a.g.e.**, s.412.

Bunlardan ilki, 3194 sayılı İmar Kanunu ile ihdas edilen yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarıdır. Bu Kanun'un 21, 22, 24 ve 25'inci maddelerinde, özel kişi olan yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verme yetkisi tanınmıştır. Söz konusu yetkilendirmenin Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırı olduğu öne sürülerek ilgili maddeler AYM'nin önüne getirilmiştir. 1986 tarihli AYM kararına göre,¹²⁹ *"ister 'bağlı yetki' ister 'takdir yetkisi' şeklinde kullanılsın 'ruhsat verme' idarenin, kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Bu nedenle ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, asli ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur. Bu durum karşısında, bu hizmetin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekir."* Yüksek Mahkeme yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarının serbest meslek faaliyeti icra ettiğini, bunların merkezi idarenin gözetim ve denetimi altındaki bir birim durumunda olmadıklarını, yani kamu görevlisi sayılamayacaklarını ifade etmiştir. Dolayısıyla 3194 sayılı İmar Kanunu'nun değiştirilen 21, 22, 24 ve 25'inci maddelerinin yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına ilişkin ibareleri iptal edilmiştir.

AYM bu kararda öncelikle özel kişiye bırakılan yetkiyi "kolluk faaliyeti" olarak tanımlamış, sonra da "bir yetkinin kolluk faaliyeti olmasının, zorunlu olarak genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli bir kamu görevi olmasını gerektireceği" yolunda bir çıkarım yapmıştır. Buna göre, bütün kolluk faaliyetleri 128'inci madde kapsamında kalacağından, hepsinin kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekecektir. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, her kolluk faaliyeti için bu sonuca varmak doğru değildir. Zira öncelikle somut olayda "genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görev" in söz konusu olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

Yapı ruhsatı veya yapı kullanma izni verme ya da bu yöndeki talebi reddetme, tek taraflı iradeyle bireylerin hukuki statüsü üzerinde değişiklik yapabilmek, onların mülkiyeti üzerindeki kullanımlarını kısıtlayabilmek anlamına gelir. Kamu özgürlüğü üzerinde kamu gücüyle etkide bulunma, bu faaliyeti "genel idare esaslarına göre yürütülen bir kamu hizmeti" haline getirir. Söz konusu hukuki sonucu belirleyen

¹²⁹ AYM, E.1985/11, K.1986/29, T:11.12.1986, RGTS:18.04.1987/19435. Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s.575.

iradenin bağımsız olarak ortaya çıkması, takdir yetkisini bünyesinde barındırması ise o hizmeti asli görev kılar. Sonuç olarak, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verilip verilmemesine tek başına özel hukuk kişilerince karar verilmesi, AYM'nin farklı gerekçeyle tespit ettiği gibi Anayasa'ya aykırıdır.

Yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına verilen ve iptal edilen yetkinin bir benzeri, Teknoloji Geliştirme Bölgeleri'nde yönetici şirkete de tanınmıştır. 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında şu hüküm yer almaktaydı: "*Arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler yönetici şirket tarafından verilir ve denetlenir.*" AYM bu hükmü, yukarıdaki kararına atfen aynı gerekçelerle iptal etmiştir¹³⁰. Bununla birlikte, mahkemenin gerekçesinde dikkat çeken bir nokta bulunmaktadır. Yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni yanında denetleme yetkisi de mahkeme tarafından "asli ve sürekli bir kamu hizmeti" olarak değerlendirilmiştir. Hâlbuki denetleme tek başına kişilerin hukuki veya maddi statüsü üzerinde etki doğuracak bir yetki olmadığından bunun asli bir kolluk görevi olduğu tespiti sorgulanmalıdır. Denetim yetkisi, kolluk idari işlemlerinin hazırlık safhasında yer aldığından, özel kişinin kamu gücüne katılımı başlığında ele alınacaktır.

Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nda yer alan ve AYM tarafından 2003 yılında iptal edilen hükmün benzeri, 12.04.2000 tarihli ve 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 14'üncü fıkrasında da yer almaktadır. Buna göre, "*Yürürlüğe giren imar plânına göre arazi kullanımı, yapı ve tesislerinin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler ile işyeri açma ve çalışma ruhsatları OSB tarafından verilir ve denetlenir. İşyeri açma ve çalışma ruhsatının verilmesi sırasında işyeri açma ve çalışma ruhsatına ilişkin harçlar, OSB tarafından tahsil edilerek ilgili belediye veya il özel idaresi hesabına yatırılır.*" Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nda yönetici şirkete verilen kolluk

¹³⁰ AYM, E.2001/383, K.2003/92, T:16.10.2003, RGTS:19.01.2006/26054 "Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 günlü, E.1985/11, K.1986/29 sayılı kararında da belirtildiği gibi ister bağlı yetki ister takdir yetkisi biçiminde kullanılsın "yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verme" ve "denetleme" görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer almakta olup, bu konuda yapılacak denetim de asli ve sürekli bir kamu hizmetidir. Başka bir anlatımla yapı ruhsatı ve buna bağlı olarak yapı kullanma izni vermek, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindendir. Anayasa'nın 128. maddesine göre de belirtilen nitelikteki görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur. Dava konusu kuralla, ruhsat ve izinlerin bir özel hukuk tüzel kişisi olan yönetici şirket tarafından verilip denetleneceğinin öngörülmesi, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır."

yetkilerinden daha fazlası Organize Sanayi Bölgesi (“OSB”)’ne verilmiştir. OSB ise, Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu’nun 5’inci maddesi uyarınca, özel hukuk tüzel kişisidir¹³¹. O halde, anılan kolluk yetkilerinin özel kişiye devredilmesi Anayasa’nın 128’inci maddesine aykırıdır.

OSB’ye verilen kolluk yetkileri yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni ile sınırlı değildir. OSB işyeri açma ve çalışma ruhsatı verme ya da vermeme yetkisini de elinde tutmaktadır. İşyeri açma ve çalışma ruhsatı verilmesi, bir işletmenin insan sağlığı, çevre kirliliği ve güvenlik gibi kriterlere uygun faaliyet gösterebileceğini ifade eden kamu düzenini sağlamaya yönelik birel nitelikte bir idari kolluk işlemidir. Faaliyet gösteren katılımcıların¹³² işletme hakkını kullanmaları işyeri açma ve çalışma ruhsatına bağlandığına göre, burada özel kişi izin verme biçiminde kolluk yetkisi kullanmaktadır. 3572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun’un 3’üncü maddesinde, işyeri açma ve çalışma ruhsatını vermeye yetkili merciler işletmenin bulunduğu yere göre il özel idareleri, büyükşehir belediye başkanlığı ya da belediye başkanlıkları olarak belirtilmiştir. Oysa 4562 sayılı Kanun ile OSB’ye, söz konusu kamu tüzel kişilerinin kullandığı yetkiler bırakılmıştır. Hüküm işyeri açma ve çalışma ruhsatı bakımından da Anayasa’nın 128’inci maddesine aykırıdır.

Özel kişilerin izin verme yetkisinin karşımıza çıktığı bir başka uygulama, araç muayene istasyonları işleticilerinin araç muayene raporu düzenlemesidir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (“KTK”), trafik güvenliğinin sağlanması amacıyla motorlu araç sahiplerine bazı yükümlülükler getirmektedir. Bunlardan biri de Kanun’un 34’üncü maddesinde düzenlenen zorunlu periyodik araç muayenesidir. Buna göre, “(1) *Trafığe çıkarılacak motorlu araçların teknik şartlara uyup uymadığı ekonomik yapıları da dikkate alınmak suretiyle belirli zamanlarda muayene edilerek tespit edilir. (5) Muayenesi yapılmamış bir araçla trafiğe çıkılması hâlinde, araç sahibine 235 Türk lirası idari para cezası verilir. (...) (6) Bu araçlar trafikten men edilir ve en yakın muayene istasyonuna gönderilirler.*” Anlaşıldığı üzere, araç muayenesi, trafikte

¹³¹ “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.”

¹³² “Katılımcı: OSB’lerde, bir işletmenin kurulması için parsel tahsisi veya satışı yapılanlar ile maliki bulunduğu parselde üretimde bulunan veya bulunmayı taahhüt eden ve bu Kanunun amacına uygun faaliyet gösteren gerçek veya tüzel kişi ile finansal kiracıyı ifade eder.”

güvenliğin sağlanması amacıyla yapılan ve yaptırılmadığı takdirde, kişilerin mülkiyet hakkını kısıtlayacak bir işlemdir.

KTK'nın 35'inci maddesine göre, *“Araçların muayeneleri Ulaştırma Bakanlığına ait muayene istasyonlarında veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi ile yetki verilmesi halinde ise, yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılır.”*. Söz konusu düzenleme ile özel kişiye devredilmesi öngörülen yetki, yani araç muayenesi yapma yetkisi, araçların trafiğe çıkıp çıkamayacaklarının belirlenmesine ilişkin bir yetkidir. Bu nedenledir ki bu yetkinin “genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli bir görev” olduğu iddiası hem Danıştay hem de AYM tarafından değerlendirilmiştir. İlk olarak, 35'inci maddeye dayanılarak çıkarılan Araç Muayene İstasyonlarının Açılması, İşletilmesi ve Araç Muayenesi Hakkında Yönetmeliğin (“Muayene Yönetmeliği”) iptali için Danıştay'da açılan davada Kanun'un 35'inci maddesinin Anayasa'ya aykırılığı gündeme getirilmiştir¹³³. Kamusal görevlerin özel hukuk kişilerine devredildiği, bu durumun Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırı olduğu, ayrıca yapılacak ihalenin tekel doğuracağı iddia edilse de Danıştay 8. Dairesi “denetimin idareye ait olması sebebiyle, kamu hizmetinin özel sektöre devredilmediği” sonucuna ulaşmıştır. Hâlbuki kamu hizmeti özel kişiye devredilse bile, idarenin gözetim ve denetimi devam etmektedir. Zira kamu hizmetinin asıl sahibi idaredir.

2005 yılında, *“araç muayenesinin, işletme veya varlık olmayıp bir kamu hizmeti olması sebebiyle, Anayasanın 47'nci maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında özelleştirilemeyeceği; ancak 47'nci maddenin dördüncü fıkrasındaki esaslara göre özel hukuk sözleşmesi ile gerçek veya tüzel kişilere devredilebileceği”* iddiasıyla 35'inci madde AYM önüne getirilmiş fakat Anayasa'ya uygun bulunmuştur¹³⁴. Bu başvuruda devredilen yetkinin Anayasa'nın 128'inci maddesi kapsamında kamu görevlilerince yürütülmesi zorunlu bir hizmet olup olmadığına ilişkin hukuki soruna değinilmemiş; Yüksek Mahkeme de sadece Anayasa'nın 47'nci maddesi çerçevesinde değerlendirme yaparak, bu yetkinin özel kişiye devredilip devredilemeyeceğini tartışmamıştır¹³⁵.

¹³³ Dan. 8. D., E.2002/3788, K.2004/2452, T:26.05.2004 (<http://www.kazanci.com>)

¹³⁴ AYM, E.2005/110, K.2005/111, T:29.12.2005, RGTS: 26.07.2006/26240.

¹³⁵ AYM, E.2005/110, K.2005/111, T:29.12.2005, RGTS:26.07.2006/26240. “Bir kamu hizmeti olan araç muayene hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla idare ile gerçek veya tüzel kişiler arasında aktedilecek sözleşmenin, idari sözleşme” olduğu tespit edildikten sonra “Araç muayene hizmetinin

Oysaki öncelikle Kanunun 35'inci maddesi ve ilgili diğer hükümlerde özel kişiye devredilen yetkilerin niteliği ortaya konulmalıdır. Kanun'un 24'üncü maddesine göre, “*Bu Kanunun 35 inci maddesiyle yetkilendirilen kuruluşlarca araç muayene raporu tanzim edilebilmesi için araç tescil belgesi veya sahiplik belgesi ile zorunlu mali sorumluluk sigortasının ibrazı zorunludur.*”. Şu halde özel hukuk kişileri zorunlu araç muayenesini gerçekleştirdikten sonra araç muayene raporu tanzim edecektir. Bununla birlikte araç muayene raporunun, araç ya da araç sahibi üzerinde nasıl bir hukuki etki yarattığı Kanun'da açıkça belirtilmemiştir. Araç muayene süreci ve hukuki etkisi hakkında hükümler Muayene Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Özel kişiye devredilen yetkinin sınırlarının, araç sahipleri ve İdare yönünden hukuki etkilerinin Kanun'da belirtilmemiş olması, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırıdır¹³⁶.

Muayene Yönetmeliği'nin 8'inci maddesine göre, araç muayene raporunda aracın kusursuz, hafif ya da ağır kusurlu veya emniyetsiz olduğuna karar verilmektedir¹³⁷. Verilen karar doğrultusunda Araç Trafik Belgesi, İşletici tarafından

gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilmesi veya devredilebilmesini düzenleyen Karayolları Trafik Kanunu'nda, söz konusu hizmetin özel hukuk sözleşmeleri ile yaptırılacağı veya devredileceği yolunda herhangi bir hükme yer verilmediğinden, idari sözleşmeler ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilmesi veya devredilebilmesi mümkün olan araç muayene hizmetine ilişkin Karayolları Trafik Kanunu'nun 5398 sayılı Yasa ile değişik hükmü, Anayasa'nın 47. maddesine aykırı değildir.”

¹³⁶ AYM kararlarında, özel kişilere devredilen kolluk yetkilerinin sınırlarının, hangi usul ve esaslar çerçevesinde kullanılacağına kanunda belirtilmesi gerektiği, aksi durumda yasama yetkisinin devri ya da belirlilik ilkesine aykırılık oluşacağı hükme bağlanmıştır. AYM, E.2011/27, K.2012/101, T: 5.7.2012, RGTS:06.10.2012/28433; AYM, E.2011/84, K.2012/151, T:11.10.2012, RGTS: 26.07.2013/28719; AYM, E.2015/72, K.2016/44, T:26.5.2016, RGTS:21.9.2016/29834.

¹³⁷ Madde 8- *Araç muayeneleri, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, Karayolları Trafik Yönetmeliği, Sanayi ve Ticaret Bakanlığıınca yürürlüğe konulan Tıp Onay Yönetmelikleri, Araçların İmal Tadil ve Montajı Hakkında Yönetmelik ile bu Yönetmelikte yapılan düzenlemeler dikkate alınarak Ek-1'de belirtilen sınıflara göre ve asgari Ek-2'de verilen cetveldeki hususları kapsayan kontrol ve testleri içerir. Bu kontrol ve testlerin yapılması zorunludur. Muayene sonuçları bilgisayar ağında da yer alacak bir Araç Muayene Raporuna işlenir. Araç muayene sonuçları dört grupta değerlendirilecektir:*

KUSURSUZ: Muayene edilen araçta herhangi bir eksikliğin bulunmaması halidir. Bu durumda Araç Trafik Belgesinin ilgili kısmına bir sonraki muayene tarihi yazılarak istasyon amiri veya yardımcısı tarafından imzalanmak ve mühürlenmek suretiyle onaylanır.

HAFİF KUSUR: Aracın yapılan muayenesi sonrasında yeniden muayenesine gerek duyulmayan bir eksikliğin bulunması halinde, eksiklikler Araç Muayene Raporunda gösterilip raporun bir örneği araç sahibine veya aracı muayeneye getirene, söz konusu eksikliklerin giderilmesi için verilir. Araç Trafik Belgesinin ilgili kısmına bir sonraki muayene tarihi yazılarak istasyon amiri veya yardımcısı tarafından imzalanmak ve mühürlenmek suretiyle onaylanarak muayenesi bitirilir.

AĞIR KUSUR: Aracın muayenesi sonucunda tamirine ihtiyaç duyulacak derecede eksiklikler tespit olunması halinde, söz konusu eksiklikler Araç Muayene Raporuna, ağır kusur olarak işlenir. Bu eksikliklerin giderilerek aracın yeniden muayeneye tekrarına gelmesi amacıyla, muayenenin yapıldığı tarihten itibaren Araç Muayene Raporunda bir aylık süre tanındığı belirtilerek aracın muayenesi ve Araç Trafik Belgesi onaylanmaz. Söz konusu Raporun bir örneği aracı getirene verilir ve verilen rapordaki eksikliklerin giderilip giderilmediği muayene tekrarı esnasında kontrol edilir. Bir aylık süre içinde muayenenin yapıldığı istasyona veya aynı ilde yer alan diğer sabit muayene istasyonlarına geline muayene tekrarından muayene ücreti alınmaz. Muayenenin yapıldığı tarihten itibaren, bir aylık

mühürlenip onaylanmakta ya da bu onay reddedilmektedir. Onay, araç sahibini bir sonraki muayeneye kadar muayene yükümlülüğünden kurtarıırken; onay alınamaması durumunda araç sahibi raporda belirtilen kusurları giderme yükümlülüğü altında kalmaktadır. O halde araç muayene raporunda, aracın hafif veya ağır kusur taşıdığı ya da emniyetsiz olduğu yönünde verilen karar, hukuki statüyü etkileyen icraî bir karardır. KTK'ya göre, araç muayene süresini geçiren araç sahibine para cezası verilmesi ilgili idarenin¹³⁸ yetkisinde ve aracın trafikten men edilmesi trafik zabıtasının yetkisinde olmasına rağmen bu sonuçları doğuran kurucu işlem İşletici tarafından yapılmaktadır. Tek taraflı irade ile araçların trafiğe çıkıp çıkamayacağını belirlenmesi, genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli bir görevdir. Şu halde Kanunun 35'inci maddesinin Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırı olduğunun kabulü gerekmektedir. Doktrinde de araç muayene raporunun özel kişi tarafından düzenlenmesi doğrudan kamu gücü kullanımı olarak görülmekte ve Anayasa'ya aykırı bulunmaktadır¹³⁹.

İzin yetkisi, bazen sertifikasyon faaliyeti olarak düzenlenmektedir. Bir hakkın kullanılmasının belli ölçüm ve deneylerden sonra verilen sertifikaya bağlanması da izin usulüdür. 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu ve 5262 sayılı Organik Tarım Kanunu'nda yapılan düzenlemeler, mevzuatımızda sertifikasyonda özel kişilerin yetkilendirilmesine örnek teşkil etmektedir.

sürenin dolmasından sonra geline muayeneden veya bir aylık süre dolmadan geline muayene tekrarından sonraki muayeneden muayene ücreti tam olarak alınır. Eksiklikler tamamlanmadığı sürece muayene işlemi tamamlanmış sayılmaz.

EMNİYETSİZ: Aracın, can ve mal emniyeti ile trafik güvenliği açısından tehlikeli olacak derecede kusurlarının/eksikliklerinin tespiti halinde muayenesi onaylanmaz. Emniyetsiz araçların muayene tekrarı ve muayene ücretleri hakkında ağır kusurlu araçlar için bu maddenin altıncı fıkrasının (3) numaralı bendinde belirtilen hükümler uygulanır.

Araçların muayeneleri sonucunda tespit edilen eksikliklerden nelerin hafif kusur, ağır kusur ve emniyetsiz grubuna girdiği Bakanlık tarafından belirlenir.

¹³⁸ Madde 114: Bu Kanunda yazılı trafik suçlarını işleyenler hakkında yetki sınırları içinde Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı personeli ile Ulaştırma Bakanlığının ve Karayolları Genel Müdürlüğünün ilgili birimlerinin il ve ilçe kuruluşlarında görevli ve yetkili kılınmış personeline tutanak düzenlenir.

¹³⁹ Ayaydın, “bu yetkinin kamu kudretinin doğrudan kullanımı anlamına geldiğini, aracın trafiğe çıkmasında güvenlik ve sağlık açısından sakınca bulunup bulunmadığı hususundaki kararın bir özel hukuk kişisi tarafından alınmasının Anayasa'ya aykırı olduğunu” belirtmiştir. Ayaydın Cem, “Özel Hukuk Kişilerinin Kamu Kudreti Kullanması Sorunu ile 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında Düşünceler (“Yapı Denetimi”)”, **Yıldızhan Yayla'ya Armağan**, Armağan Serisi No:4, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2003, s.130. Sever, bu durumda özel kişinin, icraî bir işlemin hazırlık safhasında bulunmayıp, trafiğe çıkıp çıkmama sonucunu doğuran bir işlem kurduğu sonucuna ulaşmaktadır. Sever, **a.g.e.**, s.105.

Tohumculuk Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 3'üncü maddesine göre, tohumluk sertifikasyonu, tohumlukların tarla ve laboratuvar kontrolleri sonucunda genetik, fiziksel, biyolojik ve sağlıkla ilgili değerlerinin standartlara uygunluğunun tespit edilmesi ve bunun belgelendirilmesidir. Sertifikasyon, Kanun'un amaç maddesinde belirtilen "tohumluklara kalite güvencesi sağlama" amacına hizmet etmektedir.

Bir tohumluğun sertifikalanması, onun standartlara uygun bir tohumluk olduğunun onaylanması, yani belirli bir hukuki statüye kavuşturulması anlamına gelmektedir. Bu bakımdan sertifikasyon, tohumluğun hukuki statüsüne etki eden birel bir kolluk işlemidir. Kanun'un 7'nci maddesi uyarınca, yurt içinde tohumluk ticareti yapılabilmesi için, tohumlukların kayıt altına alınması ile Bakanlık tarafından belirlenen nitelik ve standartlara uygun ve sertifikalı olması zorunluluğu bulunmaktadır. Şu halde, sertifikasyonu yapan kişi ya da kurum tohumluğun ticarete arz edilip edilemeyeceğine karar vermektedir. Bu nitelikteki bir karar, tek taraflı irade ile verilen ve ilgili ürün üzerinde hukuki etki doğuran, girişim özgürlüğünü kısıtlama potansiyeli taşıyan bir kolluk işlemidir. Öyleyse bu işlemin Anayasa'nın 128'inci maddesi uyarınca sadece kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekmektedir. Buna karşın, Tohumculuk Kanunu'nun 15'inci maddesinde, "*Bakanlı[ğın], gerekli gördüğü hallerde, [kanunun] 5'inci, 6'ncı, 7'nci ve 8'inci maddelerinde belirtilen yetkilerini, kısmen veya tamamen [Türkiye Tohumcular] Birli[ğ]i'ne, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere; şartları belirlenmek kaydıyla, süreli veya süresiz olarak devredebil[eceği]*" düzenlenmiştir¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Devri öngörülen yetkilerin bulunduğu maddeler şunlardır: Madde 5- (1) *Bakanlık tarafından, bitkisel ve tarımsal özellikleri belirlenerek sadece kayıt altına alınan çeşitlere ait tohumlukların üretimine izin verilir. (2) Tohumlukların yetiştirileceği özel üretim alanlarının Seözellikleri ile sınırları içerisinde tohumluk üretimi yapan ve bitkisel ürün yetiştiren gerçek veya tüzel kişilerin uyması gereken hususlar yönetmelikle belirlenir. (3) Özel üretim alanlarının sınırları içerisinde, Bakanlıkça izin verilmeyen tohumluk veya bitkisel ürün yetiştirilemez.*

Madde 6- (1) *Yurt içinde üretilen, 4'üncü maddeye göre tescil edilen veya üretim izni verilen çeşitlerden, tohumluk sınıflarına göre yetiştirilen ve üretilen tohumluklar, sertifikasyon işlemine tabi tutulur. (2) Tarla ve laboratuvar kontrolleri yapılarak, tohumluk standartlarına uygun olarak sertifikalandırılan tohumluklar, usulüne göre ambalajlanarak etiketlenir. (3) Tohumluk sertifikasyon esasları ile ambalajlama ve etiketlemede uyulacak hususlar, bitki gruplarına göre yönetmelikle belirlenir.*

Madde 7- (1) *Yurt içinde sadece kayıt altına alınmış çeşitlere ait tohumlukların ticaretine izin verilir. (2) Bu tohumluklar, Bakanlık tarafından belirlenmiş nitelik ve standartlara uygun, sertifikalı veya kütüğe kaydedilmek üzere kabul edilmiş veya standart tohumluk olarak ambalajlı ve etiketli olarak ticarete arz edilir. (3) Tohumlukların ithal edilmesi ve ihracı Bakanlığın iznine tabidir. İthal edilecek tohumluklarda yurt içi standartlara uygun olma şartı aranır. Tohumluk ithalatı ve ihracatına ilişkin usul ve esaslar, ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak Bakanlıkça belirlenir.*

Madde 8- (1) *Tohumlukları yetiştiren, işleyen ve satışa hazırlayan, dağıtan ve satan gerçek veya tüzel kişiler, Bakanlık tarafından yetkilendirilir ve denetlenir. Yetkilendirme ve denetim ile ilgili usul ve*

Bakanlığın özel kişilere devredebileceği yetkilerden biri, 6'ncı maddede yer alan *“tohumluk sınıflarına göre yetiştirilen ve üretilen tohumluklar[ın] sertifikasyon işlem[lerinin yapılması]”*dir. Sertifikasyon, tek taraflı iradeyle tohumlukların hukuki statüsünü değiştirdiğine göre, “genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli bir kamu hizmeti” olup, bu işlemi tesis etme yetkisinin özel kişiye devri Anayasa’ya aykırıdır. Ancak söz konusu yetki devrine izin veren maddenin Anayasa’ya uygunluğunu denetleyen AYM’ye göre, *“İptali istenilen kuralda denetleme yetkisi dışında devredilebilecek tohumculuk faaliyeti ile ilgili yetkiler, bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilemez. Dolayısıyla bu hizmetlerin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği gibi tohumculuk faaliyeti ile ilgili kuralda belirtilen bu hizmet ve faaliyetlerin de özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılabilmesi olanaklıdır”*¹⁴¹.

Görüldüğü üzere AYM, özel kişiye devredilen yetkilerden sadece *“tohumluklarla iştigal eden kişilerin ve tohumlukların denetimi”*ni Anayasa’nın 128’inci maddesi kapsamında görüp, diğer yetkilerin özel kişiye devrini Anayasa’ya aykırı bulmamıştır. Üstelik sertifikasyon yetkisi yanında özel kişilere, *“tohumlukların üretimine, ithal ve ihracatına izin verilmesi”* yetkisi de tanınmıştır. Bu türden yetkiler, yukarıda incelenen diğer izin verme yetkileri gibi Anayasa’nın 128’inci maddesi kapsamında olduğu halde, AYM bu yetkilerin özel kişilere devrini Anayasa’ya uygun bulmuştur. Kararda özel hukuk tüzel kişilerine *“kolluk yetkisi”*nin devredilemeyeceği belirtilmesine rağmen¹⁴², devre konu bütün yetkilerin idari kolluk niteliğinde olduğu tespit edilmemiştir. AYM, sadece piyasa denetimi başlıklı 8’inci maddede yer alan denetim yetkisinin özel kişiye devrini iptal etmiştir. Oysaki denetim tek başına hukuki ya da maddi statüyü değiştirebilecek nitelikte bir kolluk işlemi değildir.

esaslar yönetmelikle belirlenir. (2) Ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğu ile etiket ve ambalaj bilgilerinin doğruluğu Bakanlıkça denetlenir.

¹⁴¹ AYM, E.2007/2, K.2011/13, T:13.01.2011, RGTS:23.7.2011/28003.

¹⁴² “Bakanlığın; ...özel hukuk tüzel kişilerine... 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.”

01.12.2004 tarihli ve 5262 sayılı Organik Tarım Kanunu'nda da sertifikasyon yetkisini özel hukuk kişilerine veren düzenlemeler yer almaktadır. Bu Kanun'un amacı, organik ürün ve girdi üretiminin güvenliğini ve kalitesini sağlamaktır. Kanun'un 5'inci maddesi uyarınca, *“organik tarım faaliyetlerinin her türlü kontrol ve sertifikalandırma işlemleri, Bakanlıkça veya Bakanlıkça yetkilendirilmiş kuruluşlarca yapılır. (2) Kontrol ve sertifikasyon kuruluşu veya sertifikasyon kuruluşu tarafından sertifikalandırılmamış ürünler, organik ürün veya organik girdi adı altında satılamaz.”* Kanun'un tanımlar maddesinde, kontrol kuruluşu *“Organik ürünün veya girdinin, üretiminden tüketiciye ulaşıncaya kadar olan tüm aşamalarını kontrol etmek üzere Bakanlık tarafından yetki verilmiş gerçek veya tüzel kişiler”*; sertifikasyon kuruluşu ise *“Tüm kontrolleri tamamlanmış organik ürün veya girdiyi, kontrol kuruluşunun yaptığı kontrol ve bu kontrole ilişkin bilgi ve belgeler ile gerek duyulan hallerde yaptıracığı analizlere dayanarak sertifikalandırmak üzere Bakanlık tarafından yetki verilmiş gerçek veya tüzel kişiler”* olarak tanımlanmıştır. Söz konusu tanımlardan, bu kuruluşların özel hukuk kişileri olabilecekleri, başka bir deyişle, özel hukuk kişilerinin kontrol ve sertifikasyon faaliyetlerinde bulunabileceği anlaşılmaktadır.

Organik tarım faaliyetinde kontrol, *“bir ürünün organik niteliğinin laboratuvar analizleri ile test edilmesi”*, sertifikasyon ise *“bütün kontrol yöntemlerinin uygulanmasıyla organik ürünün ve girdinin mevzuata uygun olarak belgelendirilmesi”* anlamına gelmektedir. Sertifikasyon işlemi, bir ürünü hukuken *“organik ürün¹⁴³”* haline getirmekte ve onu üreten müteşebbisin organik ürün pazarında satış yapmasını mümkün kılmaktadır. Bir ürünün pazarlanması, ithalatı ve ihracatı hususunda o ürünün sertifikalı olup olmadığına bakıldığına göre¹⁴⁴, adı geçen özel kişilerden sertifika elde edemeyen müteşebbisin teşebbüs özgürlüğü sınırlanmış olacaktır. Öyleyse, hukuki statü üzerinde tek taraflı bir iradeyle değişiklik yaratabilen sertifikasyonun özel kişilere bırakılması Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırıdır.

Özel kişilerin gerçekleştirdiği birel kolluk işlemlerinden birinin de bildirim kabul etmek olduğu yukarıda ifade edilmişti. Bu kapsamda, 6132 sayılı At Yarışları

¹⁴³ Organik ürün: Organik tarım faaliyetleri esaslarına uygun olarak üretilmiş ham, yarı mamul veya mamul haldeki sertifikalı üründür.

¹⁴⁴ Organik Tarım Kanunu'nun ilgili hükümleri; Madde 9: *İhracat sertifikası olmayan organik ürün veya girdiler, organik ürün veya organik girdi adı altında ihraç edilemez.* Madde 10: *İhracat sertifikası olmayan organik ürün veya girdiler, organik ürün veya organik girdi adı altında ithal edilemez.*

Hakkında Kanunun 5'inci maddesi uyarınca, Tarım ve Orman Bakanlığı'nın "*Türkiye sınırları içerisinde at yarışları düzenleme, yurt içinde ve yurt dışında düzenlenen yarışlar üzerine yurt içinden ve yurt dışından müşterek bahis kabul etme*" yetkilerini devralan Yarış Müessesesi¹⁴⁵, bazı kolluk yetkileri kullanmaktadır¹⁴⁶. Esasen bu yetkilerin sınırının kanunla belirlenmemiş olması, daha önce de belirttiğimiz gibi idarenin kanuniliği, yasama yetkisinin devredilmezliği ve belirlilik ilkesine aykırıdır. Özel hukuk kişisi olan Yarış Müessesesi'ne bırakılan yetkiler "At Yarışları Yönetmeliği" ile "At Yarışları Müşterek Bahisler Yönetmeliği"nde düzenlenmiştir.

At Yarışları Yönetmeliği'nin 34'üncü maddesine göre, koşulara kayıtlı atların koşulara katılıp katılmayacağı bildirimini Yarış Müessesesi almaktadır¹⁴⁷. Maddenin 2'nci fıkrasında koşuya kayıtlı atın sahibine, atın özelliklerini, binicisini ve tescil bilgilerini kayıt bürosuna bildirmek zorunluluğu getirilmiş; aksi halde atın koşuya iştirak ettirilmeyeceği düzenlenmiştir. Burada kolluk faaliyeti zorunlu bildirimi kabul etme şeklinde ortaya çıkmakta; bildirimde bulunmamanın hak kaybına sebep olacağı görülmektedir.

¹⁴⁵ At Yarışları Yönetmeliği'nin tanımlar maddesine göre Yarış Müessesesi, 6132 sayılı Kanun hükümlerine göre yarış yapma ve müşterek bahisler tertip etme yetkisi devredilen teşekküldür. Bakanlar Kurulu'nun 93/5043 sayılı Kararı (RGTS: 9.12.1993/21783, s.10.) ile; Ankara, İstanbul, İzmir, Adana ve Konya'da at yarışları yapmak, bu yarışlar üzerinden müşterek bahisler düzenlemek hak ve yetkisi 21.11.1993 tarihinden geçerli olmak üzere, 20 yıl süreyle Türkiye Jokey Kulübüne ("TJK") devredilmiştir. TJK, yetki devri üzerine Bakanlık ile yaptığı sözleşme uyarınca at yarışlarını düzenlemekte olup, bu sözleşmelerin sonuncusu 31 Aralık 2016 tarihine kadar uzatılmıştır. (<http://www.tjk.org/TR/Kurumsal/Static/Page/Tarihce>, E.T: 16.05.2017) 01.02.2018 tarihli ve 7072 sayılı Kanun ile 6132 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 2 uyarınca, "*Yurt içinde at yarışları düzenleme, yurt içinde ve yurt dışında düzenlenen at yarışları üzerine yurt içinden ve yurt dışından müşterek bahis kabul etme hak ve yetkilerine ilişkin lisanslar, topluca 1/1/2018 tarihinden itibaren 49 yıl süreyle 19/8/2016 tarihli ve 6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun hükümleri uyarınca kurulan Fona verilmiştir.*"

¹⁴⁶ Yayla, **a.g.e.**, s.49.

¹⁴⁷ At Yarışları Yönetmeliği'nin 29'uncü maddesine göre atların koşulara kaydını da Yarış Müessesesi yapmaktadır. "*Atların koşulara kaydı, at sahibi veya at sahibi vekilinin yahut antrenörünün yazılı başvurusu üzerine hipodromlardaki kayıt bürosunca veya yarış müessesesinin internet sitesi üzerinden yapılır. İnternet sitesi üzerinden yapılacak kayıtlara ilişkin usul ve esaslar Yarış Müessesesi tarafından belirlenir. (2) Hiçbir yarış atı, isimsiz olarak koşuya kayıt ettirilemez. (3) Kayıt sırasında koşu tarihi, koşu sırası, atın adı, ırkı, sahibinin, antrenörünün ve seyisinin adları ile birlikte lisans numaraları belirtilir. Kayıt bürosu gerektiğinde atların pedigrisini isteyebilir.*" Maddede kendisine kayıt yetkisi verilen kayıt bürosu, Yarış Müessesesi tarafından kurulmaktadır. Kayıt bürosu ya da Yarış Müessesesi Yönetmeliğin ilgili maddelerinde koşulara katılacak atlara ilişkin şartları esas alarak kayıt yapacaktır. Bu şartları tamamlamayan atları ise koşuya kaydetmeyecektir. Atların koşuya katılamaması sonucunu doğurabilecek bu yetki, özel kişinin izin verme yetkisi kullanmasıdır. Yine At Yarışları Yönetmeliği'nin 31'inci maddesiyle Yarış Müessesesine binicilerin formlarını tescil etme yetkisi verilmiştir. Buna göre, Yarış Müessesesi uluslararası kurallara uymama, karışıklığa sebep olma veya dini, siyasi ve sosyal nedenlerle kabul edilmeme gibi gerekçelerle formların tescil talebini reddederek at sahibinin yarışa katılmasını engelleyebilecek olup, bu da izin verme yetkisi kapsamındadır.

At Yarışları Yönetmeliği'nin 90'ıncı maddesine göre, “*her antrenör, at sahipleri ile yaptığı noterlikçe onaylanmış antrenörlük sözleşmelerinin birer örneğini Yarış Müessesesine vermek ve bu bildirimden sonra meydana gelecek değişiklikleri bu mercie derhal yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bu işlemi tamamlamayan antrenörün idman ettirdiği atlar, koşulara kayıt edilemez.*” Bu düzenlemede de antrenörün bildirim zorunluluğunu yerine getirmemesi halinde at sahibi hak kaybına uğramaktadır. Bildirimin yapılıp yapılmaması kişilerin hukuki statüsü üzerinde etkide bulunmaktadır. Şu halde, birel idari kolluk işlemi niteliğindeki söz konusu bildirimlerin kabulünün bir özel hukuk kişisi tarafından gerçekleştirilmesi Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırıdır.

b- Özel Kişinin İdari Yaptırıma Karar Verme Yetkisi

Yaptırımlar, bir mevzuat ihlalinin doğrudan karşılığı olarak, hukuksal bir zorlama içeren işlemlerdir¹⁴⁸. AYM'ye göre idari yaptırım, “*idarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlar, verdiği cezalardır*”¹⁴⁹. İdari yaptırımların bir türü olan idari para cezası ise, “*toplumsal düzene aykırılık oluşturan eylemler nedeni ile yasanın açıkça izin verdiği durumlarda idarenin yargı organına başvurmadan kendisinin bizzat uyguladığı ve bir miktar paranın alınması biçiminde gerçekleşen malî nitelikli yaptırımlardır*”¹⁵⁰. İdari yaptırım yetkisi, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup idarenin asli ve sürekli görevlerinden olduğu için, bu yetkinin özel kişilerce yürütülmesi Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırıdır¹⁵¹.

Buna karşın KTK'ya göre, araç muayenesi yapmakla yetkilendirilen İşleticiler, açıkça isimlendirilmese de idari para cezası niteliğinde işlem yapabilmektedir. Kanun'un 35'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, muayene istasyonları, farklı araç

¹⁴⁸ CE, 18.05.1998, No: 160267, Societe Info Premiere (<http://arianeinternet.conseil-etat.fr>); CE, 27.09.2006, No: 274150, Association Fréquence Mistral (<http://arianeinternet.conseil-etat.fr>). Aktaran Ulusoy Ali, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2013, s.5.

¹⁴⁹ AYM, E.1996/48, K.1996/41, T:23.10.1996, RGTS:18.09.1997/23114; Özay İl Han, **İdari Yaptırımlar Kuramsal Bir Deneme**, İstanbul: Özdem Kardeşler Matbaacılık, 1985, s.35.

¹⁵⁰ AYM, E.2001/232, K.2001/89, T:23.5.2001, RGTS:19.01.2002/24645.

¹⁵¹ AYM, E.2012/27, K.2012/173, T:8.11.2012, RGTS:28.03.2013/28601. “*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.*”

türlerine göre değişen miktarlarda muayene ücreti almakta; “*Muayene süresi geçirilen her ay için muayene ücreti, yetki verilen gerçek veya tüzelkişi ya da alt işleticiler tarafından, %5 fazlası ile tahsil edil[mektedir].*”. Bu hüküm uyarınca, muayene süresi geçirilen her ay için, özel kişiler muayene ücretinden %5 fazlasını tahsil edebilecektir. Bununla birlikte, Kanun’un 34’üncü maddesinin 5’inci fıkrasında muayene süresinin geciktirilmesi idari para cezasına çarptırılmaktadır¹⁵². Her iki düzenlemenin amacı da ortak olup, zorunlu periyodik muayenelerin zamanında yapılmasını sağlamaktır.

İdari para cezasıyla aynı amacı güden ve aynı sebebe dayanan tahsilat yetkisinin idari para cezası niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Tahsilat sonrasında İşleticiler elde ettikleri muayene ücretlerinin belli bir oranı ile %5 fazla tahsil edilen tutarın tamamını Hazine’ye ödeseler de muayene ücretinden fazla para tahsilatı yapmaları doğrudan kamu gücü kullanımıdır. Kaldı ki, KTK’nın 115’inci maddesinin 6’ncı fıkrasına göre, “*Bu Kanunun 114’üncü maddesine göre trafik idari para cezası karar tutanağı düzenlemeyle yetkilendirilen personel tarafından trafik idari para cezası tahsilatı yapılamaz.*”. Yani, kamu görevlisine dahi verilmeyen para tahsil etme yetkisi, İşleticiler’e verilmiş durumdadır. Bu sebeple, ilgili hükmün Anayasa’nın 128’inci maddesine aykırı olduğu kabul edilmelidir.

Özel hukuk kişinin idari para cezası tahsil etmesini mümkün kılan bir başka düzenleme de 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Hizmetleri Hakkında Kanun’da yer almaktadır. Kanunun 30’uncu maddesinin 5’inci fıkrasına göre, “*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 çıkış yaptığı mesafeye ait geçiş ücreti ile birlikte, bu ücretin dört katı tutarında ceza, genel hükümlere göre tahsil edilir.*” İşletici şirket, Kanun’un 2’nci maddesine göre, “*ilgili mevzuat hükümleri uyarınca işletme hakkı verilen veya devredilen Türkiye’de kurulmuş sermaye şirketleri*”dir. Özel hukuk kişisi olan işletici şirket, işletme hakkına sahip olduğu ya da devraldığı otoyol veya erişme kontrollü karayollarında, ücret ödemedен yapılan geçişlerin önlenmesi amacıyla para cezası tahsil edebilmektedir. Yine Kanun’un 30’uncu maddesinin 1’inci fıkrasına göre,

¹⁵² “İzin verilen süre sonunda, muayenesi yapılmadan veya muayene sonucunda emniyetsiz raporu verilen araçların trafiğe çıkarılması hâlinde, araç sahibine 488 Türk lirası idari para cezası verilir.”

“Genel Müdürlük işletimindeki otoyollar ile erişme kontrolünün uygulandığı karayolları için belirlenen geçiş ücretlerini ödemedен geçiş yaptığı tespit edilen araç sahiplerine Genel Müdürlük tarafından, geçiş ücreti ödemedен giriş çıkış yaptığı mesafeye ait geçiş ücretinin dört katı tutarında idarî para cezası verilir”. Yani, işletici şirket kendi işlettiği yollarla sınırlı olmak üzere, Karayolları Genel Müdürlüğünün yetkisinde olan idari para cezası işlemini tesis edebilmektedir.

Kanun’un 30’uncu maddesinin 5’inci fıkra hükmü *“öngörülen cezanın idari para cezası niteliğinde olduğu, Karayolları Genel Müdürlüğünün otoyolları işletme hakkını devrettiği özel hukuk tüzel kişisine idari para cezası verme yetkisini de devrettiği, idari para cezasının bir idari yaptırım türü olduğu, niteliği gereği idari yaptırımların kanunen yetkilendirilmiş bir idare tarafından uygulanması gerektiği”* gerekçesiyle AYM önüne götürülmüştür¹⁵³. AYM, hükümde atıf yapılan kanunlar çerçevesinde özel kişilere işletme hakkı verilen veya devredilen yollar ile Karayolları Genel Müdürlüğünün işletimindeki aynı nitelikteki yolların yapım ve işletilmesine ilişkin usul ve esasların birbirinden farklılık gösterdiğini, şirket tarafından tahsil edilecek cezanın ve cezayı gerektiren eylemin niteliğinin kanunda belirtilmediğini, hâlbuki aynı maddede kamu tüzel kişiliğine sahip Karayolları Genel Müdürlüğünün işletimindeki otoyollar ile erişme kontrolünün uygulandığı karayollarından geçiş ücreti ödenmeden geçiş yapılması şeklinde gerçekleşen eylemin kabahat olarak ve bu eylem sebebiyle ödenmesi gereken para cezasının ise idari para cezası olarak nitelendirildiğini, ancak itiraz konusu kural kapsamında gerçekleşen eylemin kanun koyucu tarafından kabahat olarak nitelendirilmediğini, dolayısıyla öngörülen cezanın da idari para cezası olmadığını, *“bu sebeple ödenecek cezanın da kolluk faaliyeti içinde yer alan idari nitelikte bir yaptırım olarak kabul edil[emeyeceğini]”* ifade etmiştir. Mahkeme, *“işletici şirketlerce işletme hakkının bir uzantısı olarak kontrolsüz geçişlerde takdir edildiği anlaşılan ve işletme gelirleri üzerinde etki ve sonuç yarattığı değerlendirilen itiraz konusu kuraldaki cezanın, klasik anlamda idari yaptırım niteliğindeki idari para cezalarından farklı, idare hukuku alanından ziyade özel hukuk alanına yaklaşan, kendine özgü (sui generis) bir niteliğe sahip olduğu[nu]”* belirterek, Anayasa’nın 128’inci maddesine aykırılık olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

¹⁵³ AYM, E.2017/166, K.2018/8, T:18.01.2018, RGTS:27.2.2018/30345.

Yüksek Mahkeme, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün tahsil edeceği ceza ile işletici şirketin tahsil edeceği cezanın niteliği arasında bir fark olduğu yolunda bir değerlendirmede bulunmuştur. 30'uncu maddenin ilk fıkrasında "Genel Müdürlük tarafından idari para cezası" verileceği düzenlenirken, beşinci fıkrasında "işletici şirket tarafından ceza" verileceğinin düzenlenmesi, Mahkeme tarafından yapılan yoruma dayanak teşkil etmiştir. Ancak bilinmektedir ki, Anayasa'ya uygunluk denetiminde, *"hukuksal metinlerin niteliklerinin saptanabilmesi için, o metinlerin adına ya da sözcüklerine değil, amacına, içeriklerine ve etkilerine bakılması ve değerlendirmenin buna göre yapılması gerekmektedir"*¹⁵⁴. Karara karşı yazılan görüşlerde de belirtildiği üzere, *"işletmecisinden bağımsız olarak, otoyol veya erişme kontrolünün uygulandığı karayolundan ücret ödmeden geçiş yapılması şeklinde gerçekleşen eylemlerin yaptırma tabi tutulması, kamu açısından oluşan zararın giderilmesi ile kamu hizmetinin düzenli olarak işlemesi[ni amaçladığından], öngörülen para cezasının da idari yaptırım niteliği taşıdığı kabul edilmelidir."* Maddenin iki ayrı fıkrasında getirilen ceza düzenlemelerinin amacı, ceza miktarı ve cezayı doğuran olay aynı olduğu için bu cezaların aynı nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Diğer yandan, İşletici şirketin tahsil edeceği para cezasının, İşletici'nin işletme hakkının uzantısı olarak yorumlanması yerinde değildir. Benzer bir durumda Fransız Danıştay, plaj işletme hakkını devralan özel kişinin plaj güvenliğini sağlama yetkisini kullanamayacağına ve devredilen kamu hizmetiyle bağlantılı olsa da kolluk yetkisinin idarede kaldığına hükmetmiştir¹⁵⁵.

B- Özel Kişinin Doğrudan İdari Eylemde Bulunmak Suretiyle Kolluk Yetkisi Kullanması

Genel idari kolluk yetkisi, esas itibarıyla emniyet teşkilatı ve jandarma genel komutanlığı tarafından genel kamu düzeninin sağlanması amacıyla yürütülmektedir. PVSK incelendiğinde, polisin güvenlik, genel sağlık, esenlik ve genel ahlakın

¹⁵⁴ AYM, E.2004/92, K.2008/119, T:12.06.2008, RGTS:05.11.2008/27045.

¹⁵⁵ CE, 23.05.1958, Amoudruz, RDCE, 1958, s.302'den aktaran Gözler, **a.g.e.**, s.490 ve de Laubadère André/Venezia Jean-Claude/Gaudemet Yves, **Traité de droit administratif**, Cilt 1, Droit administratif général, 15. Baskı, Paris: LGDJ, 1999, s.851. Kamu hizmetlerinin özel kişilere devrinin yaygınlaşması, kolluk yetkilerinin de özel kişilere devrini gündeme getirmiştir. Zira birçok kamu hizmeti, bünyesinde ilgili kolluk yetkileri de barındırmakta, kamu hizmetinin özel kişilere devri anayasal düzlemde meşrulaştırılsa da, söz konusu devrin kolluk yetkilerine de yayılması egemenlik ve kamu görevlilerince yürütülmesi zorunlu hizmetler bakımından Anayasa'ya aykırılık teşkil edebilmektedir.

korunması amacıyla çeşitli yetkilerle donatıldığı görülecektir. Bununla beraber genel idari kolluğun hedeflediği en temel kamu düzeni unsuru güvenliktir.

Genel idari kolluk bağlamında güvenlikten kasıt iç güvenliktir. Toplumun dış kaynaklı tehlikelerden korunması ise idari kolluğun değil, Türk Silahlı Kuvvetlerinin görevidir. Bu bağlamda güvenlik, bireylerin can ve mallarına herhangi bir saldırı gerçekleşmeyeceğinden ve bunlara zarar verebilecek tehlike ve kazalara maruz kalmayacağından emin kılınmasıdır¹⁵⁶. Daha geniş anlamda, bireylerin hukuk sınırları içinde sahip oldukları özgürlükleri zarara uğrama kaygısı olmadan kullanabilecekleri ortamın sağlanmasıdır.

Güvenliğin tesisi, idari kolluk eylemleriyle mümkündür. Kimlik sorma, arama, yakalama ve hatta silahla etkisiz hale getirme eylemleri kolluk personeli tarafından başvuru doğrudan idari eylemlerdir¹⁵⁷. Kolluk görevlileri, söz konusu eylemlere, kanunda gösterilen şartlar oluştuğunda re'sen başvururlar. Herhangi bir merciin onayına ihtiyaç duyulmaksızın gerekli eylemlerin icra edilmesi, yani re'sen icra, egemenlikten kaynaklanan bir kamu gücü ayrıcalığıdır¹⁵⁸. Kişi hak ve özgürlüklerini sınırlayan ya da engelleyen bu tür eylemlerin özel hukuk kişileri tarafından icrası, onların bir egemenlik yetkisi kullanması anlamına gelecektir¹⁵⁹.

Diğer yandan kamu özgürlüklerine müdahale teşkil eden doğrudan idari eylemler kanun koyucu tarafından oldukça sıkı şartlar altında düzenlense de uygulayıcının takdirine bırakılan durumlar da söz konusudur. Somut olayda kanunda tarif edilen soyut tehlikenin var olup olmadığına ya da ne derecede var olduğuna karar vererek kişi hak ve hürriyetlerine o oranda müdahale edecek olan yetkilinin takdir alanı bulunmaktadır. Söz konusu yetkilerin özel kişilere verilmesi durumunda, özel kişi takdir yetkisi kullanmak suretiyle doğrudan kamu gücü kullanmış olacaktır.

¹⁵⁶ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s.587; Akgül, **a.g.e.**, s.98; Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **a.g.e.**, s.987.

¹⁵⁷ Yayla, **a.g.e.**, s.58.

¹⁵⁸ Erkut Celal, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, İstanbul: Yenilik Basımevi, 2004, s.47.

¹⁵⁹ CC, 10.03.2011, No:2011/625 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr>) Fransız Anayasa Mahkemesi, “terör eylemlerine veya saldırı ve hırsızlığa elverişli yerlerde, ilgili belediyei bilgilendirmek şartıyla, özel hukuk tüzel kişilerinin bina ve kuruluşlarının etrafında güvenliği sağlamak amacıyla, kamusal alanda videoyla izleme yapabileceği”ne ilişkin düzenlemeyi, “kamu gücünden ayrılmaz nitelikte genel idari kolluk yetkilerinin özel bir kişiye devredilemeyeceği” gerekçesiyle iptal etmiştir.

Güvenliğin sağlanması görevi ve bu görevin gerçekleştirilmesine yarayacak araçları kullanma yetkisi devlete verilmiştir. Devlet, kamusal alanlarda kamusal düzenin sağlanması için meşru güç kullanımı konusunda yetkili tek erktir¹⁶⁰. Özel kişiler tarafından başkasının eşyalarının aranması, el konulması veya onlar üzerinde zor kullanılması suç teşkil ederken, bu eylemler idare tarafından yasal bir yetki çerçevesinde gerçekleştirilebilmektedir. Özel hukuk kişileri, ancak meşru müdafaa, ıztırar hali gibi istisnai durumlarda meşru şekilde güç kullanabilirler. Dikkat edilirse bu istisnai durumlar da kamu güvenliği için değil, kişinin kendi güvenliğini sağlaması için öngörülmüştür.

Anayasa'nın "Devletin temel amaç ve görevleri" başlıklı 5'inci maddesinde *"kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak"* Devlet'e görev ve amaç olarak yüklenmiştir. Şüphesiz ki söz konusu gerekli şartlar içinde en vazgeçilmez olanı güvenliğin sağlanmasıdır. Devlet, güvenliği sağlamakla yükümlü kılınsa da, anılan anayasal düzenlemede bu görevin bizzat devlet teşkilatı tarafından yerine getirilmesinin zorunlu olduğu öngörülmemiştir. Güvenlik hizmetinin kimin tarafından yürütüleceğine dair kural Anayasa'nın 128'inci maddesinde bulunmaktadır. Güvenliğin sağlanması için başvuru idari kolluk eylemleri, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerdendir. Zira, söz konusu idari kolluk eylemlerine toplum güvenliği bakımından sürekli ihtiyaç bulunmakta ve bu eylemler kamu özgürlüklerini doğrudan kısıtlamakta ve hatta zor kullanmayı gerektirmektedir. Bu nedendir ki güvenliğin sağlanması için gerekli doğrudan idari eylemlerin kamu görevlilerince gerçekleştirilmesi anayasal bir zorunluluktur¹⁶¹.

Bununla birlikte mevzuatımızda özel hukuk kişilerine güvenlik hizmetinin sağlanması amacıyla kimlik sorma, arama, yakalama ve zor kullanma gibi yetkiler verildiği ve böylece özel hukuk kişilerinin temel hak ve özgürlüklere müdahale

¹⁶⁰ Loyo Harry, "Özel Güvenlik Kuruluşları Polisin Bir Alternatifi midir?", Çev. Kenan Çıkar, **Polis Dergisi**, Sayı:38, Ankara: Emniyet Genel Müdürlüğü Basımevi, 2004, s.500.

¹⁶¹ Yayla, **a.g.e.**, s.45; Genel idari kolluğun özel kişilere devredilemeyeceği hakkında bkz. Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **a.g.e.**, s.510.

edebildiği görülmektedir. Özel güvenlik görevlileri ve geçici köy (güvenlik) korucuları ile gönüllü koruculara ilişkin düzenlemelerin bu kapsamda ele alınması mümkün gözükse de; öncelikle söz konusu kişilerin özel hukuk kişisi olup olmadıklarının tespit edilmesi gerekmektedir.

Türkiye’de ilk olarak 1981 tarihli ve 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun ile düzenlenen özel güvenlik, kamu mülkiyetinde ya da özel mülkiyette olması fark etmeksizin kamusal yarara hizmet eden yerlerin korunması amacını taşımaktaydı¹⁶². 2495 sayılı Kanun’u yürürlükten kaldırarak yürürlüğe giren 26.06.2004 tarihli ÖGHK’da, özel güvenliğin “kamu güvenliğini tamamlayıcı mahiyette” olduğu öngörülmüştür¹⁶³. Başka bir deyişle ÖGHK, salt özel alanın korunması amacını değil, kamusal güvenliğin sağlanması görevinin özel bir teşkilatla paylaşılmasını hedef almaktadır. Oysa “kamu güvenliği”nin sağlanması Devlet’in asli ve münhasır görevlerindendir¹⁶⁴.

ÖGHK’da özel güvenlik görevlilerinin “işçi” ya da “kamu görevlisi” niteliği açık bir şekilde belirlenmiş değildir. Hem özel hukuk kişilerinin hem de kamu tüzel kişilerinin korunmasında görev alabilen özel güvenlik görevlilerinin statüsü ÖGHK’da sayılan farklı ihtimallere göre ayrı ayrı incelenmelidir. ÖGHK’nın 3’üncü maddesine göre, “*Kişilerin silahlı personel tarafından korunması, kurum ve kuruluşlar bünyesinde özel güvenlik birimi kurulması veya güvenlik hizmetinin şirketlere gördürülmesi özel güvenlik komisyonunun kararı üzerine valinin iznine bağlıdır.*”. Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin (“Özel Güvenlik Yönetmeliği”) 7’nci maddesinde de, “*özel güvenli[ğin], kişiler tarafından özel güvenlik görevlisi istihdam edilerek; kurum veya kuruluş bünyesinde özel güvenlik birimi kurularak veya özel güvenlik şirketlerinden hizmet satın alınmak*

¹⁶² Hâlbuki 1960’larda Amerika Birleşik Devletleri’nde ortaya çıkan özel güvenlik “*mülk sahiplerinin mülklerine erişimi kontrol etme, onu kullanma ve yönetme haklarından, yani mülklerini özel olarak koruma taleplerinden ortaya çıkmıştır.*” Ancak zamanla güvenlik yetkileri, özel alanları aşarak kamusal alanlarda görülmeye başlamıştır. Shearing & Stenning “Private Security: Implications for social control”, **Social Problems**, V.30, No:5, 1983, s.497 ve 493. (www.jstor.org) Fransa’da özel güvenliğe kamusal yetkiler veren 21.01.1995 tarihli Güvenliğe ilişkin Programlama ve Yönlendirme Yasası’na kadar, Devlet’in kolluk yetkilerini kullanmada tek güç olduğu söylenmekteydi. Bauer Alain/ Ventre André-Michel, **Les polices en France**, 2. Baskı, Paris: Presses Universitaires de France, 2002, s.97.

¹⁶³ Özel güvenliğin, genel idari kolluk niteliğinde olduğu hakkında bkz. Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.588; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s.669.

¹⁶⁴ Fransa Anayasa Mahkemesi, güvenlik hizmetinin kamu gücüyle bağlantılı olması sebebiyle ve doğası gereği özel kişilerce yürütülemeyeceği yönünde içtihat geliştirse de, özel güvenlik hizmetinin belli şartlar altında yürütülebileceğini kabul etmiştir. Fonouni-Farde, **a.g.m.**, s.4.

suretiyle sağlanabil[ceği]” ifade edilmiştir. O halde özel güvenlik görevlileri üç farklı hukuki çerçeve içinde bulunabilmektedir: Kişilerin silahlı personel tarafından korunması, kurum ve kuruluşlar bünyesinde özel güvenlik birimi kurulması ve güvenlik hizmetinin şirketlere gördürülmesi.

Birinci ihtimal olan gerçek kişilerin silahlı personel tarafından korunması, ÖGHK’dan önce yürürlükte olan 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun’da düzenlenmemiş bir husus idi. Ancak o dönemde de insanlar can ve mal güvenliklerinin sağlanması amacıyla meşru müdafaa hakkı sınırları içinde hareket edebilen silahlı ya da silahsız koruma görevlileri istihdam ediyorlardı¹⁶⁵. ÖGHK ile birlikte silahlı şekilde kişi korumasında çalışanlar, izin rejimi kapsamına alınmıştır. Kişilerin silahsız personel tarafından korunması ise ÖGHK kapsamında olmadığından izin rejimine tabi olmaksızın medeni hukuk sınırları içinde yürütülebilmektedir. İzne tabi olmaksızın, sayı ve nitelik sınırlaması da olmadan silahsız özel korumalara başvurulabilmesi doktrinde eleştirilmektedir¹⁶⁶.

Silahlı ya da silahsız olmasından bağımsız olarak kişilerin korunması faaliyetini yürütenler hizmet sözleşmesi çerçevesinde “işçi” statüsünde çalışmaktadırlar¹⁶⁷. ÖGHK uyarınca hem özel güvenlik şirketi bünyesinde çalıştırılan özel güvenlik görevlilerinden hem de bireysel olarak çalışma izni almış özel güvenlik görevlilerinden sözleşme yapılmak suretiyle güvenlik hizmeti alınabilecektir. Her iki durumda da güvenlik hizmeti alan ile hizmet sunan arasında doğrudan ya da dolaylı olarak hizmet ilişkisi kurulmaktadır.

İkinci ihtimal olan kurum ve kuruluşlar bünyesinde özel güvenlik birimi kurulmasından ne anlaşılması gerektiği açık değildir. 2495 sayılı mülga kanun döneminde, özel güvenliğe konu olma bakımından özel mülkiyet veya kamu mülkiyeti arasında ayırım yapılmadığından ve ÖGHK’da da aksini belirten bir ibare olmadığından hem özel kuruluşlarda hem de kamu kurum ve kuruluşlarında özel güvenlik birimi kurulabileceği kabul edilmelidir¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Akgül, **a.g.e.**, s.173; Sever, **a.g.e.**, s.225.

¹⁶⁶ Karan Nur, “Özel Güvenlik”, **Legal Hukuk Dergisi**, Sayı 50, 2007, s.430.

¹⁶⁷ Tan, **a.g.e.**, s.410; Ayaydın Cem, “5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun (“Özel Güvenlik”)), **GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 3, Sayı 2, 2004, s.132; Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Tekinsoy, **a.g.e.**, s.704.

¹⁶⁸ Sever, **a.g.e.**, s.224; Karan, **a.g.m.**, s.433.

Özel bir kuruluş bünyesinde kurulan güvenlik biriminde çalışanlar, ilgili kuruluş ile aralarında akdedilen hizmet sözleşmesi uyarınca faaliyet gösterdiklerinden, “işçi” statüsünde olacaklardır. Bir kamu kuruluşundaki özel güvenlik biriminde çalışanlar noktasında ise doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Sever’e göre, Devlet Personel Başkanlığı’nca devlet kurumlarındaki özel güvenlik birimlerinde memur, işçi ve sözleşmeli personel unvanlarında güvenlik görevlileri çalıştırıldığına göre özel güvenlik görevlisinin her üç statüde de bulunması mümkündür¹⁶⁹. Bu görüşe göre sadece işçi statüsündeki personel bakımından kamusal yetkilerin kullanımı tartışılmalı olmakta; memur veya sözleşmeli personel statüsünde bulunan güvenlik görevlileri kamu görevlisi oldukları için kurumun korunmasında kamusal yetkileri kullanmaları Anayasa’nın 128’inci maddesi bakımından bir aykırılık teşkil etmemektedir.

Buna karşın, Ayaydın, bu görevliler ile kamu kurum ve kuruluşları arasındaki hukuki ilişkinin bir özel hukuk ilişkisi olduğu sonucuna varmakta ve buna dayanak olarak da ÖGHK’nın 2495 sayılı kanunun aksine, “atama”dan değil, “istihdam”dan bahsetmesini göstermektedir¹⁷⁰. Gerçekten de ÖGHK’nın 3’üncü maddesinde “*Kişi ve kuruluşların talebi üzerine, güvenlik hizmetinin istihdam edilecek personel eliyle sağlanması*”ndan bahsedilmektedir. Halbuki 2495 sayılı mülga kanunun “Personelin Atanması, Statüsü ve Özlük Hakları” başlıklı 15’inci maddesinde, “*Özel güvenlik teşkilâtında görevli personel[in], statü ve özlük hakları bakımından, genel olarak bağlı bulundukları kuruluşun mevzuatına tabî*” oldukları düzenlenmişti. O halde, mülga kanun döneminde kamu kurum ve kuruluşunda görevli özel güvenlik personelinin “kamu görevlisi” olduğu söylenebilecekken¹⁷¹, bu düzenlemenin ÖGHK’dan kaldırılmış olması karşısında, artık bu görevlilerin kamu görevlisi olmadığı sonucuna ulaşılması gerekecektir¹⁷². Karan da kendi bünyesinde özel

¹⁶⁹ Sever D. Çiğdem, “Kolluk Yetkilerinin Devredilmezliği İlkesi Açısından Özel Güvenlik”, **Sarper Süzek’e Armağan**, Cilt 3, Ankara: Beta Yayınları, 2011, s.7.

¹⁷⁰ Ayaydın, “Özel Güvenlik”, s.132-133.

¹⁷¹ Özel güvenlik personelinin memur olarak değerlendirildiği karar için bkz. AYM, E.2002/38, K.2002/89, T:8.10.2002, RGTS: 26.12.2002/24975. 2495 sayılı kanunun 16/h hükmüne göre özel güvenlik teşkilâtında çalıştırılacak personelde “*son beş yıl içinde herhangi bir siyasi partiye üye olmamak veya siyasi partinin organları veya bağlı kuruluşlarında görev yapmamış bulunmak*” şartı aranmasını itiraz yoluyla AYM’ye götüren Danıştay 12. Dairesi “*kamu görevlileri hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamaların, hizmetin etkin ve verimli bir biçimde yürütülmesi amacına uygun olması gerektiği, Anayasa’nın kişilere tanıdığı siyasi parti üyesi olma hakkının, ancak memuriyet statüsüne girdikten sonra Devlet Memurunun tarafsızlığını zedelememesi amacı ile sınırlanabileceği, memuriyet statüsüne girmeden kullanılabilecek bir hakkın memuriyete giriş için yasaklayıcı bir şart olarak kabul edilemeyeceği ...*” tespitinde bulunmuştur.

¹⁷² Aynı görüş için bkz. Akgül, **a.g.e.**, s.181; Aynı yönde karar için bkz. Dan. 1. D., E.2008/502, K.2008/742, T:20.6.2008 (<http://www.kazanci.com>). “*Hatay Belediyesi’nde özel güvenlik adı altında*

güvenlik birimi kuran ya da bireysel olarak özel güvenlik görevlisi istihdam eden özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerinin İş Kanunu hükümlerine göre istihdam gerçekleştirdiğini tespit etmiştir¹⁷³. ÖGHK'nın tazminat ile ilgili 15'inci maddesinin 3'üncü fıkrası da bu görüşü destekler niteliktedir. Buna göre, *“Kamu kurum ve kuruluşlarında bu Kanunda yazılı görevleri yerine getirirken yaralanan, engelli hâle gelen özel güvenlik görevlilerine veya ölen özel güvenlik görevlilerinin kanuni mirasçılara; iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerinde belirtilen tazminat miktarlarından hangisi yüksek ise o miktar ödenir.”* Görüldüğü üzere ÖGHK, kamu kurum ve kuruluşu ile özel güvenlik görevlisi arasında iş sözleşmesi kurulduğunu açıkça ifade etmektedir. Bu durum ise, kamu kurumlarının güvenliğinin özel hukuk kişilerine özel hukuka tabi olarak gördürülmesi anlamına geldiğinden, Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırılık teşkil etmektedir¹⁷⁴.

Üçüncü ihtimal olan güvenlik hizmetinin şirketlere gördürülmesi 2495 sayılı mülga kanunda düzenlenmemiştir. O dönemde bir şirketin ticari uğraş alanının güvenlik hizmeti olması kabul edilmediğinden¹⁷⁵ başka alanda faaliyet gösteren şirketler, izin rejimine tabi olmaksızın güvenlik hizmeti sunmaktaydı. ÖGHK ile güvenlik şirketi kurulabilmesi yolu açılmış; fiili durum kontrol altına alınmaya çalışılmıştır. Özel Güvenlik Yönetmeliği'nde özel güvenlik şirketleri *“Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulan ve üçüncü kişilere koruma ve güvenlik hizmeti veren şirketler”* olarak tanımlanmıştır. Bu şirketler faaliyet gösterebilmek için ÖGHK'nın 5'inci maddesi uyarınca İçişleri Bakanlığından faaliyet izni almak zorundadırlar.

Özel güvenlik şirketlerinden hem özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri hem de kamu kurum ve kuruluşları hizmet alabilmektedir. Kamu kurum ve kuruluşları, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca söz konusu hizmeti satın almaktadır. Ancak bu durum özel güvenlik görevlilerinin statüsünü değiştirmemekte; özel hukuka tabi bu

istihdam edilen işçilerin memurlar eliyle görülmesi gereken hizmetlerde çalıştırıldığı iddiasıyla ilgili olarak yapılan soruşturma sonucu... özel güvenlik elemanlarının trafik denetleme, kaldırım ve yol işgallerinin önlenmesi, seyyar satıcı ve dilencilerin engellenmesi gibi kamu gücünün kullanılmasını gerektiren ve memur eliyle görülmesi gereken zabıta kontrol ve denetim hizmetlerinde görevlendirildikleri konusunda yeterli şüphe olduğundan...”

¹⁷³ Karan, **a.g.m.**, s.437.

¹⁷⁴ Tan, **a.g.e.**, s.410.

¹⁷⁵ Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 23.10.2003 tarihli E. 2003/1066 sayılı kararından aktaran Sever, **a.g.m.**, s.8. Üçüncü kişilere güvenlik hizmeti verilemediği için bir şirket bu hizmeti iştiğal alanı olarak ana sözleşmesine yazamamaktaydı.

sözleşmeler uyarınca kamu tüzel kişileri ile özel güvenlik şirketi arasında hizmet ilişkisi kurulmaktadır¹⁷⁶.

Kamu tüzel kişilerinin kendi güvenliğini sağlamak için özel güvenlik birimi kurması ya da özel güvenlik şirketinden hizmet alması, daha önce de belirtildiği üzere Devletin egemenlik yetkilerini paylaştığını göstermekte ve Anayasa'nın hem 6 hem de 128'inci maddelerine aykırılık teşkil etmektedir. Bu noktada kamu tüzel kişisi olan üniversitelerin özel güvenlik şirketleri tarafından korunması Anayasa'nın 130'uncu maddesinin 5'inci fıkrası kapsamında da değerlendirilmelidir. Buna göre, *“Üniversiteler ve bunlara bağlı birimler, Devletin gözetimi ve denetimi altında olup, güvenlik hizmetleri Devletçe sağlanır.”*. Anayasa'nın 6'ncı ve 128'inci maddeleriyle birlikte yorumlanırsa, üniversitelerin güvenlik hizmetlerinin Devletçe sağlanması, söz konusu hizmetin kamu görevlilerince sağlanması gerektiğini ifade etmektedir. Buna karşın, üniversitelerin özel güvenlik şirketleri tarafından korunması Anayasa'nın 6'ncı ve 128'inci maddelerinin yanı sıra, 130'uncu maddesine de aykırılık teşkil etmektedir¹⁷⁷.

Kamu güvenliğinin sağlanması amacıyla kolluk faaliyetinin yürütülmesine yönelik idari eylemleri gerçekleştirme yetkisi verilen ve fakat hukuki statüsü tartışmalı olan bir grup da geçici köy korucuları¹⁷⁸ ile gönüllü koruculardır. 442 sayılı Köy Kanunu ile öngörülen geçici köy korucuları ile gönüllü korucular, aynı Kanunun 68'inci maddesinde düzenlenen köy korucularından ayrılmaktadır. Köy korucuları, köydeki insanların ırzını, canını ve malını korumakla görevli olup, genel idari kolluk kapsamında değerlendirilmekte¹⁷⁹ ve yerel yönetim kolluk personeli arasında zikredilmekte¹⁸⁰, yani kamu görevlisi sayılmaktadır.

¹⁷⁶ Akgül, **a.g.m.**, s.177.

¹⁷⁷ Bununla birlikte üniversitelerde hizmet alımı yoluyla çalıştırılan özel güvenlik görevlileri 24.12.2017 tarihli ve 30280 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 696 sayılı KHK'nın 127'nci maddesi uyarınca sürekli işçi ya da geçici işçi olarak kamuda istihdam edilmektedirler. Ancak kamuda çalışan işçiler Anayasa'nın 128'inci maddesinde kastedilen diğer kamu görevlileri kapsamında kabul edilmemektedir. (Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, **a.g.e.**, s.212) Kamu çalışanı olsa dahi, kamu görevlisi statüsünde olmayan özel güvenlik görevlilerinin üniversite güvenliğini sağlamaya devam etmesi Anayasa'nın 130'uncu maddesine aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır.

¹⁷⁸ 29.10.2016 tarihli ve 29872 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 676 sayılı KHK ile güvenlik korucusu olarak isimlendirilmişlerdir.

¹⁷⁹ Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Tekinsoy, **a.g.e.**, s.554; Günday, **a.g.e.**, s.297; köy korucularının özel idari kolluk olarak değerlendirilmesi için bkz. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s.596.

¹⁸⁰ Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Tekinsoy, **a.g.e.**, s.560.

Buna karşın, 1985 tarihinde Köy Kanunu'na eklenen hükümle ihdas edilen geçici köy koruculuğu görevi, 74'üncü maddede şu şekilde düzenlenmiştir¹⁸¹: “Bakanlar Kurulunca tespit edilecek illerde; Olağanüstü Hal İlanını gerektiren sebeplere ve şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin köyde veya çevrede ortaya çıkması veya ne sebeple olursa, olsun köylünün, canına ve malına tecavüz hareketlerinin artması hallerinde de, valinin teklifi ve İçişleri Bakanlığının onayı ile yeteri kadar "Geçici Köy Korucusu" görevlendirilebilir. Bu şekilde görevlendirilen geçici köy korucularına görevleri süresince ödenecek ücret ile hizmetin bitiminde verilecek tazminat miktarı ile giyim bedelleri İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca tespit edilir ve Maliye ve Gümrük Bakanlığı bütçesine ilgili transfer harcamaları bölümünden İçişleri Bakanlığı bütçesine aktarılacak ödenekten bu Bakanlıkça karşılanır.” Geçici köy korucuları da köylünün canını ve malını korumakla yetkilendirilmiş ancak bu faaliyeti belirli bir süreyle sınırlandırıldığı için köy korucularının sahip olduğu güvencelerden yoksun bırakılmıştır.

Geçici köy korucularının niteliklerinin, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmediği ve bu yüzden Anayasa'nın 128'inci maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olduğu iddiasıyla, söz konusu hüküm AYM önüne götürülmüş; AYM, 1985 yılında verdiği kararıyla, “geçici köy korucularının yerine getirecekleri görevlerin, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken sürekli görev niteliğinde olmadığından kamu görevlisi sayılamayacaklarına” hükmetmiştir¹⁸². Dolayısıyla 74'üncü maddede sayılan şartlar oluştuğu takdirde köydeki güvenliğin sağlanmasında rol alıp kolluk faaliyeti yürüten geçici köy korucuları, bu karardan sonra kamu görevlisi olarak değerlendirilmemiştir¹⁸³. Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi, AYM'nin tespitinden ayrılarak “geçici köy korucularının

¹⁸¹ 2.7.2018 tarihli ve 700 sayılı KHK ile Köy Kanunu'nun 74'üncü maddenin 2'nci fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: “Cumhurbaşkanınca tespit edilecek illerde; olağanüstü hal ilanını gerektiren sebeplere ve şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin köyde veya çevrede ortaya çıkması veya her ne sebeple olursa olsun köylünün canına ve malına tecavüz hareketlerinin artması hallerinde, valinin teklifi ve İçişleri Bakanının onayı ile yeteri kadar güvenlik korucusu görevlendirilmesi kararlaştırılabilir. Cumhurbaşkanı bu sayıyı yüzde elliye kadar artırmaya yetkilidir. Görevlendirmeyi gerektiren hallerin ortadan kalkması durumunda veya idari zaruret hallerinde görevlendirmeye ilişkin aynı usul uygulanmak suretiyle güvenlik korucusu olarak yapılan görevlendirmelere son verilebilir.”

¹⁸² AYM, E.1985/5, K.1985/23, T:10/12/1985, RGTS:21.01.1986/18995. Mahkeme kararında, geçici köy korucusu faaliyetinin “sürekli” olmadığı sonucuna varılmış ancak asli olmadığı çıkarımı yapılmamıştır. Bu gerekçe, köylünün canı ve malını koruma işinin asli nitelikte bir görev olduğunu göstermektedir.

¹⁸³ Dan. 1.D., E.1996/131, K.1996/242, T:19.12.1996 (<http://www.kazanci.com>). “geçici ve gönüllü köy korucuları ile geçici işçiler ve öğretmenlerin, kamu hizmetlerine geçici ve arızı olarak katıldıkları için kamu görevlisi sayılmasına olanak bulunmadığı...”

görev, yetki ve nitelikleri hakkında herhangi bir düzenlemeye ya da ilave hükme yer verilme[diği], bu durumda geçici köy korucularının, köy korucuları ile aynı statüye tabi oldukları” sonucuna varmıştır¹⁸⁴. Duran’ın da belirttiği gibi, “asil olsun, geçici olsun, köy korucularının işçi niteliği taşımadıklarında ve köy idaresinin de kamu tüzel kişiliklerinden biri olduğunda kuşku bulunmadığına göre, bunların her halükârda Anayasa’nın 128. maddesi kapsamındaki kamu görevlilerinden sayılması”¹⁸⁵ gerekmekte olup, nitelikleri ve güvencelerinin kanunla düzenlenmesi zorunludur.

Kolluk faaliyetinin, düzenli ve sürekli kolluk personeli eliyle yerine getirilmesi gerektiğinden kamu görevlisi statüsünde kabul edilmeyen geçici köy korucularının bu faaliyeti yürütmesi hukuken doğru değildir¹⁸⁶. PKK’nın eylemlerine başladığı yıllarda getirilen düzenleme, başlangıçta geçici olarak düşünülse de bu sistemde istihdam edilen kişi sayısı sürekli artmıştır¹⁸⁷. Böylece AYM’nin geçici olarak değerlendirdiği görev, fiiliyatta sürekli hale gelmiştir. Dolayısıyla süreklilik arz eden “geçici köy koruculuğu müessesesi” için, bu görevlilerin kamu hizmetine katılmalarına rağmen ücret, özlük ve emeklilik haklarının oldukça sınırlı olması sebebiyle, kanunda değişiklik yapma ihtiyacı doğmuştur. Bu minvalde 442 sayılı Köy Kanunu’nda 2007 yılında 5673 sayılı kanun ile yapılan düzenlemelerle birlikte¹⁸⁸, geçici köy korucularının aylık alacakları ücret “11.500 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan aylık katsayısı ile çarpımı sonucunda bulunacak miktar”a sabitlenmiştir. Yaş sebebiyle ilişkileri kesilen geçici köy korucularından on beş yıl veya daha fazla hizmeti olanlara hayatta bulundukları sürece belli miktarda Sosyal Güvenlik Kurumunca aylık bağlanması öngörülmüştür. Eski hükümde ücret ve tazminat hakları İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenen geçici köy korucularının ücret ve emeklilik haklarının (“emeklilik lafzı kullanılmasa dahi emeklilik benzeri bir sistem getirilmiş¹⁸⁹”) kanunla düzenlendiği ve geçici koruculuk müessesinin sürekli bir müessese haline getirildiği anlaşılmaktadır. Bu eğilimin daha

¹⁸⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi (Cz. B), E.1991/1, K.1991/8, T:04.03.1991 (<http://www.kazanci.com>)

¹⁸⁵ Duran Lütfi, “Anayasa Mahkemesi’ne Göre Türkiye’nin Hukuk Düzeni-II”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 19, Sayı 2, 1986, s.18 (http://www.todaie.edu.tr/yayinlar/dergi_goster.php?kodu=929&dergi=1). Kamu görevlisi tanımları; “bir kamu tüzel kişisi tarafından kamu hukuku bağıyla istihdam edilen görevlidir.” Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.618. “Dar anlamda kamu görevlisi, kamunun bir teşkilatında görev alan, özel hukuk hükümlerine tabi olarak çalışanlar ile devletin siyasi yapısını oluşturan organlardaki görevliler dışında kalan kamu çalışanlarıdır.” Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s.646.

¹⁸⁶ Günday, **a.g.e.**, s.303.

¹⁸⁷ Erat Veysel, “Kamu Görevlisi Kavramı Açısından Geçici Köy Korucuları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi İİBF Dergisi**, Cilt 28, Sayı 1, 2013, s.187.

¹⁸⁸ Tan, **a.g.e.**, s.410.

¹⁸⁹ Erat, **a.g.m.**, s.187.

net ifadesi olarak, 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (“KHK”) ile 2016 yılında “geçici köy korucusu” kavramı “güvenlik korucusu” olarak değiştirilerek, fiilen anlamsızlaşan “geçicilik” vasfı hukuken de kaldırılmıştır.

Hâlihazırda güvenlik korucuları, köy sınırı içinde herkesin ırzını, canını ve malını koruyan köy korucularına benzer şekilde köyün güvenliğini sağlayarak asli ve sürekli bir kamu hizmeti yürütmektedir. Güvenlik korucularının görevlendirilmesini gerektiren hallerin ortadan kalkması durumunda veya idari zaruret hallerinde görevine son verilebilecek olması, yürütülen faaliyete içkin olan “süreklilik” özelliğini ortadan kaldırmamaktadır. Güvenlik korucuları silah ve cephane bulunduran, gerektiğinde güvenlik güçleriyle birlikte operasyonlara katılan bir kolluk kuvvetidir. Kanaatimizce, AYM’nin 1985 tarihli kararında “geçici” nitelikleri gerekçe gösterilerek özel hukuk kişisi sayılan geçici köy korucuları, son kanuni düzenlemelerle birlikte kamu görevlisi olarak değerlendirilmelidir¹⁹⁰.

Gönüllü korucular -yeni adıyla gönüllü güvenlik korucuları- ise Köy Kanunu’nun 74’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında, “*mahsul zamanlarında çapulcular ve eşkıyaya karşı köy halkını yağmadan korumakla*” görevli kılınmıştır. Muhtar ve ihtiyar meclisinin teklifi ve kaymakamın izniyle görev alan bu köylüler, asıl korucularla beraber yağmacılara ve eşkıyaya karşı köy ve köylüyü korurlar. Gönüllü güvenlik korucuları, söz konusu görevlere gönüllü olan ve eli silah tutan köylülerden oluşmakta ve yürüttükleri hizmet karşılığında herhangi bir ücret almamaktadırlar. Bu görevliler, her ne kadar köy kamu tüzel kişiliğine bağlı çalışsalar da kamu tüzel kişisi ile kurdukları ilişki gönüllülük esasına dayanır ve geçici bir göreve ilişkindir; bu sebeple gönüllü güvenlik korucuları özel hukuk kişileridirler¹⁹¹. Bununla birlikte, 74’üncü maddeye 2017 yılında eklenen 9’uncu fıkra uyarınca, valinin teklifi ve içişleri bakanının uygun görmesi halinde, gönüllü güvenlik korucuları operasyonel faaliyetlerde de görevlendirilebilecek ve teröristle mücadeleye katılabilecektir¹⁹².

¹⁹⁰ Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s.828. Geçici köy korucuları, statüleri özellik taşıyan personel olarak ele alınmaktadır.

¹⁹¹ İdare ile gönüllü olarak iş birliği yapanların kamu görevlisi olmadığı ifade edilmiştir. Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.619.

¹⁹² Köy Kanunu’nun 75’inci ve devamı maddelerinde, korucuların tamamını kapsayacak şekilde, kendilerine Hükümet tarafından demirbaş olarak silah ve cephane verileceği ve bunların hangi şartlar altında kullanılacağı düzenlenmiştir.

Gönüllü güvenlik korucuları, kamu hizmetine katılma biçimi bakımından fiili memura benzemektedir. Fransız yargı içtihatlarıyla geliştirilen fiili memur teorisine göre yetkisiz kişilerin kamusal bir faaliyete katılarak tesis ettikleri işlemler, istisnai olarak idarenin ajanı tarafından yapılmış gibi geçerli sayılır¹⁹³. İdare, kamu faaliyetini yürütmek üzere bir memur yetkilendirmemişse üçüncü kişiler, o kamu faaliyetinin gerektirdiği işlemleri yapan fiili memur ile hukuki ilişkiye girmek durumunda kalır¹⁹⁴. Söz konusu teori, idari işlemlerin görünüşüne olan güvenin korunması veya zaruret halinde kamu hizmetlerinin devam ettirilmesi gerekliliğine dayanmaktadır¹⁹⁵. Gönüllü güvenlik korucuları statüsü yaratılmamış olsaydı, bazı köylülerin mahsul zamanlarında çapulcular ve eşkıyaya karşı köy halkını koruması, zaruret halinde kamu güvenliğinin sağlanmasını hedeflediğinden bu köylüleri fiili memur olarak değerlendirmek mümkün olacaktı¹⁹⁶. O halde, kamusal yetki kullanımı zaruret halinde istisnai olarak meşrulaştırılabilen köylülere, kanun koyucunun gönüllü güvenlik korucusu olarak genel bir yetki vermesi isabetli değildir. Köy Kanunu’nun ilgili hükmü, istisnai olarak ve somut olaya göre uygulanabilecek bir teoriyi genel kural haline getirmekte; kamu hizmetinin asıl sahibinin idare olduğu prensibini yansıtmamaktadır.

Tüm bu açıklamalar ışığında, özel güvenlik görevlileri ve gönüllü güvenlik korucularının özel hukuk kişileri olarak kolluk faaliyetine ilişkin doğrudan idari eylemlerde bulunabildikleri görülmektedir. Özel güvenlik düzenlemeleri, Anayasa’nın 128’inci maddesinde düzenlenen “kamu görevlilerince yürütülmesi zorunlu hizmetler” bakımından AYM önüne getirilmemiştir. Diğer deyişle, özel güvenlik görevlilerine verilen yetkilerin “kamu görevlilerince yürütülmesi zorunlu hizmetler” den olup olmadığı mahkeme nezdinde tartışılmamıştır. Buna karşın Danıştay 1. Dairesi, özel güvenlik görevlilerinin “*kamu gücünün kullanılmasını gerektiren ve memur eliyle görülmesi gereken zabıta kontrol ve denetim hizmetlerinde*” görevlendirilemeyeceğini

¹⁹³ Aksoylu Özge, **La conciliation par le juge de la légalité et de la sécurité juridique comparaison franco-turque**, Doktora Tezi, Cilt 1, Université Paris I Pantheon-Sorbonne, 2011, s.214; “*Sadece işlemlerin değil bazı eylemlerin de zaruret nedeniyle yetkisiz kişiler tarafından yapılabileceği ve bu kişilerin fiili memur oldukları kabul edilmektedir.*” Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.308.

¹⁹⁴ Rousseau J. Th., **Essai d’une théorie de la fonction et des fonctionnaires de fait**, Tez, Paris, 1914, s.119’dan aktaran Aksoylu, **a.g.e.**, s.209.

¹⁹⁵ Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.307.

¹⁹⁶ Fransız literatüründe “gönüllü işbirlikçileri” olarak adlandırılan bu kişilerin yaptıkları eylemler idarenin eylemi olarak kabul edilir ve bunlardan doğan zarar idarenin sorumluluğunda olur. Chapus, **a.g.e.**, s.1305’ten aktaran Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.308. Ancak mevcut durumda muhtar ve ihtiyar meclisinin teklifi ve kaymakamın izniyle görev alan gönüllü güvenlik korucuları fiili memur olarak nitelenemeyecektir.

belirterek genel prensibi ortaya koymuştur¹⁹⁷. Buradan hareketle, kişi özgürlüğüne müdahale teşkil eden ve zor kullanmayı gerektiren doğrudan idari eylemlerin özel kişilerce kullanılamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Diğer yandan üçüncü kişilerin temel hak ve özgürlüklerine doğrudan eylemle müdahale teşkil eden her yetki, her zaman üstün bir yetki ifade edemeyebilir. Hukuk düzeni güvenlik ihlallerine ani müdahale edilebilmesi ve kolluk kuvvetlerinin olay yerinde hazır olamaması nedeniyle doğacak zararların engellenmesi amacıyla, bireylerin kendilerini veya üçüncü kişileri savunabilmesi için onlara ölçülü olmak kaydıyla cebir kullanma hakkı tanıyabilmektedir¹⁹⁸. Bu nitelikteki yetkiler, üçüncü kişilere göre bir üstünlük ifade etmediğinden, burada idari kolluk yetkisinin devri söz konusu olmamaktadır¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Dan., 1. D., E.2008/502, K.2008/742, T:20.6.2008 (<http://www.kazanci.com>) "...itiraz dilekçesi eki belgelere göre özel güvenlik elemanlarının trafik denetleme, kaldırım ve yol işgallerinin önlenmesi, seyyar satıcı ve dilencilerin engellenmesi gibi kamu gücünün kullanılmasını gerektiren ve memur eliyle görülmesi gereken zabıta kontrol ve denetim hizmetlerinde görevlendirildikleri, Belediye Başkanının ifadesinde de özel güvenlik elemanlarının zabıta hizmetlerine yardımcı olduklarının belirtildiği bu itibarla memur eliyle görülmesi gereken hizmetlerin özel güvenlik elemanlarınca yerine getirildiği..."; Kamu İhale Kurulu bir kararında (2006/UH.Z-938, 10.04.2006) belediye zabıta hizmetlerinin, genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli bir görev olması ve ancak kamu görevlileri eliyle yürütülebileceği gerekçesiyle "zabıta hizmetlerinin yaptırılması hizmet alımı" ihalesini iptal etmiştir. Aktaran Tan, **a.g.e.**, s.350.

¹⁹⁸ Sever, **a.g.m.**, s.241.

¹⁹⁹ ÖGHK Madde 7/1-c: *Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ("CMK") 90'ıncı maddesine göre yakalama yetkisi. "Bir kişiye suç işlerken rastlanması halinde veya suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması hallerinde"* herkes yakalama yapabilecektir. Kanun koyucu kamu düzeninin korunması için herkese suçüstü hallerine müdahale etme imkânı tanımıştır.

7/1-e: *Yangın, deprem gibi tabii afet durumlarında ve imdat istenmesi halinde görev alanındaki işyeri ve konutlara girme.* Yangın halinde eve girme, ıztırar (zorunluluk) hali kapsamında değerlendirildiği için burada ayrıcalıklı bir yetki kullanımı bulunmamaktadır. Yenisey Feridun/ Nuhoglu Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s.281.

7/1-ı: *Kişinin vücudu veya sağlığı bakımından mevcut bir tehlikeden korunması amacıyla yakalama.* e ve ı bendindeki yetkiler ıztırar (zorunluluk) halini işaret etmektedir. "İztırar hali, bir kimsenin bilerek neden olmadığı bir tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarmak amacıyla suç teşkil eden ve tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek ölçüde olan bir fiili işlemesi zorunluluğunu gerektiren durum" olarak tanımlanmaktadır. Demirtaş Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011, s.274.

k) *Türk Medeni Kanunu'nun 981 inci maddesine, Borçlar Kanunu'nun 52'nci maddesine, Türk Ceza Kanunu'nun 24 ve 25 inci maddelerine göre zor kullanma.* k bendinde düzenlenen zor kullanma halleri sırasıyla; zilyetliğin korunması, Borçlar Kanunu çerçevesinde meşru müdafaa, ıztırar ve kendi hakkını vikaye için kuvvet kullanılması, ceza hükümleri çerçevesinde kanunun hükmü ve amirin emri ile meşru savunma ve zorunluluk haline atıf yapmaktadır. Cebir tekeli devlete ait olmasına rağmen bu hükümlerle istisnai olarak kişilere cebir kullanma alanı yaratılmaktadır. Bir başkasının zilyetliğini, can ve malını korumak amacıyla hareket eden kişiler de fıkra da sayılan ve kuvvet kullanımını meşru kılan hükümler çerçevesinde kuvvet kullanabileceklerdir. Ayaydın, "Özel Güvenlik", s.215.

h) *Terk edilmiş ve bulunmuş eşyayı emanete alma.* Bu yetkinin bütün özel hukuk kişilerine verilen yetki olduğunu düşünmekteyiz. Zira, TMK'nin bulunmuş eşya başlıklı 769'uncu maddesine göre, "*Kaybedilmiş bir şeyi bulan kimse, malın sahibine, sahibini bilmiyorsa kolluk kuvvetlerine, köylerde muhtara bildirmek veya araştırma yapmak ve gerektiğinde ilan etmek zorundadır.*" Ayrıca bir eşya bulan kişi, bunun sahibine iletilmesi için "*bulunan şeyi özenle korumak*" yükümlülüğü altındadır.

Mevzuatımızda özel hukuk kişilerine yakalama, zor kullanma ve silah kullanma gibi kişi hürriyeti ve dokunulmazlığına müdahale niteliğinde genel kolluk yetkileri (1) verildiği gibi; kimlik sorma, arama ve emanete alma gibi özel hayatın gizliliği hakkını sınırlandıran kolluk yetkileri (2) de verilmektedir.

1- Özel Kişinin Kişi Hürriyeti ve Dokunulmazlığına Müdahale Niteliğinde İdari Eylemleri

Anayasa'nın 19'uncu maddesine göre, *“Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir. Şekil ve şartları kanunda gösterilen, (...) bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması (...) halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.”* Kişi hürriyeti, insanların fiziksel ve bedensel olarak özgür olmalarını ifade etmektedir²⁰⁰. Anayasa, kişi hürriyeti ve güvenliğine hangi durumlarda müdahale edilebileceği belirtilmiş; *“kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması”* da müdahalenin mümkün olduğu durumlardan biri olarak sayılmıştır. Bu kapsamda, PYSK'nın 13'üncü maddesinde kamu güvenliğinin sağlanması amacıyla polise bazı durumlarda yakalama yetkisi tanınmıştır.

ÖGHK'nın 7'nci maddesinde özel güvenlik görevlilerine de yakalama yetkisi tanınmıştır. Maddenin j bendine göre, özel güvenlik görevlisi *“Olay yerini ve delilleri koruma, bu amaçla Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 168 inci maddesine göre yakalama”* yapabilmektedir. Bu yetki suç işlendikten sonra delillerin korunması amacını taşıdığından adli kolluk yetkisidir. CMK'nın *“Adli kolluğun olay yerinde aldığı tedbirlere uyulmaması halinde yetkisi”* başlıklı 168'inci maddesinde, *“Olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan adli kolluk görevlisi[nin], bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri, işlemler sonuçlanıncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanarak bundan men ede[ceği]”* hükme bağlanmıştır. Özel güvenlik görevlisi görev alanında bir suçun işlenmesi durumunda, genel kolluk birimleri olay yerine gelene kadar o bölgeyi ve delilleri koruma altına alacak ve bu sırada kendisine engel olan kişilere yakalama tedbiri

ÖGHK'nın 9/2 hükmüne göre, özel güvenlik görevlileri de *“zapt edilen eşyayı genel kolluğa teslim edeceğine”* göre burada tanınan emanete alma yetkisinin ayrıcalıklı bir yetki olduğunu söyleyemeyiz.

²⁰⁰ Karaosmanoğlu Fatih, **İnsan Hakları**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, s.254. Başka bir tanıma göre kişi hürriyeti, *“fiziksel mekân içinde yer değiştirebilme serbestisi”*dir. Kalabalık Halil, **İnsan Hakları Hukuku**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s.417.

uygulayabilecektir²⁰¹. CMK’da adli kolluğa tanınan yetkinin zor kullanma olarak ifade edilmesine karşın, özel güvenliğe yakalama yetkisi tanınmıştır. Ancak olay yeri güvenliğini ihlal eden ve delillere zarar veren kişilerin özel güvenlik tarafından yakalanabilmesi için onlar üzerinde zor kullanacağını kabul etmek gerekir. Zor kullanmayı da içeren yakalama yetkisi, adli sürecin güvenliğinin sağlanması amacıyla kişi hürriyetine müdahale teşkil ettiğinden Anayasa’nın 128’inci maddesi uyarınca ancak kamu görevlileri tarafından kullanılmalıdır.

Ayrıca Özel Güvenlik Yönetmeliği’nin 16’ncı maddesine göre, “*Özel güvenlik birimleri ve görevlileri, görev alanında bir suçla karşılaştığında suça el koymak, suçun devamını önlemek, sanığı tespit ve yakalama ile olay yerini ve suç delillerini muhafaza ve yetkili genel kolluğa teslim etmekle görevli ve yetkilidir. Bunlar genel kolluğun olaya el koymasından itibaren araştırma ve delil toplama faaliyetine genel kolluğun talebi halinde yardımcı olur.*” Söz konusu maddenin 2’nci cümlesine göre özel güvenlik, kolluk görevlileri ile birlikte suçun araştırılmasında faaliyet göstererek adli bir yetki kullanmakta; kolluk görevlileri kendi yetkilerini özel hukuk kişilerine yaptırabilmektedir. Hâlbuki özel güvenlik düzenlemelerinin mantığı, kolluk güçlerinin bulunmadığı yer ve zamanda kamu güvenliğinin özel hukuk kişilerince sağlanmasıdır. Zira ÖGHK’nın 9’uncu maddesine göre, özel güvenlik, zor kullanma ve yakalama yetkilerini kullanması gerektiğinde; en hızlı şekilde genel kolluğu haberdar etmekle, yakaladığı kişiyi ve zapt ettiği eşyayı genel kolluğa teslim etmekle yükümlüdür. Özel güvenliğe, kolluk görevlilerinin olaya el koymasından sonra da kolluk yetkisi kullanma imkânı veren söz konusu yönetmelik hükmü, özel güvenliğe ÖGHK’da çizilen sınırdan daha geniş bir yetki vermekte; bu haliyle de ÖGHK’ya aykırı bulunmaktadır²⁰².

Kişi hürriyeti, kişi dokunulmazlığını da içermekte²⁰³ ve zor kullanma tedbirinin uygulanması kişi dokunulmazlığına müdahale oluşturmaktadır. Zor kullanma, kişilerin malları ya da bedenlerine zorlayıcı önlem, güç uygulamadır²⁰⁴. Buna karşın, Anayasa’nın 17’nci maddesinde “*Herkesin, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu; tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı*

²⁰¹ Ayaydın, “Özel Güvenlik”, s.234.

²⁰² Aynı görüş için bkz. Ayaydın, “Özel Güvenlik”, s.259.

²⁰³ Mumcu, **a.g.e.**, s.232.

²⁰⁴ Kaboğlu, **a.g.e.**, s.82.

haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı” hüküm altına alınmıştır. Kişilerin kamu düzenini bozucu davranışlardan kaçınmaları gerektiği halde, söz konusu hareketlere devam ettikleri durumda kolluk kuvvetleri yasada çizilen sınırlar içinde zor kullanarak kişilerin maddi veya manevi varlığına ve hatta vücut bütünlüğüne müdahale edebilmektedir. PYSK’nın 16’ncı maddesinin 2’nci fıkrasından, zor kullanmanın “bedeni kuvvet, maddi güç ve silah kullanma” yoluyla gerçekleştirileceği anlaşılmaktadır.

Zor kullanma yetkisi, ÖGHS’nın 7’nci maddesinde açıkça zikredilmese de özel güvenlik görevlilerine yüklenen kamu güvenliğini tamamlama misyonu bu yetkinin varlığını gerekli kılmaktadır. Nitekim özel güvenlik görevlilerinin zor kullanma yetkisine başvurabileceği Kanun’un diğer maddelerinden anlaşılmaktadır. ÖGHS’nın 9’uncu maddesinin 3’üncü fıkrası *“zor kullanma ve yakalama yetkilerinin kullanılmasını gerektiren olayların en seri vasıta ile yetkili genel kolluğa bildirilmesi”* gerektiğini düzenleyerek, özel güvenlik görevlilerinin zor kullanma yetkisi kullanabileceğini ortaya koymaktadır. Ayrıca ÖGHS’nın 6’ncı maddesinin 2’nci fıkrası uyarınca, özel güvenlik görevlileri mülki idare amirinin ve genel kolluk amirinin emirlerini yerine getirirken zor kullanmaya başvurabilecektir²⁰⁵.

Özel güvenlik, zor kullanma yetkisi kapsamında silah kullanma yetkisine de sahip kılınmıştır. 2495 sayılı mülga Kanun’un 10’uncu maddesinde özel güvenlik görevlilerinin görev alanlarında silah taşıyabileceği ve PYSK hükümleri çerçevesinde silah kullanabileceği kabul edilmekteydi. Genel idari kolluk görevi yürüten kamu görevlilerinden olan belediye zabıtasının dahi silah taşıma yetkisinin olmaması²⁰⁶, özel hukuk kişilerine verilen yetkinin ne denli önemli bir kamu gücü uygulaması olduğunu ortaya koymaktadır. Buna karşın ÖGHS’da özel güvenliğin silah kullanması, mülga kanuna göre daha sınırlı bir yetkiye dönüştürülmüştür. ÖGHS’nın 8’inci maddesinde *“Hangi koruma ve güvenlik hizmeti için ne miktar ve özellikte ateşli silah bulundurulabileceği[nin] komisyon tarafından belirlen[ceği]”* öngörülerek bütün özel güvenlik görevlilerinin silah kullanmasının önüne geçilmiştir. Ek olarak *“eğitim ve öğretim kurumlarında, sağlık tesislerinde, talih oyunları işletmelerinde, içkili yerlerde, özel toplantılarda, spor müsabakalarında, sahne gösterileri ve benzeri*

²⁰⁵ Ayaydın, “Özel Güvenlik”, s.218.

²⁰⁶ Günday, **a.g.e.**, s.302.

etkinliklerde” özel güvenlik personeli tarafından silah kullanılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Özel güvenlik şirketlerinin ateşli silah alamayacağı ve bulunduramayacağı; sadece para ve değerli eşya nakli, geçici süreli koruma ve güvenlik hizmetlerinde kullanılmak üzere, komisyonun kararı ve valinin onayı ile silah alma, kullanma ve taşıma izni alabilecekleri düzenlenmiştir.

Buna göre, öncelikle bütün özel güvenlik görevlileri silah taşıyamamakta; sadece komisyonun izin verdiği yerlerde ve izin verdiği miktarda ateşli silah kullanılabilmektedir. Silah kullanılmasına izin verilen durumlarda, özel güvenliğe, polisin silah kullanma yetkilerinin tanındığının söylenmesi mümkün gözükmemektedir. Zira bu yetkinin sınırlarına dair PVSK’da veya ÖGHK’da açık bir hüküm bulunmadığından, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğindeki silah kullanma yetkisinin yorum yoluyla genişletilmesi hukuka uygun bulunmamaktadır²⁰⁷. Nitekim doktrinde de bu yetkinin kanunun hükmünü ve amirin emrini yerine getirme ile meşru savunma ve zorunluluk halleriyle sınırlı olduğu kabul edilmektedir²⁰⁸. Bu görüş doğrultusunda özel güvenlik görevlisi diğer özel hukuk kişilerinden farklı bir yetkiye sahip değildir. 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun uyarınca silah bulundurma veya taşıma ruhsatı alan özel kişiler de orantılı olmak kaydıyla özel hukuktaki hükümler çerçevesinde başkalarını korumak amacıyla silahlarını kullanabileceklerdir²⁰⁹.

Diğer yandan özel güvenlik personeline silah kullanma bakımından, diğer özel hukuk kişilerinin sahip olmadığı kamu gücü içeren yetkiler de verilmiştir. ÖGHK’nın 7’nci maddesinin 1’inci fıkrasının d bendine göre, haklarında yakalama emri ya da mahkûmiyet kararı bulunanları yakalama sırasında ya da 7’nci maddesinin 1’inci fıkrasının j bendine göre, olay yerinde yakalama yetkilerini kullanırken, orantılılık ve zorunluluk ilkelerine uymak kaydıyla özel güvenliğin silah kullanması mümkündür²¹⁰. Ayrıca özel güvenlik görevlileri ÖGHK’nın 6’ncı maddesinin 2’nci fıkrası uyarınca,

²⁰⁷ Sever, **a.g.e.**, s.246.

²⁰⁸ Bahadır Oktay/Kıldan İsmail Turgut, “Özel Güvenlik Görevlilerinin Zor Kullanma Yetkisi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı 3, 2013, s.293. (<http://dergipark.ulakbim.gov.tr>, E.T:06.12.2017); Avcı Ali, **Özel Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi**, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2011, s.184. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, E.T:07.12.2017) Yenisey ise sadece meşru savunma durumunda silah kullanılabileceğini ifade etmiştir. Yenisey, **a.g.e.**, s.80.

²⁰⁹ Ayaydın, “Özel Güvenlik”, s.228.

²¹⁰ Bahadır/Kıldan, **a.g.m.**, s.294.

mülki idare amirinin ve genel kolluk amirinin emirlerini yerine getirmek zorunda olduğundan bu emirlerin uygulanması sırasında da silah kullanmak zorunda kalabilecektir. Bu durumda özel güvenlik görevlisi, genel kolluk görevlisi gibi mülki idare amirinin ve genel kolluk amirinin emirlerini yerine getirme zorunluluğu altında bulunduğundan, genel kolluk personeline getirilen sınırlamalar çerçevesinde silah kullanabilmektedir²¹¹. Buna karşın, kamu güvenliğini sağlamakla görevli olan kolluk birimlerinin, anayasal olarak devredilemez nitelikteki görev ve yetkilerini, özel hukuk kişilerine emir vermek suretiyle devretmeleri Anayasa'ya aykırıdır.

Özel güvenlik görevlilerinin yetkilerinin ÖGHK'da ayrıntılı olarak zikredilmiş olmasına rağmen, gönüllü güvenlik korucularının yetkileri tek tek sayılmamıştır. Bununla birlikte, Köy Kanunu'nun 75 ve 76'ncı maddelerinde, koruculara silah ve cephane verileceği düzenlenmiştir. Kanun'un 74'üncü maddesine göre, gönüllü güvenlik korucuları mahsul zamanlarında köylüyü yağmadan korumak ve teröristle mücadele amacıyla idari eylemde bulunabilecektir. Bu amaçla gönüllü güvenlik korucusunun yakalama, zor kullanma ve silah kullanma yetkilerinin olduğu kabul edilmelidir. Özel hukuk kişisi olan gönüllü güvenlik korucularına kişi hürriyeti ve dokunulmazlığına müdahale niteliğinde idari kolluk eylemleri gerçekleştirme yetkisi verilmesi de Anayasa'ya aykırıdır²¹².

2- Özel Kişinin Özel Hayatın Gizliliği ve Korunmasına Müdahale Niteliğinde İdari Eylemleri

Anayasa'nın 20'nci maddesine göre, “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*” Özel hayat, kişinin özgürlüğünden kaynaklanan, içinde maddi ve manevi varlığını kendi tercihlerine göre şekillendirebileceği ve kamusal müdahalelerden uzak kalması gereken alandır²¹³. Özel hayatın gizliliği hakkı, kişisel verilerin korunmasını, kişinin özel alanına arama veya el koyma yoluyla müdahale edilmemesini içerir.

²¹¹ Ayaydın, “Özel Güvenlik”, s.219.

²¹² Günday, **a.g.e.**, s.303.

²¹³ Kalabalık, **İnsan Hakları Hukuku**, s.431.

Her temel hak ve özgürlük gibi Anayasa’da izin verilen çerçevede özel hayatın gizliliği hakkı sınırlanabilmekte; ancak özel hayatın gizliliği hakkının sınırlandırılmasına yönelik doğrudan idari eylemlerin gerçekleştirilmesi, egemenlik yetkisinin kullanımı anlamına gelmekte ve kamu görevlilerince yerine getirilmesi zorunlu bulunan asli görevler kapsamında yer almaktadır. Bu nedenledir ki, özel hukuk kişisi niteliğindeki özel güvenlik görevlilerine kişisel verilere erişme, arama ve emanete alma gibi yetkilerin verilmesinin Anayasa’ya uygun olduğundan söz etmek mümkün gözükmemektedir.

Bilindiği üzere, kamu düzeninin korunması maksadıyla, kolluk görevlileri gerekli gördükleri takdirde kişilerin kimlik bilgilerini görebilmektedir. PVSK’nın 4/A maddesine göre, “*Polis, görevini yerine getirirken, kendisinin polis olduğunu belirleyen belgeyi gösterdikten sonra, kişilere kimliğini sorabilir.*” Halbuki kişilerin kimlik bilgileri 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında kişisel veri²¹⁴ olarak koruma altındadır. Dolayısıyla üçüncü kişiler birbirlerinin kişisel verilerine, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın erişemezken²¹⁵ kolluk kuvvetleri kamu gücü marifetiyle bunu yapabilmektedir.

Kanunda sayılan yerlerle sınırlı olmak üzere, kişilerin toplu olarak bulundukları alanlarda özel güvenlik görevlileri de kişilere kimlik sorabilecektir. ÖGHK’nın 7’nci maddesinin 1’inci fıkrasının b ve f bentlerine göre özel güvenlik görevlileri, “*Toplantı, konser, spor müsabakası, sahne gösterileri ve benzeri etkinlikler ile cenaze ve düğün törenlerinde kimlik sorma*” ve “*Hava meydanı, liman, gar, istasyon ve terminal gibi toplu ulaşım tesislerinde kimlik sorma*” yetkisine sahiptirler. Böylece, özel hukuk kişisi olan özel güvenlik görevlileri, polisin kullanabildiği ancak diğer üçüncü kişilerin kullanamadığı ayrıcalıklı bir yetkiye sahip kılınmıştır. Kimliği sorulan kişi, rızası olmasa dahi kimliğini göstermek durumundadır.

Polisin kimliği belirlenemeyen kişiyi tutarak, kimliği açık bir şekilde anlaşıncaya kadar gözaltına alma ve gerekirse tutuklama yetkisi olduğu halde, özel güvenlik görevlisi bu tedbirleri uygulayamaz. Bununla birlikte özel güvenliğin,

²¹⁴ 6698 sayılı kanunun 3’üncü maddesine göre kişisel veri, “*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgidir.*”

²¹⁵ Şimşek Oğuz, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2008, s.127.

güvenliğini sağladığı yere kimlik göstermeyen kişiyi almama yetkisi olduğu söylenebilir²¹⁶. Kimlik kontrolü sırasında haklarında yakalama ve mahkûmiyet kararı bulunan kişilere rastlanması durumunda, ÖGHK'nın 7'nci maddesinin 1'inci fıkrasının d bendine göre, özel güvenlik tarafından bu kişiler yakalanabilecektir²¹⁷.

Kimlik sorma yetkisinin sadece konser, spor alanı gibi kalabalık gösterilerle ve ulaşım tesisleriyle sınırlı tutulduğu gözden kaçırılmamalıdır. ÖGHK'da açıkça sayılan bu yerler dışında, özel güvenliğin güvenliğini sağladığı yerlere girmek isteyenlere kimlik sorma yetkisi bulunmamaktadır²¹⁸. Buna rağmen özellikle üniversite kampüslerine girişlerde özel güvenlik tarafından kimlik sorulması, bu görevlilerin yetki kapsamı dışındadır.

Özel güvenliğin arama yetkisi de özel hayata müdahale niteliğindedir. Söz konusu yetki ÖGHK'nın 7'nci maddesinin 1'inci fıkrasında aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

- a) *Koruma ve güvenliğini sağladıkları alanlara girmek isteyenleri duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle arama, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme.*
- b) *Toplantı, konser, spor müsabakası, sahne gösterileri ve benzeri etkinlikler ile cenaze ve düğün törenlerinde kimlik sorma, duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle arama, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme.*
- f) *Hava meydanı, liman, gar, istasyon ve terminal gibi toplu ulaşım tesislerinde kimlik sorma, duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle arama, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme.*

Yukarıda yer verilen fıkra düzenlenen yetki “arama” olarak ifade edilse de bu yetki polisin gerçekleştirdiği önleme aramasından farklıdır. PVSK'nın 9'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen önleme araması, “*sulh ceza hâkiminin kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerinin, araçlarının, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranmasıdır.*”. Özel güvenliğin arama yetkisi ise, polisin, PVSK'nın 9'uncu maddesinin 7'nci fıkrasında

²¹⁶ Ayaydın, “Özel Güvenlik”, s.233.

²¹⁷ Ayaydın, “Özel Güvenlik”, s.233.

²¹⁸ Akgül, **a.g.e.**, s.219.

düzenlenen, “herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin üstünü, aracını ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etme ve arama” yetkisine benzemektedir. PVSK’nın 9’uncu maddesinin 7’nci fıkrası uyarınca, polise teknik cihazlarla kontrol etme yetkisi yanında el ile kontrol etme ve arama yetkisi de verilmesine rağmen, ÖGHK’da özel güvenliğe sadece teknik cihazlarla kontrol etme yetkisi verilmiştir. Dolayısıyla özel güvenlik görevlileri elle üst arama yapmaya yetkili değildir. Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 25’inci maddesinin 2’nci fıkrasında da, “Umuma açık veya açık olmayan özel işletmelerin, kurumların veya teşebbüslerin girişlerindeki kontroller[in](...) esasta özel güvenlik görevlileri tarafından yerine getiril[ceği]” ifade edilerek, arama yerine kontrol kelimesi kullanılmıştır.

Buna karşın Özel Güvenlik Yönetmeliği’nin 14’üncü maddesinin 1’inci fıkrasına göre, “Görev alanında, can ve mal güvenliğinin ve kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasaklanmış her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilmesi amacıyla detektörle, x-ray cihazından geçirerek veya Kanunda belirtilen durumlarda gerektiğinde üst araması yapılabilir.” Hükümde üst aramasıyla kastedilenin elle üst arama olduğu anlaşılmaktadır. ÖGHK’da üst araması yapılabilecek hiçbir durum zikredilmediği halde yönetmelikte özel güvenliğin belirli koşullarda üst araması yapabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu yönetmelik düzenlemesi ÖGHK’ya aykırı olmasının yanında, Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilmesi kuralına da aykırıdır. Bu sebeple, söz konusu düzenleme iptal edilmese bile uygulanmamalı, özel güvenlik görevlileri üst araması yapmamalıdır.

ÖGHK’nın 7’nci maddesinin 1’inci fıkrasında, özel güvenliğin teknik cihazlarla kontrol yapabileceği yerler sınırlı olarak sayılmıştır. Bu mekânlar, toplu ulaşım tesisleri ile kalabalık toplanmasını gerektiren etkinlik alanlarını da kapsadığından, özel güvenlik kamusal alanda kişilerin üstleri ve eşyalarını kontrol etmek suretiyle onların özel alanlarına müdahale etmektedir. Kişiler zorunlu olarak söz konusu alanlarda bulunacaklarından bu müdahaleden kaçınma imkânları genellikle yoktur.

Buna karşın özel bir mülkiyetin korunması amacıyla, mülke girmek isteyenlerin teknik cihazlarla aranması durumunda, aramaya maruz kalmak istemeyen kişi söz

konusu özel mülkiyet alanına girmemeyi tercih edebilir. Nitekim Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 25'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre “*Umuma açık veya açık olmayan özel işletmelerin, kurumların veya teşebbüslerin girişlerindeki kontroller, buralara girmek isteyen kimselerin rızasına bağlıdır. Kontrol edilmeyi kabul etmeyenler, bu gibi yerlere giremezler. Bu gibi yerlerde kontrol, esasta özel güvenlik görevlileri tarafından yerine getirilir.*”. Üçüncü kişilerin özel mülke girme zorunluluğundan bahsedilemeyeceğinden, kontrole rıza göstermeyenin ilgili alana girememesi kamu özgürlüğüne müdahale teşkil etmeyecektir. Buna karşın, bütün özel işletmeler için ya da kamu kurum ve kuruluşları için aynı tespiti yapmak mümkün gözükmemektedir. Özellikle kişilerin umuma açık özel işletmelere ulaşması bazı durumlarda bir zorunluluk teşkil edebileceğinden bu nitelikteki yerlerde teknik cihazla yapılacak aramanın kişinin rızası üzerine gerçekleştirildiği sonucuna ulaşmak güçtür. Bunun gibi kamu kurumlarına ilgili her kişinin erişebilmesi gerektiğinden girişte özel güvenlik görevlisinin yaptığı kontrole kişiler mecburen rıza gösterecektir. Bu durumda özel kişi niteliğindeki özel güvenlik görevlisi, doğrudan idari eylemiyle özel hayatın gizliliği hakkına müdahale etmiş olacaktır.

Özel güvenlik görevlilerinin elle arama yetkileri bulunmamakla birlikte, “bir çantanın içindeki eşyaların niteliğinin belirlenmesi de özel hayat ile ilgili”²¹⁹ olduğundan elektronik cihazlarla kontrol yapılması da özel hayatın gizliliği hakkına bir müdahaledir. Özel güvenlik görevlileri, kamu güvenliğinin sağlanması amacıyla, kişilerin üstünü ve eşyalarını teknik cihazlarla arayabilmekte, böylece polisin yetkilerinin bir kısmını kullanabilmektedir. Bu yetkiler kişi hak ve özgürlüklerine tek taraflı müdahale anlamına geldiğinden bu durum, kamu gücünün doğrudan kullanılmasının örneğini teşkil etmektedir. Bu faaliyetler Anayasa'nın 128'inci maddesi gereği sadece kamu görevlilerince yürütülebilecek olup, özel güvenlik görevlilerine bu yetkilerin verilmesi Anayasa'ya aykırıdır²²⁰. Nitekim devlete münhasır faaliyet alanının oldukça dar yorumlandığı ABD'de bile, hava

²¹⁹ Yenisey, **a.g.e.**, s.77.

²²⁰ Özel güvenliğin kolluk yetkileri kullandığı kabul edilse de, kolluk yetkisinin özel kişiye devri konusunda Anayasa'da herhangi bir kısıtlama olmadığını ve kamu hizmetleri idarenin izni ve denetimi altında nasıl özel kişilere devrediliyorsa, kolluğun da aynı şekilde devredilebileceğini savunan; sonuç olarak özel güvenlik görevlileri ile ilgili düzenlemeleri Anayasa'ya aykırı görmeyen görüş için bkz. Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.588.

meydanlarının güvenliğini sağlanmasında mutlaka kamu görevlilerinin çalışması şart koşulmuştur²²¹.

ÖGHK'nın 7'nci maddesinin 1'inci fıkrasının d bendinde, özel güvenliğe adli kolluk niteliğinde arama yetkisi verildiği görülmektedir. Hükme göre özel güvenlik, “Görev alanında, haklarında yakalama emri veya mahkûmiyet kararı bulunan kişileri yakalama ve arama” yetkisine sahip kılınmıştır. Söz konusu yetki, diğer arama yetkilerinden farklı olarak adli kolluk yetkisidir. Zira burada, bir suç ortaya çıktıktan sonra faile ulaşmaya yönelik yürütülen işlemler kapsamında yakalama ve arama yetkisi tanınmaktadır. Bu durumda yakalama, tutuklama ve mahkûmiyet kararları ile ilgili kimlik bilgilerinin özel güvenlik görevlilerinde bulunması gerekmekte²²²; uygulamada valilik bu bilgileri özel güvenlik görevlilerine iletmektedir²²³.

Özel güvenliğin kimlik sorma yetkisi sadece ÖGHK'nın 7'nci maddesinin 1'inci fıkrasının b ve f bentleri uyarınca mümkün olduğuna göre, söz edilen yakalama ve arama da ancak bu bentlerde anılan toplantı, konser, spor müsabakası, sahne gösterileri benzeri etkinlikler ve cenaze, düğün törenleri ile hava meydanı, liman, gar, istasyon ve terminal gibi toplu ulaşım tesislerinde mümkün olabilecektir. Bu bentteki aramanın niteliği açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, özel güvenlik görevlilerinin sadece genel kolluk gözetiminde elle üst araması yapabileceği göz önünde bulundurulursa²²⁴, 7'inci maddenin 1'inci fıkrasının d bendinde anılan aramanın sadece teknik cihazlarla aramadan ibaret olduğu söylenebilir.

Arama tedbiri, suç eşyalarına ya da delil olabilecek eşyalara el konulmasıyla sonuçlanabilir. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 24'üncü maddesinde, kolluk görevlilerine, önleme aramalarında elde edilen ve adli soruşturmalarda kullanılabilecek bilgi ve bulguları, gerekli prosedürün izlenmesi kaydıyla koruma altına alma yetkisi tanınmıştır. Buna benzer şekilde ÖGHK'nın 7'nci maddesinin 1'inci fıkrasının g bendinde, “Genel kolluk kuvvetlerine derhal bildirmek şartıyla,

²²¹ Verkuil Paul, “Public Law Limitations on Privatization of Government Functions”, **North Carolina Law Review**, Sayı 84, s.445-446'dan aktaran Sever, **a.g.e.**, s.198.

²²² Yenisey Feridun /Nuhoglu Ayşe /Güzel İdris, **Kolluk Yetkileri, Güvenlik ve Hukuk**, İstanbul: Nergiz Yayınları, 2004, s.45.

²²³ Akgül, **a.g.e.**, s.215.

²²⁴ Özel Güvenlik Yönetmeliği'nin 14'üncü maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca “Kamuya açık alanlarda (...) özel güvenlik görevlilerince yapılacak üst araması genel kolluğun gözetim ve denetiminde yapılır.”

aramalar sırasında suç teşkil eden veya delil olabilecek ya da suç teşkil etmemekle birlikte tehlike doğurabilecek eşyayı emanete alma” yetkisi özel güvenlik görevlilerine verilmiştir. Özel güvenliğin, aramalarda suç teşkil eden veya delil olabilecek eşyaya rastlaması halinde bunu emanete alabilmesi, özel hayata müdahale niteliğinde doğrudan bir idari eylemdir. Bu yetkiyle özel güvenlik adli kolluk birimlerinin yardımcısı gibi çalışmakta, onları derhal durumdan haberdar etmektedir. Ancak suç teşkil etmemekle birlikte tehlike doğurabilecek eşyanın emanete alınması önleyici kolluk niteliğindedir. “Tehlike doğurabilecek” nitelendirmesinin objektif ölçütlerinin kanuni olarak belirlenmemiş ve bu nitelendirmenin takdirinin bütünüyle özel güvenlik görevlilerine bırakılmış olması, el koyma suretiyle, özel hayatın gizliliği ve mülkiyet haklarına ölçüsüz ve hakkın özüne dokunacak şekilde özel kişiler tarafından doğrudan müdahale edilmesini mümkün hale getirmektedir. Söz konusu düzenleme, özel güvenlik görevlileri tarafından temel haklara müdahaleyi mümkün kıldığı için Anayasa’nın 6 ve 128’inci maddelerine aykırı olmasının yanında; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin anayasal rejime de aykırıdır.

ÖGHK’nın genel mantığından ve özel güvenlik görevlilerine verilen yetkilerden, bu görevlilere kamu görevlisi gibi muamele edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim ÖGHK’nın çeşitli hükümleri uyarınca, özel güvenlik görevlileri, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılmakta, Kanunda belirtilen koruma ve güvenlik hizmetleri dışında başka bir işte çalıştırılmamakta, grev ve lokavt yasağına dâhil bulunmakta ve özel güvenlik görevlilerinde aranan şartlar devlet memurlarında aranan şartlara oldukça benzemektedir. Üstelik ÖGHK’nın 6’ncı maddesine göre, kamu güvenliğinin sağlanması amacıyla vali ve kaymakamlar 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’ndan doğan yetkilerini kullandığında özel güvenlik birimi ve özel güvenlik personeli mülki idare amirinin ve genel kolluk amirinin emirlerini yerine getirmek zorundadır. Buna göre, mülki idare amirleri doğrudan ya da genel kolluk amirleri aracılığıyla özel güvenlik görevlisine emir verebilecektir²²⁵. Özel güvenlik de emirler doğrultusunda bir polis memuru gibi kamu kudreti kullanacaktır. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki, kişi hak ve özgürlüklerine müdahale oluşturan doğrudan idari eylem niteliğindeki kamusal yetkilerin özel kişilerce kullanılıyor olması, devletin cebir tekeline paylaştığı anlamına gelmekte ve Anayasa’ya aykırılık oluşturmaktadır.

²²⁵ Ayaydın, “Özel Güvenlik”, s.255.

II- ÖZEL KİŞİNİN KAMU GÜCÜ KULLANIMINA KATILIM YOLUYLA KOLLUK YETKİSİ KULLANMASI

İdari kolluk yetkisinin özel kişilere devri, yalnızca kolluk faaliyetlerine ilişkin idari işlem ve eylemlerin doğrudan özel kişilerce gerçekleştirilmesi suretiyle yapılmamakta; aynı zamanda özel kişilerin kolluk eylem veya işlemlerine ilişkin yetkiyi idare ile paylaşması yani kamu gücü kullanımına katılması yoluyla da gerçekleşebilmektedir. Bu kapsamda özel kişilerin kolluk işleminin hazırlık safhasında (A) veya tamamlanmış bir birel idari kolluk işleminin uygulama safhasında (B) yetkilendirilebildiği görülmektedir.

A- Özel Kişinin Hazırlık İşlemi Tesis Etmesi

Hazırlık işlemleri, idari işlemin oluşturulması aşamasında ortaya çıkan ve doğrudan herhangi bir hukuki sonuç yaratmayı hedeflemeyen işlemlerdir²²⁶. Bunlar idari işlemi yapan mercii yönlendiren işlemlerdir²²⁷. Bu nedenle onlar idari işlem olarak nitelendirilmemekte; işlemin tesisi usulünün bir parçası olarak ele alınmaktadır²²⁸. Danıştay bir kararında hazırlık işlemlerini “...*idari kararların alınmasından önceki evrede yerini alan tavsiye, öneri, mütalaa ve rapor gibi yetkili makamı yöneltici ve aydınlatıcı olmaktan öte bir hukuki değeri bulunmayan işlemler*²²⁹.” olarak tanımlamıştır. Ancak hazırlık işlemi, idari işlemi tesis edecek makamı yönlendirici olmasının yanında, bazı durumlarda, yetkili makamı bağlayıcı nitelikte de olabilmektedir.

²²⁶ Erkut Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği (“İdari İşlem”)**, Ankara: Danıştay Yayınları, No:51, 1990, s. 139; Tan, **a.g.e.**, s.239; Günday, **a.g.e.**, s.124.

²²⁷ Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.297.

²²⁸ Erkut, **İdari İşlem**, s.139.

²²⁹ Dan., 5.D., E.1992/3747, K.1993/3177, T:16.9.1993, **Danıştay Dergisi**, Yıl:25, Sayı:89, s.282.

Kolluk işlemlerinden önce tesis edilen hazırlık işlemleri denetim şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Denetim, ancak denetleyenin denetlenene karşı üstün bir yetkiye sahip olmasıyla yapılır ki, bu üstün yetki kamu gücüdür²³⁰. Şu halde, denetimin genel idare esaslarına göre yürütülen bir kamu hizmeti olduğu söylenebilir. Bu sebeple de bazı mahkeme kararlarında denetimin zorunlu olarak kamu görevlileri tarafından yürütülmesi gerektiği ifade edilmiştir²³¹. Buna karşın mevzuatımızda özel hukuk kişilerinin denetimle yetkilendirildiği örnekler görmek mümkündür. İdare, birçok sektörde kamu düzenini sağlamak amacıyla zorunlu olarak yapması gereken denetimi kamu kaynakları ve personeli eliyle etkin bir şekilde yürütememektedir²³². Bu nedenledir ki idare, özel sektörün etkin çalışma yönteminden, uzman kadrosundan ve teknolojisinden yararlanmak istemektedir.

Denetimin genel idare esaslarına göre yürütülen bir hizmet olması, onu kendiliğinden asli bir görev haline getirmemektedir. Kamu hizmetinin asli görev kısmı, denetim sonucunda alınan icraî kararlardır. Bu nedenle, kolluk işleminin hazırlık safhasında özel kişi denetim yapsa dahi bu yetki doğrudan Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırı olmayacaktır. Nitekim AYM, birçok kararında denetim

²³⁰ Kalabalık Halil, **İmar Hukuku**, Cilt 2, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, s.1771.

²³¹ AYM, E.1985/11, K.1986/29, T:11.12.1986, RGTS:18.04.1987/19435. "...yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verme ve denetleme görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer almakta olup, bu konuda yapılacak denetim de asli ve sürekli bir kamu hizmetidir." AYM, E. 2007/2, K. 2011/13, T:13.01.2011, RGTS:23.7.2011/28003 "...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." AYM, E.2012/27, K.2012/173, T:8.11.2012, RGTS:28.03.2013/28601 "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."

²³² 22.06.2001 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulan Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un Genel Gerekçesi şöyledir: "Yeryüzünün en aktif deprem kuşaklarından birisinin içerisinde bulunan ülkemizde, uzun yıllardır yürürlükte olan imar ve afetler mevzuatındaki çeşitli hükümlere rağmen uygulamada etkili bir yapı denetiminin sağlanamadığı açık bir gerçektir. 17 Ağustos ve 12 Kasım 1999 tarihlerinde yaşanan depremler sonrasında meydana gelen can ve mal kayıpları, denetimsiz yerleşme ve yapılaşmaların yol açabilecekleri zararları bütün açıklığı ile yeniden gözler önüne sermiştir. Yapılan araştırmalar ve son depremler, 3194 sayılı kanunda yapım işlerinde rol alan teknik uygulama sorumlusunun (fenni mesul); yapı projelerini ve uygulamalarını denetlemekle sorumlu olan belediyeler ve valiliklerin; uygulamayı hiç denetlemediklerini ortaya koymuştur. Ülkemizdeki yapı denetim sistemi ve yapım aşamasında görev alan fenni mesullerin sorumluluklarını yeniden düzenlemek zorunlu olmuştur." (<http://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0883.pdf>, E.T:07.07.2018) 06.10.2012 tarihli ve 28433 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan E.2011/27, K.2012/101 sayılı AYM kararına karşı AYM üyesi Hicabi Dursun'un yazdığı görüş: "Yenilenebilir enerji kaynakları gibi geniş bir alanın kurum bünyesinde kurulacak denetim teşkilatı ile her zaman etkin ve verimli bir denetimin yapılabilmesi ekonomik ve rantabl değildir. Bu alandaki denetim yetkisinin EPDK'nın tekeline bırakılması da dünya gerçekleri ile örtüşmemektedir."

yetkisinin özel kişiye bırakılmasını, bu yetkinin icraî nitelikte olmaması sebebiyle Anayasa'ya aykırı bulmamıştır²³³.

Denetim, hazırlık işlemi olması sebebiyle kural olarak kişilerin hukuki statüleri üzerinde doğrudan etkili olmasa da, bazı örneklerde, özel kişinin tesis ettiği hazırlık işleminin, idarenin alacağı icraî kararları hukuken bağladığı görülmektedir. Bu durumda, özel hukuk kişisi her ne kadar icraî işlemi bizzat kendisi yapmasa da onun hukuki sonucunu belirleyerek, kolluk faaliyeti sonucunda doğan hukuki sonucun bağımsız olarak belirleyicisi olmaktadır. Söz konusu örneklerde, özel kişinin hazırlık işlemi idareyi bağladığından yürütülen kamu hizmetinin asli görev kısmı olarak değerlendirilmeli; bu türden bir yetkinin özel kişiye devri Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırı kabul edilmelidir (1). Buna karşın, özel hukuk kişisine verilen denetim yetkisinin kapsamı, sınırları, usul ve esasları ile sonuçlarının yasa ile belirlenmesi ve idarenin icraî işlem tesisinde takdir yetkisini kendi uhdesinde tutması şartıyla denetim yetkisinin özel hukuk kişilerine devrinin Anayasa'ya uygun bulunduğu (2); bu durumun denetimin bir robot tarafından yapılmasından farksız olduğu sonucuna varılmalıdır.

Ayaydın da özel hukuk kişinin hazırlık işlemi yapma yetkisini incelerken ilk önce *“hazırlık safhasında özel hukuk kişileri tarafından yapılan işlem ve eylemlerin konuya ilişkin idari işlemi veya eylemi yapacak İdare’yi bağlayıcı bir niteliğe sahip olup olmadığı, yani İdare’yi bu konuda bağlı yetki içine sokup sokmadığı”*²³⁴,

²³³ AYM, E.2011/84, K.2012/151, T:11.10.2012, RGTS: 26.07.2013/28719 *“...bu işlemleri yerine getiren görevliler hakkında yapılan 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 başvuru diğer hukuki tedbirlerdir.”* AYM, E: 2012/102, K: 2012/207, T: 27.12.2012, RGTS: 02.04.2013/28606 mükerrer; AYM, E.2013/43, K.2013/168, T:26.12.2013, RGTS: 07.03.2014/28934 *“...Denetim sonucu fahri trafik müfettişleri tarafından düzenlenen tutanaklar idari işlem kuramı uyarınca hazırlık işlemi niteliğinde olup bu tutanakların hazırlanması, denetlenen kişinin hukuksal durumunda değişiklik yaratmamaktadır. Asıl icrai işlem, denetim sonucunda yetkili makamlarca verilen idari yaptırımlardır.”* AYM, E.2013/65, K.2014/93, T:22.5.2014, RGTS:24.6.2015/29396 *“...kural olarak denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi Anayasa’ya aykırı olmaz.”* AYM, E. 2016/150, K.2017/179, T:28.12.2017, RGTS:15.2.2018/30333. *“...nükleer yapı denetim kuruluşlarının denetleme yetkisinin tek başına icrai bir yetki olmaması, denetim sonucunda idari yaptırım uygulama yetkisinin TAEK’te kalmaya devam etmesi, ayrıca konusunda teknik ve uzmanlık bilgisine sahip özel nitelikteki nükleer yapı denetim kuruluşlarınca gerçekleştirilecek denetim hizmetlerinin devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli kamu hizmeti niteliğinde olmaması hususları göz önünde bulundurulduğunda kural Anayasa’nın 128. maddesine aykırı değildir.”*

²³⁴ Ayaydın, “Yapı Denetimi”, s.132.

sorusunun sorulması gerektiğini savunmuştur. AYM'nin bağlayıcılığı incelemeksizin hüküm verdiği kararları da bulunmakla birlikte, Yüksek Mahkeme kararlarının birçoğunda, özel hukuk kişilerinin kolluk faaliyetleri kapsamında hazırlık işlemleri tesis etmelerinin Anayasa'ya uygunluğunu değerlendirirken bağlayıcılık kriterine başvurmaktadır.

1- Özel Kişinin İdareyi Bağlayıcı Hazırlık İşlemleri

Hazırlık işleminin İdare'yi bağlayıcı nitelikte olması, hazırlık işlemi sonucu oluşan iradenin icraî işlem sonucunda oluşacak iradeyi belirlemesi demektir. Diğer bir deyişle, idarenin, hazırlık süreci sonunda ortaya çıkan olgu ve sonuçların gerektirdiği işlemlerden farklı yönde işlem ve eylemler yapma imkânına hukuki olarak sahip olmamasıdır²³⁵. Bu durumda özel hukuk kişinin, idari kararın içeriğini belirleyici olmak suretiyle, doğrudan kamu gücü kullanıyormuş gibi hareket ettiği söylenebilir.

5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'a 2010 tarihinde eklenen 6/C maddesinin son fıkrasına göre, *"Bu Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretimi yapılan diğer tesislerin lisansı kapsamındaki inceleme ve denetimi EPDK tarafından yapılır veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."* Söz konusu hükmün denetim şirketlerine ilişkin kısmı AYM tarafından şu gerekçeyle iptal edilmiştir²³⁶: *"Hizmet satın alınarak yaptırılacak denetimde, denetim şirketlerinin yetkilerinin sınırları, söz konusu denetim sonuçlarının EPDK yönünden bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı ve bu aşamada EPDK'nın denetim yetkisinin ayrıca devam edip etmediği, lisans kapsamında yapılan inceleme ve denetimlerde denetlenen şirket ile denetleyen şirketin yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmedeğinin ya da usulsüzlük yapıldığının tespiti halinde uygulanacak yaptırım ve sonuçları, denetimin tekrarlanabilirliği hususlarında dava konusu kuralda bir açıklık bulunmamaktadır."* Kararda bu belirsizliklerin yasa ile giderilmemesinin yasama yetkisinin devrine yol

²³⁵ Ayaydın, "Yapı Denetimi", s.132.

²³⁶ AYM, E.2011/27, K.2012/101, T:5.7.2012, RGTS:06.10.2012/28433.

açtığı, üstelik “*dava konusu kural yönünden Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini öngören Anayasa'nın 128. maddesi yönünden yapılacak denetime engel oluşturduğu*” ifade edilmiştir. Bu kararda, denetim ile ilgili hükümlerin yasa ile düzenlenmemesi, bu düzenlemelerin yönetmeliğe bırakılması iptal sebebidir. Ancak denetimle ilgili hükümlerin sınırı ve kapsamı yasa ile düzenlenseydi dahi mahkemenin “bağlayıcılık” testi yapacağı anlaşılmaktadır. Gerekçeye göre, denetim şirketlerinin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (“EPDK”) yerine geçmesi yahut EPDK’yı bağlayıcı nitelikte karar alması Anayasa’ya aykırı olacaktır.

İptal edilen düzenlemede, özel hukuk kişisine bırakılan yetki, üretim tesislerinin lisansı kapsamındaki inceleme ve denetiminin yapılmasıdır. Elektrik üretim lisansı, kolluk faaliyetleri kapsamında EPDK tarafından tesis edilen bir idari işlem olup; elektrik üretimi faaliyetine verilen bir izin niteliğindedir²³⁷. Özel hukuk kişisi tarafından yürütülecek, lisans kapsamındaki inceleme ve denetleme ise üretim tesisinin hukuki statüsünü etkilemeyecektir. Ancak EPDK, şirketten denetim hizmeti satın alacağı için özel kişinin denetim raporunu dikkate alarak elektrik üretim tesisinde bazı tedbirlerin alınması, lisansının iptali yahut devamı gibi icraî nitelikte kararlar verebilecektir. Düzenlemede, EPDK’nın özel kişinin denetimiyle hukuken bağlı olup olmadığına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Buna rağmen AYM hem yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine dayanarak hem de hazırlık işleminin EPDK’yı bağlayıcı olması riskini göz önünde bulundurarak ilgili hükmü iptal etmiştir. AYM, 128’inci madde uyarınca inceleme yapmak için yeterli verinin olmadığını savunmuş; buna karşın başka kararlarında olduğu gibi²³⁸ 128’inci maddeye göre inceleme yaparak, denetimin kolluk faaliyeti olduğuna ve özel kişilere bırakılamayacağına hükmetmemiştir. AYM açıkça ifade etmese de, içtihadını değiştirerek denetim sonucunda özel kişinin bağlayıcı olmayan hazırlık işlemi tesis edecek olması halinde

²³⁷ Gönen Yakup, **Türkiye’de Elektrik Kamu Hizmeti’nin Yürütülmesi ve Lisans Usulü**, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2011, s.233.

²³⁸ AYM, E.2007/2, K.2011/13, T:13.01.2011, RGTS:23.7.2011/28003: “denetleme görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin aslî ve sürekli görevlerindendir.” AYM, E.2012/27, K.2012/173, T:8.11.2012, RGTS:28.03.2013/28601: “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 aslî ve sürekli görevlerindendir.”

asli bir yetki kullanımının söz konusu olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Sonraki kararlarında da, bu içtihamı izleyerek denetimin icraî nitelikte olmadığını vurgulamıştır.

Bağlayıcılık kriterine başvurulmuş diğer AYM kararı, su yapılarının denetiminin özel kişilere devrine ilişkin düzenleme hakkındadır²³⁹. 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun geçici 14'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına eklenen (f) bendi ile *“(...)elektrik enerjisi üretmek maksadıyla yapılacak olan üretim tesislerinin su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının inceleme ve denetimi, masrafları ilgililerine ait olmak üzere DSI tarafından yapılır veya gerektiğinde yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılması sağlanır. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, ilgili bakanlıkların görüşü alınmak kaydıyla DSI tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”* hükmü getirilmiştir. AYM söz konusu hükmün Anayasa'ya uygunluğunu değerlendirirken, DSI'nin özel kişilere yaptıracığı denetimin niteliği üzerinde durmuştur. Mahkemeye göre, *“denetim şirketlerine yaptırılacak denetimde, bu şirketlerin yetkilerinin sınırları, söz konusu denetim sonuçlarının DSI yönünden bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı ve bu aşamada DSI'nin denetim yetkisinin ayrıca devam edip etmediği, inceleme ve denetimlerde denetlenen şirket ile denetleyen şirketin yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmediğinin ya da usulsüzlük yapıldığının tespiti halinde uygulanacak yaptırım ve sonuçları, denetimin tekrarlanabilirliği hususlarında dava konusu kuralda bir açıklık bulunmadığından...”* ve bu hususlar yönetmelikle düzenleneceğinden hüküm, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırıdır. AYM, EPDK'nın denetim yetkisinin özel kişilere devrine ilişkin kararında yaptığı değerlendirmeyi, DSI'nin denetim yetkilerinin devri için de yapmıştır. Her iki kararda da özel kişinin yaptığı işlemin hazırlık işlemi olması sebebiyle (bu gerekçe açıkça zikredilme de) doğrudan Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırılık gündeme getirilmemiş; hazırlık işlemlerinin idareyi (ilkinde EPDK'yı, ikincisinde DSI'yi) bağlayıp bağlamadığı hususu sorgulanmıştır. Bu husus yasada açıkça belli olmadığı için, iptale gidilmiştir²⁴⁰.

²³⁹ AYM, E.2012/6, K.2012/131, T:27.9.2012, RGTS:13.02.2013/28558.

²⁴⁰ Benzer bir karar için bkz. AYM, E.2015/72, K.2016/44, T:26.5.2016, RGTS:21.9.2016/29834. Söz konusu kararda iptale konu hüküm, 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'nun 31. maddesinin 8'inci fıkrasında *“Bakanlığın, kesimhanelerde, kesim öncesi ve sonrası muayeneler ile et parçalama işlemi yapılan yerlerde muayeneleri ve diğer resmî kontrolleri yapmak üzere yetkilendirilmiş veteriner hekim görevlendirmesi”*dir. Mahkeme, gıda güvenliğinin sağlanması

Benzer şekilde özel kişiye bırakılan denetimin kapsam, sınır ve sonuçları yasa ile belirlenmediği için iptal edilen bir hüküm de 635 sayılı Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de yer almaktaydı. KHK’nin çeşitli maddelerinde Bakanlık, “*metroloji alanında muayene, belgelendirme ve doğrulamaya ilişkin düzenlemeleri yapmak, **denetimleri yapmak veya yaptırmak**; sanayi ürünlerinin ürün güvenliği ve teknik mevzuatına uygunluğuna yönelik piyasa **gözetimi ve denetimi yapmak veya yaptırmak**”*; “*Yasal metroloji ve hazır ambalajlama alanında teknik düzenlemeler ile ilgili standart listelerini hazırlamak ve uygulamaya koymak, bu alanda **piyasa gözetimi ve denetimi yapmak veya yaptırmak**”*; “*Bakanlığın sorumluluğunda bulunan sanayi ürünlerinin, ürün güvenliği ve teknik mevzuatına uygunluğunu sağlamak amacıyla **piyasa gözetimi ve denetimini yapmak veya yaptırmak**”*la görevlendirilmiştir. Bakanlığın denetimi üçüncü kişilere yaptırabilmesine imkân tanıyan kısımlar, Anayasa’nın 128’inci maddesine aykırılık iddiasıyla AYM önüne götürülmüştür. AYM, “*kural olarak icraî işlemler dışında denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesinin Anayasa’ya aykırılık teşkil etmediğini*” belirtse de, düzenlemelerde “*denetim üzerine söz konusu Kanun’da öngörülen idari ve cezai yaptırımlar ile diğer icraî kararların hangi makam veya birim tarafından alınacağı yolunda herhangi bir hükme yer verilmemesinin belirsizliğe yol açtığına, dolayısıyla hükümlerin iptale konu kısımlarının hukuk devleti ilkesine aykırı olduğundan iptaline*” karar vermiştir²⁴¹. Diğer yandan, Mahkeme, söz konusu düzenlemenin Anayasa’nın 128’inci maddesi ile

çerçevesinde kesimhanelerde ve et parçalama işlemi yapılan yerlerde gerçekleştirilecek muayene, kontrol ve denetim hizmetlerinin, “idari kolluk” niteliğinde olduğunu kabul etmekle birlikte, bu hizmetlerin, “*asli yetki ve sorumluluk ile idari yaptırım uygulama yetkisi idarede kalmak üzere özel kişilere devredilebileceğini*” kabul etmektedir. Ancak söz konusu hizmetlerin özel kişilere bırakılmasını, “*faaliyetin özel kişilere nasıl gördürüleceğinin, bu hizmetlerin kapsamının, denetiminin ve bu hizmeti görececek olanların sorumluluğunun açık ve kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde kanunla düzenlenmesi koşulu*”na bağlamaktadır. Sonuç olarak AYM, “*Yetkilendirilmiş veteriner hekimlerin görevlendirme usul ve esaslarına ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından sahip oldukları yetkiler konusunda bir belirlilik bulunmadığı, Devletin temel görevlerinden biri olan gıda güvenliğinin sağlanması çerçevesinde yetkilendirilmiş veteriner hekimlere gördürülecek denetim ve kontrol hizmetlerinin kapsamının ve sınırlarının belirsiz olduğu, bu nedenle kuralın, belirlilik ilkesini ihlal ettiği ve Anayasa’nın 128. maddesi yönünden incelemeyi olanaksız kıldığı*” hükmüne varmıştır. Kararda bağlayıcılık kriterine açıkça yer verilmese de Mahkemenin tespit ettiği belirsizliğin kapsamında, hazırlık işleminin idareyi bağlayıp bağlamayacağı sorusu da bulunmaktadır.

²⁴¹ AYM, E.2011/84, K.2012/151, T:11.10.2012, RGTS:26.07.2013/28719 “*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 başvuru diğer hukuki tedbirlerdir. İcrai kararları almakla yetkili idari makam, hazırlık işlemi niteliğindeki denetim raporundaki tespit ve değerlendirmelerle bağlı değildir.*”

ilgili olmadığı sonucuna varmıştır. Hâlbuki diğer kararlarında ifade ettiği gibi²⁴², kanundaki bu belirsizlik Anayasa'nın 128'inci maddesi bakımından yapılacak denetime engel olmaktadır²⁴³. Zira denetim genel idare esaslarına göre yürütülen bir kamu hizmeti olmakla birlikte, bunun asli ve sürekli görev teşkil eden kısmının özel kişiye devredilip devredilmediği açık değildir. İlgili hükümlerde, bağlayıcılık konusunda da bir açıklık bulunmadığı göz önünde bulundurulduğunda, AYM'nin “İcraî kararları almakla yetkili idari makam[ın], hazırlık işlemi niteliğindeki denetim raporundaki tespit ve değerlendirmelerle bağlı [olmadığı]” şeklinde yaptığı tespitin herhangi bir dayanağının olmadığı kabulü gerekmektedir.

Yukarıda anılan AYM kararlarının birlikte değerlendirilmesi sonucunda, denetimin özel kişilere yaptırılmasını öngören farklı düzenlemelerin AYM önüne götürüldüğü; 2012 yılında verilen kararlarda, denetimin kapsamı, sonuçları, kimler tarafından yapılacağı, denetim sonrasındaki icraî kararların hangi birimlerce alınacağı, denetimin idareyi bağlayıp bağlamadığı gibi hususların yasada belirlenmemesi halinde bu hükümlerin “yasama yetkisinin devredilmezliği” ya da “belirlilik ilkesi” gereğince AYM tarafından Anayasa'ya aykırı bulunduğu görülmektedir.

Buna karşın, elektrik dağıtım şirketlerinin denetimine ilişkin kararda AYM farklı bir sonuca ulaşmaktadır. 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 2'nci maddesine eklenen²⁴⁴ “...Kanun kapsamında tanımlanan elektrik dağıtım şirketlerinin her türlü

²⁴² AYM, E.2011/27, K.2012/101, T:5.7.2012, RGTS:06.10.2012/28433; AYM, E.2012/6, K.2012/131, T:27.9.2012, RGTS:13.02.2013/28558.

²⁴³ Nitekim AYM, 2016 yılında verdiği bir kararda bu gerekçeyi tekrar kullanacaktır: “...gıda güvenliğinin sağlanması çerçevesinde yetkilendirilmiş veteriner hekimlere gördürülecek denetim ve kontrol hizmetlerinin kapsamının ve sınırlarının belirsiz olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle kural, belirlilik ilkesini ihlal etmekte ve bu belirsizlik itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 128. maddesi yönünden incelenmesini olanaksız kılmaktadır.” AYM, E.2015/72, K.2016/44, T:26.5.2016, RGTS:21.9.2016/29834.

²⁴⁴ 4628 sayılı Kanun'da söz konusu değişiklik yapılmadan önce, “Elektrik Piyasasında Dağıtım Sistemi Yatırımlarının Düzenlenmesi ve Planlardaki Gerçekleşmelerin Denetlenmesi Hakkındaki Yönetmelik”te değişikliğe gidilmiş ve elektrik dağıtım şirketlerinin, bağımsız yatırım denetim şirketlerince denetlenmesini öngören hüküm Danıştay tarafından iptal edilmişti. Dan., 13.D., E.2007/4056, K.2009/5656, T:22.5.2009 (<http://www.kazanci.com>) “4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 2. maddesinin (c)bendine 5398 sayılı Kanunun 21. maddesiyle eklenen son fıkrasında: “...Özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım planlaması ve uygulamasında onay, değişiklik ve denetim Kurula aittir. Kurul, hizmetin verilmesini sağlayacak yatırımların teklif edilmemesi halinde talep eder ve onaylanmış yatırımlar gerçekleştirilmediği takdirde lisans iptal edilerek yeniden ihale yapılır.” hükmü yer almış, anılan Kanunun 4. ve 5. maddelerinde Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ve Kurulunun görev ve yetkileri sayma suretiyle belirlenmiştir. Görüldüğü gibi, ilgili mevzuat uyarınca özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım planlaması ve uygulamasında onay, değişiklik ve denetim yetkisi Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'na verilmiş, ayrıca Kanun'da bu denetim yetkisinin devredilebileceğine ilişkin herhangi bir kural öngörülmemiştir. Bu durumda, asli ve sürekli kamu hizmeti niteliği taşıyan denetim

denetimi Bakanlık tarafından yapılır. Bakanlık bu denetimi bu konuda ihtisas sahibi olan kamu kurum ve kuruluşlarına yetki devri suretiyle veya yetkilendireceği denetim şirketlerine hizmet satın almak suretiyle yaptırabilir. Bu kapsamda düzenlenecek denetim raporları Kuruma bildirilir. Denetim raporu sonucuna göre gerekli yaptırım ve işlemler Kurul tarafından karara bağlanır. Denetim şirketlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, seçimi, yetkili denetim şirketleri ve denetime tabi şirketlerin hak ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.” cümlesi iptale konu olmuştur. Görüldüğü üzere getirilen düzenleme, EPDK ve DSI’nin denetim yetkilerinin özel kişiye devrini düzenleyen hükümlerden farklı değildir. Ancak AYM, bu kez hazırlık işleminin idareyi bağlamadığına hükmederek, Anayasa’ya aykırılık iddiasını reddetmiştir²⁴⁵. Ancak karşı oyda da belirtildiği gibi, “... Denetim raporu sonucuna göre gerekli yaptırım ve işlemler Kurul tarafından karara bağlanır...” hükmü, “Kurul’un denetim raporu dışına çıkmaksızın ve bu raporun sonuçlarına bağlı kalarak işlem ve yaptırım uygulayacağını” göstermektedir. Şu halde, özel kişinin hazırlık işlemi İdare’yi hukuken bağlayacağı için, bu düzenlemenin Anayasa’nın 128’inci maddesine aykırı olduğuna karar verilmesi gerekirdi. Ancak AYM bunun yerine yorumlu red kararı vermeyi; hükmün açık lafzına rağmen, özel kişinin hazırlık işleminin İdare’yi bağlamayacağını kabul ederek iptal talebini reddetmeyi tercih etmiştir.

Özel kişinin hazırlık işleminin idarenin icraî kolluk işlemini bağlayıcı nitelikte olduğu bir düzenleme de KTK’nın ek 6’ncı maddesinde bulunmaktadır. Fahri trafik müfettişlerinin ihdas edildiği ilgili hükme göre, “sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadığını denetlemekle sorumlu olan yetkililere yardımcı olmak üzere Karayolu

yetkisinin düzenleyici işlemlerle özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesi söz konusu olamayacağından, elektrik piyasasında dağıtım şirketlerinin yatırımlarının gerçekleştirmelerinin denetlenmesi yetkisinin bağımsız yatırım denetim şirketlerine devrini öngören düzenlemede hukuka uygunluk bulunmamaktadır.” Özel hukuk kişilerine yönetmelikle verilen denetim yetkisi iptal edilince, ilgili düzenleme kanun haline getirilmiştir.

²⁴⁵ AYM, E. 2012/102, K. 2012/207, T. 27.12.2012, RGTS:02.04.2013-28606 mükerrer. “Genel olarak kurum ve kuruluşların işlemlerinin ve bu işlemleri yapanların veya iktisadi faaliyet ve olaylarla ilgili olarak ileri sürülen iddiaların önceden belirlenmiş standartlara, ölçütlere ve kurallara uygun olup olmadığını tarafsızca kanıt toplayarak araştıran, değerlendiren ve ilgililere raporlayan sistematik bir süreç olarak tanımlanan 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 kişinin hukukunda değişiklik yaratmamaktadır. Asıl icrai işlem, denetim sonucunda yetkili makamlarca alınan cezai ve idari kararlar ile başvuru diğer hukuki tedbirlerdir. İcrai kararları almakla yetkili idari makam, hazırlık işlemi niteliğindeki denetim raporundaki tespit ve değerlendirmelerle bağlı değildir. Bu nedenle kural olarak denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi Anayasa’ya aykırı olmaz.”

Trafik Güvenliği Kurulunca önerilen ve Karayolu Trafik Güvenliği Üst Kurulunca uygun görülen kişilere, valilerce "fahri trafik müfettişliği" görevi verilir. Fahri trafik müfettişleri; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun suç saydığı fiilleri işleyenler hakkında işlem yapılması amacıyla, Emniyet Genel Müdürlüğünce kendilerine verilen tutanağı düzenlemek ve bunları aracın tescilli olduğu trafik kuruluşuna gönderilmek üzere en geç bir hafta içerisinde herhangi bir trafik kuruluşuna teslim etmek zorundadırlar.” Halbuki trafik kurallarına uyulup uyulmadığını denetleme ve uymayanlar hakkında cezai işlem tesis etme görevi, KTK’nın 5’inci maddesi uyarınca Emniyet Genel Müdürlüğü’nün trafik kuruluşlarına aittir. Trafikte can ve mal güvenliğini sağlamak amacıyla yapılan bu işlemler kolluk işlemi niteliğindedir. KTK’nın ek 6’ncı maddesinde getirilen düzenleme ile özel hukuk kişilerine bu nitelikte yetki verilmesi AYM tarafından şu gerekçeyle Anayasa’ya aykırı görülmemiştir²⁴⁶: *“Denetim sonucu fahri trafik müfettişleri tarafından düzenlenen tutanaklar idari işlem kuramı uyarınca hazırlık işlemi niteliğinde olup bu tutanakların hazırlanması, denetlenen kişinin hukuksal durumunda değişiklik yaratmamaktadır. Asıl icrai işlem, denetim sonucunda yetkili makamlarca verilen idari yaptırımlardır. Yetkili makamlarca fahri trafik müfettişleri tarafından tutulan tutanak üzerine idari yaptırım tutanağı düzenlenirken söz konusu suç tutanağı denetlenmekte ve gerekli kontroller yapıldıktan sonra eğer uygunsa yaptırım uygulanmaktadır. Denetim sonucunda, 2918 sayılı Kanun’da öngörülen idari yaptırımı uygulama yetkisi, yetkili trafik polislerinde kalmaya devam ettiğinden onlara yardımcı olmaktan ibaret, fahri trafik müfettişlerinin suç tutanağı düzenleme görevlerinin memur ve diğer kamu görevlisi niteliğinde olmayan üçüncü kişilere gördürülmesinde Anayasa’ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.”*

AYM’nin hazırlık işlemi ve asıl icrai işlem hususunda yaptığı tespit yerinde olmakla beraber; tutanak hazırlama yetkisinin, idarenin cezalandırma iradesi üzerindeki etkisi hakkında yaptığı değerlendirme hukuki gerçeği yansıtmamaktadır. Zira fahri trafik müfettişi, sürücü hakkında kolluk işlemi yapılması amacıyla tutanak tutmaktadır. Bu bakımdan tutanağın niteliği aslında KTK’nın 114’üncü maddesi uyarınca kamu görevlilerince düzenlenen suç tutanağı gibidir²⁴⁷. Verilecek cezada

²⁴⁶ AYM, E.2013/43, K.2013/168, T:26.12.2013, RGTS:07.03.2014/28934.

²⁴⁷ Madde 114-Bu Kanunda yazılı trafik suçlarını işleyenler hakkında yetki sınırları içinde Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı personeli ile Ulaştırma Bakanlığının ve Karayolları Genel Müdürlüğünün ilgili birimlerinin il ve ilçe kuruluşlarında görevli ve yetkili kılınmış personeline tutanak düzenlenir.

tutanağın içeriği dikkate alınacaktır. Kanunun lafzı, trafik kuruluşunun tutanak uyarınca işlem yapacağını göstermektedir²⁴⁸. Yani tutanak içeriğini idarenin kontrol etmesi mümkün olmayacaktır. Fahri Trafik Müfettişliği Görev ve Çalışma Yönetmeliği'nin 13'üncü maddesinde de *“Bu Yönetmeliğin 9 uncu maddesine göre müfettişlerce tanzim edilerek tescil kuruluşlarına iletilen tutanaklar hakkında, Trafik Kanununun 116'ncı ve Karayolları Trafik Yönetmeliğinin ilgili hükümlerine göre işlem yapıl[acağı]”* öngörülerek fahri müfettişlerce tutulan tutanağın bağlayıcılığı teyit edilmiştir. Bu durumda suçu tespit eden ve fahri trafik müfettişi tarafından düzenlenen tutanak, idare tarafından verilecek cezai işlemi bağlayacaktır. Nitekim AYM'nin kararına katılmayan bir üyeye göre de, *“bir işlemi yapıp yapmama konusunda takdir hakkı bulunmayan bir kamu görevlisinin, yani kuralın uygulamasında fahri müfettişçe düzenlenen suç tutanağına göre trafik cezası kesmek zorunda olan trafik şubesi yetkilisinin, trafik cezasını uygulayıp uygulamama konusunda takdir hakkı bulunmamaktadır. Trafik yetkililerinin tutanak üzerinde yaptıkları kontrol sadece tutanağın şekli unsurlarına ilişkin olup, tutanakta kayıtlı trafik suçunun gerçekten işlenmiş olup olmadığına ilişkin değildir.”*. Bu görüş doğrultusunda, özel kişinin yaptığı hazırlık işleminin idareyi bağladığı ve bu yüzden özel kişinin doğrudan kamu gücü kullanmasıyla aynı etkinin doğduğu söylenebilir²⁴⁹. Buna karşın, karşı oyda belirtildiği gibi *“bir eylemin trafik suçu oluşturup oluşturmadığı hususunda takdir hakkını kullanan fahri trafik müfettişinin tutanağı düzenlemesiyle idari işlemin oluş[ması]”* söz konusu değildir. Bu nedenledir ki, fahri trafik müfettişince doğrudan kamu gücü kullanılmamakta; ancak kamu gücü kullanımına etkili -bağlayıcı- bir şekilde katılmaktadır.

AYM bazı kararlarında bağlayıcılık kriterini incelemeyerek, kolluk faaliyetine ilişkin bağlayıcı nitelikteki hazırlık işlemlerinin özel kişilerce tesis edilebilmesinin yolunu açmıştır. Yüksek Mahkeme; yapı denetimi, nükleer santral yapılarının denetimi ve hastanelerin değerlendirilmesi yetkilerinin özel kişilere verilmesine ilişkin kararlarında, aşağıda inceleneceği üzere, hazırlık işlemlerinin bağlayıcılığını göz önünde bulundurmadan karar vermiştir.

²⁴⁸ Ayaydın, “Yapı Denetimi”, s.135.

²⁴⁹ Ayaydın, özel kişinin sonucu belirleyecek şekilde kamu kudreti kullanımına katıldığını ifade etmektedir. Ayaydın, **a.g.e.**, s.526.

4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 1'inci maddesine göre yapı denetimi, can ve mal güvenliğinin sağlanması amacıyla, yapıların imar planı, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun şekilde yapılmasını hedeflemektedir. Yapı denetimi imar kolluğu ile yakından ilişkili bir faaliyettir. İmar kolluk işlemleri ve eylemlerini gerçekleştirmeye Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile birlikte valilik ve belediyeler yetkili olmasına rağmen, yapı denetimi işini yürütmek Yapı Denetimi Hakkında Kanun ile yapı denetim kuruluşlarına verilmiştir. Adı geçen Kanun'un 2'nci maddesi uyarınca, *“Bu Kanun kapsamına giren her türlü yapı; Bakanlıktan aldığı izin belgesi ile çalışan ve münhasıran yapı denetimi ile uğraşan tüzel kişiliğe sahip yapı denetim kuruluşlarının denetimine tabidir.”*. Söz konusu kuruluşlara zemin, malzeme ve yapıyı denetleme, aykırılıkları ilgili idarelere rapor etme ya da proje hakkında uygunluk görüşü verme gibi yetkiler verilmiştir²⁵⁰. Bu yetkilerin kullanılması tek başına üçüncü kişilerin hukuki statüsü üzerinde bir etki yaratmamaktadır. Buna karşın ilgili idare, yani belediye veya valilik, İmar Kanunu uyarınca sahip olduğu kolluk yetkilerini kullanırken yapı denetim şirketinin görüşlerini dikkate alacaktır. Bu sebeple, özel hukuk kişileri olan yapı denetim şirketlerine verilen yetkilerin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüş; AYM, *“yapı denetim kuruluşlarına idari işlem yapma yetkisi verilmediğine, [onların] kamu gücü kullanmadan teknik inceleme yapmak ve bu konuda ilgili yerlere rapor, görüş ve bilgi vermekle görevlendiril[diğine], bu nedenle*

²⁵⁰ a) Proje müelliflerince hazırlanan, yapının inşa edileceği arsa veya arazinin zemin ve temel raporları ile uygulama projelerini ilgili mevzuata göre incelemek, proje müelliflerince hazırlanarak doğrudan kendilerine teslim edilen uygulama projesi ve hesaplarını kontrol ederek, ilgili idareler dışında başka bir kurum veya kuruluşun vize veya onayına tabi tutulmadan, ilgili idareye uygunluk görüşünü bildirmek.

b) Yapı denetimini üstlendiğine dair ilgili idareye taahhütname vermek, bu yapıya ilişkin bilgileri yapı ruhsatı düzenleme tarihinden itibaren yedi gün içinde Bakanlığa bildirmek.

c) Yapının, ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun olarak yapılmasını denetlemek.

d) Yapım işlerinde kullanılan malzemeler ile imalatın proje, teknik şartname ve standartlara uygunluğunu kontrol etmek ve sonuçlarını belgelendirmek, malzemeler ve imalatla ilgili deneyleri yaptırmak.

e) Yapılan tüm denetim hizmetlerine ilişkin belgelerin bir nüshasını ilgili idareye vermek, denetimleri sırasında yapıda kullanılan malzeme ve imalatın teknik şartname ve standartlara aykırı olduklarını belirledikleri takdirde, durumu bir rapor ile ilgili idareye ve il sanayi ve/veya ticaret müdürlüklerine bildirmek.

f) İşyerinde, çalışmaların, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına göre düzenlenmesi gereken sağlık güvenlik planına uygun olarak yapıldığını kontrol etmek ve gerekli tedbirlerin alınması için yapı müteahhidini yazılı olarak uyarmak, uyarıya uyulmadığı takdirde durumu ilgili Çalışma ve İş Kurumu il müdürlüğüne bildirmek.

g) Ruhsat ve eklerine aykırı uygulama yapılması halinde durumu üç iş günü içinde ilgili idareye bildirmek.

h) Yapının ruhsat eki projelerine uygun olarak kısmen veya tamamen bitirildiğine dair ilgili idareye rapor vermek.

ı) Zemin, malzeme ve imalata ilişkin deneyleri, şartname ve standartlara uygun olarak laboratuvarlarda yaptırmak.

yapı denetim kuruluşlarının hizmetleri[nin] Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler arasında bulunma[dığına]]” hükmetmiştir²⁵¹. AYM’nin kararında özel kişinin faaliyeti “rapor, görüş ve bilgi vermekle” sınırlı görülerek hazırlık işlemi tesisi olarak kabul edilmiştir. Ancak bu işlemlerin İdare’yi bağlayıp bağlamadığı noktasında, Yüksek Mahkeme açık bir değerlendirme yapmamıştır. Hâlbuki yapı denetimi, yapının tasarım ve inşaa sürecini kapsamakta; kolluk işlemi niteliğindeki yapı ruhsatı ve yapı kullanma izninin verilmesini etkilemektedir. Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği’ne göre, yapı denetim kuruluşu proje, ruhsat ve yapım aşamalarında çeşitli incelemelerde bulunup, bunların sonuçlarını gösteren raporları idareye sunmaktadır. O halde, söz konusu raporlar ile yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni arasındaki ilişki bağlayıcılık açısından incelenmeli ve değerlendirilmelidir.

Yapı denetim kuruluşunun olumsuz içerikli raporları, yani denetim sırasında tespit edilen usulsüzlük ve aykırılıklar, idare için bağlayıcı olacaktır²⁵². Bu bağlayıcılık, onun 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun’un 3’üncü maddesinde fenni mesul olarak düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır²⁵³. 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 28’inci maddesinin 2’nci fıkrasına göre kamu adına denetim yapan fenni mesuller, idareye olumsuzlukları bildirmekle yükümlü olup, idare de bu kişilerin bildirimiyle bağlı bulunmaktadır: “*Fenni mesulün, uzmanlık alanına uygun olarak yapıda yetki belgesi olmayan usta çalıştırılması veya şantiye şefi bulundurulmaksızın yapım işinin sürdürülmesi veya yapının mevzuata aykırı yapılması veya istifaları halinde, bu durumları idareye yazılı olarak bildir[mesi üzerine], 32’nci maddeye göre işlem yapılır.*”. İmar Kanunu’nun 32’nci maddesinde ise, “*belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumunun tespiti ile yapının mühürlenerek inşaatın derhal durdurulacağı*” düzenlenmiştir. Bu hükümlerin birlikte yorumlanmasından, özel kişinin bildirimi üzerine idarenin doğrudan kolluk işlemi tesis edeceği, yani bu bildirim işleminin idareyi bağlayıcı olduğu anlaşılmaktadır. Kanun’un 32’nci

²⁵¹ AYM, E.2001/377, K.2002/59, T:26.06.2002, RGTS:9.11.2002/24931.

²⁵² Yılmaz Halil, **Türk Hukukunda Yapı Denetim Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008, s.123.

²⁵³ 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun, Madde 3- *Bu Kanunun uygulanmasında, yapı denetim kuruluşları imar mevzuatı uyarınca öngörülen fenni mesuliyeti ilgili idareye karşı üstlenir.*

maddesinde idarenin aykırılığı tespiti ile fenni mesulün aykırılık tespitine aynı hukuki sonuç bağlanmıştır²⁵⁴.

Bununla birlikte fenni mesuliyeti yapı denetim şirketleri dışında gerçek kişiler de üstlenmektedir²⁵⁵. Yapı Denetimi Hakkında Kanun’un 1’inci maddesinde, Kanun’un kapsamı çizildikten sonra, “*Ruhsata tabi olup, bu kanuna tabi olmayan yapılarda denetime yönelik fennî mesuliyetin 3194 sayılı İmar Kanununun 26’ncı ve 28’inci maddelerine göre mimar ve mühendislerce üstlenileceği*” düzenlenmiştir. Fenni mesulün yapacağı olumsuz değerlendirme idareyi bağlayacağı için, fenni mesulün gerçek ya da tüzel kişi olmasından bağımsız olarak, özel kişinin bu yetkiyle donatılması Anayasa’nın 128’inci maddesine aykırı olacaktır.

Bununla birlikte, idarenin yapı ruhsatına ilişkin kararının, yapı denetim kuruluşu görüş ve raporlarıyla bağlı olup olmadığı ortaya konulmalıdır. 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 22’nci maddesi uyarınca, yapı ruhsatı almak için, yapı sahibi, belediye ya da valiliğe müracaat etmektedir. Başvuruda; tapu, mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa ebatlı kroki sunulmakta; ilgili idare bu belgeleri inceleyerek eksik ve yanlış bulunmuyorsa yapı ruhsatı vermektedir. Eksik veya yanlış olduğu takdirde; müracaatçıya ilgili bütün eksik ve yanlışları yazı ile bildirilmekte ve bunlar giderildikten sonra yapı ruhsatı düzenlenmektedir. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği’nin 57’nci maddesine göre, yapı sahibi, yetkili kişilere mimari proje, yapı aplikasyon projesi, peyzaj projesi, statik proje, mekanik tesisat projesi, elektrik tesisat projesi ve varsa idarece talep edilen diğer projeleri hazırlattırır. Yapı denetim kuruluşunun denetçi mimar ve mühendisleri

²⁵⁴ 3194 sayılı İmar Kanunu, **madde 32/1**: “(...)ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulca tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur.” Bunun gibi, Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği’nin çeşitli maddelerinde de yapı denetim kuruluşunun bildirimiminin, idareyi bağladığı düzenlemeler yer almaktadır.

Madde 4/5: Yapıda tespit edilen eksiklikler (...) gibi nedenlerle, yapı denetim kuruluşunun talebi üzerine ilgili idarece inşaat durdurulur.

Madde 5/4-d: Yapı denetim kuruluşu, (...) bu raporları (...) ilgili idareye vererek, hatalı imalatlar uygun hale getirilinceye kadar yapıdaki imalatın durdurulmasını sağlar.

Madde 27/3: Müteakip bölümün hizmet bedeli yatırılmadığı takdirde, yapı denetim kuruluşunca yapı faaliyet durdurma tutanağı ile seviye tespit tutanağı tanzim edilerek, tanzim tarihinden itibaren üç iş günü içinde ilgili idareye bildirimde bulunulur. İlgili idarece yapı tatil tutanağı tanzim edilir ve yapının devamına izin verilmez. Bu hükümlere aykırı hareket eden ilgililer hakkında, Kanunun cezai hükümleri uygulanır.

²⁵⁵ Çolak Nusret İlker, **İmar Hukuku**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2. Bası, 2014, s.671.

tarafından bu projelere uygunluk görüşü verilmesi şarttır²⁵⁶. Bu süreçte özel hukuk kişisi tarafından projelere uygunluk görüşü verilmediği takdirde, idare ilgili projelere ruhsat veremeyecektir. Buna karşın, uygunluk görüşü verilmiş olması, ruhsatın verilmesini zorunlu kılmamakta, idareyi bağlamamaktadır.

Denetim sonucunda oluşturulacak raporların²⁵⁷, idarenin yapı kullanma izni verme kararını bağlayıp bağlamadığı da incelenmelidir. İmar Kanunu'nun 30'uncu maddesine göre, yapı tamamen veya kısmen bittiği takdirde, ilgili kısmın kullanılabilmesi için belediye ve valilikten yapı kullanma izni alınması mecburidir. İzin, yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespiti üzerine idarece verilir. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 64'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, *“yapı kullanma izni için, idareye yapılan başvuru dilekçesi ekinde, fenni mesullerin veya yapı denetim kuruluşlarının yapının ruhsat eki projelerine, fen ve sağlık kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadığını, mevzuata uygun malzeme kullanılıp kullanılmadığını belirten raporları (...) yer almalıdır.”* Yukarıda da ifade edildiği üzere, söz konusu raporların içeriği olumsuz olduğu takdirde idare, yapı hakkında yapı kullanma izni düzenleyemeyecektir. Buna karşın, rapor içerikleri olumlu olduğu takdirde idare, yapı kullanma izni vermek zorunda olmayıp; mevzuata uygun bulunmuş olan yapıları bizzat inceleyebilir²⁵⁸.

²⁵⁶ Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği, m. 5/2 (d): *“İncelenen projeler, uygun görülmesi hâlinde, yapı denetim kuruluşu adına ilgili denetçi mimar ve denetçi mühendisler tarafından imzalanır ve kuruluş tarafından tasdik edilir. (e) Zemin ve temel etüdü raporunun hazırlanmasına ilişkin esaslara uygun olarak bir zemin etüdü raporunun olup olmadığını tespit ederek uygunluk görüşü verir. 5/3 hükmü uyarınca, yapı denetim kuruluşu ruhsat aşamasında “projelerdeki eksikliklerin giderildiğini gösterir proje kontrol formunu idareye sunmaktadır.”* Ayaydın da, uygunluk görüşünü, önşart olarak nitelemektedir. Ayaydın, “Yapı Denetimi”, s.151.

²⁵⁷ Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği, m. 5/4 (ö): *“Yapının ruhsata ve eklerine uygun olarak kısmen veya tamamen bitirildiğini belirten, iş bitirme tutanağını düzenlemekte ve onaylanmak üzere ilgili idareye vermektedir.”*

²⁵⁸ Ayaydın, “Yapı Denetimi”, s.152; Yılmaz Halil, **a.g.e.**, s.123. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 64'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında, *“Yapının mevzuata uygun bulunması halinde, 30 gün içinde yetkili idare tarafından yapı kullanma izin belgesi düzenleneceği, aksi halde, eksikliklerinin tamamlanarak yapının mevzuata uygun hale getirilmesinin isteneceği”* ifade edilmiştir. Bunu destekler şekilde, Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinin 6'ncı fıkrasında, inşaatın tamamlanmasını müteakiben yapı denetim kuruluşu tarafından tanzim edilen iş bitirme tutanağının, ilgili idarece inceleneceği ve onaylanacağı; eksikliklerin olması durumunda bunların giderilmesi hususunda idare tarafından bildirim yapılacağı düzenlenmiştir. O halde, yapı denetim kuruluşunun ilgili raporları ve iş bitirme tutanağı düzenlemesi halinde, idare, zorunlu olarak yapı kullanma izni düzenlemek durumunda değildir.

Sonuç olarak, yapı denetim kuruluşlarının kolluk işlemlerinden önce tesis ettikleri hazırlık işlemi niteliğindeki rapor ve görüşlerin idareyi hukuken bağlayıcı olup olmadığı belirlenirken, bu rapor ve görüşlerin içeriklerine göre farklı sonuca ulaşılmaktadır. Ancak söz konusu hazırlık işlemlerinin İdare’yi her durumda fiilen bağladığı söylenebilecektir²⁵⁹. Yapılacak inşaatların sayısının fazla olması ve bazı belediyelerde yeterli sayıda ve nitelikte teknik eleman bulunmaması İdarenin sahip olduğu denetim yetkisini fiilen kullanamaması sonucunu doğurabilir²⁶⁰. Zaten ilgili yönetim çoğu zaman yapı denetim kuruluşunun raporlarını onaylamakla yetinmekte; rapordaki tespit ve öneriler idarece aynen kabul edilmektedir²⁶¹.

AYM’nin bağlayıcılık kriterini ihmal ettiği bir karar da 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname uyarınca değerlendirilen ve sınıflandırılan hastanelere ilişkindir. Adı geçen KHK’nın 30’uncu maddesine göre, il düzeyinde Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu’na bağlı, ikinci ve üçüncü basamak sağlık kurumlarından oluşan Kamu Hastaneleri Birlikleri kurulmaktadır. Aynı KHK’nın 34’üncü maddesinde, birlik hastanelerinin değerlendirilmesi ve denetimi düzenlenmiştir²⁶². Buna göre, *“Hastaneler; tıbbî ve malî kriterler ile kalite, hasta ve çalışan güvenliği ve eğitim kriterleri çerçevesinde Kurumca belirlenecek usûl ve esaslara göre altı aylık veya bir yıllık sürelerle değerlendirmeye tabi tutulur. Bu değerlendirme, kamu veya özel değerlendirme kuruluşlarına da yaptırılabilir. Değerlendirme sonuçlarına göre hastaneler yukarıdan aşağıya doğru (A), (B), (C), (D) ve (E) şeklinde gruplandırılır.”*. Söz konusu düzenleme uyarınca özel değerlendirme kuruluşları tarafından yapılacak değerlendirme ve gruplandırma doğrudan bu hastaneler ile hastane personeli üzerinde hukuki bir etki doğurmamaktadır. Ancak 34’üncü maddenin 2’nci fıkrası uyarınca²⁶³, değerlendirme sonuçlarına göre Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu birlik ve hastane personeli hakkında, grup düşürülmesi, üst gruba çıkarılmama, genel sekreterin ve

²⁵⁹ Akgül, **a.g.e.**, s.165.

²⁶⁰ Ayaydın, “Yapı Denetimi”, s.152.

²⁶¹ Yılmaz Halil, **a.g.e.**, s.120 ve 122.

²⁶² Adı geçen KHK’nın 30 ila 34’üncü maddeleri 8.3.2018 tarih ve 30354 sayılı Mükerrer Resmi Gazete’de yayımlanan 7078 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁶³ *“Yapılan değerlendirme sonuçlarına göre birliğin; grup düşürülmesi, (D) grubunda devralınması halinde, üçüncü değerlendirmede üst gruba çıkarılamaması, (E) grubunda devralınması halinde, ikinci değerlendirmede üst gruba çıkarılamaması, bünyesindeki hastanelerden birinin ard arda yapılan iki değerlendirmede de grup düşürülmesi, (E) grubu hastane ile devralınması halinde, ikinci değerlendirmede bu hastanenin bir üst gruba çıkarılamaması hallerinde Kurumca genel sekreterin görevine son verilir. Bu fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan hallerin hastane ölçeğinde gerçekleşmesi durumunda ise, genel sekreterce hastane yöneticisinin görevine son verilir.”*

hastane yöneticisinin görevine son verilmesi gibi icraî nitelikte kolluk işlemleri tesis etmektedir.

Söz konusu düzenleme Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırı olduğu iddiasıyla AYM önüne götürülmüştür. Yüksek Mahkeme, *“hastanelerin değerlendirilmesi faaliyetinin, teknik bir inceleme mahiyetinde olup denetim olarak nitelendirilemeyeceğini, değerlendirme şirketince hazırlanan rapor dikkate alınarak hastanelerin gruplandırmasına ilişkin nihai kararı verme yetkisinin Kamu Hastaneleri Kurumuna ait olduğunu, teknik destek sağlamaktan ibaret, hazırlık işlemi niteliğinde bir görev olduğu anlaşılan hastanelerin Kurumca belirlenen kriterlere göre değerlendirilmesi görevinin üçüncü kişilere gördürülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmadığı”* sonucuna ulaşmıştır²⁶⁴. Mahkeme, bu sonuca varırken hazırlık işleminin bağlayıcı olup olmadığını değerlendirmemiştir. Oysaki özel kuruluşların yaptığı değerlendirme sonuçları, gruplandırmayı belirlemekte; bunlar esas alınarak genel sekreterin yahut hastane yöneticisinin görevine idare tarafından son verilebilmekte; özel kuruluşun yaptığı değerlendirme hazırlık işlemi olsa dahi idareyi icraî işlem tesisi bakımından bağlamaktadır. Bu nedenle söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırı olduğu kabul edilmelidir²⁶⁵.

AYM güncel bir kararında da denetimin özel kişiye yaptırılmasını değerlendirirken bağlayıcılık kriterine başvurmamıştır²⁶⁶. Yüksek Mahkeme, elektrik dağıtım şirketlerinin denetiminin özel kişilerce gerçekleştirilmesi halinde dahi idarenin bu denetimle bağlı olup olmadığını sorguladığı ve o düzenleme kapsamında denetimin bağlayıcı olmadığına karar verdiği halde, 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu (“TAEK”) Kanunu'nda nükleer santral sahalarında yapılacak yapıların denetiminde özel kişilerin yetkilendirilmesi hakkında getirilen düzenlemeyi denetlerken bağlayıcılık kriterini incelememiştir²⁶⁷. Adı geçen Kanun'a 6719 sayılı ve 2016 tarihli kanunla eklenen ek-1'inci maddede, *“Nükleer santral sahalarında yapılacak yapılar hakkında 29/6/2001 tarihli ve 4708 sayılı Yapı Denetimi*

²⁶⁴ AYM, E.2011/150, K.2013/30, T:14.2.2013, RGTS:25.06.2013/28688.

²⁶⁵ Kamu Hastaneleri Birlikleri ve birliklere bağlı hastanelerin değerlendirilmesine dair hükümler, 8.3.2018 tarih ve 30354 sayılı Mükerrer Resmi Gazete'de yayımlanan, 1.2.2018 tarih ve 7078 sayılı Kanun hükümleriyle yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁶⁶ AYM, E.2016/150, K.2017/179, T:28.12.2017, RGTS:15.2.2018/30333.

²⁶⁷ 2690 sayılı Kanun'un ilgili maddesi 09.07.2018 tarih ve 30473 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak AYM'nin ilgili kararı verdiği dönemdeki düzenleme incelenmektedir.

Hakkında Kanun hükümleri ile 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununun fenni mesuliyete ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı, ancak bu yapıların yapı denetiminin Türkiye Atom Enerjisi Kurumu tarafından yetkilendirilen tüzel kişiliğe sahip yapı denetimi kuruluşları tarafından, denetim kuruluşu ile nükleer santralin lisans sahibi arasında akdedilen hizmet sözleşmesi hükümlerine göre yapılacağı” düzenlenmiştir. Nükleer santral yapı denetimini yapmak üzere yetkilendirilen özel kişilerin yetki kapsamı, denetimin usul ve esasları ile idarenin denetim sonucuyla bağlı olup olmayacağı ise yasada açıkça düzenlenmemiştir. Hükmün devamında, “Bu yapılara ilişkin olarak yapılacak yetkilendirme ve denetimlerle ilgili usul ve esaslar ile yapı denetimi kuruluşu ile nükleer santral lisans sahibi arasında akdedilecek hizmet sözleşmesinin kapsamına ilişkin hususların Çevre ve Şehircilik Bakanlığının görüşü alınarak Türkiye Atom Enerjisi Kurumu tarafından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği” ifade edilmiştir. Bu düzenlemenin, AYM tarafından, daha önceki kararlarında olduğu gibi²⁶⁸ yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olduğu ve 128’inci madde yönünden yapılacak incelemeye engel olduğu gerekçesiyle iptal edilmesi beklenirdi. Ancak Yüksek Mahkeme Anayasa’ya aykırılık iddiasını reddetmiştir²⁶⁹.

AYM, özel kişinin denetimi ile idarenin yaptırım ya da izin kararı arasındaki ilişkiyi incelememiş; icraî karar alma yetkisinin TAEK’te kaldığını tespit etmekle yetinmiştir. Üstelik kural olarak, teknik ve uzmanlık bilgisi gerektiren denetim hizmetlerinin devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli kamu hizmeti niteliğinde olmadığı sonucuna vararak önceki kararlarında ortaya koyduğu içtihadından açık bir şekilde ayrılmıştır.

²⁶⁸ AYM, E.2011/27, K.2012/101, T:5.7.2012, RGTS:06.10.2012/28433; AYM, E.2012/6, K.2012/131, T:27.9.2012, RGTS:13.02.2013/28558.

²⁶⁹ “Nükleer santrallerin asıl denetim yetkisi TAEK’te kalmaya devam etmekte, TAEK bu denetimi lisanslama ve uygulama projelerini kabul ederken gerçekleştirmektedir. TAEK’in ayrıca nükleer yapı denetim kuruluşlarını da denetleme yetkisi bulunmaktadır. TAEK denetimleri sırasında nükleer santral sahibinin sorumluluklarını yerine getirmediğini tespit etmesi hâlinde nükleer santral sahibinin lisansını iptal edebilme imkânına sahip olduğu gibi nükleer yapı denetim kuruluşunun da görevlerini yerine getirmediğini belirlemesi hâlinde nükleer yapı denetim kuruluşunun yetkisini kaldırabilme imkânı da bulunmaktadır. Bu itibarla kuralla nükleer santral sahalarında bulunan nükleer güvenlik açısından önemli olan yapıların yapı denetiminin TAEK tarafından yetkilendirilen nükleer yapı denetim kuruluşları tarafından gerçekleştirilmesine olanak tanınmakta olup nükleer yapı denetim kuruluşlarının denetleme yetkisinin tek başına icrai bir yetki olmaması, denetim sonucunda idari yaptırım uygulama yetkisinin TAEK’te kalmaya devam etmesi, ayrıca konusunda teknik ve uzmanlık bilgisine sahip özel nitelikteki nükleer yapı denetim kuruluşlarınca gerçekleştirilecek denetim hizmetlerinin devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli kamu hizmeti niteliğinde olmaması hususları göz önünde bulundurulduğunda kural Anayasa’nın 128. maddesine aykırı değildir.”

2690 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde²⁷⁰ kamu tüzel kişisi olduğu belirtilen TAEK, aynı yasanın 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının e bendinde “*Nükleer güç ve araştırma reaktörleri ve yakıt çevrimi tesislerinin yer seçimi ve inşaatıyla ilgili her türlü onay, izin ve lisansı vermek; gerekli inceleme ve denetimi yapmakla*” yetkilendirilmiştir. Nükleer santral yapılarının güvenliğini sağlamak amacıyla denetiminin yapılması ve ilgili izinlerin verilmesi TAEK'e verilen bir kolluk yetkisidir. Ancak ek 1'inci madde uyarınca, nükleer yapı denetimi TAEK'in yetkilendireceği özel kişiler tarafından da gerçekleştirilecektir. TAEK'in denetim yetkisi devam etse de özel kişinin yapacağı denetimin, TAEK'in vereceği izinler ya da uygulayacağı yaptırımlar bakımından bağlayıcı olup olmadığı yasada açıkça belirtilmemiştir. Bu nedenle, ilgili düzenleme Anayasa'ya aykırıdır.

AYM aynı kararında²⁷¹, özel kişinin denetim yetkisine ilişkin yaptığı diğer bir değerlendirmesinde, bağlayıcılık kriterini yok sayma yolundaki yaklaşımını pekiştirmiştir. Kararın bu kısmında Anayasa'ya aykırılığı gündeme gelen hüküm, 3154 sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2'nci maddesine eklenen ve elektrik üretim, iletim, dağıtım ve tüketim tesislerinin inceleme, tespit, raporlama, proje onay ve kabul işlemlerinin Bakanlık tarafından yetkilendirilen özel hukuk kişileri tarafından gerçekleştirilmesinin yolunu açan fıkradır²⁷². Hüküm; inceleme, tespit, raporlama, proje onay ve kabul işlemlerinin Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiği, buna rağmen bu yetkilerin özel hukuk tüzel kişilerine bırakıldığı, özel hukuk tüzel kişilerinin yetkilerinin sınırları ve tesis edecekleri işlemlerin Bakanlık yönünden bağlayıcılık taşıyıp taşımadığının belirsiz olduğu ve bu nedenle yasama yetkisinin devrine yol açtığı gerekçesiyle AYM önüne götürülmüştür.

Ancak AYM, ilgili Kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığını değerlendirirken, Kanun'a dayanılarak hazırlanan yönetmelik hükümlerini incelemiştir. Bu kapsamda Elektrik Üretim Tesisleri Kabul Yönetmeliği'nin²⁷³ 4'üncü maddesinin 1'inci

²⁷⁰ Bu madde, 09.07.2018 tarih ve 30473 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak AYM'nin ilgili kararı verdiği dönemdeki düzenleme verilen şekildedir.

²⁷¹ AYM, E.2016/150, K.2017/179, T:28.12.2017, RGTS:15.2.2018/30333.

²⁷² 3154 sayılı Kanun, 09.07.2018 tarihli ve 30473 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmış olup, ilgili düzenleme aynı KHK ile 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'na Ek Madde 1 olarak eklenmiştir.

²⁷³ 6.11.2015 tarihli ve 29524 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Yönetmelik.

fıkrasının e ve h bentlerinde düzenlenen Kontrol Firması ve Proje Onay Birimi ismindeki kamu ya da özel hukuk kişilerinin yetkilerini ele almış; bunların Bakanlık denetiminde olduğunu ifade etmiş; son olarak da “*bu tesislerle ilgili inceleme, tespit, raporlama, proje onay ve kabul işlemlerini yapmak özel hukuk tüzel kişilerinin yetkilendirilmesini öngören kuralda Anayasa’nın 128. maddesine aykırı bir yön bulunma[dığı]*” sonucuna ulaşmıştır. AYM, Anayasa’ya aykırılığı iddia edilen hükme dayanılarak getirilen ikincil mevzuatı inceleyerek, bu düzenlemelerin Anayasa’ya aykırılık oluşturmadığını tespit etse de (bu tespit dahi doğru değildir²⁷⁴), tartışma konusu Kanun hükmü, yönetmeliğin farklı bir içerikle düzenlenmesine de izin vermektedir. Yasada sınırları çizilmemiş bir yetki devri söz konusu olduğundan, yönetmelikle idari kolluk işleminin özel kişiye bırakılması yahut idareyi bağlayıcı olacak şekilde özel kişinin denetim yapması mümkündür. Yasama yetkisinin devrine imkân veren kanuni düzenlemenin, yönetmelikte bu imkân kullanılmadığından bahisle, bir başka deyişle yönetmelikle Anayasa’ya uygun hale getirilmesine dayanılarak verilen red kararının hukuka uygun olduğunun savunulması mümkün gözükmemektedir.

Kanunda özel kişilere devredilebileceği belirtilen proje onay ve kabul yetkilerinin kolluk işlemleri olduğu Elektrik Üretim Tesisleri Kabul Yönetmeliği’nden de anlaşılmaktadır. Yönetmeliğin 21’inci maddesinde, “*Onaylı projesi olmayan ya da onaylı projesine göre tesis edilmeyen elektrik üretim tesisinin kabulünün yapılamayacağı, ön kabul ya da geçici kabulü yapılmamış tesislerin işletilemeyeceği, bu gibi tesislerin tespit edilmeleri durumunda, Bakanlıkça görevlendirilecek veya yetkilendirilecek gerçek ve/veya tüzel kişiler tarafından mühürlenerek inşaatları,*

²⁷⁴ Elektrik Üretim Tesisleri Kabul Yönetmeliği’nin 5’inci maddesine göre, bu Yönetmelik kapsamındaki elektrik üretim tesislerinin kabul işlemleri yetkisi Bakanlığa ait olmakla birlikte, Bakanlık elektrik üretim tesislerinin proje onay ve kabul işlemlerini özel kişilere de yaptırabilmektedir. Şu halde, proje onay ve kabul işlemlerinin niteliği tespit edilmelidir. Aynı Yönetmeliğin 21’inci madde hükmünde “*Onaylı projesi olmayan ya da onaylı projesine göre tesis edilmeyen elektrik üretim tesisinin kabulü yapılamayacağı*” ifade edilmiştir. Bir elektrik tesisinin işletilebilmesi için Bakanlık tarafından kabul yapılması idari bir kolluk işlemidir. Proje onayı da Bakanlığın “kabul işlemi”nin ön şartı olduğu gibi, aynı zamanda idari bir kolluk işlemidir. Zira bir projenin onaylanıp onaylanmaması, o projenin hukuki statüsünü etkileyen ve ilgili tesisin yapımını engelleyebilecek nitelikte bir işlemidir. Yani proje onayı, genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli bir kamu hizmeti olup, sadece kamu görevlileri eliyle yürütülmelidir. Yönetmeliğin 4’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının h bendine göre ise, proje onayını Bakanlık tarafından yetkilendirilen Organize Sanayi Bölgeleri (OSB) ve benzeri ihtisas sahibi kurum ve kuruluşlar da yapabilmektedir. 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu’nun 5’inci maddesine göre OSB’ler özel hukuk tüzel kişisidirler. Üstelik yönetmeliğe göre OSB’ler gibi başkaca ihtisas sahibi özel kişiler de proje onay yetkisini elinde bulundurabilecektir.

montajları, çalıştırılmalarının önleneyeği” düzenlenmiştir. Şu halde, proje onayı yapılmayan veya onaylı projeye göre tesis edilse dahi kabul işlemleri yapılmayan tesisler işletilemez. Proje onayı ve tesisin kabulü, hak ve özgürlükleri kısıtlayabileceği için kamu gücü içeren idari kolluk işlemleridir. Bu nitelikteki işlemlerin Anayasa’nın 128’inci maddesi uyarınca, sadece kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden, 3154 sayılı Kanun’un 2’inci maddesinin 1’inci fıkrasının j bendi bu bakımdan da Anayasa’ya aykırıdır.

2- Özel Kişinin İdareyi Bağlayıcı Olmayan Hazırlık İşlemleri

Hazırlık işlemleri, kişilerin hukuki ya da maddi statüsü üzerinde değişiklik yapmaya elverişli bulunmadığından asli görev kapsamında değerlendirilmeyebilir. Ancak idareyi bağlayıcı olan hazırlık işlemleri, hukuki sonucu belirleyici olmaları sebebiyle istisnai olarak asli görev niteliğindedir. İdareyi bağlayıcı olmayan hazırlık işlemleri ise hem hukuki ve maddi sonucu doğrudan etkilemediğinden hem de dolaylı olarak hukuki sonucu belirleme gücünden yoksun olduğundan asli görev niteliğinde değildir.

Elektrik üretim tesisleri ve su yapılarının denetiminin özel kişiler tarafından gerçekleştirilmesine ilişkin hükümler, bu denetimin idareyi bağlayıcı olup olmadığı belli olmadığı için AYM tarafından iptal edilmişti²⁷⁵. Söz konusu iptal kararı üzerine 2013 tarihli 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun 15’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında denetim şu şekilde düzenlenmiştir: *“Bakanlık, Kurum ve DSİ bu Kanun kapsamındaki denetim yükümlülükleri ile ilgili olarak, sonuçları itibarıyla Bakanlık, Kurum ve DSİ açısından bağlayıcı olmayacak ve yaptırım içermeyecek şekilde inceleme, tespit ve raporlama yapmak üzere şirketleri yetkilendirerek onlardan hizmet satın alabileceklerdir. Bu şirketlerin nitelikleri, yetkilendirilmesi ve yetkili şirketlerle denetlenecek şirketlerin hak ve yükümlülükleri ile diğer usul ve esaslar ilgisine çıkarılan yönetmeliklerle düzenlenecektir.”* Söz konusu hükmün, denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkelerin yasada belirlenmemesi sebebiyle yasama yetkisinin devrine imkân verdiği ve Anayasa’nın 128 inci maddesi yönünden yapılacak denetime engel olduğu gerekçesiyle AYM önünde Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülmüş; Yüksek

²⁷⁵ AYM, E.2011/27, K.2012/101, T:5.7.2012, RGTS:06.10.2012/28433 ve AYM, E.2012/6, K.2012/131, T:27.9.2012, RGTS: 13.02.2013/28558.

Mahkeme, “denetim faaliyetinin başlı başına icrai sonuç doğuran bir işlem olmaması ve denetim sonucu düzenlenen raporların idari işlem kuramı uyarınca hazırlık işlemi olması gerekçesiyle kural olarak denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığını” tespit ettikten sonra “Kanun'da öngörülen hukuki, cezai ve idari tedbirleri uygulama yetkisi idarede kaldığından ve denetim raporları bağlayıcı olmayacağı ve yaptırım içermeyeceğinden, denetim görevinin kamu görevlisi olmayan üçüncü kişilere gördürülmesinde” Anayasa'ya aykırılık bulmamıştır²⁷⁶. Gerçekten de iptal talebine konu olan düzenlemede özel kişinin yapacağı denetimin, sonuçları itibariyle idareyi bağlamayacağı açıkça ifade edildiğinden, özel kişinin işlemi hukuken idareyi bağlamayacak ve 128'inci maddeye aykırılık doğmayacaktır.

Trafik kurallarının denetiminde fahri trafik müfettişlerine verilen yetkinin benzeri, av kolluğu kapsamında fahri av müfettişlerine de tanınmıştır. 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun 20'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, “*avcılığın kontrolü, av hayvanlarının korunması, av yasaklarının takibi ve av hayvanı üretimi yapan yerlerin denetiminin Tarım ve Orman Bakanlığı ve Orman Genel Müdürlüğüne yapıl[dığı]*” belirtildikten sonra, 5'inci fıkrada “*Av koruma ve kontrollerinde Bakanlık görevlilerine veya güvenlik güçlerine gönüllü destek sağlamak üzere Bakanlıkça belirlenecek kişilere fahri av müfettişliği görev ve unvanı verilebil[ceği]*” hükme bağlanmıştır. Fahri av müfettişlerine verilen yetki ise, “*yasak avlanma sayılan fiilleri işleyenler hakkında işlem yapılması amacıyla Genel Müdürlükçe kendilerine verilen tutanağı düzenleyerek en geç bir hafta içinde en yakın orman idaresi birimine teslim etmek*”tir. İdari yaptırıma tabi olan yasak avlanmanın özel hukuk kişisi tarafından tespit edilerek tutanakla idareye bildirilmesi, idare tarafından karar verilecek idari yaptırımın hazırlık işlemi teşkil etmektedir. Özel kişinin yaptığı bu hazırlık işleminin idari kolluk işlemi bakımından bağlayıcı olup olmadığı ise Kanun'un metninden anlaşılamamaktadır. Ancak Kara Avcılığı Kanunu'nun 20'nci maddesine dayanılarak yürürlüğe konulan Fahri Av Müfettişlerinin Seçimi, Eğitimi, Görev ve Yetkileri ile Çalışma Esas ve Usullerine Dair Yönetmeliğin 16'ncı maddesinde “*Müfettişlerin münferiden düzenledikleri tutanağın ihbar niteliğinde olduğu*” belirtilmiştir. Bu durumda fahri av müfettişinin düzenlediği tutanak ile herhangi bir vatandaşın yaptığı ihbar arasında fark bulunmamakta; dolayısıyla fahri av müfettişi ayrıcalıklı bir yetki

²⁷⁶ AYM, E.2013/65, K.2014/93, T:22.5.2014, RGTS:24.6.2015/29396.

kullanmamaktadır. Ayrıca ilgili yönetmelik hükmünün eski halinde, “*Teslim edilen tutanakların, idare tarafından suç delilleri ile birlikte inceleneceği, av suçunun işlendiğinin delilleri ile birlikte sabit görülmesi üzerine doğrudan Kanun hükümlerine göre işlem yapılacağı ancak suç unsuru görülmeyen veya delilleri elde edilemeyen tutanakların ise işleme konulmayacağı*” düzenlenmekteydi. Görüldüğü üzere fahri trafik müfettişlerinin düzenledikleri tutanak uyarınca Kanun’a göre işlem yapılmasına rağmen, fahri av müfettişlerinin düzenlediği tutanaklar içerik olarak incelemeye tabi tutulmakta üstelik bunların ihbar niteliğinde olduğu açıkça belirtilmektedir. O halde, tutanak şeklindeki hazırlık işleminin idari işlemi hukuken bağlayıcı olmadığı sonucuna varılacaktır. Bu şekildeki bir yetkinin özel kişi tarafından kullanılmasında Anayasa’ya aykırılık bulunmamaktadır.

Özel kişinin denetimle görevlendirildiği ve denetim sonucunda hazırladığı raporu idareye sunduğu bir düzenleme de 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu’nda yer almaktadır. Bu Kanun’un 30’uncu maddesinin ilk fıkrasında, belgeli yatırım ve işletmelere ilişkin olarak, bu işletmelerin belgeye esas olan niteliklerini koruyup korumadıklarını denetleme ve işletmeleri sınıflandırma yetkisinin Kültür ve Turizm Bakanlığı’na ait olduğu belirtildikten sonra, Bakanlığın gerekli görmesi halinde, denetim ve sınıflandırmaya esas oluşturacak tespitlerin yetkili kılınacak uzman gerçek veya tüzel kişilere de yaptırılabilceği hüküm altına alınmıştır. Maddede sözü edilen belgeli işletmeler, turizm yatırımı belgesi veya turizm işletmesi belgesi alan turizm aktörleridir. Turizmi Teşvik Kanunu’nun 5’inci maddesinde bu belgelerin niteliği şöyle ifade edilmiştir: “*Turizm sektöründe; bu Kanun ve diğer mevzuatta yer alan teşvik tedbirleri ile istisna, muafiyet ve haklardan yararlanabilmek için Bakanlıktan, turizm yatırımı belgesi veya turizm işletmesi belgesi alınması zorunludur.*” Dolayısıyla adı geçen belgeler, turizm aktörlerinin hak ve borçlarını etkileyecek nitelikte olan ve Bakanlığın tek taraflı düzenlediği birer kolluk işlemidir. Kendisine belge verilen işletmelerin denetlenmesi üzerine, işletmelere uyarma, para cezası ve belge iptali gibi cezaların verilmesi de kolluk işlemidir. Burada özel kişiye verilen yetki ise, gerektiğinde denetim yaparak, denetime ilişkin görüşlerini Bakanlığa sunmak; bir başka deyişle yapı denetim kuruluşlarının imar kolluğu kapsamında icra ettiği görevi turizm sektöründe gerçekleştirmektir.

Turizmde denetim hakkındaki ayrıntılı düzenlemeler, Turizm Yatırım, İşletme ve Kuruluşlarının Denetimi Hakkında Yönetmelikte yer almaktadır. Yönetmeliğin 5'inci maddesinde, turizm yatırım ve işletmelerinin denetiminin, Bakanlık kontrolörleri veya Bakanlık müfettişlerince yapılacağı ortaya konulduktan sonra, Yatırım ve İşletmeler Genel Müdürlüğü'nün, bazı durumlarda bu görevi il kültür ve turizm müdürlerine veya geçici işler için Bakanlık personeline verebileceği düzenlenmiştir. Ancak maddenin son fıkrasında, Yatırım ve İşletmeler Genel Müdürlüğü'nün gerek görmesi halinde, özel uzmanlık gerektiren konularda faaliyet gösteren gerçek veya tüzel kişilerin görüşünden yararlanılabileceği düzenlenerek özel hukuk kişileri de denetim sürecine dâhil edilmiştir. Söz konusu hükme göre, özel hukuk kişinin görüşünün idareyi bağladığı söylenemez. Zira özel kişiye sadece “görüşünden yararlanılmak” üzere başvurulabilir. Ayrıca 5'inci maddenin 3'üncü fıkrasında, idarenin kendi içinde yaptığı yetki devirlerinde dahi denetimden sonra yapılan tespitlerin Bakanlık kontrolörlerince inceleneceği ve olumsuz bir sonuç ortaya çıkması halinde Bakanlık kontrolörleri veya müfettişleri tarafından gerekli inceleme ve değerlendirmenin yapılacağı ifade edilmiştir. Burada idare olumsuz içerikte bir rapor olsa dahi söz konusu raporla bağlı olmamakta; bağımsız olarak kendi değerlendirmesini yapmaktadır²⁷⁷. O halde, görüşünden yararlanılan özel kişinin tespitlerinin evleviyetle Bakanlık kontrolörünün bağımsız değerlendirmesine konu olacağı söylenebilir.

Diğer yandan Bakanlık kontrolörü de Yönetmeliğin 26'ncı maddesi uyarınca yatırım veya işletme hakkında yapılması önerilen işlemi de içeren denetim raporunu hazırlamakta ve Kontrolörler Kurulu Başkanlığına vermektedir. Raporda ceza uygulanması önerildiği takdirde, ilgili yönetmelik hükümleri doğrultusunda işlem yapılmaktadır. Sonuç olarak, Bakanlık kontrolörü nihai işleme giden hazırlık işlemini yaptığından, özel kişi hazırlık işleminin hazırlık safhasında yer almaktadır. Dolayısıyla özel kişi, kolluk işlemini tesis eden iradeyi bağlayıcı bir karar vermediğinden, bu nitelikteki yetkilerin özel kişilere bırakılmasının Anayasa'ya aykırı olmadığı kabul edilmelidir.

²⁷⁷ Hâlbuki yapı denetim kuruluşlarının olumsuz içerikli raporlarıyla idarenin bağlı olduğu yukarıda ortaya konulmuştur.

Özel kişinin kolluk işleminden önce hazırlık safhasında idareye görüş sunduğu bir başka düzenleme, at yarışları düzenleme ve müşterek bahis toplama yetkisine sahip Yarış Müessesesi'nin yetkileri kapsamında karşımıza çıkmaktadır. At Yarışları Yönetmeliği'nin 88'inci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca ilk defa lisans almak isteyen amatör binicilerin, aynı maddede sayılan belgelerle birlikte Yüksek Komiserler Kurulu'na başvurması gerekmekte; Yüksek Komiserler Kurulu da Yarış Müessesesinin görüşünü alarak lisans verebilmektedir. Kamu görevlilerinden oluşan Yüksek Komiserler Kurulu, Yönetmeliğin 7'nci maddesinin 1'inci fıkrasının b bendiyle, lisansa tabi tutulan şahıslara lisans vermek ve gerektiğinde verilen lisansı iptal etmekle yetkilendirilmiştir. Bu türden bir yetki, üçüncü kişilerin kamu özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte tek taraflı bir karar olduğu için kolluk idari işlemidir. Bu idari işlemin öncesinde ise Yarış Müessesesi tarafından lisans başvurusuna ilişkin görüş bildirilecek yani hazırlık işlemi tesis edilecektir. Bu hazırlık işleminin idari kurulu bağlayıcı nitelikte olduğunun söylenmesi mümkün gözükmemektedir. Zira Yönetmelikte geçen "lisans verebilir" ifadesinden, Yüksek Komiserler Kurulu'nun lisans verip vermeme konusunda takdir yetkisi olduğu anlaşılmaktadır. Özel hukuk kişinin kolluk faaliyetine bu şekilde bağlayıcı olmayan hazırlık işlemi tesis etmek suretiyle katılması, Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırı değildir.

B- Özel Kişinin Uygulama Eylemi Gerçekleştirilmesi

Bilindiği üzere, bir idari işlemin hukuken tamamlanmış olması, her zaman fiilen de tamamlandığı, başka bir deyişle tüm sonuçlarının gerçekleştiği anlamına gelmeyebilir. Böyle durumlarda hukuki etkinin maddi âleme yansımaları için idare bazı eylemlerde bulunmalıdır²⁷⁸. Bir atama kararı, karar verildiği anda hukuki ve fiili sonucunu doğursa da belediyenin bir yapı hakkında verdiği yıkım kararı uygulanmadıkça fiilen sonuç doğurmaz²⁷⁹. Bu nedenle idari kararlar bazı durumlarda idarenin müdahalesi ile yerine getirilir ve bu yetki re'sen icra olarak adlandırılır²⁸⁰. Re'sen icra, icraî karar alma yetkisi gibi bir kamu gücü ayrıcalığı olsa da²⁸¹, re'sen icra yetkisinin, doğrudan idari eylem gerçekleştirilmesi suretiyle kullanılması ile uygulama eylemi gerçekleştirmek üzere kullanılması arasında kamu gücünün derecesi

²⁷⁸ Yılmaz D., **a.g.e.**, s.146; Günday, **a.g.e.**, s.125; Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.281.

²⁷⁹ İlgilisine yarar sağlayan işlemlerin re'sen icrasına gerek olmadığı ancak yükümlülük getiren işlemlerin re'sen icra ile uygulanabileceği belirtilmektedir. Günday, **a.g.e.**, s.125.

²⁸⁰ Duran, **a.g.e.**, s. 416-417.

²⁸¹ Yılmaz D., **a.g.e.**, s.145.

bakımından fark bulunmaktadır. Doğrudan idari eylemler bağlamında re'sen icra bir kenara bırakılırsa Yılmaz'a göre²⁸², re'sen icra idare tarafından üç farklı şekilde uygulanabilmektedir. Birincisi, idari işlemi takiben işlemin muhatabı adına idare tarafından eylemin gerçekleştirilmesidir²⁸³. İkincisi, kamu alacaklarının 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun'a göre idarece doğrudan tahsil edilmesidir. Üçüncüsü de muhatabın bizzat yapması gereken eylemi yapmaması üzerine idarece zor kullanılarak eylemin gerçekleştirilmesidir²⁸⁴. Amme alacaklarının tahsili konu dışında kalmakla birlikte, diğer durumlarda kişi özgürlüğüne sınırlama getiren bir idari işlemin fiilen gerçekleştirilmesi söz konusudur.

Kolluk faaliyetine ilişkin idari işlemlerin re'sen icra yoluyla uygulanması konusunda da, yukarıda açıklanan birçok kolluk yetkisinde olduğu gibi, mevzuatımızda özel hukuk kişilerinin yetkilendirildiği örneklerle rastlamak mümkündür. Bu durumda, özel kişi bir kamu gücü ayrıcalığından yararlanarak özellikle özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı (1) ile mülkiyet hakkı (2) gibi kamusal özgürlüklere müdahale edebilmektedir. Ancak bu müdahale, Anayasa'nın 128'inci maddesi bakımından kamu görevlilerince yürütülmesi gereken bir görev değildir. Zira uygulama eylemlerinde özel kişi kamu gücü kullansa da hukuki sonucun belirleyicisi olmadığından, özel kişinin asli bir görev yürüttüğü söylenemeyecektir.

1- Özel Kişinin Özel Hayatın Gizliliği ve Dokunulmazlığına Müdahale Niteliğindeki Uygulama Eylemleri

Özel Güvenlik Yönetmeliği'nin 14'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında “*Kamuya açık alanlarda üst araması[nın] Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği hükümlerine göre yapıl[acağı], bu alanlarda özel güvenlik görevlilerince yapılacak üst araması[nın] genel kolluğun gözetim ve denetiminde [olacağı], arama sırasında yakalanan kişiler veya el konulan madde ve cisimler[in], yasal işlemi yapılmak üzere bir tutanakla genel kolluğa teslim edil[ceği]*” düzenlenerek, özel güvenliğe kamuya açık alanlarda üst araması yapma yetkisi verilmiştir. Özel güvenliğin bu ayrıcalıklı

²⁸² Yılmaz D., **a.g.e.**, s.172 ve 173.

²⁸³ Yayla, **a.g.e.**, s.189.

²⁸⁴ “İdari işlemin gereklerinin zor kullanılarak uygulanmasına cebren icra denilir.” Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Tekinsoy, **a.g.e.**, s.394; Yayla, **a.g.e.**, s.189.

yetkiyi hangi durum ve şartlarda kullanabileceği sorusu tereddütsüz bir kesinlikle cevaplanabilmelidir.

Yukarıda aktarılan hükümde atıf yapılan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'ne göre, kamuya açık alanlarda yapılan arama, önleme araması niteliğindedir. Zira adli arama, suç şüphesi altındaki kişilerin konutunda, işyerinde ya da kendisine ait alanlarda yapılan arama olduğundan kamusal alandaki arama bunun dışında kalmaktadır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 19'uncu maddesine göre, maddenin ikinci fıkrasında sayılan kamuya açık alanlarda önleme amacıyla kişilerin üstleri, aracı ve özel kâğıtlarının aranabilmesi "*hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emri*"ne bağlanmıştır. Özel güvenliğin böyle bir üst araması yapabilmesi için, arama yapılmasını gerektiren şartların kolluk tarafından tespit edilmesi, bu şartların mülki amir tarafından uygun bulunması ve hâkimin arama yapma gerekçelerini göz önünde tutarak talep üzerine arama kararı vermesi gerekmektedir. Dolayısıyla kolluk ya da özel güvenlik görevlisi verilen kararlar sınırlı olarak, kararı uygulamak üzere arama yapmakta; doğrudan idari eylem değil, uygulama eylemi gerçekleştirmektedir. Üstelik özel güvenlik görevlisi, tek başına değil, kolluğun gözetim ve denetimi altında üst araması yapmaktadır. Özel kişi kamu gücü kullanarak özgürlüğe müdahale etse de bu müdahalenin belirleyicisi hâkim ya da mülki amir olduğundan, özel kişi asli bir görev yürütmemektedir.

Bununla birlikte hâkimin arama yapılması yönünde verdiği kararın, idari işlem olup olmadığı tartışmalıdır. Bir yandan, mülki amir kararının adli bir makam olan hâkim tarafından onaylanmasıyla artık yapılan aramanın idari niteliğini kaybettiği savunulmakta²⁸⁵; diğer yandan, bir idari merciin idari nitelikteki kararının hâkim onayına sunulmasıyla kararın niteliğinin değişmediği²⁸⁶, hâkime verilen yetkinin idari vesayet yetkisi olduğu ve hatta bu düzenlemenin kuvvetler ayrılığı ilkesine uymadığından Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmektedir²⁸⁷. Hâkimin arama kararı herhangi bir uyuşmazlığa ilişkin bir karar olmadığından arama kararının idari niteliğini koruduğu ve idari işlem olduğu kabul edilmelidir. Sonuç olarak, her iki görüşe göre de

²⁸⁵ Centel Nur /Zafer Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2016, s.419.

²⁸⁶ Yenisey Feridun /Nuhoğlu Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s.278.

²⁸⁷ Gözler Kemal, "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği Örneği: Bir Abesle İştigal Örneği", s.20. (http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/gozler.pdf, E.T:14.06.2018)

tartışma yaratmayacak olan husus şudur ki arama yapılmasında özel kişinin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Özel güvenlik, arama kararının uygulayıcısı konumundadır.

Özel güvenliğe kamuya açık alanda, uygulama eylemi niteliğinde üst araması yapma yetkisi veren bir başka düzenleme de Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 23'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, *“Spor alanlarının çevresindeki stadyum veya spor salonu girişleri ile turnike girişlerinde, müsabakayla ilgili olarak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca olan hâllerde mülkî âmirin yazılı izni ile kolluk tarafından veya kolluğun denetiminde, özel güvenlik görevlilerince üst araması yapılır ve 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun amacına aykırı madde ve cisimler geçici olarak koruma altına alınır.”*. Görüldüğü üzere, kolluk ya da özel güvenlik görevlisi verilen kararın uygulayıcısı durumundadır. Fransa'da içerik olarak bu hükümlerin oldukça benzeri, yani özel güvenlik görevlilerine arama yetkisi veren kanun hükmü²⁸⁸, Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmiş ve Fransız Anayasa Konseyi²⁸⁹ “düzenlemenin açık ve belirli olduğu, özel kişilerin kontrol işlemlerine katılımının sıkı bir prosedüre bağlanmış olduğu, sadece valinin büyük bir tehlike anında özel durumlarda verdiği karar üzerine ve ilgilinin rızasıyla arama işleminin uygulanabilmesi sebebiyle kişi özgürlüklerine aykırılık bulunmadığına, bu idari kolluk işlemlerine yargı yolunun açık olduğuna; sonuç olarak Anayasa'ya aykırılık bulunmadığına” karar vermiştir. Türk hukukunda da, idari kolluk niteliğindeki söz konusu eylemlerin nihai hukuki belirleyicisi idare olduğundan, bunların özel kişilerce yürütülmesinin asli görev kapsamında bulunmadığı ve Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırı olmadığı kabul edilmelidir.

²⁸⁸ 1983 tarihli İç Güvenlik Yasası'nın değişikliğe uğramış 3'üncü maddesine göre, “valinin onayıyla yetkilendirilmiş özel güvenlik görevlisi, kamu güvenliğinin büyük tehdit altında olduğu özel durumlarda vali kararıyla süresi ve yeri belirlenmek kaydıyla o alanda sahibinin rızasıyla el bagajlarının gözle kontrolünü yapabilecektir. Ayrıca spor, eğlence ve kültür organizasyonlarında 1500'den fazla seyirci varsa vali kararıyla özel güvenlik görevlileri adli bir polis gözetmenliğinde ve karşısakinin açık rızasıyla elle güvenlik araması yapabilecektir.”

²⁸⁹ CC, 13.03.2003, No:2003/467 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr>)

2- Özel Kişinin Mülkiyet Hakkına Müdahale Niteliğindeki Uygulama Eylemleri

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 683’üncü maddesi, mülkiyet hakkı kapsamında, malikin malik olunan şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisini ve malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı başvurabileceği hukuki yolları düzenlemektedir. Dolayısıyla kişinin eşyası üzerindeki kullanma, yararlanma, tasarruf etme ve elinde bulundurma yetkilerinden herhangi birisine yapılan müdahale, mülkiyet hakkına müdahale olarak değerlendirilir.

Mülkiyet hakkına müdahale, diğer kamusal özgürlüklerde olduğu gibi, Anayasa’nın 13’üncü maddesinde öngörülen şartlar çerçevesinde, kural olarak kamu gücünün asıl sahibi olan idare tarafından gerçekleştirilir. Ancak mevzuatımızda özel hukuk kişilerinin idari kolluk işleminin uygulanması sırasında kişilerin mülkiyet hakkına müdahale ettiği örnekler de bulunmaktadır. Bu kapsamda, trafikte kurallara uygun şekilde bulunmayan araçların çekilmesi²⁹⁰ ve İmar Kanunu uyarınca yapı sahibince yıkılması gereken ancak yıkılmayan binaların zor kullanılarak yıkılması²⁹¹ özel kişilerin uygulama eylemi gerçekleştirmek suretiyle kamu gücü kullanımına katıldığı haller olarak ortaya konulabilir.

KTK’nın 79’uncu maddesinin 3’üncü fıkrasına göre, “*Trafikten men edilen veya çeşitli nedenlerle muhafaza altına alınan araçların, çektilmesi ya da kaldırılıp götürülmesi ile bu araçların koyulacağı yerler ve bu işlemlerin ücretlerine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte belirtilir.*”. Aynı Kanun’un “tanımlar” başlıklı 3’üncü maddesine göre trafikten men, “*Trafik zabıtasınca, bu Kanunda belirtilen hallerde araçla ilgili belgelerin alınması ve aracın belirli bir yere çekilerek trafikten alıkonulması*”dır. Buna göre, trafikten men etme bir idari işlem ve eylemi içermekte olup, trafik zabıtasınca gerçekleştirilmektedir. Karayolları Trafik Yönetmeliği’nin 122’nci maddesinin 1’inci fıkrasında, “*trafikten men edilen, muhafaza altına alınması gereken veya bulunduğu yerden kaldırılması gereken araçların çekilip götürülmesinde öncelikle trafik kuruluşları ile kamu kurum veya kuruluşlarına ait çekici/kurtarıcı araçların kullanıl[acağı]*” belirtildikten sonra “*İhtiyaç duyulması halinde, araç*

²⁹⁰ Yayla, **a.g.e.**, s.59.

²⁹¹ Yılmaz D., **a.g.e.**, s.174; Günday, **a.g.e.**, s.249.

çekme, kurtarma ve götürme hizmetlerinin, büyükşehirlerde ulaşım koordinasyon merkezlerince, diğer il ve ilçelerde ise il ve ilçe trafik komisyonlarında karar alınmak suretiyle gerçek veya tüzel kişilere de yaptırılabil[eceği]” öngörülmüştür. 122’nci maddenin son fıkrasında, araçların çekilmesine, kurtarılmasına ve götürülmesine trafik zabıtasının karar vereceği vurgulanarak, bu araçların plakası ile ihlal durumunun zabıta tarafından fotoğrafla tespit edileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla kolluk işlemi trafik zabıtası tarafından tesis edilmektedir²⁹². Trafikte tehlike oluşturan aracın tespiti ve o aracın çekilmesi kararının verilmesi icraî nitelikte bir karardır. Diğer bir deyişle, aracın hukuki statüsünü değiştiren ve araç sahibinin zilyetliğine dolayısıyla mülkiyet hakkına müdahalenin temelini oluşturan işlem trafik zabıtasının kararıdır.

Trafikte düzenin fiilen sağlanması için trafik zabıtası kararının uygulanması gerekmektedir. Bu kararların uygulanmasında özel hukuk kişilerine de yukarıda aktarılan yönetmelikle yetki verilmiştir. Özel kişinin belirlenen bir aracı, yine belirlenen bir otoparka çekmesi, uygulama eylemi niteliğinde olup bu eylemde özel kişinin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Kişilerin mülkiyet hakkına fiilen özel kişi müdahale etse de, hukuki sonucun belirleyicisi idare olduğu için özel kişinin asli bir görev yürütmediği kabul edilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki, özel hukuk kişisine verilen yetkinin kanunla düzenlenmeksizin yönetmeliğe bırakılması yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırıdır²⁹³. Bir Danıştay kararında da denetim yetkisini özel kişiye bırakan yönetmelik hükmü, kanunda söz konusu devrin öngörülmemesinden dolayı iptal edilmiştir²⁹⁴.

²⁹² Ulusoy, **İdari Yaptırımlar**, s.184; Kalabalık, **İdare Hukuku Dersleri**, s.90. Aracın trafikten men edilmesi ve muhafaza altına alınması eşyaya geçici olarak el koyma niteliğinde bir idari yaptırım olarak görülmektedir.

²⁹³ AYM, E.2015/72, K.2016/44, T:26.5.2016, RGTS:21.9.2016/29834 “*“idari kolluk” faaliyetleri kapsamında Devletin görevleri arasında yer aldığı ve kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. Bununla beraber, bu kapsamdaki hizmetlerin, asli yetki ve sorumluluk ile idari yaptırım uygulama yetkisi idarede kalmak üzere özel kişilerce yerine getirilmesinin öngörülmesi; bu hizmetlerin özel kişilere nasıl gördürüleceğinin, bu hizmetlerin kapsamının, denetiminin ve bu hizmeti görececek olanların sorumluluğunun açık ve kuşkuya yer bırakmayacak şekilde kanunla düzenlenmesi koşuluyla kanun koyucunun takdir yetkisindedir.*”

²⁹⁴ Dan., 13. D., E.2007/4056, K.2009/5656, T:22.5.2009 (<http://www.kazanci.com>) “*İlgili mevzuat uyarınca özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım planlaması ve uygulamasında onay, değişiklik ve denetim yetkisi Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'na verilmiş, ayrıca Kanun'da bu denetim yetkisinin devredilebileceğine ilişkin herhangi bir kural öngörülmemiştir. Bu durumda, asli ve sürekli kamu hizmeti niteliği taşıyan denetim yetkisinin düzenleyici işlemlerle özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesi söz konusu olamayacağından, elektrik piyasasında dağıtım şirketlerinin yatırımlarının gerçekleştirmelerinin denetlenmesi yetkisinin bağımsız yatırım denetim şirketlerine devrini öngören düzenlemede hukuka uygunluk bulunmamaktadır.*”

Ankara ve İstanbul'da araç çekme ve kurtarma faaliyetleri trafik vakıflarına bırakılmıştır. İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin araç çekme, götürme ve muhafaza işini İstanbul Trafik Vakfı ve bünyesinde kurulan Taşıma ve Çekiciler İktisadi İşletmesi yürütmektedir²⁹⁵. Ankara Büyükşehir Belediyesi'nde, Ankara Trafik Vakfı'nın kurduğu Ankara Trafik Vakfı Araç Çekme ve Otopark İktisadi İşletmesi 08.08.2017 tarihinde çekme-kurtarma faaliyetine başlamıştır²⁹⁶. Söz konusu vakıfların, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu uyarınca kuruldukları vakıf senetlerinden anlaşılmaktadır²⁹⁷. Bununla beraber İstanbul Trafik Vakfının kurucular kurulunda; İstanbul valisi, defterdarı, büyükşehir belediye başkanı, sanayi ve ticaret il müdürü, il sağlık müdürü ve il milli eğitim müdürü gibi birçok kamu görevlisi bulunmakta ve Vakfın başkanlığını İstanbul valisi yürütmektedir. Ankara Trafik Vakfı'nın yönetim kurulu başkanı ve yardımcısı da sırasıyla Ankara valisi ve vali yardımcısıdır. Vakfın yönetiminde birçok kamu görevlisinin söz sahibi olması, bu vakıfların özel hukuk kişisi olduğu noktasında soru işareti oluşturmaktadır. Nitekim amacı bir idareye yüklenen kamu hizmetini yürütmek olan ve kurucuları ile mütevellî heyeti kamu görevlilerinden oluşan vakıfların yargı yerlerince "kamu tüzel kişiliğine yaklaşan yeni bir müessese" olarak nitelendiği görülmektedir²⁹⁸. Bununla birlikte Türk Silahlı

²⁹⁵ Vakfın 2010 yılı faaliyet raporuna göre, "Çekici faaliyetlerimizde 2918 sayılı Trafik Kanuna ve İl Trafik Komisyonu kararına uygun olarak, trafik polisleri tarafından verilen yazılı talimat doğrultusunda, başta yasak park ihlali yaparak trafik akışını engelleyen araçlar ile gösteri, spor müsabakaları, güvenlik gibi nedenlerle araç çekme işlemi yapılmakta ve UKOME'nin onaylamış olduğu fiyat tarifesi uygulanmaktadır." (<http://www.trafikvakfi.org.tr/default.asp?x=61>, E.T:22.02.2018)

²⁹⁶ Bu tarihten önce de vakfın kurduğu Ankara Trafik Eğitim ve Sağlık Hizmetleri Ticaret A.Ş. çekme ve kurtarma faaliyetini yürütmekteydi. (<http://www.ankaratrafikvakfi.org>, E.T:24.03.2018)

²⁹⁷ Ankara Trafik Vakfı Resmi Senedi'nin başlangıç hükmüne göre "Bu vakıf senedinin altında adları yazılı ve adresleri yazılı gerçek ve tüzel kişiler tarafından Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre bir vakıf kurulmuştur." (<http://www.ankaratrafikvakfi.org/TR/vakif.asp?id=22>, E.T:09.07.2018). İstanbul Trafik Vakfı'nın vakıf senedinde açıkça Türk Medeni Kanunu'na atıf olmasa da, "vakıf senedinde bulunmayan hususlar hakkında 903 sayılı Kanun hükümleri uygulanacağı" belirtilmiştir. (<http://www.trafikvakfi.org.tr/default.asp?x=21>, E.T:09.07.2018) 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ve 903 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeler yürürlükten kaldırılmış olup, Vakıflar ile ilgili hususlar 4721 sayılı Kanunun 101-117'nci maddeleri arasında yer almaktadır. (<https://tdvmedia.blob.core.windows.net/files/tdv.org.tr/mevzuat/1b.pdf>, E.T:09.07.2018)

²⁹⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi E.1999/1, K.1999/11, T:3.5.1999 (<http://www.kazanci.com>) "Vakıf Senedinin 20. maddesinde sözü edilen kamu hizmetlerinden sağlanacak gelirlerin vakıf amacına tahsis edilmesi ve bu şekilde klasik kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi olağan bir yöntem değil ise de; kurucuları ile organları tümüyle Bakanlık merkez teşkilatında görev yapan kamu görevlilerinden oluşan Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfının, süreklilik arzeden gelirinin "Bakanlık Taşra Teşkilatı tarafından verilecek her türlü hizmetlerden dolayı sağlanacak gelirler'den oluştuğu; gelirlerinin en az %80 ini nevi itibarıyla genel bütçeli idare bütçesi içinde yer alan bir hizmetin yerine getirilmesi amacıyla tahsisan kurulmuş olması nedeniyle 903 sayılı Kanunun 4. maddesine göre Bakanlar Kurulu Kararı ile vergi muafiyetinden yararlandığı dikkate alındığında, "adalet hizmeti"ne yardımcı ve "o"na bitişik olarak kamu hizmeti yerine getiren ve ağırlıklı olarak kamusal bir nitelik taşıması dolayısıyla da, kamu tüzel kişiliğine yaklaşan yeni bir müessese olduğunun kabulü gerekir." Benzer bir karar için bkz. Dan. İDDGK., E.2006/2958, K.2010/910, T:6.5.2010

Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı hakkında verilen kararda²⁹⁹; vakfın kanunla kurulmasına, Milli Savunma Bakanlığı'nın yürüteceği kamu hizmetlerinden bir kısmını üstlenmesine, vakfın ve Mütevelli Heyetinin Başkanının Milli Savunma Bakanı olmasına ve Mütevelli Heyetinin diğer üyelerinin Genelkurmay II. Başkanı, Milli Savunma Bakanlığı Müsteşarı ve Savunma Sanayi Müsteşarı olmasına rağmen vakıf, özel hukuk kişisi olarak nitelenmiştir. Trafik vakıfları ile Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı arasında karşılaştırma yapılacak olursa, her ikisinin de kamu hizmeti üstlendiği, yöneticilerinin kamu görevlileri olduğu görülmektedir. Diğer yandan trafik vakıfları, kurucularının iradesiyle, Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı ise kanun koyucunun iradesiyle kurulmuştur. O halde kamu tüzel kişiliğinin anayasal ölçütünü taşıyan Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfının dahi Danıştay tarafından özel hukuk kişisi olarak nitelendirilmiş olması karşısında, trafik vakıflarının evleviyetle özel hukuk kişisi olduğu sonucuna varılması gerekir.

Özel hukuk kişilerinin kolluk idari işlemlerini uygulamak suretiyle mülkiyet hakkına müdahale etmelerinin bir örneğine de imar kolluğu kapsamında rastlanılmaktadır. İmar Kanunu'nun "ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak başlanan yapılar" başlıklı 32'nci maddesinde, ruhsatsız şekilde yapıya başlanan ya da ruhsata aykırı şekilde yapıya devam edilen hallerde, belediye ve valiliklerce yapının mühürlenerek, inşaatın durdurulacağı hükme bağlanmıştır. Eğer bir ay içinde ruhsat alınmaz ya da ruhsata aykırılık giderilmezse belediye encümeni veya il idare kurulu tarafından yapının yıkımı yönünde karar alınacaktır. Yıkım kararı, yapının hukuki statüsünü değiştiren icraî bir kolluk işlemidir. Yıkım kararı üzerine, belediye veya valilik tarafından yapı yıktırılacak ve masrafı yapı sahibinden tahsil edilecektir. Yıkımın gerçekleştirilmesi, salt (doğrudan) idari eylem değil, yıkım kararının uygulanmasıdır³⁰⁰.

(<http://www.kazanci.com>). Buna karşın, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfının özel hukuk kişisi olduğu da belirtilmektedir. Gözler/Kaplan, **a.g.e.**, s.97.

²⁹⁹ Dan. 13. D., E.2013/811, K.2013/2659, T: 25.10.2013 (<http://www.kazanci.com>). "vakfın, Kanun ile kurulmuş olmasına rağmen açıkça Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre faaliyetlerini yürütmekte olan özel hukuk tüzel kişisi olduğu, kamu tüzel kişiliğine yaklaşan bir yapı arz etmediği, nitekim, vakfa tanınan ayrıcalıkların Bakanlar Kurulu kararı uyarınca vergi muafiyetinden yararlanan diğer vakıflarından bir farklılık taşımadığı, vakfın kamu kaynağı kullanmadığı ve Türk Medeni Kanunu uyarınca faaliyet gösteren diğer vakıflardan farklı olarak ayrı bir kamu denetimine tabi olmadığı anlaşılmaktadır."

³⁰⁰ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **a.g.e.**, s. 369

İmar Kanunu'nun "Yıkılacak Derecede Tehlikeli Yapılar" başlıklı 39'uncu maddesinde de *"bir kısmı veya tamamının yıkılacak derecede tehlikeli olduğu belediye veya valilik tarafından tespit edilen yapıların sahiplerine tehlike derecesine göre bunun izalesi için belediye veya valilikçe on gün içinde tebligat yapıl[acağı], tebligatı müteakip süresi içinde yapı sahibi tarafından tamir edilerek veya yıktırılarak tehlikenin yok edilmemesi halinde bu işler[in] belediye veya valilikçe yapıl[acağı]"* düzenlenmiştir. Yapının tehlikeli olduğunun tespiti ile yıkılması ya da tamir edilmesi gerekliliğine idarenin karar vermesi, icraî nitelikte bir kolluk işlemi³⁰¹; bu kararının uygulanması ise uygulama eylemidir.

İmar Kanunu'nun yukarıda zikredilen 32 ve 39'uncu maddelerinde geçen yıkım eylemi, doğrudan kamu görevlileri eliyle gerçekleştirilebileceği gibi, özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla da gerçekleştirilebilir³⁰². Bu durumda özel kişi, kamu gücü kullansa da hukuki sonucun belirleyicisi olmadığı için asli bir görev yerine getirmemektedir. Dolayısıyla özel kişinin yıkımı gerçekleştirmesi Anayasa'nın 128'inci maddesine aykırı değildir.

Yıkım hizmeti, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 2'nci maddesi uyarınca, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ve belediyelerin yapım işleri kapsamında satın alınabilmektedir. Yıkım hizmetinin özel kişilere ihale edilmesinin yasal olarak kabul ediliyor olmasına karşın, zabıta hizmetlerinin hizmet satın alınması yoluyla özel kişilere yaptırılması kamu ihale kurulunca iptal edilmiştir³⁰³. Gerek zabıta hizmetleri gerek de yıkım hizmeti kamu gücü kullanımı gerektirmesine rağmen, bu iki hizmet alımı hukuken farklı muamele görmektedir. Zabıta hizmetleri doğrudan idari eylem niteliğinde iken yıkım faaliyeti ise uygulama eyleminden ibarettir. Dolayısıyla, zabıta hizmetleri asli görev niteliğinde olduğu halde, yıkım faaliyeti asli görev değildir.

³⁰¹ Dan., 6. D., E.1984/163, K.1984/1651, T:4.4.1984 (<http://www.kazanci.com>) *"Yıkılacak derecede tehlikeli olduğu saptanan yapının belediye fen heyeti raporunda belirtilen süre içinde yıkılması gerektiği yolundaki işlem iptal davasına konu olabilecek kesin, yürütülmesi zorunlu bir idari işlem niteliğindedir."*

³⁰² Dan. 2.D., E.2001/917, K.2001/1951, T:6.7.2001 (<http://www.kazanci.com>) *"Belediye Encümenince inşaat ruhsatına aykırı olarak yapılan inşaatı 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32 ve 42'nci maddeleri uyarınca yıkım ve para cezası uygulanmasına ilişkin karar verildiği, ancak İdarenin mali ve teknik imkânsızlıkları nedeniyle yıkma işleminin gerçekleştirilmediği, bilahare işin 22.01.2001 tarihinde ihale edildiği anlaşıldığından..."*

³⁰³ 2006/UH.Z-938, T:10.04.2006, Aktaran Tan, **a.g.e.**, s.350.

SONUÇ

Türk hukukunda idari kolluk yetkilerinin özel hukuk kişilerine devri; Anayasa'nın bu yetki devrine izin verip vermediği, eğer izin veriyorsa bunun sınırlarının ne olduğu sorusu etrafında ele alınmıştır. Türk mevzuatında özel kişilere idari kolluk yetkisi veren düzenlemelerin çeşitliliği karşısında, mahkeme kararları ve doktrinin bütüncül ve tutarlı bir yaklaşım geliştiremediği görülmüştür.

Mahkemelerin kolluk yetkisinin devredildiği durumlarda çelişkili kararlar vermesi, birkaç sebepten kaynaklanmaktadır. Bu sebepler; devredilen yetkinin Anayasa'nın 128'inci maddesi bağlamında doğru nitelenememesi, 128'inci maddenin yorumlanmasında bir standart olmaması, Anayasa'nın devre engel teşkil edecek maddelerinin görmezden gelinerek değerlendirme yapılması ve son olarak idarenin bazı kolluk yetkilerinin yürütülmesinde özel kişilerin yardımına ihtiyaç duyması gibi pratik sebeplerin anayasa maddelerinin yorumunda etkili olması olarak sıralanabilir. İdarenin kolluk faaliyetlerini özel sektör eliyle yürütmesinin pratikte haklı gerekçeleri olduğu ileri sürülse de, hâkimlerin görevi Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ile hukuk devleti ilkesini gözeterek hüküm vermektir. Pratik gerekçelerin Anayasa hükümlerinden daha üstün algılanması ve fiilî durumların yorum yoluyla hukuka uygun hale getirilmesi, hukuka bağlı idarenin tesisini imkânsız kılacaktır.

Belirtmek gerekir ki, idari kolluk yetkilerinin devri, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda ne tamamen izin verilen ne de tamamen yasaklanan bir husustur. Buna karşın Anayasa'nın 47'nci maddesinin 4'üncü fıkrasına dayanılarak, idari kolluk yetkilerinin özel kişiye devrine ilişkin Anayasa'da bir yasaklama olmadığı savunulmaktadır. Hâlbuki Anayasa'nın kamu görevlilerince yürütülmesi zorunlu hizmetlere ilişkin 128'inci maddesi, idari kolluk yetkilerinin özel kişilere devredilme-

sini bir ölçüde engellemektedir. Özel kişiye devredilemeyecek nitelikteki hizmetler “Genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler” olarak tespit edilmiştir. Bu hüküm, özel kişilerce egemenlik yetkisinin kullanılamamasının somut bir yansımasıdır.

“Genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler” in açık bir tanımı yapılmadığı için Anayasa Mahkemesi birbiriyle çelişen kararlara imza atmıştır. Yüksek Mahkeme, görece eski tarihli kararlarında denetim yetkisinin kolluk niteliğinde olması sebebiyle özel hukuk kişilerine bırakılamayacağını belirtse de, güncel kararlarında teknik ve uzmanlık bilgisi gerektiren denetim hizmetlerinin özel kişilerce yürütülebileceği sonucuna ulaşmaktadır. Bunun yanında, icraî nitelikteki kolluk yetkilerinin dahi özel hukuk kişilerine devri Yüksek Mahkemece Anayasa’ya uygun bulunabilmiştir. Bu karmaşanın bir oranda giderilmesi amacıyla, “asli görev”in tanımı yapılmaya çalışılmış ve özel kişiye devredilen kolluk yetkisinin, idari işlem ve eylemler bakımından niteliğine göre, hangi durumlarda asli göreve denk düştüğü açıklanmıştır. Özel kişiye devredilen bir kolluk yetkisinin Anayasa’ya uygun bir devir olup olmadığının değerlendirilmesinde başvurulacak kriterler kısaca şöyle belirtilebilir:

- 1- Özel kişiye kolluk yetkisi ancak kanunda açıkça öngörülmesi kaydıyla devredilebilir. Devredilen yetkinin kapsam, sınır ve sonuçları kanunda belirtilmelidir.
- 2- Devredilen kolluk yetkisi, doğrudan idari eylem gerçekleştirilmesi ya da idari işlem tesisi niteliğindeyse ve sadece özel kişi tarafından kullanılıyor ise; bu yetki devri asli görev alanında kaldığından Anayasa’ya aykırıdır.
- 3- Özel kişi kolluk yetkisini idare ile birlikte kullanıyorsa ve bu kapsamda hazırlık işlemi tesis ediyor ya da uygulama eyleminin ifasında bulunuyorsa, kural olarak devredilen yetki asli görev niteliğinde değildir ve Anayasa’ya uygun bir devir söz konusudur.
- 4- Son olarak, özel kişinin gerçekleştirdiği hazırlık işlemi eğer idarenin tesis edeceği idari işlemi hukuken bağlayıcı ise, diğer deyişle, hazırlık işleminin içeriği idari işlemin de içeriğini zorunlu olarak belirliyorsa, devredilen hazırlık işleminin de asli görev niteliğinde olduğu ve Anayasa’ya göre bu devrin gerçekleştirilmemesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. Buna karşın, Anayasa Mahkemesi’nin bağlayıcılık kriterine başvurmadığı güncel kararları bulunmaktadır.

İdari kolluk yetkilerinin özel kişilere devredilmesinin Türk hukukundaki anayasal sınırları ortaya konulmuş, kapsam dışında kalmakla birlikte önem arz ettiği düşünülen birkaç konu fark edilmiştir. Çizilen anayasal sınırları aşan yetki devri düzenlemeleri halen yürürlüktedir. Bu düzenlemeler hukuki sonuçları itibariyle de Anayasa'ya aykırılıklar barındırdığından, söz konusu hukuki sonuçlar üzerine çalışma yapılması literatüre önemli bir katkı sağlayacaktır.

Diğer yandan konu ile doğrudan bağlantılı olmamakla birlikte, Türkiye Futbol Federasyonu, trafik vakıfları, Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketi gibi tüzel kişilerin kamu gücü içeren yetkilerle donatıldığı, buna karşın söz konusu tüzel kişilerin niteliği konusunda kanun koyucunun sessiz kaldığı görülmektedir. Niteliği açıkça belirtilmemiş ve fakat özel hukuk tüzel kişiliği ile kamu tüzel kişiliği özelliklerini aynı anda barındıran kişiler hakkında yargı yerleri tutarlı bir içtihat geliştirememiştir. Kamu gücü ayrıcalığına sahip olan kişilerin niteliği üzerinde soru işareti bulunması, mahkemeler ve doktrinin “kamu niteliği ağır basan özel hukuk kişisi” ya da “kendine özgü bir tüzel kişi” gibi nitelemelerde bulunmasına yol açmakta ve hukukta yeni bir üçüncü tip tüzel kişilik yaratıldığını düşündürmektedir. Bir tüzel kişiliğin türünün belirlenmesindeki kriterler yeniden gözden geçirilip netleştirilmediği takdirde, oluşturulan tüzel kişiliklerin idari teşkilat ve idare işlevinin yürütülmesi usulleri bakımından kaos yaratacağı tahmin edilmektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

AKGÜL Şerife Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.

AKYILMAZ Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.

AKYILMAZ Bahtiyar /SEZGİNER Murat /KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 7. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

BALTA Tahsin Bekir, **İdare Hukuku 1 Genel Konular**, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1970.

BAUER Alain /VENTRE André-Michel, **Les Polices en France**, 2. Baskı, Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

BÜLBÜL Erdoğan, **Kamu İştirakleri**, İstanbul: Beta Yayınları, 2004.

CENTEL Nur /ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2016.

CHAPUS René, **Droit Administratif Général**, Cilt 1, 15. Baskı, Paris: Montchrestien, 2001.

CHEVALLIER Jacques, **L'élaboration Historique du Principe de la Juridiction Administrative et de l'Administration Active**, Paris: LGDJ, 1970.

ÇOLAK Nusret İlker, **İmar Hukuku**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2. Bası, 2014.

DEMİRTAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011.

DUGUIT Léon, **Kamu Hukuku Dersleri**, Çev. Süheyp Derbil, Ankara: AÜHF Yayınları, 1954.

DUPUIS Georges /GUÉDON Marie-José /CHRÉTIEN Patrice, **Droit Administratif**, 12. Baskı, Paris: Dalloz, 2011.

DURAN Lutfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.

ERKUT Celal, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, İstanbul: Yenilik Basımevi, 2004.

ERKUT Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği (“İdari İşlem”)**, Ankara: Danıştay Yayınları, No:51, 1990.

de FORGES J.-M., **Les Institutions Administratives Françaises**, Paris: PUF, 1985.

GİRİTLİ İsmet /BİLGİN Pertev /AKGÜNER Tayfun /BERK Kahraman, **İdare Hukuku**, 4. Bası, İstanbul: Der Yayınları, 2011.

GÖNEN Yakup, **Türkiye’de Elektrik Kamu Hizmeti’nin Yürütülmesi ve Lisans Usulü**, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2011.

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt 2, 2. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009.

GÖZLER Kemal, **İnsan Hakları Hukuku (“İnsan Hakları”)**, 1. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017.

GÖZLER Kemal /KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2017.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, 30. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref /TAN Turgut, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Cilt 1, 11. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara: İmaj Yayınevi, 2015.

HAURIOU Maurice, **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**, 12. Baskı, Paris: Sirey, 1993.

HOBBS Thomas, **Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti**, Çev. Semih Lim, 11. Baskı, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2013.

İZGİ Ömer /GÖREN Zafer, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Yorumu**, Cilt 2, Ankara: TBMM Basımevi, 2002.

JÈZE Gaston, **Les principes généraux du droit administratif**, Cilt 2, 3. Baskı, Paris: Dalloz, 2004.

JUNKER v. Carolin, **Der Verwaltungsakt im deutschen und französischen Recht und die Entscheidung im Recht europäischen Gemeinschaften**, Diss. München, 1990.

KABOĞLU İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri**, 7. Bası, İstanbul: Legal Kitabevi, 2011.

KALABALIK Halil, **İdare Hukuku Dersleri**, Cilt 2, 2. Baskı, Konya: Sayram Yayınları, 2016.

KALABALIK Halil, **İmar Hukuku**, Cilt 2, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.

KALABALIK Halil, **İnsan Hakları Hukuku**, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.

KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 6. Baskı, Ankara: AÜHFY, 1981.

KARAHANOGULLARI Onur, **Kamu Hizmeti**, 2. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.

KARAOŞMANOĞLU Fatih, **İnsan Hakları**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.

KIRATLI Metin, **Koruyucu İdari Hizmetler**, Ankara: TODAİE Yayınları No:135, 1973.

LAFÈRRIERE Julien, **Manuel de Droit Constitutionnel**, 2. Baskı, Paris: Domat Montchrestien, 1947.

de LAUBADÈRE André / VENEZIA Jean-Claude / GAUDEMET Yves, **Traité de Droit Administratif**, Cilt 1, Droit administratif général, 15. Baskı, Paris: LGDJ, 1999.

LOMBARD Martin / DUMONT Gilles, **Droit Administratif**, 9. Baskı, Paris: Dalloz, 2011.

MUMCU Ahmet, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, 1. Baskı, Ankara: Savaş Yayınları, 1992.

OKAY TEKİNSOY Özge, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2011.

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, 3. Cilt, 3. Bası, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.

ÖRNEK Acar, **Kamu Yönetimi**, İstanbul: Meram Yayın Dağıtım, 1992.

ÖZAY İl Han, **Gün Işığında Yönetim**, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1992.

ÖZAY İl Han, **İdari Yaptırımlar Kuramsal Bir Deneme**, İstanbul: Özdem Kardeşler Matbaacılık, 1985.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 12. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.

ÖZTÜRK Burak, **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.

RIVÉRO Jean, **Droit Administratif**, Paris: Dalloz, 1965.

RUNCIMAN David, **Politika**, Çev. Anıl Ceren Altunkanat, İstanbul: Domingo Yayıncılık, 2016.

ŞİMŞEK Oğuz, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2008.

TAN Turgut, **İdare Hukuku**, 6. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.

TANÖR Bülent /YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku**, 11. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2012.

ULUSOY Ali, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, 1. Baskı, İstanbul: Ülke Kitapları, 2004.

ULUSOY Ali, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2013.

WEBER Max, **The Vocation Lectures**, Çev. Rodney Livingstone, Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2004.

YASİN Melikşah, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, İstanbul: Beta Yayınları, 2007.

YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, 2. Basım, İstanbul: Beta Yayınları, 2010.

YENİSEY Feridun, **Kolluk Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınları, 2015.

YENİSEY Feridun /NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

YENİSEY Feridun /NUHOĞLU Ayşe /GÜZEL İdris, **Kolluk Yetkileri, Güvenlik ve Hukuk**, İstanbul: Nergiz Yayınları, 2004.

YILDIRIM Turan /YASİN Melikşah /KARAN Nur /ÖZDEMİR Eyüp /ÜSTÜN Gül /OKAY TEKİNSOY Özge, **İdare Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

YILMAZ Dilşat, **İdari İşlemin İcrailik Özelliği**, Tez Serisi-3, Ankara: Astana Yayınları, 2014.

YILMAZ Halil, **Türk Hukukunda Yapı Denetim Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.

Tezler

AKSOYLU Özge, **La conciliation par le juge de la légalité et de la sécurité juridique comparaison franco-turque**, Doktora Tezi, Cilt 1, Université Paris I Pantheon-Sorbonne, Paris, 2011.

AVCI Ali, **Özel Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi**, Doktora Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi Anabilim Dalı, Ankara, 2011. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>)

AYAYDIN Cem, **82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı**, Doktora Tezi, Cilt I, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1998.

SEVER D. Çiğdem, **Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık**, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>)

Makaleler

AKSOYLU ÜRGER Özge, “Son Anayasa Değişiklikleri Uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Türk Hukukundaki Yeri”, **IV. Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı**, Ed. Kemal Şenocak, Asos Yayınevi, 2018, s.137-160. (http://kayit.asoscongress.com/files/asos2018alanya/2018_Hukuk_Tam_Metin_Kitab%C4%B1.pdf)

AVCI Mustafa, “Spor Federasyonlarının Hukukî Niteliği, İdari Teşkilat İçindeki Konumu ve Bağımsızlığı Sorunu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 70, Sayı 2, 2012, s.3-20. (<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023019518/1023018568>)

AYANOĞLU Taner, “TFF’nin Özel Hukuk Tüzel Kişiliği Görüşü Hakkında Düşünceler ve Eleştiriler” **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt 15, Sayı 174, Haziran 2017, s.2839-2858.

AYAYDIN Cem, “Özel Hukuk Kişilerinin Kamu Kudreti Kullanması Sorunu ile 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun’a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında Düşünceler (“Yapı Denetimi”)”, **Yıldızhan Yayla’ya Armağan**, Armağan Serisi No:4, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2003, s.125-158.

AYAYDIN Cem, “5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun (“Özel Güvenlik”)”, **GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 3, Sayı 2, 2004, s.113-268.

BAHADIR Oktay /KILDAN İsmail Turgut, “Özel Güvenlik Görevlilerinin Zor Kullanma Yetkisi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı 3, 2013, s.274-310 (<http://dergipark.ulakbim.gov.tr>)

DURAN Lütfi, “Anayasa Mahkemesi’ne Göre Türkiye’nin Hukuk Düzeni-II”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 19, Sayı 2, 1986, s. 3-28. (http://www.todaie.edu.tr/yayinlar/dergi_goster.php?kodu=929&dergi=1)

DURAN Lütfi, “Yap-İşlet-Devret”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt 46, Sayı 1, 1991, s.147-170.

ERAT Veysel, “Kamu Görevlisi Kavramı Açısından Geçici Köy Korucuları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi İİBF Dergisi**, Cilt 28, Sayı 1, 2013, s.169-196.

FONOUNI-FARDE Guillaume “La délégation du service public de la sécurité: Asinus equum spectat (<http://lignesdedefense.blogs.ouest-france.fr> , E.T:24.11.2017)

GÖZLER Kemal, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği Örneği: Bir Abesle İştigal Örneği” (http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/gozler.pdf)

KARAN Nur, “Özel Güvenlik”, **Legal Hukuk Dergisi**, Sayı 50, 2007, s.427-441.

KAYA Cemil, “Türk Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Sayı 1-2, 2004, s. 253-284.

KAYIRAN Meltem, “Türkiye Varlık Fonu’nun Kuruluş Amaçları ve Yapısı Üzerine Bir Değerlendirme”, **Eğitim Bilim Toplum Dergisi**, Cilt 14, Sayı 56, Güz 2016, s. 55-90. (http://uvt.ulakbim.gov.tr/uvt/index.php?cwid=9&vtadi=TSOS%2CTHUK&ano=240021_7164d982b3ec7e15635316110b040c10)

LOYO Harry, “Özel Güvenlik Kuruluşları Polisin Bir Alternatifi midir?”, Çev. Kenan Çıkar, **Polis Dergisi**, Sayı:38, Ankara: Emniyet Genel Müdürlüğü Basımevi, 2004, s.499-501.

PETEK Hasan /ERİŞİR Evrim, “Türkiye Futbol Federasyonu’nun Hukuki Niteliği” **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl:3, Sayı:19, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Mart 2008, s.197-205.

SEVER D. Çiğdem, “Kolluk Yetkilerinin Devredilmezliği İlkesi Açısından Özel Güvenlik”, **Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt 3, Ankara: Beta Yayınları, 2011, s.3279-3309.

SHEARING & STENNING “Private Security: Implications for social control”, **Social Problems**, V.30, No.5, 1983, s. 493-506.

ŞAFAK Tolgahan, “Spor Federasyonlarının Türk İdari Teşkilatındaki Yeri”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Cilt 11, Sayı:124, Aralık 2016, s.107-116.

VERKUIL Paul, “Public Law Limitations on Privatization of Government Functions”, **North Carolina Law Review**, Sayı 84, s.397-460.

Mahkeme Kararları

AYM, E.1985/5, K.1985/23, T:10/12/1985, RGTS:21.01.1986/18995.

AYM, E.1985/11, K.1986/29, T:11.12.1986, RGTS:18.04.1987/19435.

AYM; E.1987/11, K.1988/2, T:21.01.1988, RGTS:29.03.1988/19769.

- AYM, E.1990/12, K.1991/7, T:4.4.1991, RGTS:13.08.1991/20959.
- AYM, E.1992/44, K.1993/7, T:09.02.1993, RGTS:19.06.1993/21612.
- AYM, E.2000/17, K.2002/46, T:7.5.2002, RGTS:26.03.2003/25060.
- AYM, E.2001/377, K.2002/59, T:26.06.2002, RGTS:9.11.2002/24931
- AYM, E.2001/383, K.2003/92, T:16.10.2003, RGTS:19.01.2006/26054.
- AYM, E.2002/38, K.2002/89, T:8.10.2002, RGTS: 26.12.2002/24975.
- AYM, E.2005/108, K.2006/035, T:01.03.2006, RGTS:22.07.2006/26236.
- AYM, E.2006/118, K.2009/107, T:2.7.2009, RGTS:19.03.2010/27526.
- AYM, E.2007/2, K.2011/13, T:13.01.2011, RGTS:23.7.2011/28003.
- AYM, E.2011/84, K.2012/151, T:11.10.2012, RGTS:26.07.2013/28719.
- AYM, E.2011/150, K.2013/30, T:14.2.2013, RGTS:25.06.2013/28688.
- AYM, E.2011/27, K.2012/101, T:5.7.2012, RGTS:06.10.2012/28433.
- AYM, E.2012/6, K.2012/131, T:27.9.2012, RGTS:13.02.2013/28558.
- AYM, E.2012/27, K.2012/173, T:8.11.2012, RGTS:28.03.2013/28601.
- AYM, E.2012/102, K. 2012/207, T. 27.12.2012, RGTS:02.04.2013-28606 mükerrer.
- AYM, E.2013/43, K.2013/168, T:26.12.2013, RGTS:07.03.2014/28934.
- AYM, E.2013/65, K.2014/93, T:22.5.2014, RGTS:24.6.2015/29396.
- AYM, E.2013/77, K.2014/4, T: 16.01.2014, RGTS:4.3.2015/29285.
- AYM, E.2013/84, K.2014/183, T:4.12.2014, RGTS: 13.3.2015/29294.
- AYM, E.2013/50, K.2015/38, T:1.4.2015, RGTS:15.04.2015/29327.
- AYM, E.2015/72, K.2016/44, T: 26.5.2016, RGTS:21.9.2016/29834.
- AYM, E.2016/150, K.2017/179, T:28.12.2017, RGTS:15.2.2018/30333.
- AYM, E.2016/180, K.2018/4, T:18.01.2018, RGTS:7.2.2018/30325.
- Uyuşmazlık Mahkemesi (Cz. B), E.1991/1, K.1991/8, T:04.03.1991
(<http://www.kazanci.com>)

Uyuşmazlık Mahkemesi E.1995/2, K.1995/1, T:13.02.1995, RGTS:20.03.1995/22233, s.29.

Uyuşmazlık Mahkemesi E.1999/1, K.1999/11, T:3.5.1999 (<http://www.kazanci.com>).

Dan. 6. D., E.1984/163, K.1984/1651, T:4.4.1984 (<http://www.kazanci.com>).

Dan. 10. D., E.1989/2924, K.1991/547, T:20.2.1991 (<http://www.kazanci.com>).

Dan. 10. D., E.1991/1149, K.1991/2286, T:17.6.1991 (<http://www.kazanci.com>).

Dan. 5.D., E.1992/3747, K.1993/3177, T:16.9.1993, **Danıştay Dergisi**, Yıl:25, Sayı:89.

Dan. 1.D., E.1996/131, K.1996/242, T:19.12.1996 (<http://www.kazanci.com>).

Dan. 2.D., E.2001/917, K.2001/1951, T:6.7.2001 (<http://www.kazanci.com>).

Dan. 8. D., E.2002/3788, K.2004/2452, T:26.05.2004 (<http://www.kazanci.com>).

Dan. İDDGK., E.2006/2958, K.2010/910, T:6.5.2010 (<http://www.kazanci.com>).

Dan. 7.D., E.2007/695, K.2007/4612, T:8.11.2007 (<http://www.kazanci.com>).

Dan. 13.D., E.2007/4056, K.2009/5656, T:22.5.2009 (<http://www.kazanci.com>).

Dan. 1. D., E.2008/502, K.2008/742, T:20.6.2008 (<http://www.kazanci.com>).

Dan. 10. D., E.2009/5590, K.2009/10533, T:16.12.2009 (<http://www.kazanci.com>).

Dan. 13. D., E.2013/811, K.2013/2659, T: 25.10.2013 (<http://www.kazanci.com>).

CC, 10.03.2011, No:2011/625 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr>)

CC, 13.03.2003, No:2003/467 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr>)

CE, 18.05.1998, No: 160267, Societe Info Premiere (<http://arianeinternet.conseil-etat.fr>)

CE, 27.09.2006, No: 274150, Association Fréquence Mistral (<http://arianeinternet.conseil-etat.fr>)

Elektronik Kaynaklar

Kararlar Bilgi Bankası

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı

<http://www.kazanci.com>

<https://tdvmedia.blob.core.windows.net/files/tdv.org.tr/mevzuat/1b.pdf>

Fransa Anayasa Mahkemesi Resmi Sitesi

<http://www.conseil-constitutionnel.fr>

Fransa Danıştayı Resmi Sitesi

<http://www.conseil-etat.fr>

Türkiye Futbol Federasyonu Resmi Sitesi

<http://www.tff.org>

Türkiye Büyük Millet Meclisi Resmi Sitesi

<https://www.tbmm.gov.tr>

İstanbul Trafik Vakfı

<http://www.trafikvakfi.org.tr>

Ankara Trafik Vakfı

<http://www.ankaratrafikvakfi.org>



ÖZGEÇMİŞ

Betül Sevinç 1991 yılında Niğde'nin Bor ilçesinde doğmuştur. Lise eğitimini Niğde Özel Sungurbey Lisesi'nde tamamlamıştır. Üniversiteye giriş sınavında Türkiye 12'ncisi olarak Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesinde öğrenim görmeye hak kazanmış ve buradan 2014 yılında mezun olmuştur. Mezuniyetten sonra avukat ve araştırma görevlisi olarak çalışan Betül Sevinç, aynı zamanda Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Ana Bilim Dalında tezli yüksek lisans programını başarıyla bitirmiştir.



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Betül SEVİNÇ
Tez Başlığı : “Türk Hukukunda İdari Kolluk Yetkisinin Özel Hukuk Kişilerine Devri”
Savunma Tarihi : 30 /11 / 2018
Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi Özge AKSOYLU ÜRGER

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

İmza

Doç. Dr. Çağla TANSUĞ

Dr. Öğr. Üyesi Zeliha HACIMURATLAR SEVİNÇ

Dr. Öğr. Üyesi Özge AKSOYLU ÜRGER

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK