

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU(İDARE HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ÖZEL HUKUK TÜZELKİŞİLERİNİN İDARİ İŞLEMLERİ

YÜKSEKLİSANS TEZİ

Mehmet İNANÇ

ANKARA - 2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU(İDARE HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ÖZEL HUKUK TÜZELKİŞİLERİNİN İDARİ İŞLEMLERİ

YÜKSEKLİSANS TEZİ

Mehmet İNANÇ

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK

ANKARA - 2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU(İDARE HUKUKU)
ANABİLİM DALI

**ÖZEL HUKUK TÜZELKİŞİLERİNİN İDARİ
İŞLEMLERİ**

YÜKSEKLİSANS TEZİ

Tezi Tez Danışmanı : Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK
Yrd. Doç. Dr. M. Artuk ARDIÇOĞLU
Yrd. Doç. Dr. D. Çiğdem SEVER
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi 14.11.2016.....

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (14 / 11 / 2016)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin;

Adı ve Soyadı:

Mehmet İNANÇ

İmzası:.....

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR CETVELİ.....	IV
--------------------------	----

GİRİŞ.....	1
------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HUKUK TÜZELKİŞİLERİNİN İDARİ İŞLEM GÖRÜNÜMLERİ

I. KAYNAKLARINA GÖRE GÖRÜNÜMLERİ.....	9
A. YETKİLENDİRME'DEN KAYNAKLANANLAR	10
1. Kanunla Yetkilendirme.....	10
2. İdari Sözleşmeyle Yetkilendirme	19
3. İdari İşlemle Yetkilendirme	28
B. TÜZELKİŞİNİN YAPISI VE İŞLEVİNDEN KAYNAKLANANLAR	32
II. TÜZELKİŞİ TÜRLERİNE GÖRE GÖRÜNÜMLERİ	38
A. VAKIFLARIN İDARİ İŞLEMLERİ	39
B. DERNEKLERİN İDARİ İŞLEMLERİ	42
C. ANONİM ŞİRKETLERİN İŞLEMLERİ	46
D. ORGANİZE SANAYİ BÖLGELERİNİN İDARİ İŞLEMLERİ.....	51
III. İŞLEM TÜRLERİNE GÖRE GÖRÜNÜMLERİ	53
A. TEK YANLI İŞLEM VE İKİ YANLI İŞLEM GÖRÜNÜMLERİ.....	53

B. DÜZENLEYİCİ İŞLEM – BİREL İŞLEM GÖRÜNÜMLERİ.....	57
C. ZİMNİ İŞLEM – SARİH İŞLEM GÖRÜNÜMLERİ.....	61

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HUKUK TÜZELKİŞİLERİNİN İDARİ İŞLEMLERİNDE “ÖLÇÜT MESELESİ”

I. İDARİ İŞLEM TESİS EDEBİLEN ÖZEL HUKUK TÜZELKİŞİLERİNİN BELİRLENMESİNDE ÖLÇÜT SORUNU	67
A. İDARİ İŞLEM TESİS EDEBİLEN TÜZELKİŞİLERİN NİTELİĞİ	68
B. ÖZEL HUKUK TÜZELKİŞİLİĞİNİN TESPİTİ VE ÖLÇÜTLER	74
1. Kuruluş Ölçütü	76
2. Kamu Gücü Ölçütü.....	83
3. Amaç-Faaliyet Ölçütü.....	100
4. Tabi Olunan Hukuk Kuralları Ölçütü	103
C. TÜZELKİŞİLİĞİN TESPİTİNDE ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR	107
II. ÖZEL HUKUK TÜZELKİŞİLERİNİN İDARİ İŞLEMLERİNİ SAPTAMADA ÖLÇÜT MESELESİ.....	118
A. HUKUKİ İŞLEM – İDARİ İŞLEM AYRIMI.....	121
B. HUKUKİ İŞLEMLERDE “İDARİLİK” ÖLÇÜTLERİ	128
1. Organik Ölçüt.....	128
2. İşlevsel Ölçüt.....	134

3. Kamu Gücü Ölçütü.....	145
C. BELİRLEYİCİ ÖLÇÜT SORUNU	150
D. YARGISAL ÖLÇÜTLER.....	160
SONUÇ	170
ÖZET	178
SUMMARY	179
KAYNAKÇA	180
A. YARARLANILAN KİTAPLAR VE MAKALELER	180
B. YARARLANILAN YARGI KARARLARI.....	192

KISALTMALAR CETVELİ

a.g.e.	: Adı geçen eser.
a.g.m.	: Adı geçen makale
A.Ş.	: Anonim Şirket
ATGV	: Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
D	: Daire
DBB	: Danıştay Bilgi Bankası (www.danistay.gov.tr)
DD	: Danıştay Dergisi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
FON	: Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Teşvik Fonu
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ibid.	: Aynı yerde (aynı eserde)
IDDK	: İdari Dava Daireleri Kurulu
İLKSAN	: İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve Sosyal Yardım Sandığı
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
k.t.	: Karar tarihi
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsü
m.	: Madde
OSB	: Organize Sanayi Bölgesi
OYAK	: Ordu Yardımlaşma Kurumu
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SYDV	: Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TDV	: Türk Diyanet Vakfı
TFF	: Türkiye Futbol Federasyonu
TODAİE	: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü

UYM : Uyuşmazlık Mahkemesi
vb. : Ve benzeri (ve bunun gibi)
vd. : Devamı (ve devamında)
Y. : Yıl



GİRİŞ

Modern devletlerde, kamu hizmeti sunumu devletin en önemli görevleri olarak görülmektedir. Devletin bu hizmetleri kendi imkanları ile yerine getirmesi mümkün görünürken, söz konusu hizmetlerin sunumunda özel kişileri yetkilendirmesi de söz konusu olabilmektedir. Eğitimden, sağlığa, adaletten, güvenliğin sağlanmasına kadar pek mühim alanlarda devletin sahip olduğu kamusal görevlerin yerine getirilmesi amacıyla, bugün özel kişilerin yaygın olarak kamu hizmet sunumunda “yetkilendirildikleri”, yahut, kamusal faaliyetlerin yerine getirilmesinde bazı özel kişilerin, “kendiliğinden” vazife üstlendiğı görülmektedir. Bu vazifeleri yerine getiren özel kişilerin, kamu hizmeti kullanıcılarıyla kurulan “statüer” ilişkilerde devletin yerine taraf olması, bu kişilerin bazı kamusal nitelikli karar almalarına imkan tanımıştır. Ancak, mantıksal olarak bir tutarsızlık içermeyen bu yaklaşımın hukuken kabul edilebilirliğı; özel hukuk kişilerinin kamu gücü kullanıp kullanamayacağı, idari işlem tesis edip edemeyeceğı çözümlenmesi gereken önemli bir sorunsaldır. Bu sorunsalı çözümlyerek, özel kişilerin idari işlemleri konusuna getirilen doktriner yaklaşımları incelemek, özel hukuk tüzelkişilerinin içtihat ve doktrinde tezahür etmiş işlem görünümelerini derli toplu bir şekilde izah etmek ve de özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem ölçütlerini tartışarak belirleyici ölçütün ne olacağına ilişkin tespitlerde bulunmak bu çalışmanın amacını teşkil etmektedir. Bu amaçla, iki bölümden oluşan tez çalışmamızın, ilk bölümünde, özel hukuk tüzelkişilerin idari işlem görünümlerinden söz edildikten sonra, ikinci bölümünde, özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemlerinde ölçüt sorunları ele alınacaktır.

Özel hukuk tüzelkişilerinin yargı kararlarında idari işlem olarak kabul edilen hukuki işlem görünümünden bahsetmeden evvel, özel hukuk tüzelkişilerinin idari nitelikte işlem yapabilme yeteneğinin incelenmesine, özel kişilerin kamu hizmeti alanında daha sık yer almasının temel nedenine değinmek uygun görülmüştür. Bu temel neden, küreselleşme olgusunun nasıl benimsendiği ile ilintilidir.

“*Refah devletlerinin*” sosyal amaçlara dayalı politikalarının 1970’lerde yaşanan küresel ekonomik kriz sonrası yerini, ekonomik değerleri ağır basan neo-liberal politikalara terk etmesiyle birlikte küresel anlamda bir dönüşüm başlamıştır. Bu dönüşümün çekirdeğini, devletin sosyal amaçlarla bile piyasaya müdahalesini kabul etmeyen¹, devlete piyasa içerisinde minimal yer veren bir anlayış oluşturmuştur.² Bunun sonuçları, elbette sadece ekonomi alanında tezahür etmeyerek, bu dönüşümün neredeyse tüm sosyal bilimler içerisinde etkileri

¹ Adeta “*ekonomik alan siyasetin dışına itilmiştir*” bkz. İNAÇ, H., DEMİRAY, M.

“*Siyasal Bir İdeoloji Olarak Neo-Liberalizm*”, **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S.11, Kütahya, 2004, s.163-184.

² Liberalizmin en etkin savunulduğu 18. Yüzyılda bile devletin, demiryolu hizmetlerine yatırım yaparak piyasada aktif rol aldığı bilinmekle birlikte bu eğilimin yaygın olmaması, istisnalara rağmen liberal devletin piyasa içerisindeki pasif rolünün esas olduğunun bir göstergesidir. Bkz. GENÇAY, Şaylan, **Değişim Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi**, 1. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 1995, s. 75.

gözlemlenmiştir. Örneğin, devletin özellikle değişen iktisadi rolüne uygun hukuksal düzenin sağlanması amacıyla, 1982 Anayasası ve 1980 sonrası getirilen pek çok yasa hükmü ile hukuk sistemi içerisinde yapısal değişikliklere gidilmiştir. Devletin piyasa içerisindeki rolüne ilişkin bir değişim söz konusu olunca, bu değişimin “*hukuk alanı*” içerisinde³, en çok “*kamu hizmetlerinin sunumu*” konusunda etkileri olduğunu söylemek elbette zor olmayacaktır. Neo-liberal dönüşüme uygun olarak kamu hizmet üretiminin kim tarafından ne şekilde sağlanacağı, hiç kuşkusuz, konjonktür ile doğrudan ilintilidir.

1980 sonrası kamu hizmetlerinde de yaşanan neo-liberal dönüşüm ile birlikte, pek çok ülkede kamu hizmeti alanında özel girişimcilerin daha fazla yer edindiğini görmek mümkün olmuştur.⁴ Bunun siyasal ya da sosyal sebepleri ayrı bir çalışma konusu olsa da idare hukuku üzerindeki sonuçları itibariyle yaşanan bu neo-

³ Bu dönemin “*hukuksal rasyonellik*” kavramının “*işletmecî rasyonellik*” kavramına dönüştüğü, “*deregulation*” kavramının öne çıktığı dönem olarak tanımlanması da isabetlidir. (TAN, Turgut, “*Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine*”, **Türk İdare Dergisi**, S.378, s.73-90, Ankara, 1988, s.73.)

⁴ Türkiye’de özellikle vakıf tüzelkişiliğinde faaliyet gösteren yapıları da göz önüne alarak, ortaya çıkacak muhtemel sıkıntılara ilişkin yapılan değerlendirmeler için bkz. DURAN, Lütfi, “*Peştemallık ve Ulufe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi*”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.20, S.1, s. 3-14, Ankara, 1987.

liberal dönüşümün çalışmamız için önemi büyüktür.⁵ Öyle ki, kamu hizmeti alanına özel kişilerin daha uzun süreli ve daha sık bir biçimde dahil edilmesi, idarenin kamu hizmetleri alanında sahip olduğu kamusal yetkilerin uzun sürelerle özel kişiler tarafından kullanılması sonucunu doğurmaktadır. Bir kısmı “kolluk”, bir kısmı ise “kamu hizmeti”⁶ sunumuna ilişkin olan bu yetkilerin, özel hukuk tüzelkişileri eliyle

⁵ Etkinin boyutu ve anlamını tahlil için çok yerinde bir tespit olarak şu kısım okunmaya değerdir:” *Bu anlayışın Sosyal Devlete muhalif olması da gayet doğal’ -hatta neredeyse zorunlu- hale gelmektedir. Sistemi muhafaza etme adına gönülsüz bir kabulle varedilen müdahaleci devlet ve Keynesçi politikalar, artık sisteme yönelik tehditin zayıflaması karşısında gereksiz bir “yüksek maliyet” olarak algılanmaktadır... Böylesi bir ideolojinin “kamu hizmeti” programı hakkında konuşulamaz. Bu sonuç, karşı bir ideolojide konumlanmaktan öte, bi-zatihi “dil”den kaynaklanır: Bu dil içinde -değil bir işlev olarak- , terim olarak da kamu hizmetine yer yoktur.*” (OZANSOY, Cüneyt, “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, **AÜHFD**, C. 46, S. 1-4, s. 85-100, Ankara, 1997, s.93.)

⁶ Doktrinde, idarenin faaliyetleri, “kamu hizmeti”, “kolluk” olarak ikiye ayrılmaktadır. Kolluk faaliyeti ve kamu hizmeti, hukuki eserlerde idari işlevin iki kolunu oluşturmaktadır. (Bkz. DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Dersleri**, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982, s.244 vd.; KARAHANOGULLARI, Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.22.) Bu faaliyetlere ek olarak, teşvik ve destekleme etkinliklerini de idarenin faaliyetleri arasında göstererek yapılan ayrım

kullanılması durumunda idari nitelikte sayılıp sayılmayacağı, yargısal denetime yönelik mühim sonuçlar doğurmaktadır.

Çünkü, hâlen içinde bulunduğumuz bu neo-liberal dönemde, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde özel kişilerin yetkilendirilmesinin hukuki niteliğinin ne olduğunun saptanması, işlemlerin yargısal denetiminin sağlanması için zaruri görülmektedir. Öyle ki, özel hukuk tüzel kişilerinin arada bir “*imtiyaz sözleşmesi*” yahut bir “*özel hukuk sözleşmesi*” olmadan, doğrudan yasaya dayanarak yaptığı işlemlerinin pek çoğunun, adli yargıda denetimi mümkün değildir. Buna benzer olarak, kamu personeli tarafından kurulan ve devlet faaliyetlerini, özel hukuk tüzelkişiliği altında Sayıştay denetimi kapsamına da girmeden yerine getiren vakıf, sandık vb. tüzelkişiler tarafından tesis edilen işlemlerin, idari niteliklerinin de göz ardı edilmesi ihtimali, bu kuruluşların adli yargıda yargılanabilecekleri sınırlı dava türlerine girmeyen uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda, yargısal denetime tabi olmadan varlıklarını sürdürmesi sonucuna yol açacaktır. Bu sonuç, özel hukuk tüzel kişilerinin kamu gücü kullanarak tesis ettiği hukuki işlemlerinin idari niteliklerinin tespit zorunluluğunun, “*hukuk devleti*” ilkesinin bir gereği olduğunu göstermektedir. Bu sebeplerle özel hukuk tüzelkişilerine verilen kamusal yetkilerin

için bkz. GİRİTLİ, İ., BILGEN, P., AKGÜNER, T., BERK, K., **İdare Hukuku**, 6. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2013, s.1145. “*Kamu hizmeti*”, “*kolluk*” ayrımı tarafımızca da kabul edilmekle birlikte, çalışmamız açısından çok önemli olmaması sebebiyle, kamu hizmeti ve kolluk ayrımı yapılmasına gerek görülmeden incelemeler yapılmıştır.

değerlendirilebilmesi için çeşitli mevzuat hükümlerinin çalışmamız kapsamında incelenmesine gayret gösterilmiştir.

Ancak, çalışmamızın, teorik olarak odaklandığı esas mesele, özel kişilerin işlemlerinin idari nitelikte sayılıp sayılamayacağı, eğer sayılabilecekse bunun ölçüsünün ne olacağı, idari işlem tesis ettiği kabul edilen tüzelkişilerin, özel hukuk tüzelkişisi sayılabilmesinin mümkün olup olmayacağı ve bunun hangi koşullarda mümkün olacağı gibi sorulara cevap arayışı olmuştur. Bu amaçla BİRİNCİ BÖLÜM’de sunduğumuz, özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem görünümünü içeren temsili yargı içtihatlarıyla, özel kişilerin kullandıkları “*kamu gücü*” görünümüne ilişkin mevzu hükümler, çalışmamız içinde ihtiyaç duyulan teorik inceleme açısından kullanılabilecek veriler içermektedir. Özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemleri ile tüzelkişiliklerinin niteliğinde gözlemlenen ölçüt sorunlarına ilişkin söz konusu teorik inceleme çalışmamızın planına göre İKİNCİ BÖLÜM’e bırakılmıştır.

Türk öğretisinde özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemleri üzerine geliştirilen düşüncülerin pek çoğu, özel kişilerin idari işlem yapabilmesinin “*istisnai*” bir durum olduğu varsayımına dayanmakta, bu sebeple gittikçe artan sayıda örneği ölçütlerle kavramakta zorlanmaktadır. Bazı çalışmaların ise, Conseil D’Etat içtihatları ve Fransız öğretisinin sunmuş olduğu örnekleri odağına alması sebebiyle, özel kişilerin idari işlem yapabilmesi kabulünün Türk İdare Hukuku içerisindeki meşruiyetini sorgulamaya ihtiyaç duymadığı görülmüştür. Bazı çalışmalar da Türk İdare Hukuku

içerisinde özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem örneklerinin bulunmadığı ve/veya özel kişilerinin idari işlem örneği olarak sunulan yargı kararlarının aslında, kamu tüzelkişisi veya karma tüzelkişi olduğu saptanan tüzelkişilerin işlemlerini ihtiva ettiği sonucuna ulaşmaktadır. Öğretide geliştirilen bu farklı yaklaşımların, çalışmamız içerisinde değerlendirilmesi zorunludur. Ancak, bunu sağlıklı bir biçimde yapabilmek için çalışmanın konusu ve yöntemine ilişkin bazı sınırlandırmalar da zaruri görülmüştür. Çalışmamızın konusuna ilişkin yapılan sınırlandırmalar, idari işlem örneklerinden söz ettiğimiz tüzelkişilerin seçimine ilişkindir. Bunun için, BİRİNCİ BÖLÜM'DE idari işlem görünümünün incelenmesi elzem görülen tüzelkişilerin, doktrinde geliştirilen ve tarafımızca da uygun bulunan ölçütlere göre kamu tüzelkişisi olarak nitelendirilemiyor olmalarına dikkat edilmiştir. Ayrıca, bu bölümde, özel hukuk tüzelkişisi olup da hakkında idari işlem yapabildiğine dair herhangi bir yargı kararı bulunmayan tüzelkişilere de mümkün mertebe yer verilmemiştir. Bu şekilde belirlenen ve çalışmamızda ağırlıklı olarak yer verilen özel hukuk tüzelkişileri, Türk Telekom A.Ş., Osmangazi Elektrik Dağıtım A.Ş., Türkiye Jokey Kulübü, Doğayı Koruma Derneği, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı, Türk Diyanet Vakfı, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı ve Organize Sanayi Bölgeleri'dir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HUKUK TÜZELKİŞİLERİNİN İDARİ İŞLEMLERİNİN GÖRÜNÜMLERİ

Özel kişilerin kamu hizmeti yerine getiremeyeceği ve dolayısıyla idari işlem yapamayacağı Türk İdare Hukukunda bir dönem kabul görmüş, fakat tarihsel süreç içerisinde değişime uğramış eski bir anlayıştır. Günümüzde, idari işlem yapabilen özel kişilerden söz eden hukuki eserlere de rastlamak mümkün olmakla birlikte, bazılarında konunun ayrı bir başlıkta dahi incelendiği görülmektedir. Bazı eserlerde, özel kişilerin idari işlem yapamayacağı düşünülmekte, bazılarında ise idari işlem yaptığı kabul edilen özel kişilerin aslında kamusal niteliğe sahip olduğu belirtilmektedir. Özel kişilerin idari işlem yapabilme imkanları bizim çalışmamız açısından da sorgulanmaya değer görülmüştür. Ancak, bundan önce, içtihat ve doktrinde özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemlerinin ne tür örneklerle kavranmaya çalışıldığının da görünür olabilmesi adına bu bölümde çeşitli örnekler verilmiştir. Aynı zamanda, özel kişilerin kamu gücü kullanıp kullanmadığı meselesinin de çalışmamız açısından önem taşıması sebebiyle, bu örnekler, kaynaklarına ve tüzelkişilik türlerine göre sınıflandırılarak, çeşitli açılardan görünür kılınmaya gayret edilmiştir. Ayrıca, özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem yapabileceğinin kabulü durumunda, ne tür işlemler tesis edebildiklerinin de kabul edildiğinin izah edilmesi amacıyla, işlem türlerine göre de bir sınıflandırmaya başvurulmuştur.

I. KAYNAKLARINA GÖRE GÖRÜNÜMLERİ

Özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem niteliğinde görülen işlemlerinin incelenmesine bu işlemlerin kaynaklarına göre farklı görünümünden bahsetmekle başlayabiliriz. Özel hukuk tüzelkişileri bir kamu hizmeti sunmak üzere yetkilendirildiğinde; kanundan, idari işlemde, idari sözleşmeden⁷, özel hukuk sözleşmesinden kaynaklanan bazı kamusal yetkiler kullanarak idari işlemler tesis edebilmektedir. Bazen de özel hukuk tüzelkişilerinin, kamusal amaç ve işlevinden kaynaklı olarak idari işlem yapabildiği kabul edilmektedir. Buna göre, özel hukuk tüzelkişilerinin işlemlerinin, “yetkilendirme usulünden” veya “kamusal amaç ve işlevinden” kaynaklanmasına göre iki ana grupta sınıflandırılması mümkündür.

⁷ Kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinde bazen ruhsat usulüyle birlikte imtiyaz sözleşmesinin de yapıldığı karma bir yönetime başvurulduğunu da görebiliriz ki bu durumun bir örneği Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi’nin bazı hizmetlerinin özelleştirilmesinde uygulanan, ihale sonucu ruhsat alan girişimciyle Ulaştırma Bakanlığı arasında imtiyaz sözleşmesinin tesisini içeren usuldür. (TAN, Turgut, **İdare hukuku**, 2.Bası, Turhankitabevi, Ankara, 2013, s.368.) Bu usul 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile terkedilmiştir. Ancak, bu kanun yürürlüğe girmeden önceki sözleşmeler ise yürürlüktedir. (ÖZTÜRK, K. Burak, “*Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.67, S.1, s.26-42, Ankara, 2009, s.28.)

A. YETKİLENDİRME'DEN KAYNAKLANANLAR

1. Kanunla Yetkilendirme

Özel hukuk tüzelkişilerinin bir kamu hizmeti sunmak üzere yasa koyucu tarafından yetkilendirildiğine sıkça rastlanmaktadır. Devletin bir kanun hükümlerini icra etmek üzere bir cemiyet kurabileceği⁸ idare hukuku alanında eskiden beri kabul gören bir yaklaşımdır. Bu şekilde, çoğunlukla devletin veya mahalli idarelerin kamu kaynaklarıyla kurduğu özel hukuk tüzelkişilerine kamu hizmeti gördürmek⁹ suretiyle kamu gücü ile donatması söz konusu olmaktadır. Kamusal yetkiler tanınan bu özel hukuk tüzelkişilerinin genellikle kanunla kurulmakta olduğuna rastlanmakla birlikte bu durum zorunlu bir unsur olarak görülmebilir. Burada önemli olan söz konusu kamu hizmetine ilişkin yetkilendirme ve görevlendirmenin araya herhangi bir işlem girmeden kanunla yapılmasıdır. Böylece, kamusal yetkilerin, bir kanunla özel hukuk tüzelkişilerine süresiz olarak devredilmesi; bu yetkiler oranında özel hukuk tüzelkişilerinin sorumluluklarının ortaya çıkması; özel kişilerin yetkilendirildikleri alanda sahip oldukları kamusal yetkileri başka kurumlarla paylaşmadan “tekel”

⁸ ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.2, 3. Bası, İsmail

Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s.1043.

⁹ GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, 2. Baskı, Cilt 2, Ekin Yayınları, Bursa, 2009, s.392-393.

niteliğinde görevler icra etmeleri ve bu görevlerin yerine getirilmesinde bir takım kamusal ayrıcalıklardan faydalandırılmaları söz konusu olmaktadır. Erişim Sağlayıcıları Birliğinin 5651 sayılı Kanun’da yer alan, SYDV’ye muhtelif kanunlarla verilen ve Organize Sanayi Bölgeleri’nin 4562 sayılı Kanun’da yer alan görevleri, yükümlülükleri ve kamusal ayrıcalıkları, özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemlerine kaynaklık eden kanun hükümlerine örnek teşkil etmektedir. Bu sebeple özet bir biçimde bu tüzelkişilerin görev, yükümlülük ve kamusal ayrıcalıkları üzerinde durmakta fayda görülmüştür.

12.04.2000 tarih ve 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu¹⁰ ile düzenlenmiş olan OSB’lerin kuruluş amaçları, girişimcilerin sanayiye yönelik yatırımlara özendirilmesi, sanayi tesislerinin ülke çapında “*dengeli*” dağılımının sağlanması, ortak tesislerin kurulması suretiyle yüksek maliyetli yatırımlara kamusal destek sağlanması şeklinde tezahür etmektedir.¹¹ Bu amaçları gerçekleştirmek üzere hangi yetkilere sahip olacakları 4562 sayılı kanunla belirlenmiştir. Buna göre, Kanunun 4. Maddesinde OSB’lerin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın onayına sunmak üzere “*imar ve parselasyon planları ve değişiklikleri*” yapabileceği ve yürürlüğe girdikten sonra bu plana göre “*arazi kullanımı, yapı ve tesislerinin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler ile işyeri açma ve çalışma ruhsatı*”

¹⁰ R.G., 15.04.2000, S. 24021.

¹¹ ÇOLAK, N. İlker, “Organize Sanayi Bölgelerinin Hukuki Durumu”, **TSE- Standart, Ekonomik ve Teknik Dergi**, Korza Yayıncılık, Y.52, S.616(Eylül), Ankara, 2013, s.19.

verebileceği; 15. Maddesinde “*arsa satışı*”; 18. Maddesinde “*arsa tahsisi*” yapabileceği; 20. Maddesinde OSB’lere gerekli olan “*elektrik, su, kanalizasyon, doğalgaz, arıtma tesisi, yol, haberleşme, spor tesisleri gibi alt yapı ve genel hizmet tesisleri*” ve üretim tesisleri kurabileceği ve işletebileceği ile “*kamu ve özel kuruluşlardan satın alarak dağıtım ve satışını*” yapabileceği; 19. Maddesinde OSB imar plan hudutları içerisinde bulunan “*yollar, rekreasyon alanları*” ile devir ve temlik edilmemiş kısımlarında tasarruf yetkisi olacağı düzenlenmiştir. Bu yetkilere koşut olarak OSB’lere bazı sorumluluklar ve ayrıcalıklar tanınmıştır. OSB personeli kusurlarına dayanan zararlardan sorumlu tutulmuş, evrak üzerinde işledikleri suçlar konusunda devlet memurları gibi cezalandırılmaları öngörülmüştür. 4562 sayılı Kanun’un 20. Maddesi ile OSB’lerin izni olmadan, OSB içerisinde yer alan kuruluşların altyapı ihtiyaçlarını başka bir yerden karşılayamayacağı hatta bu amaçla münferiden tesis dahi kuramayacağı öngörülmüş bunların yanı sıra, 21. Maddesi ile vergi, resim ve harçla ilgili muafiyet tanınmıştır.

Tıpkı Organize Sanayi Bölgeleri gibi Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının da kanunla özel olarak yetkilendirildiğini de görmekteyiz. 29.05.1986 tarih ve 3294 sayılı Kanun’un 7. Maddesi uyarınca bu vakıflar, yurtdışından Türkiye’ye gelenler veya fakru zaruret içinde ve muhtaç durumdaki vatandaşlara “*sosyal adaleti pekiştirici tedbirler olarak gelir dağılımının adilane bir şekilde tevzi edilmesini sağlamak, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik etme*” amaçlarına uygun faaliyet ve çalışmalar yapmak ve ihtiyaç sahibi vatandaşlara nakdî ve aynî yardımda bulunmak üzere yetkilendirilmiştir. Bu suretle, SYDV’nin barınma

yardımları, öğrencilere taşıma, ibate, iâşe yardımı, Ramazan ve Kurban Bayramları öncesinde gıda yardımları gibi yardımlarda bulunduğu bilinmektedir.¹² Aynı Kanun'un Ek 3. Maddesi uyarınca, bu vakıflar, Milli Eğitim Bakanlığı veya ilgili bir kamu idaresinin görüşünü alarak, yurt veya pansiyon yapma yetkisine sahiptir. Öte yandan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarına başka kanunlarla da görevler verilmiştir. 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz Ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun'un¹³, 1. Maddesi uyarınca, 65 yaşını doldurmuş T.C. vatandaşlarından kendilerine sosyal yardım yapılacakları belirleme yetkisi; 8. Maddesi'ne göre, gerektiğinde, aylık almak amacıyla başvuruda bulunanların ve bunların bakmakla yükümlü olduklarının, “*gelir, yaşam düzeyi ve varlıkları hakkında, belirleyeceği yöntemlerle*” inceleme yapma, yaptırma, gerçek veya tüzel kişilerden bilgi ve belge isteme yetkisi; 633 Sayılı Aile Ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin¹⁴ 11. Maddesi'nin 1. Fıkrasının (h) bendi gereğince, Sosyal yardıma hak kazanılması ve genel sağlık sigortalılığı için gerekli olan “*gelir testinin*” uygulanmasında Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile işbirliği yapma görevi¹⁵; 633 sayılı KHK'nin 33. Maddesi ile SYDV, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. “2013 Yılı Faaliyet Raporu”, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Ankara, 2014.

¹³ R.G., 10.07.1976, S. 15642.

¹⁴ R.G., 08.06.2011, S.27958(Mükerrer).

¹⁵ Uygulamada, gelir testi, bizzat Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarında görev yapan sosyal inceleme görevlileri marifetiyle yapmaktadır.

Yardımlar Genel Müdürlüğüne ait *Sosyal Yardımlar Bilgi Sistemi*'nde vakfa yardım için başvuran kişilerin muhtaçlık durumları ve sosyal yardım alıp almadıklarına ilişkin olarak Veri Tabanını sorgulama, eğer yardım yapılacaksa, “*yapılan yardımların türü, miktarı ve ailenin diğer bireyleri de dâhil olmak üzere verildiği kişi ve verilme süresine ilişkin bilgiler*” ile kimlik bilgileri gibi yönetmelikle belirlenecek diğer bilgiler¹⁶ hususunda verileri sisteme işleme, veri paylaşımı yapma görevi; 5510 sayılı Kanun'un 68. Maddesi'ne göre muaf oldukları halde kendilerinden sağlık

¹⁶ “*Bu bilgiler; kimlik bilgileri, başvurulanan yardım türü ve tutarı, başvurulanan yardım programının düzenli yardım veya süreli yardım şeklindeki niteliği, yardım hakkı sahipliğine ilişkin kararın sonucu ve tarihi, yardım teslim tarihi ve aynı veya nakdi teslim yöntemi, yardımın feshedilmesi, durdurulması veya sonlandırılması durumlarında karar tarihi ve nedeni, sosyal incelemede ve kişilerin beyanlarından elde edilen bilgiler, sosyal yardım sistemindeki değişiklikler ve ortaya çıkacak bilgi ihtiyaçları çerçevesinde kurul tarafından belirlenecek diğer bilgiler*” olarak, 13.09.2014 tarih ve 29118 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan yönetmeliğin(Sosyal Yardım Verilerinin Kaydedilmesine Ve Paylaşılmasına İlişkin Yönetmelik) 7. Maddesi ile düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin kanunla yönetmeliğe bırakılması karşısında yönetmeliğin “*ortaya çıkacak ihtiyaçlar*” sebebiyle bu görevi Bakanlığın içerisindeki bir kurula devretmesi problemleri görülebilir. Kanun’un açıkça yönetmelikle düzenleneceğini emrettiği hususların “*yönetmelik*” dışında, bir “*kurul kararı*” ile gerçekleştirilmesinin kabulünde hukuka uyarlılık yoktur.

hizmetlerinde “katılım payı” alınmış olanlardan, yönetmelik hükmünde¹⁷ sayılmış olanlara, ödemiş oldukları katılım payının, söz konusu şahısların talepleri halinde iade edilmesi görevi ve son olarak da 2828 sayılı Kanun’un Ek 7. Maddesi’ne göre bakıma muhtaç engellilerin evde bakımına desteğin sağlanması¹⁸ görevi, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarına verilmiş diğer yasal görevlerdir.

¹⁷ “**MADDE 23 – (1)** Harcamaları, taşınır ve taşınmazları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak, Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilecek aile içindeki geliri kişi başına düşen aylık tutarı asgari ücretin üçte birinden az olan vatandaşlar ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler, vatansızlar ve sığınmacılar, 1/7/1976 tarihli ve 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişiler ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ödemiş oldukları katılım payları, talepleri hâlinde, 29/5/1986 tarihli ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu hükümlerine göre Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarınca kendilerine geri ödenir.” Diğer hükümler için bkz.“Genel Sağlık Sigortası Uygulamaları Yönetmeliği”, R.G., 18.04.2014, S. 28976.

¹⁸ Bu görev kanunda Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarına verilmişse de aynı kanun maddesine dayanılarak çıkarılan 30.07.2006 ve 26244 sayılı yönetmelikte vakıflara ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna paralel olarak vakıflar, *de facto*, muhtaç engellilerin tespiti veya evde bakımı ile ilgili bir görev almamıştır.

Son olarak Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne de kanunla verilen görevlerini belirtecek olursak, Birliğin, 04.05.2007 tarih ve 5651 Sayılı Kanun'un, 6/A maddesinin 5. Fıkrasında belirtilen erişim sağlayıcıları arasında koordinasyon sağlama görevi; aynı maddenin 8. Fıkrasına göre mevzuata uygun görmediği kararlara karşı itiraz yetkisi; aynı kanunun 9. Maddesinin 9. Fıkrasıyla bir yayının kişilik haklarını ihlal etmesi sebebine bağlı olarak hakim tarafından verilen erişime engelleme kararının, söz konusu yayını içeren sair internet adreslerine de uygulanmasına, başvuru yapılması halinde karar verme yetkisi gibi görev ve yetkiler göze çarpmaktadır.

Göröldüğü üzere, muhtelif kanunlarla bir kamu hizmeti alanında görevlendirilen özel hukuk tüzelkişilerinin kanuni görevlerini yerine getirirken kamu gücü kullanması söz konusu olmaktadır. Bunun sonucunda daha önce idare tarafından yerine getirilen bu görevleri icra ederken idari makamlar gibi hareket etmeleri görölmektedir. İşte, bu şekilde yetkilendirilen özel hukuk tüzelkişilerinin kamu gücü kullanarak tesis ettiği bazı işlemleri de şimdi inceleyeceğimiz üzere yargı kararlarıyla idari nitelikte görölmüştür.

Konuyla ilgili içtihatlara değinirken, ilk olarak idari yargı mercilerinin Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı'nın bazı işlemlerini, idari nitelikte görödüğü kararlarından bahsedebiliriz. Danıştay 12. Dairesi, davacının görev yaptığı vakıf ile davacı arasındaki sözleşmenin yenilenmesi için yapılan başvurunun reddedilmesi üzerine açılan iptal davasında, idare mahkemesinin söz konusu uyuşmazlığı adli

yargının görev alanında görerek verdiği görevsizlik kararını, temyizen incelemiştir. Danıştay, bu uyuşmazlıkta, dava konusu işlemi, kamu gücü kullanılarak tesis edilmesi ve davacının kamu görevlisi olması sebebiyle idari nitelikte görmüştür.¹⁹ Ancak, bu kararda Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı bir özel hukuk tüzelkişisi olarak değil, sanki bir kamu tüzelkişisi olarak değerlendirilmiştir. Gerçi, Danıştayın eski tarihli bu içtihadı zamanla değişime uğramıştır. Artık Danıştay, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarını salt bir kamu tüzelkişisi olarak görmemekte uyuşmazlıkları da buna göre incelemektedir. Örneğin, Danıştay 10. Dairesinin E.2012/2273-K.2014/6972 sayılı ve 25.11.2014 tarihli kararında²⁰, özel hukuk tüzelkişisi olan SYDV'nin mütevellî heyet üyesinden, müstehak olmayan kişilere yapılan ödemeler uyarınca ortaya çıkan zararın bir kısmının talep edilmesi işlemini, iç işleyişe ilişkin sorumluluk kapsamında kamu gücü kullanılmadan tesis edilmesi sebebiyle idari işlem niteliğinde görmeyerek, ilk derece mahkemesinin görevsizlik kararını onamıştır. Bu karar, Danıştayın geçmiş kararındaki gibi artık söz konusu vakıfları kamu tüzelkişisi olarak görmediğini ve kamu gücünün bu vakıfların işlemlerinin idari niteliğinde bir ölçü olarak görüldüğünü ifade etmektedir. Diğer yandan, hem SYDV'nin özel hukuk tüzelkişiliğinin hem de vakfın dava konusu işleminin idari niteliğinin vurgulanması bakımından daha doyurucu bir içtihat örneği, Sivas Bölge İdare Mahkemesi'nin E.2015/220-K.2015/268 sayılı ve 16.04.2015

¹⁹ Danıştay, 12.D., E.2003/131, K.2004/2238, k.t. 28.06.2004 <Kaynak: www.kazanci.com>.

²⁰ Danıştay, 10.D, E. 2012/2273, K. 2014/6972, k.t. 25.11.2014 (Yayımlanmamış Danıştay Kararı.)

tarıhli kararıdır.²¹ Bu davada, Mahkeme, 2022 sayılı kanun kapsamında aylık bağlanması amacıyla Reşadiye Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfına başvuruda bulunan davacının, talebinin reddi üzerine açtığı iptal davasında, görevsizlik kararı veren ilk derece mahkemesinin kararını; “*özel hukuk tüzelkişisi olduğunda tereddüt bulunmayan*” Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının ilgili vatandaşlar hakkında “*muhtaçlık*” kararı verebilmek gibi kamu gücü ile donatıldığı, dava konusu işlemin de bu kamu gücüne dayanılarak “*tek yanlı ve re’sen*” tesis edilmesi sebebiyle idari işlem niteliğinde olduğu ve bu sebeple uyuşmazlığın çözüm yerinin idari yargı mercileri olacağı gerekçesiyle bozmuştur.

İkinci olarak, Organize Sanayi Bölgesinin idari nitelikte görülen işlemine ilişkin Danıştay kararı, incelemeye değerdir. Danıştay 10. Dairesi, E.2009/5590-K.2009/10533 sayılı kararında²² bir OSB Yönetim Kurulu kararı ile arsa tahsis işleminin niteliğini saptarken, bir işlemin idari işlem olmasının ölçütünü “*idare işlevi*” ile ilgili olmasına, “*tek yanlı*” olmasına ve “*idare hukukunun ilke ve kurallarına tabi*” olmasına bağlamıştır. Bu kararda; Danıştay, OSB’nin özel hukuk tüzelkişisi olduğunu tespit ettikten sonra “*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*

²¹ Sivas Bölge İdare Mahkemesi, E. 2015/220, K. 2015/268, k.t. 16.04.2015
(Yayımlanmamış Mahkeme Kararı.)

²² Danıştay, 10. D, E.2009/5590, K.2009/10533, k.t. 16.12.2009 <Kaynak: www.kazanci.com>.

doğuran, doğrudan uygulanabilir nitelikli işlemlerinin de, idari işlem niteliği taşıdığıının” kabulü gerekeceği varsayımını yaparak, OSB’lerin tek yanlı iradesiyle meydana gelmiş “*arsa tahsis*” işlemini idari işlem niteliğinde görmüştür.

Üçüncü olarak, Erişim Sağlayıcıları Birliğinin bazı icrai kararlarının idari nitelikte sayılabileceğini söyleyebiliriz. Henüz, bir işlemine karşı Birliğin hasım gösterildiği bir davaya rastlanılmamış olsa dahi, öğretilde Erişim Sağlayıcıları Birliği’nin, 5651 sayılı Kanun’da yer alan görevlerini yerine getirirken, örneğin “*erişim engelleme*” gibi icrai nitelikte yaptığı işlemlere karşı, doğrudan Erişim Sağlayıcıları Birliği, hasım gösterilerek, iptal ve/veya tam yargı davası açılabileceği kabul edilmektedir.²³

2. İdari Sözleşmeyle Yetkilendirme

Özel hukuk tüzelkişileri bazen bir idari sözleşme ile yetkilendirilerek, kamu hizmeti alanına dahil edilebilmektedir. Bu durumda kamu hizmeti sunarken hizmetin asıl sahibi idarenin vazifelerini yerine getirmek de idari sözleşme ile yetkilendirilen özel hukuk tüzelkişilerine terettüp etmektedir. Durum böyle olunca idari sözleşmelerle, bazı kamusal görevleri yerine getirmek üzere özel kişilere kamu gücünün kullanılması da söz konusu olabilmektedir. Bu şekilde, bir kamu

²³ ARDIÇOĞLU, M. Artuk, “*Türk İdare Hukukuna Yeni Bir Katkı: Erişim Sağlayıcıları Birliği*”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.1, s. 119-138, Malatya, 2014, s. 136.

hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin tipik biçimi, bir idari sözleşme olan²⁴ “*imtiyaz sözleşmesi*” ile karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan bu başlık altında, imtiyaz sözleşmesi hakkında verilecek genel bilgilerin ardından, özel hukuk

²⁴ 1935 yılında verdiği kararında Danıştay, kamu hizmetinin asıl sahibinin hükümet olarak bu hizmetten doğan mesuliyetin de hizmetin asıl sahibi olan hükümete ait olduğunu belirtmiş, bir kamu hizmetinin özel kişiye gördürülmesine ilişkin sözleşmeleri “*niteliği gereği idari sözleşme*” olarak benimsemiştir. (TEKİNSOY, Ayhan, “*İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*”, **AUHF**, C.55, S.2, Ankara, 2006, s.229-248, s.207-208.) Doktrinde benzer bir görüş de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini, bir kamu hizmetini yerine getirme amacı taşıdığı için “*şekli nasıl olursa olsun*” idari sözleşme olarak kabul etmektedir. (DERBİL, Süheyp, **İdare Hukuku**, 5.Bası, AÜHF Yayınları, Ankara, 1959, s. 594.) Dolayısıyla, bazen imtiyaz sözleşmesi sayılmasa dahi, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesini içeren bir sözleşme “*idari sözleşme*” vasfını taşıması durumunda, idari yargı denetimine tabi olabilecektir. Danıştay 13. Dairesinin de bir kararında; 3996 sayılı yasa kapsamında tesis edilmiş ve kamu hizmetinin özel kişiye gördürülmesini konu edinen bir sözleşmenin niteliğinin, Danıştay 1. Dairesi tarafından imtiyaz sözleşmesi sayılmayacağına dair yapılan tespitin, yalnızca, söz konusu sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olmadığı hususunda Danıştay’ı bağlayıcı olmasına rağmen, bu tespitin Danıştay dava dairelerinin de söz konusu sözleşmenin idari niteliğini araştırmasına engel olmadığına hükmederek, bu duruma işaret ettiği düşünülebilir.(Danıştay, 13. D, E.2008/5151, K.2008/6509, k.t. 28.11.2008 <Kaynak: www.kazanci.com>).

tüzelkişilerinin imtiyaz sözleşmesi kapsamında kullanabileceği, idari işlem tesis edebilmelerinin dayanağı olan kamusal yetkilerine ilişkin bilgiler sunulacaktır.

Bir kamu hizmetin özel kişiler tarafından kurularak işletilmesi yahut önceden kurulmuş bir kamu hizmetinin sadece işletilmesini içeren “*imtiyaz sözleşmeleri*”²⁵ ile klasik olarak, özel girişimcilerin, hizmete ilişkin “*sermayesi, masrafları, olası zarar ve riskler ile kârı*” üstlenerek kamu hizmeti sunması söz konusudur.²⁶Dięer bir deyişle, bu yöntemde, kamu hizmetleri, idarenin belirleyeceği řartlara²⁷ uygun olarak

²⁵ İmtiyaz sözleşmelerinin kanuni temeli 10 Haziran 1326(hicri) tarihli “*Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun*” ile bu kanunda değişiklik yapan 25.06.1932 Tarih ve 2025 Sayılı Kanun’a dayanmaktadır.

²⁶ GÜNDAY, a.g.e., s.344.

²⁷ Bu şartnameler “*kural-tasarruf*” türünde olup özel kişilerin üzerinde tasarruf hakkı bulunmamaktadır. (AZRAK, A. Ülkü, “*İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine dair Mukayeseli Bir İnceleme*”, **İHFM**, C.29, S.1-2, 1963, S.536.) Danıştayın abonman sözleşmeleri ile ilgili bir kararında, üzerinde tasarruf imkanı olmayan bu sözleşmeleri, köken bakımından imtiyaz sözleşmelerine ve şartnamelere benzeterek idari nitelikte saydığı bilinmektedir.(Danıştay, 8.D, E.1997/18, K.1997/2229, k.t. 23.06.1997, **Danıştay Dergisi**, S.95, 1998, s. 536 vd.) Ancak, hemen belirtmeliyiz ki, bu karar Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesinin yerleşik içtihadı değildir. Zaten, Danıştayın yeni tarihli bir kararından da anlaşıldığı üzere, imtiyaz sözleşmesinin tarafı olan özel kişilerin, imtiyaz sözleşmeleri üzerinde tasarruf imkanı olmaması hususu artık, bu

ve idare tarafından verilen yetkilerle anonim şirketler tarafından sunulmaktadır.²⁸ İmtiyaz sözleşmeleri kapsamında taraflardan, idareye “*imtiyaz veren*” denilirken, imtiyaz sağlanan özel girişimciye “*imtiyazcı*” denilmektedir.²⁹İmtiyaz, bir bölgenin

sözleşmeler için ayırt edici bir özellik olarak görülmemektedir. Üstelik, Danıştay İdari İşler Kurulunun bahsettiğimiz bu kararı idarenin tek taraflı olarak bir sözleşme taslağı hazırlanmasının hukuka uygun olmayacağını içeriyor:” *Bir özel hukuk kişinin bir kamu hukuku kişisiyle yaptığı sözleşme uyarınca kendi kar ve zararına bir kamu hizmetini kurup işletmesi olarak tanımlanan imtiyaz usulünün yaygın olarak bir sözleşmeye dayandığı, bu sözleşmenin imtiyaz veren kamu tüzel kişisi ile imtiyaz sahibi gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi şeklinde iki tarafının olduğu, sadece taraflardan birince hazırlanan metnin bir imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği, ancak her iki tarafça üzerinde uzatılan sözleşme taslağı hakkında Danıştay’ca düşünce bildirilebileceği göz önüne alındığında, İçişleri Bakanlığının 13.2.2015 tarih ve 3698 Sayılı yazısının ekinde Danıştay’a gönderilen imtiyaz sözleşmesi taslağının imtiyaz konusu için ekonomik değerini içermemesi ve ilgili idare tarafından tek taraflı olarak hazırlanması sebebiyle İçişleri Bakanlığına iadesine karar verilmesi hukuki bir zorunluluktur.*” (Danıştay, İdari İşler Kurulu Kararı, E.2015/2, K.2015/2, k.t. 03.04.2015 <Kaynak: www.kazanci.com>).

²⁸ AKYILMAZ, B., SEZGINER, M., KAYA, C., **Türk İdare Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.557.

²⁹ GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s.344; GİRİTLİ, BILGEN, AKGÜNER, BERK, a.g.e., s.1334.

ihtiyaçlarını kesintisiz karşılayabildiği sürece, kural olarak, bir özel kişiye verilir ve imtiyaz konusu hizmet için başka imtiyazcı yetkilendirilmez.³⁰ Yani, imtiyazcı rekabete karşı korunmaktadır.³¹ Üstelik bu şekilde verilen imtiyazların “*uzun süreli*”³² olması da imtiyaz sözleşmelerinin bir özelliği olarak düşünülebilir.³³ Bunların haricinde, imtiyaz sözleşmelerinin konumuzla ilgili önemli bir özelliği de imtiyazcının bazı kamusal olanaklardan yararlanmasıdır. İmtiyazcının yararlanacağı kamusal olanaklar; kamu mallarından yararlanmak³⁴, bazı vergi bağışıklıkları, tekel olarak mal ve hizmet sunabilme, 3. kişi lehine (imtiyazcı lehine) kamulaştırma ve kimi kolluk yetkileri olarak düşünülebilir.³⁵

³⁰ BALKAR, K. Galip, “*İdare Hukukunda İnhisar ve İmtiyaz*”, **AÜSBFD**, C.6, S.1, 1951, s.194. Ancak, bu anlayışın artık, imtiyaz sözleşmelerinin bir özelliği olarak görülmediği de kabul edilmektedir.

³¹ ÖZTÜRK, K. Burak, “*Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri*”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2000, s. 78. Ayrıca, imtiyazcıya tekel hakkı tanınmasının, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanuna aykırılığı üzerine düşünceler için bkz. (ÖZTÜRK, K. Burak, a.g.e.(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 80.)

³² Danıştay kararları, Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarından farklı olarak “*makul süre*” ölçütünü benimsemiştir. (TEKİNSOY, a.g.m, s.217.)

³³ AKYILMAZ, SEZGINER, KAYA, a.g.e., s.557.

³⁴ GÖZLER, a.g.e.(C.2), s.386.

³⁵ GİRİTLİ, BILGEN, AKGÜNER, BERK, a.g.e., s.1214.

Özetle, bütün bunlar bize bir özel hukuk tüzelkişisi olan imtiyazcının, imtiyaz sözleşmesi dairesinde, bütün kârı ve zararı üstlenerek, bir takım kamusal olanaklardan yararlanarak, bir kamu hizmeti alanında tek başına uzun süreli faaliyetlerde bulunacağını gösterir. Bu faaliyetleri yerine getirirken, imtiyazcının kullandığı kamu gücü ise imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanır ve imtiyazcı bu sözleşme ile kamu hukuku hükümlerine tabi olarak faaliyette bulunur.³⁶ Bu şekilde kamu hizmetini yerine getiren, kamusal ayrıcalıklardan yararlanan ve hizmeti sunarken şartnamede yer alan kurallara ve kamu hukuku kurallarına bağlı olan imtiyazcının, idari işlem tesis edebileceği hakkında Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun E.2011/1864 ve K.2013/3547 sayılı kararı incelemeye değer görülmüştür.³⁷ Zira, bu kararda bir özel kişinin idari bir işlem tesis etmesinin kabulü ile bu işlemin idari yargı merciince yargılanması söz konusudur. Bu davada, Türk Telekom Müdürlüğü’nde “kapsam dışı personel”³⁸ olarak bu görevi yapan davacı,

³⁶ ONAR, a.g.e.(C.2), s. 1047. Her ne kadar sınai ve ticari kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine göre sürdürülmesi sebebiyle, buradaki ifademizin dışında kaldığı düşünülebilir. Ancak, kamu hukuku, kamu hizmetlerinin esas hukuki rejimidir ve sınai-ticari kamu hizmetlerine de belli oranda kamu hukuku uygulanır. (GÜNDAY, a.g.e., s. 339.)

³⁷ Daha eski tarihli bir karar ile aynı sonuca ulaşan bir görüş için bkz. TAN, **İdare Hukuku**, s.384.

³⁸ Kapsam dışı personelin niteliğine ilişkin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun E.2006/1375, K.2007/1874, 04.10.2007 tarihli kararında(Kaynak: DBB); Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarında kapsam dışı personel adı altında İş

Yasası çerçevesinde çalıştırılan bir kesim bulunduğu, kapsam dışı personelin uygulamada Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde yer almamakla birlikte, sendikalarla işveren arasında düzenlenen toplu iş sözleşmelerinde konu edildiği ve toplu iş sözleşmesinden yararlananların "*kapsam içi*" diğerlerinin de "*kapsam dışı*" olarak adlandırıldığı, kapsam dışı personel hakkında düzenlemeye 418 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede yer verilmiş ise de, bu Kanun Hükmünde Kararnamenin Anayasa Mahkemesince iptal edildiği, daha sonra bu personele 18.5.1994 günlü, 527 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede ve 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Yasada yer verildiği ve İş Yasasına tabi olmasına rağmen kamu personeli sayılarak memur ve sözleşmeli personel yanında yer aldığı, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 3/a ve Geçici 9. maddeleri ve yargı içtihatları ile Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarının da İş Kanunu çerçevesinde kapsam dışı personel adı altında personel çalıştırılmasının 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği 29.01.1990 tarihinden itibaren statü olarak kabul edildiği ve bu statüye hukukilik kazandırılarak uygulamaların sürdürüldüğü, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 9. maddesi uyarınca kapsam dışı personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, aylıkları ve diğer özlük haklarının kanunla yapılması gerektiğinde tereddüt olmamakla birlikte, aynı hüküm ile açıkça belirtilmese de "*kapsam dışı personel*" statüsünün kabul edilmiş olduğu ve bu statüde istihdam edilen personelin istihdam edilmeye devam edilmesinin öngörüldüğü, bu personel hakkında yeni bir düzenleme yapıncaya kadar statüsünün devamını temin amacıyla İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağını belirtildiği, atama usulünün gösterildiği, yine 527 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile de ücret tespitine yönelik düzenleme

kurumun özelleştirilmesi sonucu başka bir kamu kurumuna geçirilmiştir. Bunun üzerine, Türk Telekom A.Ş. bünyesinde kapsam dışı personel olarak çalıştığı dönem için kıdem tazminatı ödenmesi talebiyle başvuru yapmış ve başvurusunun reddi üzerine Konya 1. İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır. Ancak, Konya 1. İdare Mahkemesi bu davayı adli yargının görevli olduğu gerekçesi ile görev yönünden reddetmiştir. Temyiz incelemesi sonucunda, Danıştay 11. Dairesinin E.2007/7452-K.2009/4212 sayılı ve 22.04.2009 tarihli kararında davanın çözüm yerinin idari yargı mercileri olduğu gerekçesi ile ilk derece mahkemesinin görev yönünden ret kararı bozulmuştur. Ancak, özel hukuk hükümlerine tabi olan bir kuruluşun idari işlem tesis etmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararında ısrar etmesi üzerine, davacı bu ısrar kararını da temyiz etmiş, dosya Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun önüne getirilmiştir. Yapılan yargılamada İDDK, Türk Telekom'a 406 sayılı kanunun Ek 29. Maddesiyle verilmiş görevlerin niteliği üzerinde durmuştur. Bu düzenlemelerin "*idare hukuku alanında sonuç doğurduğu*" belirtilerek, davalı anonim şirkete tanınan görevler ve yetkiler ile şirketin "*diğer özel*

yapıldığı, teşebbüslerde de uygulamaların anılan hükümlere dayalı olarak ana statüler ve yönetmeliklerle devam ettirildiği, kapsam dışı personel statüsünün yargı içtihatları ile de kabul edildiği göz önünde bulundurulduğunda, bu konuda yasal düzenleme yapılncaya kadar bu statünün mevcut düzenlemeler doğrultusunda devam ettirilmesi gerektiği sonucuna varıldığı, aksine bir yorumun, yasal düzenleme yapılncaya kadar istihdam edilmekte olan kapsam dışı personelin hukuki durumunun belirsizleşmesi veya ortadan kalkması sonucuna yol açacağı, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 9. maddesinde ise böyle bir durumun öngörülmediği açıklanmıştır.

hukuk tüzel kişilerden farklı” bir hukuksal statüde olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca, imtiyaz sözleşmesiyle, kamu hizmetini yürütme hakkı edinen davalı şirketin “kamusal ayrıcalıklara ve yükümlülüklerle” sahip olduğu da kararda üzerinde durulan hususlardan olmuştur. Bu saptamaların ışığında, özel hukuk tüzel kişisi olan Türk Telekom A.Ş.’nin, dava konusu işlemi idari işlem niteliğinde görülerek, ilk derece mahkemesinin ısrar kararı bozulmuştur.

Danıştay İDDK’nin E.2013/1357-K.2013/3217 sayılı kararında³⁹ da benzer olarak, Türk Telekom A.Ş. tarafından tesis edilen bir işlem idari yargının görev alanında görülmüştür. Danıştay İDDK, söz konusu kararıyla, Konya 2. İdare Mahkemesinin, Türk Telekom A.Ş. tarafından tesis edilen işlemi görev yönünden reddetme hususundaki direnme kararını bozuştur. Bu karar da yine az önce incelediğimiz İDDK kararına benzer gerekçelerle verilmiştir. Bu karara konu uyuşmazlıkta, Türk Telekom tarafından davacının maaş ilmühaberinin yeniden düzenlenmesi ve yoksun kalınan bazı hakların taleplerinin reddi söz konusudur. İDDK, kararında, davalının imtiyaz sözleşmesiyle kamu hizmeti yerine getiren özel hukuk tüzel kişisi olduğu, maaş ilmühaberinin kişinin sonraki çalıştığı kurumdaki mali hakları üzerinde etkili bir idari işlem olduğu, “statü”, “özlük ve mali hakları” üzerinde etkili olan bu işlemin yargılanmasında görevli yargı yerinin “*idari yargı mercileri*” olduğuna hükmetmiştir.

³⁹ Danıştay, İDDK, E.2013/1357, K.2013/3217(Yayımlanmamış Danıştay Kararı.)

3. İdari İşlemlerle Yetkilendirme

Bu kategorideki özel hukuk tüzelkişilerinin kullandığı kamu gücü, ruhsat/lisans/izin gibi bir idari işlemle yetkilendirilmesi sonucu söz konusu olmaktadır. İdare kamu hizmetini sunmak üzere idari işlemle kamu hizmeti alanına özel kişileri dahil ederek, onlara kamu hukuku alanında sonuç doğuran işlemler yapma ayrıcalığı tanımaktadır. Tipik örneği bir özel kişinin kamu hizmeti alanında ruhsat usulü ile yetkilendirilmesi olması sebebiyle burada kısaca ruhsat usulüne değinmekte fayda görülmektedir.

İmtiyaz sözleşmesi gibi idari sözleşmelerden farklı olarak, ruhsat usulü, bir kamu hizmetinin özel kişilere⁴⁰ “iki yanlı bir işlem” olan sözleşme ile değil, tek yanlı olarak idare tarafından verilen ruhsat(izin/lisans) ile gördürülmesini ihtiva etmektedir.⁴¹ Bu usulün, tek yanlı bir işlemle mümkün olmanın dışında İmtiyaz sözleşmesinden başka bir farkı da ruhsat sahibi için tahkim yolu gibi hukuksal müesseselerden istifade etmenin söz konusu olmaması ve dolayısıyla idare açısından görece daha avantajlı bir usul görünümünde olmasıdır.⁴²Buna rağmen, kamu

⁴⁰ Doktrinde bir görüşe göre bu usulle bir kamu hizmeti özel kişilerin dışında kamu tüzel kişilerine de gördürülebilir. ULUSOY, Ali, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, 37.

⁴¹ ÖZTÜRK, a.g.m., s.37.

⁴² ULUSOY, Ali, **Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış**, Elder, Ankara, 2005, s.87.

hizmetlerinin özel kişilerce yerine getirilmesini sağlamak üzere başvuru bu “yetkilendirme” biçimi, sözleşmeli yöntemler kadar sık başvuru bir yöntem olmamıştır.⁴³

Örneğine, elektrik hizmetleri ve şans oyunları alanında rastlanmakta olan “ruhsat usulü”, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülme usulü olarak, kolluk yetkisi kapsamında verilen ruhsattan farklıdır.⁴⁴ Örneğin, özel kişilere verilen elektrik dağıtım lisansları “*kamu hizmeti ruhsatı*” olarak kabul edilirken, elektrik üretim ve ticareti ruhsatları üretim, satış, ithalat ve ihracat gibi konularda kamu hizmeti sayılmayan bir takım faaliyetlerin yürütülmesi için verilerek, “*kolluk ruhsatı*” olarak değerlendirilmektedir.⁴⁵ Özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem yapabilme yeteneğine etkisi bakımından bu iki ruhsat arasındaki farklar önemli görülebilir. Çünkü, serbest girişim alanında ticari faaliyetlerde kamu düzenini sağlamak adına verilen kolluk ruhsatının tersine; bir alanın kamu hizmeti sayılarak serbest girişim alanı dışına çıkarılmasıyla, bu alanda hizmetin gördürülmesine ilişkin verilecek ruhsat, özel girişimciye, tekel hakkı, kamulaştırmadan istifade, alım

⁴³ ÖZTÜRK, a.g.m., s.37.

⁴⁴ Farklı ve benzer yanları üzerine bir değerlendirme için bkz. ÇAL, Sedat, **Türk İdare Hukukunda Ruhsat**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s.188-193.

⁴⁵ ERGÜN, Ç. Evrim, “*Elektrik Piyasalarında Kamu Hizmeti Kavramı ve Hukuki Rejim*”, **Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti**, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010,s.78 vd.

garantisi, fiyat belirleme yetkisi gibi kamusal ayrıcalıklar sağlamaktadır.⁴⁶ Buna koşut olarak, hizmetin gördürölme aracı olan ruhsat usulünde kamu hizmetinden kaynaklanan denetimin sınırı, kolluk yetkisi kapsamındaki kamu düzenini sağlayacak sınırlardan daha geniş olarak, hizmetin her alanını etkileyecek müdahalelere cevaz verebilmektedir.⁴⁷ Hatta, hizmetin asli sorumlusu idare tarafından, “*değişkenlik ilkesi*” gereğı, ilgili kamu hizmetine ilişkin ihtiyaç duyulan değışikliklere gidilmesi durumunda ruhsat usulüyle yetkilendirilmiş özel kişi(ler) bu değışikliklere katlanmak zorundadır.⁴⁸ Bu şekilde bakınca, tıpkı imtiyaz sözleşmeleri ile yetkilendirmede de olduğı gibi özel hukuk tüzelkişilerinin kamusal ayrıcalıklardan yararlanmasına ve kamusal yükümlölöklere tabi olmasına tanık olmaktadır.

Yukarıda genel hatlarıyla açıkladığıımız üzere, ruhsat usulü ile yetkilendirilmiş özel hukuk tüzelkişilerinin; idare işlevine göre kamu hizmetleri sunmaları, sundukları kamu hizmetlerinin, sıkı bir denetime tabi olması, kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmaları, yani kamu hizmeti sunan özel kişilerin idari nitelikte işlem tesis edebilmelerine etkili faktörleri bünyesinde barındırdığını söyleyebiliriz. Bu önerme elbette genel olarak tüm kamu hizmeti ruhsatlarında geçerlidir. Bu çalışma kapsamında, kamu hizmeti ruhsatlarının tüm örneklerinin incelenmesinin çalışmanın amacına uymaması sebebiyle, örnek olarak, elektrik

⁴⁶ KARAHANOGULLARI, Onur, **Kamu Hizmeti**, 3. Bası, Turhankitabevi, Ankara, 2015, s. 325.

⁴⁷ ULUSOY, a.g.e., s. 38; ÖZTÜRK, a.g.m., s.37.

⁴⁸ GÜNDAY, a.g.e., s.362.

hizmetleri alanında ruhsat ile yetkilendirilmiş Osmangazi Elektrik Dağıtım A.Ş.’nin bir işlemi incelenecektir.

Danıştay 13. Dairesinin, E.2012/1871-K.2013/276 sayılı ve 06.02.2013 tarihli temyiz incelemesi sonucu vermiş olduğu kararında⁴⁹, davalı konumunda bir özel hukuk tüzelkişisi olan Osmangazi Elektrik Dağıtım A.Ş.’nin bir işlemi idari işlem niteliğinde görülmüştür. Yerine getirilen faaliyetin kamu hizmeti olduğunun Anayasa Mahkemesi içtihadına göre açık olduğunu belirten mahkeme bu durumu açıklarken aşağıdaki özel tespitleri de yaparak, bu hizmetin özel kişilere “*lisans* (ruhsat usulü)” ile gördürülebileceği belirtmiştir. Ayrıca, kararda, 4628 sayılı kanun ile tekel niteliğinde olan iletim faaliyeti dışındaki faaliyetlerde, kamu tüzel kişileri ile birlikte özel hukuk tüzel kişilerinin de hizmetlerin yürütülmesine, zorunlu lisans temini ile katılabileceği öngörülmüştür. Danıştay 13. Dairesi, kararın devamında, lisans sahibi “*özelleştirilen dağıtım şirketinin bulunduğu bölgedeki elektrik dağıtım lisansına sahip tek şirket*” olarak pek çok kamusal ayrıcalıklara da sahip olduğunu, bu sebeple “*özel faaliyetler için söz konusu olmayacak üstün ayrıcalıklara sahip olan ve yükümlülükler rejimine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen kamu hizmeti niteliğindeki elektrik dağıtım faaliyetini yürüten davalı Osmangazi Elektrik Dağıtım A.Ş. tarafından, kamu hizmetinin yürütülmesini teminen tek yanlı olarak tesis edilen, ilgilinin hukukunda değişiklik yapan ve idarî işlem niteliğinde bulunan 29.12.2011 tarih ve 9653 sayılı*”

⁴⁹ Danıştay, 13.D, E. 2012/1871, K. 2013/276, k.t. 06.02.2013 <Kaynak: www.kazanci.com>.

işlemin⁵⁰ yargısal denetiminin idari yargı mercilerince gerçekleştirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

B. TÜZELKİŞİNİN YAPISI VE İŞLEVİNDEN KAYNAKLANANLAR

Özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem görünümünün bir türü de idarenin bazı kamusal hizmetleri yerine getirmekten imtina etmek suretiyle etkinlik sağlamadığı alanlarda yine idarenin yönlendirmesiyle faaliyet gösteren özel hukuk tüzelkişilerinin bazı işlemlerinden oluşmaktadır. Bu tüzelkişilerin rastladığımız örnekleri, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı gibi “vakıf” formunda özel hukuk tüzelkişileridir. Bu tüzelkişiler, ilgili hizmet alanında görev yapan kamu personeline lojman sağlama, onlar için sosyal tesis kurma, yurt vb. yaptırma ve bunların

⁵⁰ Bu işlem, Osmangazi Elektrik Dağıtım A.Ş.’nin Yenişehir Konaklar Site Yöneticiliğine gönderilen yazıda belirtildiği üzere, “site içerisinde yer alan aydınlatmaların cadde, sokak statüsü olan yerlere kumanda etmesine rağmen site girişine konulan güvenlik ve site etrafının kapatılmış olması ile kamunun ortak kullanımına kapatıldığı yerlerdeki aydınlatma tesisleri için site yönetimi tarafından abone olunması ve işletme, bakımının da site yönetimince yapılması” gereğine binaen ”04.01.2012 tarihine kadar abone olunması, aksi halde aydınlatma tesislerinin elektriğinin kesileceğinin ve konuyla ilgili tüm sorumluluğun” site yönetimine ait olacağını bildirilmesini içeren, bunun üzerine “sokak aydınlatmalarının kesilmemesi ve bu konuyla ilgili bir mağduriyet yaşanmaması için” abonelik işlemini gerçekleştirme işlemidir.

işletilmesi, bakım ve onarımlarının yapılması gibi kamusal sayılabilecek nitelikte hizmetleri, kamusal denetimden olabildiğince uzak, kamusal usullere daha sınırlı bir biçimde tabi olarak sunmaktadır. Bu kategoride yer alan kuruluşların, anlaşılacağı üzere yetkilendirme yönteminden önemli bir farkı vardır. Bu kuruluşlar için herhangi bir hukuksal işlemle bir vazife öngörölmüş olmamasına rağmen, özel hukuk tüzelkişileri olan bu kuruluşların, idarenin yönlendirmesiyle ve idare ile koordinasyon içinde faaliyet göstermesi söz konusudur. Yani, kamu yararına faaliyet gösterirken, gerçekte değil, görünürde serbest irade ile hareket etmektedirler.⁵¹ Bu hususun daha iyi kavranabilmesi için özel olarak, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfının(ATGV) ile Türk Diyanet Vakfının(TDV) yapısı ve faaliyetlerine bu bağlamda değinmekte yarar vardır.

Başta, Adalet Bakanlığı Müsteşarı olmak üzere, yönetim kurulu aynı bakanlığın Müsteşar Yardımcısı ile Hukuk İşleri Genel Müdürü, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürü, Strateji Geliştirme Başkanı ve İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanı'ndan oluşan, ATGV'nin, vakıf senedinin⁵² 5. Maddesinde yer alan “*adalet*

⁵¹ Diğer yandan, bu vakıfların kamu görevlilerinden oluşması sonucu, özel çıkar ile kamu yararının birbirine karıştığı da görölmektedir. Bunun neticesinde ise, vakfın gereğı gibi denetlenememesi, hazine gelirlerinin azalması gibi durumlar ortaya çıkmaktadır. (DURAN, a.g.m., s. 10.)

⁵² Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı'nın resmi senedi için bkz. < <http://www.atgv.org.tr/mevzuat/vakifsenedi.html>, Erişim Zamanı: 14.03.2016, 01:20>

hizmetlerinin en iyi biçimde gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla”, görevleri sebebiyle ilgili personele lojman sağlama, yine bu personele yönelik misafirhane, kamp, huzurevi gibi tesis hizmetleri sağlama, mesleki eğitim faaliyetleri ve bilimsel toplantılar düzenleme gibi personeline ilgili bakanlığın sunması beklenen sosyal imkanları sağlama görevini üstlendiğini görmekteyiz. Bu görevleri yerine getirmek de vakıf senedinin 10. Maddesinde vakfın yönetim kurulunun temel amacı olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla, vakıf senedine göre Adalet Bakanlığı personeline yönelik hizmetlerin, sunulmasında yine bu bakanlığın amirlerinin vakıf senediyle görevlendirilmesi, vakfın Adalet Bakanlığının yönlendirmesiyle hareket etmesi sonucunu doğurmaktadır. Gerçekten de ATGV, Adalet Bakanlığı’nın bizzat yerine getirmediği bazı hizmetleri bakanlıkla eş güdüm halinde sağlayarak, bir bakanlık birimi gibi davranmaktadır. Mesela, yasa koyucunun 09.06.1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun geçici 4. Maddesinin, mahcuz malların saklanması, “Adalet Bakanlığı veya Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfınca” depo, garaj gibi muhafaza birimleri açılana kadar varolan uygulamanın devamına yönelik hükmü, ATGV’nin bazı hizmetleri sağlarken Adalet Bakanlığı ile koordine olduklarına işaret etmektedir. Aksi takdirde, böyle bir depo kurulması hususunda bakanlığın yanı sıra bir vakıftan yana beklenti içinde olunması söz konusu olmazdı.

Benzer tespitler, TDV için de geçerlidir. Söz konusu vakıf, zamanın⁵³ Diyanet İşleri Başkanı(aynı zamanda müteveli heyet başkanı) ve Başkan Yardımcıları ile

⁵³ Türk Diyanet Vakfı, Ankara 11. Noterliğinde 13.03.1975 tarihinde düzenlenen 9125 nolu senetle kurulmuş, asliye hukuk mahkemesince tescilinden sonra,

Diyanet İşleri Başkanlığı Hukuk Müşavirinin vakıf resmi senedini noterde onaylatmak suretiyle kurulmuştur. TDV'nin resmi senedinin 3. Maddesinde de vakfın faaliyetlerinden bahsedilmiştir. Buna göre, Türk Diyanet Vakfı, Diyanet İşleri Başkanlığı personelinin hizmet içi eğitimi, personel için lojman, yurt, sosyal tesis yapımı, müftülük binası gibi resmi bina yapımı, resmi hizmet giderlerini karşılama ve yurtiçinde veya yurtdışında cami, kurs, okul gibi umumi yapılar yapabilmesi ile irşat hizmetleri gibi faaliyetlerle yetkilendirilmiştir.⁵⁴ Bu görevler hususunda karar alan, vakfın mütevellî heyetinin başkanı ise Diyanet İşleri Başkanıdır. Aynı, Diyanet İşleri Başkanı, bağlı kuruluş olan Diyanet İşleri Başkanlığının 633 Sayılı Kuruluş Kanununun, 3. Maddesine göre, Diyanet İşleri Başkanlığı içinde *“kaynakların etkin kullanımını sağlar; hizmetlerin düzenlenmesi, yürütülmesi, koordinasyonu ve denetlenmesi görevlerini yerine getirir”*. Bu maddede yürütülmesi, koordinasyonu ve denetlenmesi öngörülen hizmetler arasında, aynı kanunun 7. Maddesinde, cami, mescit yapımı, personelin hizmet içi eğitimi, sosyal tesis yapımı, vakıf benzeri kuruluşlara veya yurt dışındaki müslümanlara yardımda bulunma gibi TDV eliyle yerine getirilen görevler de sayılmıştır. Uygulamada, bu görevlerin bir kısmı TDV

08.05.1975 tarihli ve 15230 sayılı Resmi Gazete'nin 15. Sayfasında ilan edilmiştir.

⁵⁴ Türk Diyanet Vakfı, Resmi Senedi için bkz. <<http://www.diyagnetvakfi.org.tr/tr-TR/site/icerik/mevzuatlar-ve-genelgeler-1083>>, Erişim Zamanı: 12.09.2016, 13:42>

tarafından yerine getirilmektedir.⁵⁵Hatta, Diyanet İşleri Başkanlığının gelirlerinin büyük kısmının personel giderleri ile bakım ve onarım işlerine harcanmasından dolayı, diğer görevlerini yerine getirirken, en büyük destekçisinin TDV olduğu da bilinmektedir.⁵⁶Dolayısıyla, tıpkı ATGV gibi TDV de bir kamu hizmetinin yerine getirilmesine yardımcı faaliyetler yerine getirmektedir. Zira, Danıştay da bu vakıfların kısaca bahsettiğimiz, yapı ve faaliyetlerini göz önüne alarak, idari nitelikte işlemler tesis edebileceğine dair kararlar vermiştir.

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

⁵⁵ Örneğin cami yaptırma hususunda TDV’nin sayılarla yaptığı açıklamalar değer taşımaktadır: “ülkemizde yaşanan hızlı nüfus artışı ve şehirlere göçün had safhaya çıkardığı cami ihtiyacını karşılamak için çalışan Vakfımız, yapımına 1967 yılında başlanan Ankara Kocatepe Camisini tamamlayarak halkımızın hizmetine sunmasının ardından bugüne kadar ülkemizde 3 bin 421, 25 ülkede ise 100’ün üzerinde cami ve eğitim binası yapmıştır.”

Bkz.<<http://www.diyanetvakfi.org.tr/tr-TR/site/projelerimiz/birlik-mekanlarimiz-camileri-insa-ediyoruz-1139>, Erişim Zamanı: 13.09.2016, 23:17>

⁵⁶ BOZAN, İrfan, **Devlet İle Toplum Arasında**, 1. Baskı, TESEV Yayınları, İstanbul, 2007, s. 83.

Bir özel hukuk tüzel kişisi olmakla birlikte Türkiye ... Vakfının, kurucuları ile organlarının tümüyle kamu görevlilerinden oluştuğu ve genel bütçeli idare bütçesinde yer alan kamu hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla kurulduğu dikkate alındığında; Vakıf, yapısı işlevleri yönünden nitelik itibariyle kamusal alana taşmakta; lojman tahsisi konusunda Vakıf Konut Talimatında belirtilen yetkili komisyonlarca tesis edilen işlemler diyanet hizmetiyle birlikte yürüyen ve ona bitişik idari nitelik taşımaktadırlar.

Yukarıda yer alan açıklanan tüm hususlar birlikte değerlendirildiğinde, davacının oturmakta olduğu lojmandan tahliyesinin istenilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğu anlaşıldığından, davacının sözkonusu uyuşmazlığın görümünde özel hukuk hükümlerinin uygulanması suretiyle adli yargı yerinin görevli olduğu yönündeki iddiası yerinde görülmemiştir..”⁵⁷

⁵⁷ Danıştay, 5.D., E.2000/476, K.2000/1516, k.t. 17.5.2000 <Kaynak: www.kazanci.com>; Danıştay, 5.D., E.2000/624, K.2003/1085, k.t. 01.04.2003 <Kaynak: www.kazanci.com>; Benzer tespitler için bkz. Danıştay, İDDK, E.2006/2958, K.2010/910, k.t. 06.05.2010 <Kaynak: www.kazanci.com>.

II. TÜZELKİŞİ TÜRLERİNE GÖRE GÖRÜNÜMLERİ

Bilindiği üzere muhtelif kanunlarla düzenlenen özel hukuk tüzelkişileri⁵⁸, Dernekler Kanunu ve Medeni Kanun’da düzenlenmiş “*dernekler*”; Medeni Kanun’da ve Vakıflar Kanunu’nda düzenlenmiş “*vakıflar*”; Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmiş şirketler; Sendikalar Kanunu’nda düzenlenmiş “*sendikalar*”; Siyasal Partiler Kanunu’nda düzenlenmiş “*siyasal partiler*” olarak sayılmaktadır.⁵⁹ Ancak biz bu çalışmada, özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemlerinin tüzelkişi tiplerine göre görünümlelerinden bahsederken, bu özel kişi tiplerinden yararlanmakla birlikte, burada sayılmayan ancak kanunla özel hukuk tüzelkişileri olduğu açıkça belirtilen, Organize Sanayi Bölgelerinden de bahsetmeyi uygun buluyoruz. Buna göre özetle söylemek gerekirse, idari işlemler tesis edebilen özel hukuk tüzelkişilerinin vakıf, dernek, anonim şirket, Organize Sanayi Bölgeleri gibi tüzelkişi tipleri ve Erişim Sağlayıcıları Birliği olduğu gözlemlenmiştir.

⁵⁸ ÖZSUNAY, Ergun, **Medeni Hukukumuzda Tüzelkişiler**, İstanbul Üniversitesi Matbaası, İstanbul, 1969, s.13.

⁵⁹ SEROZAN, Rona, **Tüzelkişiler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s.27; DURAL, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan, **Kişiler Hukuku**, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s.227-228.

A. VAKIFLARIN İDARİ İŞLEMLERİ

Vakıflar, birden fazla malvarlığı unsurlarının belirli bir amaca özgülmesiyle⁶⁰ yeterli mal ve haklarından oluşan özel hukuk tüzelkişileridir.⁶¹ Medeni Kanun'un 101. Maddesi ile 118. Maddeleri arasında ve Vakıflar Kanunu'nda düzenlenen vakıfların tesis edebildiği özel hukuk işlemlerinin yanı sıra, şimdi değineceğimiz bazı yargı kararlarıyla idari işlem niteliğinde işlemler de tesis edebileceği, kabul görmektedir. Mesela, yargıçlara lojman tahsisine ilişkin kararlar alan ATGV'nin, bir yargıcın konut talebinin reddine ilişkin işlemi, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından idari nitelikte görülmüştür.⁶² Danıştayın yaklaşımı da bu konuda farklı değildir. Danıştay, 5. Dairesi, E.2000/476-K.2000/1516 sayı ve 17.05.2000 tarihli kararıyla bir vakıf olan ATGV'nin idari işlem tesis edebileceğini kabul etmiştir. Ancak, söz konusu kararda, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 03.05.1999 tarih ve E. 1999/1-K. 1999/11 sayılı kararına atıfta bulunularak ATGV'nin "...kamu tüzel kişiliğine yaklaşan yeni bir müessese" olduğunun vurgulanmasıyla, işlemi tesis eden tüzelkişinin alelade bir vakıf olarak

⁶⁰ HATEMİ, Hüseyin, "Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış", **İÜHFİM**, C.55, S.4(Prof. Dr. Orhan Münir ÇAĞIL'a Armağan), s.110-128, İstanbul, 1997, s.111.

⁶¹ DURAL, a.g.e, s.229.

⁶² ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, **İdare Hukuku**, C.2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.173; GÖZÜBÜYÜK, Ş., TAN, T., **İdare Hukuku**, C.1, Turhankitabevi, Ankara, 2010, s. 200.

görülmediği anlaşılmaktadır. Bu karara benzer bir biçimde, Danıştay İdari Dava Daireler Kurulunun E.2006/2958-K.2010/910 sayılı ve 06.05.2010 tarihli kararında da ATGV'nin "...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 olduğu" kabul edilmiştir. Yine benzer olarak TDV'nin, lojmanda oturan bir müftünün, başka ilçeye atanması sebebiyle lojmanı boşaltması gerektiği, aksi takdirde zorla çıkarılacağına ilişkin tebliğ ettiği işlemini idari nitelikte gören, Danıştay 5. Dairesi, E.2000/624-K.2003/1085 sayılı ve 01.04.2003 tarihli kararında TDV'nin, "kamu tüzel kişiliğine yaklaşan yeni bir müessese" olduğuna hükmetmiştir.

Bunların dışında pek de farklı olmayan bir yaklaşımla Danıştayın birer vakıf olan SYDV'lerin bir vatandaşın nakdi yardım talebini reddeden işlemini idari nitelikte gördüğü E.2012/2517 sayılı ve 09.07.2014 tarihli kararından da bahsetmek gerekmektedir.⁶³ Bu kararda Danıştay, kuruluş ve karar mercileri yasayla belirlenen, sosyal devlet gereklerine uygun kamu hizmeti yerine getiren, fakru zaruret içindekilere yardım yaparak, sosyal adaleti pekiştirici önlemlerle kamu yararına uygun amaçları olan SYDV'leri "karma tüzelkişi"⁶⁴ olarak nitelendirerek, işlemlerinin de idari nitelikte olacağını söylemiştir.

⁶³ Danıştay, 10.D, E. 2012/2517 (Görevlilik Kararı), k.t. 09.07.2014
(Yayımlanmamış Danıştay Kararı)

⁶⁴ İleride, bu nitelendirmenin mahiyeti üzerinde durulmuştur. (s.114.)

Buraya kadar bahsettiğimiz kararlarıyla Danıştay, davalı vakıfların bazı yönleriyle diğer vakıflardan farklarından bahsederek, vakıfların tesis ettiği dava konusu işlemleri idari nitelikte görerek, denetimlerinin idari yargının görev alanına girdiğinden bahsetmiştir. ATGV ve TDV'nin lojmanların tahsis ve tahliyesine ilişkin kararlarında, bu vakıfların diğer vakıflardan farklı sayılabilecek bazı özellikleri; vakıfların kuruluş amaçlarının *“gelirlerinin en az %80'ini nevi itibariyle genel bütçeli idare bütçesi içinde yeralan bir hizmetin yerine getirilmesi”*; yararlandıkları vergi muafiyetleri gibi kamusal ayrıcalıkların söz konusu olması; kurucularının ve yöneticilerinin kamu görevlileri olması ve faaliyetlerinin *“kamu hizmetine yardımcı ve ona bitişik kamu hizmeti”* sunumu olmasıdır. Bu farklarla, diğer vakıflar gibi Medeni Kanun'a göre kurulmuş bir özel hukuk tüzelkişisi olan bu vakıfların *“tümü merkezi idarenin üst düzey kamu görevlilerinden oluşan Vakıf Yönetim Kurulunca idari usul ve esaslara göre tesis edilen”* işlemleri idari nitelikte görülmüştür.

Danıştayın SYDV ile ilgili kararında da, SYDV'lerin alelade vakıflardan farklı gördüğü aşikardır. Bu kararda, SYDV'lerin özel hukuk tüzelkişiliği yanında kamu tüzelkişiliğine de sahip görülmesiyle, uyuşmazlık konusu idari yargının görev alanında görülerek, görev itirazı reddedilmiştir.

Bahsettiğimiz kararlar özelinde yapılacak bir değerlendirme sonucu idari yargı içtihatlarıyla, vakıfların idari işlem niteliğinde görülen hukuki işlemlerine, özellikle ATGV'nin ve TDV'nin lojman tahsisine ilişkin işlemleri, ATGV'nin konut

yönetmeliğinin değişiklik talebine ilişkin cevabı, SYDV'nin sosyal yardım talebine karşı vermiş olduğu cevabı örnek olarak gösterilebilir.

B. DERNEKLERİN İDARİ İŞLEMLERİ

Medeni Kanun'un 56. ve 100. Maddeleri arasında düzenlenen dernekler, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin kazanç paylaşma dışında ideal bir amaç çevresinde bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek üzere bir hukuki işlemle kurdukları özel hukuk tüzelkişileridir.⁶⁵ Genel olarak, hukuki işlemler tesis ettiği kabul edilen derneklerin idari nitelikte işlemler tesis edebilmesi ise şimdi değineceğimiz iki yargı kararı ile mümkün görülmüştür.

Bu kararlardan birincisi, Danıştay 10. Dairesi'nin 20.03.1991 tarihli ve E.1990/1614-K.1991/1024 sayılı kararıyla, Doğayı Koruma Derneğinin üyelikten çıkarma işlemini idari yargının görev alanında görmesini içermektedir. Söz konusu kararda, Danıştay, Doğayı Koruma Derneğinin yönetim ve denetim kurullarında yer alan öğretmen, öğrenci ve memurların dernekle ilişkisinin kesilmesine dair dernek işlemini⁶⁶ ve haklarında 2908 sayılı Kanun'un 75. Maddesi hükmünce işlem

⁶⁵ SEROZAN, a.g.e (2013), s.508.

⁶⁶ BİLGİN, F. Kerem, “İdari İşlem Kavramının Tanımlanmasında Ölçütler Sorunu”, Türk Hukuk Sitesi, 2007, (http://www.turkhukuksitesi.com/makale_633.htm, Erişim Zamanı:21.03.2016, 12:47), s.1-14.

yapılmasına dair işlemlerini adli yargının görev alanında görerek reddeden ilk derece mahkemesinin kararını, dava konusu işlemlerin “*kamu gücü kullanılarak, tek taraflı alınan bir karar olması*” sebebiyle idari işlem niteliğinde olması ve dolayısıyla uyuşmazlığın adli yargının değil, idari yargının görev alanında olması gerekçesiyle bozmuştur.

Yargı kararıyla bir derneğin işleminin idari nitelikte görüldüğü ikinci örnek ise, Uyuşmazlık Mahkemesi’nin dernek statüsünde olan Jokey Kulübünün bir işlemini idari nitelikte saydığı, 13.02.1995 tarih ve E.1995/2-K.1995/1 sayılı kararıdır. Bu kararda, Uyuşmazlık Mahkemesi, dernek statüsünde bir özel hukuk tüzelkişisi olmasına rağmen, Jokey Kulübü “*bünyesinde*” yer alan Komiserler Kurulu’nun, dopingli olduğuna dair tespitiyle yarışlarda birinci olan atın cezalandırılarak, yarış sonunda ikinci gelen atın birinci sayılmasına ilişkin işlemini idari nitelikte görmüştür. Uyuşmazlık Mahkemesi, söz konusu bu kararında, dernek bünyesindeki Komiserler Kurulunun, Tarım Bakanı tarafından seçilecek 8 kişi ile Tarım Bakanlığı Veteriner İşleri Umum Müdüründen oluşması dolayısıyla, Bakan’ın emir ve denetiminde karar aldığı sonucuna vararak, söz konusu kurulun idari bir kurul olduğunu, kararlarının da idari işlem niteliğinde olacağını belirtmiştir. Ayrıca, Türkiye Jokey Kulübünün 2908 sayılı Dernekler Yasasının 57. maddesiyle düzenlenmiş ve özel bir kulüp olarak kurulmuş olsa dahi bunun söz konusu durumu değiştirmeyeceği, dava konusu işlem de dahil olmak üzere “*6132 sayılı Yasa ve*

sözleşme kapsamındaki işlemlerin”⁶⁷, idari işlem niteliğinde olacağı kabul edilmiştir.⁶⁸

Yukarıda belirttiğimiz kararların ortak yönü, dernek olan tüzelkişilerin dava konusu işlemlerinin idari nitelikte görülmesi olup, bu kararlar başka açılardan bazı farklar taşımaktadır. Danıştayın Doğayı Koruma Derneği ile ilgili bahsettiğimiz kararında bir derneğin tesis ettiği üyelik silme işlemi, Emniyet Müdürlüğü işlemleriyle birlikte denetlemiştir.⁶⁹ Ancak, bu kararda derneklerin idari işlem tesis

⁶⁷ Kararda geçen “sözleşme” ile kastedilen, 6132 sayılı Kanun’un 5. Maddesine göre, Jokey Kulübü ve Tarım Bakanlığı arasında, Bakanlar Kurulunun belirlediği esaslara göre imzalanmış idari nitelikli bir sözleşmedir. Sözleşmenin, konusu bir kamu hizmetinin özel kişilere(kamu yararına çalışan derneklere) uzun süreli olarak gördürülmesini içermekte olduğundan bir imtiyaz yoluna benzetilebilir. (ULUSOY, Ali, **İdarenin Yapılanması: T.C. İdari Teşkilat (Ders Notu)**, <<http://www.law.ankara.edu.tr/e-pano/kitap-teskilat-guncel/>, Erişim Zamanı: 21.05.2016, 14:22>) Ancak, Bakanlar Kurulunun özel kolluk faaliyetini devrederken sözleşmeye benzer bir teknik kullansa dahi yapılan yetkilendirmenin imtiyaz olmadığı yönünde karşı bir görüş de vardır. (TAN, a.g.e., s. 401.)

⁶⁸ UYM, E.1995/2, K.1995/1, k.t. 13.02.1995, R.G. 20.03.1995, S.22233, s.31.

⁶⁹ Danıştay Savcısı, düşüncesini belirtirken, dava konusu işlemleri “ (suç duyurusunda bulunma ve kimi kişilerin dernekle ilişkisinin kesilmesinin istenmesi)” olarak özetlemiştir. Bu durumda kararda, bahsi geçen “*üyelik silme*” işleminin, Emniyet Müdürlüğünün tesis ettiği bir işlem olmadığı anlaşılmaktadır. (Danıştay,

etmelerinin mümkün olup olmadığı üzerine herhangi bir tespit söz konusu olmamıştır.⁷⁰ Oysa, Jokey Kulübü ile ilgili Uyuşmazlık Mahkemesi kararında, açıkça bir özel hukuk tüzelkişisinin idari işlem yapabileceği belirtilmese de⁷¹, dava konusu işlemin, işlemi tesis eden derneğin bünyesinde yer alan kurulun idari nitelikte

10.D, E.1990/1614, K.1991/1024, k.t. 20.03.1991. <Kaynak: www.kazanci.com>)2908 sayılı Kanun'un 17. Maddesindeki düzenleme de bu yöndedir. Bu maddeye göre, üyelik silme işlemi, dernek yönetim kurulu yetkisindedir. Bu yetkinin dava konusu olaydaki gibi kullanılmaması veya hukuka aykırı kullanımı sonucunda Emniyet Müdürlüğünün yetkisi dahilinde nasıl bir yaptırımda bulunacağı aynı Kanun'un 75. Maddesinde açıklanmış olup, bu maddeye göre idari para cezası yaptırımı öngörülmüştür. (Eski Dernekler Kanunu için bkz. 07.10.1983 tarih ve 18184 Sayılı Resmi Gazete, s. 1-28.)

⁷⁰ Kararda, “...dernek yönetim ve denetim kurullarında görev alan öğretmen, öğrenci ve memurların dernekle ilişkilerinin kesilmesi ile anılan Yasanın 75. maddesi uyarınca gerekli işlem yapılmasına ilişkin 27.9.1989 tarih ve 27849 sayılı, 24.10.1989 tarih ve 30422 sayılı ... Emniyet Müdürlüğü işlemlerinin iptali istemiyle” açılan davada görevsizlik veren mahkeme kararı, temyizen bozulmuş olup, derneğin ilişik kesme işlemi, dava konusu öteki işlemlerden ayrı olarak değerlendirilmemiştir. (Bkz. Danıştay, 10.D, E.1990/1614, K.1991/1024, k.t. 20.03.1991 <Kaynak: www.kazanci.com>).

⁷¹ YILDIRIM, T., YASIN, M., KARAN, N., ÖZDEMİR, E., ÜSTÜN, G., OKAY TEKINSOY, Ö., **İdare Hukuku**, 14. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.586.

görülmesiyle tesis ettiği işlemlerin idari nitelikte olacağına ilişkin bir tespit söz konusu olmuştur. Burada tüzelkişiliğin niteliğine ilişkin bahsi bir yana bırakırsak, ortada bir derneğe izafe edilen idari işlem söz konusudur. Jokey Kulübünün diğer derneklerden tek farkı ise, Bakanlar Kurulu’nun kararı ile at yarışlarına ilişkin düzenleme, denetleme gibi kolluk faaliyeti sunma hususunda idari işleme yetkilendirilmiş bir dernek olmasıdır.⁷²

Uyuşmazlık Mahkemesince her ne kadar idari işlem tesis edebilen makam olarak Jokey Kulübü Derneğinin bünyesinde yer alan Komiserler Kurulu’nun idari niteliği vurgulanmış olsa da böyle bir kurulun varlığı olmaksızın kolluk yetkisi kullanan bir derneğin işleminin idari işlem olarak nitelendirilmesi de mümkün görünmektedir. Öyle ki, bu karar kolluk yetkisi kullanan özel hukuk tüzelkişilerinin işlemlerinin idari sayılabileceğine örnek gösterilmektedir.⁷³

C. ANONİM ŞİRKETLERİN İŞLEMLERİ

13.01.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 329. Maddesi ve devamında düzenlenen Anonim Şirketler, söz konusu bu Kanun’un 3. Maddesine göre “ticari işler” yerine getiren ve 329. Maddesine göre borçlarından ötürü sadece malvarlığı ile sorumlu olan, belirli sermayesi paylara bölünmüş olan şirketlerdir.

⁷² TAN, a.g.e., s.401.

⁷³ Ibid.

Kural olarak faaliyetleri esnasında, tesis ettikleri işlemlerinin, özel hukuk işlemleri olduğu kabul edilse de, bazı yargı içtihatlarıyla anonim şirketlerin de idari işlemler tesis edebileceği kabul edilmiştir. Örneğin, Osmangazi Elektrik Dağıtım Anonim Şirketinin, Eskişehir ili, Tepebaşı ilçesi, Yenişehir Konakları Sitesi'nde bulunan sokak aydınlatmaları için elektrik aboneli olmasının gerektiğine, aksi halde aydınlatma tesislerinin elektriğinin kesileceğine ilişkin 29.12.2011 tarih ve 9653 sayılı işlemi, Danıştay 13. Dairesi'nin, E.2012/1871-K.2013/276 sayılı ve 06.02.2013 tarihli kararıyla idari işlem niteliğinde görülmüştür. Anonim Şirketlerin idari işlemlerine başka bir örnek de özel hukuk tüzelkişilerine dönüşen KİT'lerin kapsam dışı personeli hakkında tesis ettikleri işlemleridir. Danıştay 11. Dairesi, 25.01.2011 tarih ve E.2010/5904 - K.2011/570 sayılı kararı ile, 4046 yasa ile özelleştirme kapsamına alınan özel hukuk tüzelkişisi olan TUPRAŞ'ta çalışan ve kamu kurumlarına nakil hakkı bulunan davacı hakkında, kıdem tazminatı ödememesi yolunda tesis edilen işlemlerin, nakledilen personelin kamu personeli sayılması ve davalı şirkete nakil süreci ile ilgili olarak bir takım görevler verilmesi nedenleriyle, idari işlem niteliğinde olduğunu kabul etmiştir.

Aslında, işlemi tesis eden anonim şirketlerin tüzelkişiliklerinin niteliğini tartışmaksızın, idari işlem tesis edebilmeleri hususunda ilk akla gelen örnek, KİT'lerdir. KİT'lerin kurulması, sona ermesi, işleyişi, amaçları, organları, personel rejimi, görev ve yetkileri gibi hususlar bakımından kanunla veya idari işlemle

düzenlenmeleri⁷⁴, iç yapı ve ilişkileri konularında kamu hukuku kurallarına tabi olmaları söz konusudur⁷⁵. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.1988 tarih ve E. 1988/5 – K. 1988/55 sayılı kararında⁷⁶; KİT'lerde kamu hizmetlerinin yürütülmesiyle ilgili kararların idari nitelik taşıdığı ve asli ve sürekli kamu görevini yerine getiren çalışanlar hakkındaki işlemlerin de aynı nitelikte olduğu, bu bağlamda yönetimle görevlileri arasındaki ilişkinin idare hukuku ilkelerine dayanan kamu hukuku ilişkisi olduğu ve bunların yönetimle olan ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların kamu hukukuna göre idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak, KİT'lerin çalışmamız içerisinde yer almasıyla ilgili önemli bir problem söz konusudur. Çünkü, KİT'lerin statüsü her ne kadar geçmişte çok tartışılmış⁷⁷ olsa da, KİT'lerin salt bir özel hukuk tüzelkişisi olarak kabulü mümkün görünmemektedir. KİT'ler her ne kadar anonim şirket olarak tanımlanmış olsa da gerek anayasa hükümlerinin göz önüne alınması⁷⁸, gerekse 233 sayılı KHK'nin 60. Maddesine göre ilgili oldukları bakanlıkların, KHK'ye ek cetvelde gösterilmesi ve 27.09.1984 tarih

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2012/92, K. 2013/31, k.t. 28.02.2013, R.G., 12.07.2013, S.28705.

⁷⁵ GÜNDAY, a.g.e, s. 544.

⁷⁶ R.G. 25.07.1989, S.20232. (Aynı yönde karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1990/12, K. 1991/7, k.t. 04.04.1991, R.G., 13.08.1991, S. 20959.)

⁷⁷ GÜNDAY, a.g.e, s. 544.

⁷⁸ Anayasanın, 47. Ve 128. Maddelerinde geçen, “*devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri*” gibi ifadelerden, kamu iktisadi teşebbüslerinin Anayasa tarafından da kamu tüzelkişisi olarak düzenlendiği düşünülebilir.

ve 3046 sayılı Kanun'un 11. Maddesine göre açıkça "ilgili kuruluş" olarak düzenlenmesiyle bir kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi de KİT'leri kamu tüzelkişisi olarak nitelendirmektedir.⁷⁹ Doktrinde statüleri tartışmalı olsa da⁸⁰ KİT'ler tarafımızca da kamu tüzelkişileri olarak kabul edildiği

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 1995/70, K. 1994/65-2, k.t. 22.12.1994, R.G. 28.01.1995, S.22185; Anayasa Mahkemesi, E. 2012/92, K. 2013/31, k.t. 28.02.2013, R.G., 12.07.2013, S.28705.

⁸⁰ Tartışmanın eksenini, KİT'lerin özel hukuk tüzelkişisi, kamu tüzelkişisi veya karma tüzelkişi olarak görülmesi noktalarından geçmektedir. KİT'ler bir görüşe göre, anonim şirket statüsünde olmaları, sorumluluklarının sermayeleri ile sınırlı olması, Sayıştay denetimine tabi olmamaları sebebiyle özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirilmektedir. (AKİPEK, J., AKINTÜRK, T., KARAMAN, D. A., **Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri (Kişiler Hukuku)**, 1. Cilt, 9. Bası, Beta Yayınevi, 2012, s.s.111). Başka bir görüşe göre, diğer kamu hukuku tüzel kişileri gibi devlet tarafından kurulduklarından ve iç işleyişlerinde bazı kamusal ayrıcalık ve denetimlere tabi olmalarından ötürü kamu hukuku tüzel kişisi olarak kabul edilmektedir. (GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, 1. Baskı, Cilt 1, Ekin Yayınları, Bursa, 2009, s.177) Bir diğer görüş ise, KİT'lerin karma tüzelkişi olduklarına ilişkindir (DURAL, ÖĞÜZ, a.g.e., s.238). KİT'lerin karma tüzel kişi olmalarını, ticaret hukukuna göre özel hukuk tüzelkişiliğini ve idare hukukuna göre kamu tüzelkişiliğini aynı anda barınması bakımından çift kimlikli olmaları yönünde açıklayan görüş için bkz. (ULUSOY, Ali, a.g.e.(Ders Notu), s.48 vd.)

için, her ne kadar anonim şirket statüsünde olsalar da tesis ettikleri işlemler, bu çalışma kapsamında örnek olarak incelenmeyecektir. Ancak, özelleştirme süreci sonunda tamamen özelleşen ya da iştirak haline dönüşen KİT'ler artık özel hukuk tüzelkişileri oldukları için, örneğin, bu durumda olan Türk Telekom A.Ş.'nin, Danıştay İdari Dava Daireler Kurulu'nun, E.2011/55-K.2011/205 sayılı, 07.04.2011 tarihli kararında⁸¹ belirtildiği üzere, maaş nakil ilmühaberi düzenlemek gibi nakle tabi personele ilişkin yapması gereken işlemlerinin, idare hukuku alanında hukuki sonuçlar doğurduğu ve ilgili personelin nakledilecekleri kurumdaki statülerini, özlük ve parasal haklarını belirleyici olduğu ve böylece kamu personeli hakkında ve idare hukuku alanında tesis edilmiş birer idari işlem niteliğinde olduğuna ilişkin ulaşılan sonucun çalışmamız için önemi aşıkardır. Aynı zamanda bu karar ileride tekrar değineceğimiz üzere, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin farklı yönde yaklaşımına rağmen⁸², özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem tesis edebilmelerine ilişkin Danıştayın bakış açısını yansıtan önemli bir içtihat olarak ayrı bir değere de sahiptir.

⁸¹ Danıştay, İDDK, E. 2011/55, K. 2011/205, k.t. 07.04.2011 (DBB).

⁸² Şimdilik, Uyuşmazlık Mahkemesinin Telekom A.Ş.'nin, kapsam dışı personeli hakkında tesis ettiği işlemlerin yargılanacağı yargı düzenini tespit ettiği kararlarında göz önünde bulundurduğu E.1995/1-K.1996/1 sayılı ilke kararına göre, özelleştirme kapsamına alınan KİT'lerin sermayelerindeki kamu payının %50'nin altına düşene kadar kamusal niteliğini süreceği ve bu kuruluşlarda görev yapan kapsam dışı-personel hakkında tesis edilen işlemlerin idari yargı mercilerince denetleneceği kabul edilmiştir. (UYM, E.1995/1, K.1996/1, k.t.22.01.1996, R.G., 01.03.1996, S.22567.) Yani, Danıştayın tersine, Uyuşmazlık

D. ORGANİZE SANAYİ BÖLGELERİNİN İDARİ İŞLEMLERİ

Organize Sanayi Bölgeleri, 12.04.2000 tarih ve 4562 sayılı Yasa ile düzenlenmiş; sanayinin gelişimine, çevreyi korumaya ve düzenli kentleşmeye yönelik amaçları gerçekleştirmek üzere, yine söz konusu Kanun çerçevesinde sanayiye yönelik tahsis edilen mal ve hizmet üretim bölgelerini, müteşebbis heyeti veya genel kurulu marifetiyle yöneten özel hukuk tüzelkişileridir. Nitelikleri, yine bu kanunda açıkça özel hukuk tüzelkişiliği olarak belirtilmekle beraber, OSB'ler, vakıf, dernek, şirket, kooperatif, sendika vb. gibi özel hukuk tüzelkişi tiplerinden farklı olarak düzenlenmiştir. Bu yönüyle yeni bir özel hukuk tüzelkişi tipi olarak düşünülebilir.

OSB'ler ruhsat, imar, planlama, kamulaştırma yaptırma, arsa tahsis ve arsa tahsisini geri alma gibi bazı kamusal yetkilerle donatılmış kuruluşlardır.⁸³ Bunun sonucu olarak idari nitelikte işlemler tesis edebilen kuruluşlar olarak kabul

Mahkemesi, sermayesindeki kamu payı %50 oranının altına düşen özelleştirme kapsamına alınan KİT'lerin işlemlerinin adli yargı denetimine tabi olduğu görüşündedir.

⁸³ ÇOLAK, N. İlker, “Organize Sanayi Bölgelerinde Tüzel Kişilik ve Kanun Değişikliği Tasarısının Değerlendirilmesi”, ÇETİNGİL ve KENDER’e 50. BİRLİKTE ÇALIŞMA YILI ARMAĞANI, İstanbul, 2007, s. 437.

edilmektedirler. Örneğin, Danıştay 10. Dairesi bir kararında⁸⁴, davacı tarafından sunulan projenin Bakanlık onayını alamaması üzerine, Çanakkale OSB Yönetim Kurulu Kararı ile daha önce yapılmış arsa tahsis işleminin, geri alınması işlemini adli yargının görev alanına girmesi gerekçesiyle görev yönünden reddeden ilk derece mahkemesi kararını bozarak, idari yargının görev alanına giren bir idari işlem niteliğinde görmüştür. Bir başka örnekte ise Danıştay 6. Dairesi, bir OSB'nin kamulaştırma kararının, yargısal denetimini gerçekleştirirken, söz konusu hükmü itiraz yoluyla gönderdiği Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına⁸⁵ dayanarak OSB'nin kanuni dayanaktan yoksun kalan kamulaştırma işlemini iptal ederek uyuşmazlığı sonuçlandırmıştır.⁸⁶ Bir özel hukuk tüzelkişisi olması hasebiyle artık kamulaştırma yapamayan OSB'ler, yine de kamulaştırma yaptırabilmektedir.

⁸⁴ Danıştay, 10. D, E.2009/5590, K.2009/10533, k.t. 16.12.2009 <Kaynak: www.kazanci.com>.

⁸⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/49, K. 2013/125, k.t. 31.10.2013, R.G. 28.12.2013 - S.28865.

⁸⁶ Danıştay, 6.D, E. 2013/6212, K. 2013/7557, k.t. 28.11.2013 <Kaynak: www.kazanci.com>.

III. İŞLEM TÜRLERİNE GÖRE GÖRÜNÜMLERİ

Çalışmamızın ilk bölümünde özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem görünümünden bahsettiğimiz için, bu işlemlerin maddi açıdan görünümüne de değinmek icap etmektedir. Bilindiği üzere, idari işlemleri maddi açıdan tasnif ederken; işlemin hedef aldığı muhataplarına göre idari karar ya da düzenleyici işlem; işlemin oluşumunda yer alan iradeye göre, tek yanlı işlem ya da iki yanlı işlem; iradenin ortaya çıkış biçimine göre sarıh işlem ya da zımni işlem ayrımlarından yararlanılmaktadır. Tıpkı kamu tüzelkişileri tarafından tesis edilen idari işlemlerde olduğu gibi özel hukuk tüzelkişilerinin de idari işlemleri bu ayrımlara göre incelenebilir. Bu sebeple, çalışmamızın bu başlığı altında, özel hukuk tüzelkişilerinin işlemlerinin, birel işlem, düzenleyici işlem, idari sözleşme, zımni ya da sarıh işlem niteliğinde olmalarına göre işlem görünümünden bahsedeceğiz.

A. TEK YANLI İŞLEM VE İKİ YANLI İŞLEM GÖRÜNÜMLERİ

İdari işlemleri oluşumunda yer alan iradeye göre tek yanlı veya iki yanlı olarak ayıran görüş, tek yanlı işlemleri kendi iradesiyle tek başına idare tarafından tesis edilen “idari karar” olarak adlandırırken, iki yanlı işlemlerle idarenin diğer kişilerle karşılıklı uyuşan iradeleri sonucu ortaya çıkan “idari sözleşme” kavramını kastetmektedir.⁸⁷

⁸⁷ DURAN, a.g.e., s. 386.

İdarenin tek yanlı irade açıklaması olarak karşımıza çıkan idari kararlar, kural olarak ilgililerin rıza ve muvafakatine bağlı olmadan sonuç doğuran idari işlemlerdir. Böylece idari kararlar, tek yanlı olarak ilgililerin hukuki durumlarını etkiler, muhatabı üzerinde yeni hukuki durumlar yaratır, mevcut hukuki durumlarını değiştirir ya da ortadan kaldırır.⁸⁸

İdari kararlar, idarenin günlük işlemlerinde genellikle tek yanlı işlemler yapması nedeniyle, idari sözleşmelere kıyasen, Türk İdare Hukuku'nda daha sık rastlanan işlem türü olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁹ Bu bilgiye koşut olarak; tek yanlı ya da çok yanlı olmasına göre araştırıldığında, ülkemizde, şimdiye kadar özel hukuk tüzelkişileri tarafından tesis edilen idari işlem örneklerinin de hep tek yanlı olarak tesis edildiğine rastlanmıştır. Aslında, Danıştay'ın özel hukuk tüzelkişilerinin işlemlerinin idari niteliğini tespit ederken yaptığı saptamalar bu durumu daha anlaşılır kılmaktadır. Danıştay'ın, genellikle özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem niteliğinde gördüğü işlemlerinin *“tek taraflı irade beyanlarıyla hukuki sonuç”* doğurma vasfından bahsetmekle⁹⁰, yalnızca tek yanlı işlemlerin idari işlem

⁸⁸ GÜNDAY, a.g.e, s. 123.

⁸⁹ DURAN, a.g.e., s. 394.

⁹⁰ *“... 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 taşıdığıının kabulü gerekir.”* (Danıştay,

olabileceğine, mesela özel hukuk tüzelkişileri ile başka bir özel kişi arasında tesis edilen iki yanlı bir sözleşmenin idari nitelikte sayılmayacağına işaret ettiği düşünülebilir. Zira, Danıştay 10. Dairesi'nin E.2015/1770-K.2015/3832 sayılı ve 17.09.2015 tarihli kararında, OSB yönetimi ile bir özel kişinin arasında tesis edilmiş sözleşmenin idari niteliğini sorgulamadan ve tek yanlı sonuçlar doğuran işlemlerin idari nitelikte sayılacağını belirtmek suretiyle, uyuşmazlığın çözümünü adli yargının görev alanında görmesi bu olasılığı güçlendirmektedir.⁹¹ Zaten doktrinde, Türk

10. D, E.2009/5590, K.2009/10533, k.t. 16.12.2009 <Kaynak: www.kazanci.com>.

⁹¹ “Olayda; davacı şirkete arsa tahsisinin yapılmasından sonra davacı şirket ile davalı OSB arasında satış vaadi ile taksitli arsa satış sözleşmesinin imzalanması ve Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliğinin yukarda belirtilen 108.maddesindeki şartlara söz konusu sözleşmede de yer verilmesi karşısında; satış vaadi ile taksitli arsa satış sözleşmesi hükümlerinin ihlali nedeniyle, davacı şirkete yapılan arsa tahsisinin iptal edilmesi yolunda tesis edilen davaya konu işlem, idare hukuku ilke ve kurallarına göre tesis edilen bir idari işlem niteliğini taşımamakta olup; bu haliyle uyuşmazlık davacı şirketle davalı OSB arasında imzalanan satış vaadi ile taksitli arsa satış sözleşmesinden kaynaklanmaktadır.

Bu durumda, taraflar arasında imzalanan sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlığın görüm ve çözümü adli yargının görevinde bulunduğundan, davanın görev yönünden reddi gerekirken, esasını inceleyerek davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemektedir.”

Yüksek Mahkemeleri'nin, idari sözleşme alanını dar tutma eğiliminden kaynaklı olarak, özel kişilerin sözleşmelerini de idari sözleşmeler kapsamına sokacak kadar ileri gidemeyeceği de kabul edilmektedir.⁹² Ancak, bu tutumun değişmemesine engel de bulunmamaktadır. Nitekim, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1963 yılında iki özel kişi arasındaki sözleşmeyi “*idari sözleşme*” saydığı, “*Peyrot*” kararından beri, özel hukuk tüzelkişilerinin idari sözleşme yapabileceği kabul edilmektedir.⁹³ Peyrot davasında, otoyol yapımı için imtiyazcı olarak, devlet hesabına hareket eden bir özel hukuk tüzelkişisinin, inşa çalışmaları ile ilgili başka bir özel şirket olan “*Entreprise Peyrot*” ile yaptığı sözleşmeden kaynaklı ortaya çıkan uyuşmazlıkta adli ve idari yargı yerlerinin görevsizlik kararı üzerine Uyuşmazlık Mahkemesince idari yargı mercileri görevli görülmüştür.⁹⁴ Türkiye’de de benzer bir sonuca ulaşmaya cevaz verecek durumlar söz konusu olabilir. Örneğin, GSM operatörleri ile Telekom A.Ş. arasında yapılan ara bağlantı sözleşmesinin, bir imtiyaz sözleşmesine dayanmakla idari sözleşme niteliğinde olduğu yönündeki, Ankara 9. İdare Mahkemesi’nin E.1999/577-K.2000/831 sayılı ve 04.10.2000 tarihli kararına, benzer bir yorumla, GSM işletmecileri arasında da yapılan ara bağlantı sözleşmelerinin yine imtiyaz sözleşmesine dayanması sebebiyle idari nitelikte görülebilmesi mümkündür.⁹⁵

(Danıştay, 10. D, E. 2015/1770, K. 2015/3832, k.t. 17.09.2015 <Kaynak: www.kazanci.com>.)

⁹² DURAN, a.g.e., s. 431.

⁹³ TEKİNSOY, a.g.m., s. 194.

⁹⁴ GÖZLER, a.g.e (C.2), s. 21.

⁹⁵ TEKİNSOY, a.g.m, s.195.

B. DÜZENLEYİCİ İŞLEM – BİREL İŞLEM GÖRÜNÜMLERİ

İdari işlemin hukuki etkilerine ve hedef aldığı hukuki özlere yönelik farklılaşmasına dayanan bir ayrıma göre, idari işlemler; düzenleyici işlem veya birel işlem(bireysel idari işlem) biçiminde tezahür etmektedir. Özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemleri de bu biçimlerde karşımıza çıkmaktadır. Buna göre özel hukuk tüzelkişileri tarafından tesis edilen bir idari işlem; genel, soyut ve sürekli kurallar getiriyorsa⁹⁶, özel hukuk tüzelkişisinin düzenleyici işlemi olarak değer görecek; ya da kişisel ve özl hukuki durumlar yaratıyor, değiştiriyor veya kaldırıyor özel hukuk tüzelkişisinin birel idari işlemi(idari kararı) olarak kabul görecektir.⁹⁷ Örneğin, yargı kararlarıyla idari nitelikte görülen, ATGV'nin bir yargıca lojman tahsis etme ya da lojman talebini reddetme işlemlerinin⁹⁸ kural getiren bir nitelik taşımadan, yalnızca lojman talebinde bulunan yargıçların özl durumları üzerinde etkili olması yönüyle birel işlem nitelikleri söz konusudur.

Çalışmamızda şimdiye kadar özel hukuk tüzelkişilerinin birel işlem ve sınırlı olarak da idari sözleşme görünümünden bahsetmiş olmakla birlikte, özel hukuk tüzelkişilerinin idari nitelikte düzenleyici işlem tesis edebilmelerinin imkanı üzerine

⁹⁶ KARAHANOGULLARI, **İdarenin Hukukla Kavranması...**, s.154.

⁹⁷ DURAN, a.g.e, s. 394.

⁹⁸ ZABUNOĞLU, a.g.e(C.2)., s.173; GÖZÜBÜYÜK, TAN, a.g.e., s. 200.

herhangi bir değerlendirme yapmadık. Bu değerlendirmeden önce yargı kararlarıyla özel hukuk tüzelkişilerinin idari nitelikte düzenleyici işlemi sayılan ya da sayılmayan örneklere değinmek yerinde olacaktır. Öncelikle belirtmeliyiz ki, özel hukuk tüzelkişileri faaliyetlerini düzenlemek adına kural getiren işlemler yapabilmektedir. Örneğin, özel hukuk tüzelkişileri, dernek veya vakıf tüzüğü gibi kanunen düzenlenmesi öngörölmüş düzenleyici işlemlerin yanı sıra, yetkili organlar eliyle personele ya da çalışma koşullarına ilişkin çeşitli adlarla düzenleyici işlemler de yapabilmektedir. Bu çeşitli düzenleyici işlemlerin bazılarının adlarının “yönetmelik”, “*genelge*” vb. olmasının da bir isimlendirmeden öte manası olmamakla birlikte, bu isimlendirme onları idari işlem niteliğine sokmamaktadır. Bunlar sadece bireysel tasarruf hükmünde görölerek, hukukun kaynağı sayılmazlar.⁹⁹ Bu hususta tereddüt yaşanabilecek bir durum, özelleşen kamu iktisadi teşebbüslerinin kamu tüzelkişiyken çıkarmış olduğu yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerin, özelleştirme sonrası niteliğine ilişkin olabilir. Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığı’nın bir kamu tüzelkişisiyken çıkardığı yönetmeliğin özelleştirme sonrası idari nitelikte görölüp görölmediğı bu duruma örnektir. Danıştay 5. Dairesi, özelleştirme sonrasında Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığı’nın kamu tüzelkişiliğı olmaması sebebiyle tesis ettiğı işlemlerinin idari nitelikte olmayacağı gerekçesiyle, söz konusu özel hukuk

⁹⁹ BİLGE, Necip, **Hukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, 31.Bası, turhankitabevi, Ankara, 2013, s.55.

tüzelkişisi tarafından çıkarılan y netmeliğın de özel hukuk hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁰⁰

Özel hukuk tüzelkişilerinin idari nitelikte düzenleyici işlem tesis edebilmelerine bir örnek olarak ise ATGV'nin konut yönetmeliği gösterilebilir. Danıştay 5. Dairesi'nin bir i tihadıyla¹⁰¹ rastladığımız bu örnekte ATGV'nin bir yönetmeliği, özelleştirilen bir K T'in yönetmeliğine benzemeyerek, özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş bir özel kişinin hukuki tasarrufu niteliğiyle önemli bir örnek de sayılabilir. Söz konusu kararda, uyuramazlık konusu, ATGV'nin yönetmeliği'nin 3. Maddesi'nin (c) bendinin, idari yargının bulunduğu yerlerde ATGV'nin Yetkili Konut Dağıtım Komisyonlarında, idari yargıdan bir hakimnin de yer almasına yönelik değişiklik talebinin, ATGV Yönetim Kurulu'nun 2008 yıl ve 28/9 sayılı kararı ile reddedilmesi işlemini iptal eden ilk derece mahkemesinin kararının adli yargının görev alanına giren bir konuya ilişkin olması gerekçesiyle görev yönünden bozulması talebini içermektedir. Danıştay 5. Dairesi, ilk derece mahkemesinin, söz konusu düzenleyici işlemde değişiklik talebini reddeden işlemin iptali yönündeki kararını onayarak, bir özel hukuk tüzelkişisinin idari nitelikte düzenleyici işlem tesis edebileceğini kabul etmiştir.

¹⁰⁰ Danıştay, 5.D, E.2007/5319, **Danıştay Dergisi**, S. 118, s.210 (Aktaran: YILDIRIM, T., YASIN, N., ÖZDEMİR, E., ÜSTÜN, G., OKAY,  ., ** dare Hukuku II**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 41.)

¹⁰¹ Danıştay, 5.D, E. 2012/3809, K. 2013/721, k.t. 07.02.2013 <Kaynak: www.kazanci.com>.

Danıştay 5. Dairesi'nin biraz önce bahsettiğimiz iki kararı birbirine zıt sonuçlarıyla dikkat çekse de, az önce bahsetmiş olduğumuz 2012/3809 Esas sayılı Danıştay içtihadının, özel kişilerin idari nitelikli düzenleyici işlem yapabileceği yönünde yorumlanmasının, buraya kadar incelediğimiz kısmıyla, birel işlemlerle ilgili olarak Danıştayın özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem yapabileceğini kabul eden yaklaşımı ile de uyumlu olduğunu söyleyebiliriz.¹⁰² Bu durumun, özel hukuk tüzelkişilerinin düzenleyici işlem yapabilme yetkisine ilişkin yapılacak bir değerlendirmede göz önünde bulundurulması da mümkün görülebilir. Zira, doktrinde birel işlemler tesis edebilme hususunda sahip olunan takdir yetkisini, idarenin düzenleme yetkisinin kaynağı olarak kabul eden görüşlere¹⁰³ paralel olarak, idari yargı mercileri tarafından, özel hukuk tüzelkişilerinin birel idari işlem yapabileceğinin kabul edilmesiyle, özel kişilerin düzenleyici işlemler yapabileceğinin kabulü arasında fark görülmeyebilir. Yani, içtihatlarla özel kişilerin birel idari işlem tesis edilebileceği kabul ediliyorsa, birel işlemlerin genelleştirilmesi yoluyla meydana getirildiği varsayılan düzenleyici işlemler yapabileceği de kabul edilebilir. İlk bakışta olağan görünen bu durum, kanunla yetkilendirilen tüzelkişilere, verilen kanuni yetkilerin düzenleyici işlem yapabilmelerine dayanak olarak görülmesi ile sorunlu bir görünüm arzedebilir. Çünkü yasa koyucunun bu tüzelkişilere, bilinçli olarak düzenleme yetkisi tanımayıp, bu kişileri yalnızca birel

¹⁰² Özel kişilerin idari işlemleri hususuna Danıştayın yaklaşımına ilişkin değerlendirmeler için bkz. s.164 vd.

¹⁰³ ÖZTÜRK, K. Burak, **İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 107-110.

işlemlerle yetkilendirmesi olasılığı söz konusudur.¹⁰⁴ Ancak, yapılan incelemelerimiz sonunda, bir özel kişinin düzenleyici işlem yapabilmesinin mümkün olup olmadığını, mümkünse eğer bu düzenleme kaynağının nasıl anlaşılması gerektiğini içeren herhangi bir yargı kararına da rastlanmamıştır.

C. ZİMNİ İŞLEM – SARİH İŞLEM GÖRÜNÜMLERİ

Özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem görünümlerinin zımnî veya sarîh işlem biçiminde tezahür etmesine göre bir ayrıma tutulması da mümkündür. Aslında, ilk bakışta bu ayrıma tabi tutulabilmeyi, özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem yapabilmesi kabulünün sonucu olarak da görülebilmek mümkündür. Fakat, sarîh işlemler için bir sorun olmasa da, özel hukuk tüzelkişilerinin ilk bakışta kolayca mümkün görünen zımnî işlem yapabilme yeteneğinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Hakkında Kanun çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim “*zımnî ret*” özel olarak düzenlenmiş bir hukuki kurumdur. Ancak, bu değerlendirmeden önce, Danıştay’ın özelleştirildikten sonraki dönemde Telekom A.Ş. tarafından cevapsız bırakılmış başvurular hakkındaki kararlarına değinmekte yarar görülmektedir.

Birincisi, 2007 yılında Telekom A.Ş.’ye başvuruda bulunup, tekrar işçi statüsüne geçirilmesi isteminde bulunan bir çalışanın, bu isteminin yanıtsız

¹⁰⁴ ÖZTÜRK, **İdarenin Düzenleme Yetkisi...**,s. 109-110.

bırakılarak reddedilmesine ilişkin işlemin iptaline ilişkin ilk derece mahkemesi kararının Danıştay 5. Dairesi tarafından bozulmasına ilişkindir. Danıştay 5. Dairesi, kararı esas yönünden hukuka aykırı bularak bozmuş olup, burada bir özel kişiye yapılan başvurunun zımnen reddedilebilmesine bir engelden bahsetmemiştir. Zira, tersi durumda bozma kararının 2577 sayılı kanunun 14. Maddesine uygun olarak incelenmeyen idari işlemin yargılanmasında bir usul kuralına uyulmaması sebebiyle, 2577 sayılı kanunun 49/1-b yerine 49/1-a hükmüne dayandırılması gerekirdi. Bu da bize Danıştay’ın da tıpkı ilk derece mahkemesi gibi özel hukuk tüzelkişilerinin zımni ret kurumunu işletebileceğini kabul ettiğini göstermektedir.¹⁰⁵

İkincisi, Danıştay 5. Dairesi, E.2013/6165-K.2016/530 sayılı ve 04.02.2016 tarihli kararında, davacı şahsın hakkında düzenlenen maaş ilmühaberine aldığı ikramiyelerin de dahil edilmesi yolunda Telekom A.Ş.’ye yaptığı başvurunun zımnen reddedilmesi işlemini iptal eden ilk derece mahkeme kararını, dava konusu zımni işleme açılan davanın süre yönünden reddedilmesi gerekirken davanın esasına girilmesini hukuka aykırı görerek bozmuştur. Bu kararda da tıpkı biraz önce bahsettiğimiz Danıştay içtihadında olduğu gibi özel hukuk tüzelkişisi olan Telekom A.Ş.’nin zımni idari işlem tesis edebileceği kabul edilmiştir. Davanın süre aşımı sebebiyle bozulması buna delalet görülmelidir. Çünkü, idari yargıda yargılanan tüm uyuşmazlıklar, 2577 sayılı Kanun’un 14. Maddesinin 3. Fıkrasına göre, ilk incelemeden geçirilirken; görev ve yetki, idari merci tecavüzü, ehliyet, idari davaya

¹⁰⁵ Danıştay, 5.D, E. 2014/8022, K. 2015/8132, k.t. 20.10.2015 <Kaynak: www.kazanci.com>.

konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, süre aşımı, husumet, ve söz konusu Kanun'un 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları yönlerinden sırasıyla incelenmek zorundadır. Bu incelemenin sırası ile olması gereğinden anlaşılıyor ki, Danıştay, söz konusu kararında, ilk derece mahkemesinin iptal ettiği zımni işlemi “süre aşımı” kriterine aykırı görerek, 2577 sayılı Kanun’un 14/3. Maddesine göre “süre aşımı” ölçütünden önce dikkate alması gereken diğer kriterlere uygun kabul etmiştir. Yani, Danıştay’ın, özel hukuk tüzelkişilerinin zımni idari işlem tesis edebileceğini kabul etmemiş olsaydı, davacının talebinin zımnen reddedilmesini iptal eden ilk derece mahkemesinin kararını, “süre aşımı” kriterinden önce, “idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı” kriterine göre hukuka aykırı görerek, bozması beklenirdi.¹⁰⁶

Görüldüğü üzere, Danıştay’ın yaklaşımı, bir özel hukuk tüzelkişisinin de zımni idari işlem tesis edebileceği yönündedir. Ancak, konunun başında da değindiğimiz, üzere “zımni ret”, kanunla düzenlenmiş özel bir hukuki kurumdur ve bir özel kişinin yanıtsız bıraktığı bir başvurunun, 2577 sayılı Kanun’un 10. Ve 11. Maddelerinde düzenlenen zımni ret kurumu ile kavranabilmesinin mümkün olup olmadığı ise yukarıda bahsettiğimiz kararlarda Danıştay tarafından, yine 2577 sayılı kanun hükümleri çerçevesinde tartışılmamıştır. Öte yandan, 2577 sayılı Kanun’un 10. Ve 11. Maddeleri incelendiğinde, idari makamlara yapılan bir başvurunun, belirli

¹⁰⁶ Konu ile ilgili benzer kararlar için bkz. Danıştay, 5.D, E. 2015/3017,K. 2015/6928, k.t. 09.09.2015 <Kaynak: www.kazanci.com>; Danıştay, 5. D, E. 2013/3051, K. 2015/8766, k. t. 09.11.2015 <Kaynak: www.kazanci.com>.

bir süre içinde yanıtlanmamasıyla reddedildiği varsayımını içeren, zımni ret kurumunun, özel hukuk tüzelkişilerinin “sessizliğini” de içerecek biçimde düzenlendiğini söylemek kolay değildir.¹⁰⁷ Burada akla gelen ilk ihtimal, Danıştay’ın yukarıda bahsettiğimiz kararlarında Telekom A.Ş.’yi bir idari makam olarak görmesine ilişkin olabilir. Her ne kadar kararda Telekom A.Ş.’nin bir idari makam olup olmadığı tartışılmamış olsa dahi Danıştay’ın bu şirketi idari makam olarak sayması olasıdır. Elbette bu durumun hukuka uygunluğu da tartışılabilir. Ancak, Uyuşmazlık Mahkemesi’nin E.2013/1079-K.2013/1231 sayılı ve 01.07.2013 tarihli,

¹⁰⁷ Örneğin, zımni ret kurumuna ilişkin temel hükümlerden olan, 2577 sayılı Kanun’un 10. Maddesinin ilk 2 fıkrası şu şekildedir:

”Madde 10 – 1. İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler.

2. (Değişik: 10/6/1994 - 4001/5 md.) Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştaya, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Ancak, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez. Dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler.”

Bkz. 2577 Sayılı Kanun’un 10. Maddesi, <Kaynak:

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2577.pdf>>.

Telekom'dan nakledilirken düzenlenen maaş ilmühaberlerinin değiştirilmesi hususunda çıkan uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesi yönündeki kararı ve adli yargının da bu davalarda zımnî işlemi iptal talebini değil, davacıların hakkında düzenlenen maaş ilmühaberlerindeki eksikliklerin giderilmesi taleplerini incelemesi sonucunda bu tartışmanın söz konusu uyuşmazlıklar için pratik bir anlamının kalmadığı düşünülebilir. Ancak, idari nitelikli uyuşmazlıkların idari yargıda yargılanmasında “*doğal yargıç*” ve “*hukuk devleti*” ilkeleri adına yararlar vardır. Bu konuya aşağıda değinilmiştir.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Bu yararlardan aşağıda bahsedilmiştir. Bkz. s. 119.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HUKUK TÜZELKİŞİLERİNİN İDARİ İŞLEMLERİNDE “ÖLÇÜT MESELESİ”

İdari işlem, tanım gereği idareden çıkan bir irade açıklamasıdır. Bir hukuki işlemin idarenin irade beyanı olarak, idari nitelikte olduğunun tespitinde yararlanılan bu ölçüt bilindiği üzere, “*organik ölçüttür*”.¹⁰⁹ Bu ölçüte göre, özel hukuk tüzelkişilerinin işlemleri idari işlem olarak değer görmemektedir. Oysa günümüz idare hukuku anlayışı içerisinde, özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem tesis edilebileceği kabul görmektedir.¹¹⁰ Kamu gücü kullanan, kamusal ayrıcalıklardan yararlanarak, kamusal yükümlülöklere tabi olan özel hukuk tüzelkişilerinin bazı işlemlerinin, idari işlem niteliğinde sayıldığı BİRİNCİ BÖLÜMDE verdiğimiz içtihat örneklerinde görölmüşür. Bu kararlar ve doktrinde yer alan görüşler ışığında hukuki işlemlerin hangi ölçütlere göre idari işlem sayılacağı, özel hukuk tüzelkişilerinin eylem ve işlemlerinin hangilerinin idari nitelikte sayılabileceğinin saptanması zaruri görölmüşür. Böyle bir saptamanın iki yönü bulunmalıdır. Birincisi, kamu hizmeti yerine getiren ve/veya kamu gücü kullanan tüzelkişilerden tez çalışmamız kapsamına alınanların¹¹¹ özel hukuk tüzelkişiliğinin tespiti; ikincisi ise özel hukuk tüzelkişisi olarak kabul edilen bu tüzelkişilerin faaliyetlerinin idari nitelikte olanlarının

¹⁰⁹ TAN, a.g.e., s.224.

¹¹⁰ GÖZLER, a.g.e., s. 179.

¹¹¹ Bu tüzelkişilerin kimler olduğu GİRİŞ bölümünde belirtilmiştir.

tespitidir. Bu tespitlerin yapılabilmesi için gerek yargı kararları gerekse doktrinde bir takım ölçütler kullanılmaktadır. Bu ölçütlerin, neler olduğu, elverişliliği ve ölçütlerle ilgili problemler bu bölümde incelenecektir.

I. İDARİ İŞLEM TESİS EDEBİLEN ÖZEL HUKUK TÜZELKİŞİLERİNİN BELİRLENMESİNDE ÖLÇÜT SORUNU

BİRİNCİ BÖLÜM'DE, özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem görünümünden bahsedilirken, vakıf, dernek, anonim şirket gibi çeşitli özel hukuk tüzelkişi tiplerinde var olan kuruluşların işlemleri incelenmiştir. Bu tüzelkişilerin hangi işlemlerinin idari nitelikte olduğunu belirlemenin yanı sıra, işlemi tesis eden tüzelkişilerin hukuki niteliklerinin de belirlenmesi çalışmamız için önem arz etmektedir. Çünkü, idari işlem tesis edebilen tüzelkişi bir kamu tüzelkişisi sayılıyorsa, burada artık bir özel hukuk tüzelkişisinin idari işleminden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu sebeple idari işlem tesis edebilen tüzelkişilerden hangilerinin özel hukuk tüzelkişisi oldukları ve bu saptamanın hangi ölçütlere göre yapıldığı değer taşımaktadır. Bu değeri gereği, ilk bölümde çeşitli görünümüleriyle bahsedilmiş idari işlem tesis edebilen tüzelkişilerinin hangi sebeplerle özel hukuk tüzelkişiliğine sahip olduğu ve bu tüzelkişileri kamu tüzelkişilerinden ayırmada kullanılabilecek ölçütlerin neler olduğu ile bu ölçütlerle yapılan değerlendirmenin güçlük ve problemleri burada incelenmiştir.

A. İDARİ İŞLEM TESİS EDEBİLEN TÜZELKİŞİLERİN NİTELİĞİ

Genel olarak, kamu tüzelkişilerinin idari işlemler tesis edebildiği kabul edilmekle birlikte, kamu hizmetlerinin özel kişilerce üstlenilmesi ve özel kişilerin kamu gücü kullanabilmeleri sonucunda özel hukuk tüzelkişilerinin de idari işlem yapabilmeleri söz konusu olmuştur.¹¹² Böylece idari işlem tesis eden tüzelkişilerden bahsedilirken, kamu tüzelkişilerinin yanı sıra özel hukuk tüzelkişilerini de hesaba katma gereği hasıl olmuştur. Diğer bir deyişle, kamu tüzelkişilerinin yanı sıra özel hukuk tüzelkişilerinin de idari işlem tesis edebilmesi kabul edildiği için, idari işlemler tesis edebilen tüzel kişilerin niteliği bazen kamu tüzelkişiliği bazen de özel hukuk tüzelkişiliği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kamu tüzelkişilerinden farklı olarak özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemlerine dair her türlü incelemenin temel özelliği, özel hukuk tüzelkişilerinin iradelerinin incelenmesi olacaktır. Özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemlerinin bu temel özelliği aynı zamanda özel hukuk tüzelkişilerinin idari işleminden bahsedebilmek için dikkat edilmesi gereken ilk kriterdir. Bir idari işlemi tesis eden merci özel kişi sayılamıyorsa burada özel hukuk tüzelkişisinin idari işleminden de bahsetmek olanaksız olacağından, işlemi tesis eden tüzelkişilerin hukuki niteliğinin

¹¹² YILMAZ, Dilşat, **İdari İşlemin İcrailik Özelliği**, Astana Yayınları, Ankara, 2004, s.18-19.

özel hukuk tüzelkişiliği olması gerekmektedir.¹¹³ Dolayısıyla, özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemlerinde karşımıza çıkan ölçüt sorunsalının ilk kısmı özel hukuk tüzelkişisini kamu tüzelkişisinden ayırma hususuna ilişkindir. Ancak, bu ayırma geçmeden “tüzelkişi” kavramının mahiyetinin belirlenmesi de değer taşımaktadır.

“Tüzelkişi”, kendisini oluşturan mal ve insan topluluğunun¹¹⁴ “keyfi iradesinden”, şahıs ve malvarlığından bağımsız bir varlığa sahip olan¹¹⁵, meşru¹¹⁶, kolektif menfaatleri gözetin¹¹⁷, şahıs topluluğu veya amaca özgülenmiş mal topluluğudur¹¹⁸. Bu şekilde objektif olarak tanımlanabilse de unutulmamalıdır ki, günümüzde tüzelkişi kanunla tanımlanmış kişidir. Şu kadar ki, kanun koyucu tarafından düzenlenmemiş tüzelkişileri, hukuki işlemlerle kurabilmeye imkan

¹¹³ Mesela, TFF’nin yaptığı idari işlemler, TFF’nin tarafımızca bir özel hukuk tüzelkişisi olarak görülmemesi sebebiyle, çalışmamız açısından önemli görülmemiştir.

¹¹⁴ AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, a.g.e., s. 238.

¹¹⁵ SEROZAN, **Tüzelkişiler**, s.13.

¹¹⁶ DURAN, a.g.e., s. 63-64.

¹¹⁷ WALİNE, Marcel, “Törel Kişilik”, Hamide UZBARK(Çeviren), **AÜHFD**, C. 2, S. 1, 1944, s.311.

¹¹⁸ ONAR, a.g.e.(C.2), s.967.

bulunmamaktadır.¹¹⁹ Hukukumuzda tüzelkişilerle ilgili olarak “sınırlı sayı”(numerus clausus) ilkesinin geçerli olması sebebiyle, kanunda öngörülmeyen türde bir tüzelkişi kurulamazken¹²⁰; bu ilkenin gereği olarak da var olan tüzelkişi tiplerinin yasanın öngördüğünden farklı alanlarda faaliyet gösterebilecek karma yapılara dönüştürülmesi mümkün değildir.¹²¹ Bu bakımdan hukuk düzeninde tanımlanmış olmak da tüzelkişinin tanımı içinde görülmelidir. Gerçi, doktrinde, tüzelkişiliği açıklamak amacıyla “gerçeklik” ve “varsayım” teorileri¹²² gibi yaklaşımlar getirilmiş olsa veya tüzelkişilerin manevi varlık üzerine geçirilmiş bir maske olduğu yönünde görüşler¹²³ bulunsada, maddi varlığa sahip olan gerçek kişilerin dahi bütünüyle geçmişte kişi olarak kabul edilmediği gerçeğini de göz önünde bulundurarak, “kişi” kavramının tarihsel, toplumsal dönüşümler sonucunda genişlediği¹²⁴ ve şekillendiği kabul edilmelidir. Bu da gösteriyor ki, hukuki anlamda “kişi” kavramının içleminin yaşadığı dönüşüm, insanlığın varoluşu devam ettikçe hukuk düzeninde tanınmak şartıyla, diğer maddi varlıkları da kapsayacak şekilde genişleyebilecektir. Zaten yasa koyucular da hukuk sisteminde kişi kavramının içeriğini doldururken, varsayım ya da gerçeklik teorileri gibi yaklaşımları değil, toplumsal, ekonomik veya siyasal bazı

¹¹⁹ ÖZTAN, Bilge, **Tüzelkişiler**, 3. Bası, turhankitabevi, Ankara, 2000, s.12.

¹²⁰ DURAL, ÖĞÜZ, a.g.e., s.212.

¹²¹ SEROZAN, **Tüzelkişiler**, s.29 vd.

¹²² DURAL, ÖĞÜZ, a.g.e., s.222-223.

¹²³ Bkz. ONAR, a.g.e.(C.1), s.244.

¹²⁴ DURAN, a.g.e., s. 63.

çıkarları gözetmektedir.¹²⁵ Mesela, Futbol alanında Türkiye’yi yurtdışında temsil eden, bir yandan özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren, uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim yolu öngörülen, Türkiye Futbol Federasyonu gibi bir yapının ortaya çıkması da siyasal ihtiyaçlardan ötürü olmuştur.¹²⁶ Ya da Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının kuruluşu ekonomik, sosyal ve siyasal bir takım gereksinimler sonucu olmuştur.¹²⁷

¹²⁵ DURAL, ÖĞÜZ, a.g.e., s.223.

¹²⁶ Bahsedilen siyasal gereksinim, Türkiye’nin uluslararası futbol turnuvalarına katılabilmesi için UEFA ve FİFA’nın uygulamalarına uygun ve aynı zamanda Türk İdari Teşkilat yapısı ile bağdaşır bir tüzelkişiye olan ihtiyaçla açıklanabilir. BERK, Kahraman, “*Türkiye Futbol Federasyonunun Türk İdare Teşkilatı İçindeki Yeri*”, **İÜHFİM**, C.64, S.2, s. 3-24, İstanbul, 2006, s. 4.

¹²⁷ Ekonomik nedenler kısmında, sosyal yardımlar hususunda zuhur eden ekonomik sorunların çözümünde, fon sisteminin kullanılmasını sağlama amacından bahsedilebilir.(Ki fon sistemi ÖZAL’ın “*ekonomik sorunlara pragmatik yaklaşımı*” olarak karşımıza çıkmıştır. KARABULUT, Kerem, “*Özal Dönemi Türkiye’nin Ekonomi Politikası*”, **Turgut Özal Uluslararası Ekonomi ve Siyaset Kongresi**(Küresel Krizler ve Ekonomik Yönetişim 15-16 Nisan 2010 İnönü Üniversitesi), s. 978-1008, Malatya, 2010, s.1003.) Sosyal nedenler olarak, o dönem hükümeti tarafından, vakıf müessesesinin, milli, sosyal ve kültürel değerleri yaşatmada elverişli ve sosyal dayanışmada tarihsel açıdan etkili bir araç olarak görülmesi(bkz. 1986/11 Sayılı Başbakanlık Genelgesi, 17.07.1986 tarih ve 19167 sayılı Resmi Gazete, s.9); Siyasal nedenler olarak da, var olan “*taşra*

Bu şekilde kısaca mahiyetinden bahsettiğimiz tüzelkişilerin kamu hukuku ile özel hukukun ayrılmasıyla hukukun bu iki dalına göre farklılıklar taşıdığı görülmektedir. Sahip oldukları farklı nitelikleriyle, tüzelkişiler; kuruluş, işleyiş ve sona erişleri ile ilgili olarak kamu hukuku kurallarına veya özel hukuk kurallarına tabiiyetleri bakımından¹²⁸, “*kamu tüzelkişileri*” ve “*özel hukuk tüzelkişileri*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.¹²⁹ Bu ayrım, özel hukuk alanında eşit hukuki öznelerin özgür iradeleriyle hukuki ilişkiler şekillendirmesine rağmen; kamu hukuku alanında bağımlılık ilişkilerinin, kamu yararı amacıyla kanunlarla katı bir şekilde belirlenmesi

teşkilatının” dışında, neden vakıfların kurulmasının öngörüldüğü sorusuna da cevap aranabilir. Bu siyasal nedenlere ilişkin elimizde kesin veriler olmadığı için burada verilecek cevaplar hukukun iki dalına göre tabi olunan hukuk kurallarının, denetime, çalışma ilişkilerine ve kamu hizmet kullanıcılarına etkileri üzerinden hareket ederek, “*neden*” sorusuna sezgisel yanıtlar bulmamızı sağlayabilir. Örneğin, taşra teşkilatının yapacağı sosyal yardım harcamaları Sayıştay denetimine tabi olurken, SYDV’lerin yaptığı harcamalar, Sayıştay incelemesi kapsamında değildir. Dolayısıyla, hükümetin “*daha serbest*” ve “*daha hızlı*” hareket edebildiği bir saha amaçlanmış olabilir.

¹²⁸ ERTEN, Ali, “*Sendikaların Mahiyeti*”, “*AÜHFD*, C.28, S.1-4, Ankara, 1971, s. 326-327.

¹²⁹ DURAL, ÖĞÜZ, a.g.e., s.225.

ve bu ilişkilerde taraflardan birinin üstün kamu erkine sahip olması gibi farklılıkların doğal bir sonucudur.¹³⁰

İlk bakışta pek de zor görünmeyen bu ayrımı yapabilmek bazı durumlarda güçlükle mümkün olmaktadır. Özellikle, kanunla kurulmuş ve özel hukuk tüzelkişisi niteliğinde olduğu kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmemiş tüzelkişilerin niteliklerini saptamak bazen problemlili olabilmektedir. Bu tüzelkişiler, belirli durumlarda kamu tüzelkişisi sayılabilmektedir. Bu durumda, bu tüzelkişilerin işlemleri çalışmamız kapsamında incelenebilecek nitelikte olmayacaktır. Bunun ötesinde incelediğimiz tüzelkişilerin bazılarının da kanunla kurulmasalar bile hukuki nitelikleri, doktrinde bazı yazarlarca kamu tüzelkişiliği olarak görülmüştür. Tarafımızca özel hukuk tüzelkişisi olarak kabul edilerek çalışmamızda yer verilen bu tüzelkişilerin, ne sebeple özel hukuk tüzelkişisi niteliğinde görülerek çalışmamıza dahil edildiğinin de açıklanması, çalışmamızın kapsamının daha belirgin kılınmasına

¹³⁰ SEROZAN, **Tüzelkişiler**, s.26. Gerçi, “sözleşme serbestisi” ilkesinin geçerli olduğu özel hukuk ilişkilerinin de kanunlara aykırı olmama zorunluluğu örneğiyle bir itiraz geliştirilebilir. Ancak, burada altını çizmemiz gereken nokta, yetkilerin sınırlarının nerede başladığı ile ilgili görülmelidir. Yasaklanmayan alanda özel kişilerin iradelerini serbestçe kullanması mümkünken, idarenin yetkilendirilmediği bir alanda var olması mümkün değildir. Yani, idareye bir faaliyetin yasaklanmamış olması, idarenin o faaliyet için yetkili olduğu sonucunu asla doğurmaz. (AKBULUT, Emre, **Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s.215.)

katkı sağlayacaktır. Bu sebeple, idari işlem tesis edebileceğini kabul ettiğimiz özel hukuk tüzelkişilerinin ve özel hukuk tüzelkişisi olarak görmediğimiz tüzelkişilerin bir kısmının hukuki nitelikleri üzerine aşağıda mümkün olduğunca bahsedilmeye çalışılmıştır.

B. ÖZEL HUKUK TÜZELKİŞİLİĞİNİN TESPİTİ VE ÖLÇÜTLER

Özel hukuk tüzelkişiliğinin tespiti hususunda ilk olarak dikkat edilmesi gereken husus, varsa Anayasa ve yasalardaki hükümlerle bu niteliğin açıkça belirtilip belirtilmediğidir. Anayasa veya yasalarda kamu tüzelkişiliğinin açıkça belirtildiği durumlarda tüzelkişiliğin niteliğini saptamada başka herhangi bir ölçüt gerekmemektedir.¹³¹ Türk hukukunda bu şekilde var olan yani özel hukuk tüzelkişiliği kanuni olarak düzenlenen özel hukuk tüzelkişileri¹³², Dernekler Kanunu ve Medeni Kanun’da düzenlenmiş “*dernekler*”; Medeni Kanun’da ve Vakıflar Kanunu’nda düzenlenmiş “*vakıflar*”; Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmiş “*şirketler*”; Sendikalar Kanunu’nda düzenlenmiş “*sendikalar*”; Siyasal Partiler Kanunu’nda düzenlenmiş “*siyasal partiler*” olarak sayılmaktadır.¹³³ Ayrıca, doktrinde sıkça sayılan bu örnekler dışında, kanunla özel hukuk tüzelkişisi olarak

¹³¹ YILDIRIM, YASIN, KARAN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY TEKINSOY, a.g.e., s.15.

¹³² ÖZSUNAY, a.g.e., s.13.

¹³³ SEROZAN, **Tüzelkişiler**, s.27; DURAL, ÖĞÜZ, a.g.e., s.227-228.

tanımlanmış başka kuruluşlar da vardır. Örneğin, “*organize sanayi bölgeleri*” ve “*Erişim Sağlayıcıları Birliği*” gibi kanunla özel hukuk tüzelkişisi olarak düzenlenmiş kuruluşlar da birer özel hukuk tüzelkişileridir. Bu şekilde açık düzenlemenin varlığı durumunda veya kanun koyucunun niyetinin anlaşılabildiği durumlarda¹³⁴ kanun koyucunun iradesinin esas alınması gerekmektedir.¹³⁵ Mesela, SYDV’lerin kuruluş kanununda özel hukuk tüzelkişisi olduklarına dair herhangi bir ibare olmasa da¹³⁶ bir vakıf olarak düzenlendikleri ve kanunun bütününe bakılarak yasa koyucu tarafından, vakıflar gibi sosyal yardım amaçlı faaliyet göstermelerinin ve dolayısıyla özel hukuk tüzelkişisi olarak kurulmalarının arzu edildiği düşünülebilir.

Diğer yandan, anayasa ve yasanın açıkça nitelendirmediği durumlarda, bir

¹³⁴ Mesela, kanun koyucu, bir dernek, vakıf ya da şirket gibi tipik özel hukuk tüzelkişisi formunda bir tüzelkişi öngörüyorsa, kurulacak tüzelkişinin bir özel hukuk tüzelkişisi olacağı niyetine erişilebilir. Bunun, Ancak, kanunun bütününe bakılarak, tüzelkişinin türünü belli etme niyetiyle yapıldığını varsaydığımız söz konusu nitelendirmenin sadece bir isimden ibaret olmadığına da dikkat edilmelidir.

¹³⁵ AKGÜL YILDIZ, Şerife, “*Yerel Yönetimlerin Görev Alanı ve Organize Sanayi Bölgeleri Örneği*”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.7, S.1, Malatya, 2016, s. 646.

¹³⁶ Zaten, 5737 sayılı Kanun hükümleri uyarınca özel hukuk tüzelkişi olan vakıflardan söz edilirken, onun bir özel hukuk tüzelkişisi olduğunun ikrarı gerekmemektedir.

tüzelkişiliğin niteliğinin belirlenmesi için bir takım ölçütler kullanılmaktadır. Bir tüzelkişiliğin niteliğini saptamada aşağıda belirteceğimiz bu ölçütlerden her biri bazen tek başına yeterli olmayıp, bazı durumlarda bir kaç birlikte kullanılmaktadır. Örneğin, ATGV'nin hukuki niteliğini saptamada baskın ölçüt “kuruluş ölçütü” iken OYAK'ın hukuki statüsünü saptamada, “kuruluş ölçütü” ile birlikte, birer kamu ayrıcalığı sayılan “amaç-faaliyet ölçütü” ve “zorunlu katılım ölçütü” kullanılabilir. Bunlar gibi tüzelkişiliği tespit anlamında kullanılan söz konusu ölçütleri; kuruluş ölçütü, kamu gücü ölçütü (tek yanlılık, gelir-mal-personel durumu, amaç-faaliyet niteliği, zorunlu katılım, vergi muafiyeti ve kamulaştırma yapabilme), tabi olunan hukuk kuralları ölçütü şeklinde saymak mümkündür.

1. Kuruluş Ölçütü

Özel hukuk tüzelkişilerini kamu tüzelkişilerinden ayıran ölçütler içerisinde birincil nitelikli olan ölçüt, tüzelkişinin kuruluşunun nasıl gerçekleştiğine ilişkindir. Bu ölçüt sayesinde kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanansa da bir tüzelkişinin kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak idari işlemle kurulmadığı durumlarda özel hukuk tüzelkişisi olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Çünkü, kamu tüzelkişilerinin özel kişilerin serbest iradeleriyle kurulması mümkün değilken bu şekilde ancak bir özel hukuk tüzelkişiliğinin kurulmasından bahsedebiliriz. Bu bakımdan gerçek kişilerin ya da tüzelkişilerin serbest iradeleriyle kurulabilmek, ancak, özel hukuk tüzelkişiliğinin doğuşu için söz konusu olabilir. Gerçi, doktrinde bir görüşün, gerçek kişilerin serbest iradesiyle kurulma durumunu özel hukuk

tüzelkişilerinin temel özellikleri arasında gösterdiğine rastlanılmış olsa da¹³⁷ vakıfların, bir tüzelkişi tarafından da kurulabildiği¹³⁸ gerçeği karşısında, yalnızca gerçek kişiler tarafından kurulmanın, tüm özel hukuk tüzelkişilerinin temel bir özelliğini teşkil etmediği kabul edilmelidir. Mesela, ATGV, Adalet Örgütünü Güçlendirme Derneği Yönetim Kurulunca, 14.1.1981 günlü toplantıda genel kurulun verdiği yetkiye dayanılarak Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulmuş ve Asliye Hukuk Mahkemesinin tescile dair kararı ile tüzel kişilik kazanmış¹³⁹ bir özel hukuk tüzelkişisidir.

Kuruluş ölçütüne göre, kurucularının iradesiyle doğan¹⁴⁰ özel hukuk tüzelkişileri ile kamu tüzelkişileri arasında kuruluşları bakımından bir fark olduğu haklı bir önermedir. Bu fark Anayasanın 123. Maddesinin 3. fıkrasından kaynaklanmaktadır. Bu madde hükmüne göre “*kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.*” Gerçi özel hukuk tüzelkişilerinin de kanunla kurulabilmesine bir engel yoktur.¹⁴¹ Ancak, bu durum, kamu tüzelkişileri için olduğu gibi vazgeçilmez bir şart niteliğinde değildir. Kanunla kurulmuş özel hukuk tüzelkişilerine Organize Sanayi Bölgeleri örnek olarak

¹³⁷ GÖZLER, a.g.e., s.160.

¹³⁸ SEROZAN, a.g.e.(2013), s.503.

¹³⁹ Danıştay, 5.D., E.2000/476, K.2000/1516, k.t. 17.5.2000 <Kaynak: www.kazanci.com>.

¹⁴⁰ ÖZTAN, a.g.e., s.17.

¹⁴¹ Mesela bir dernek olan Kızılay gibi.

gösterilebilir. OSB'lerin hukuki statüleri, 4562 sayılı Kanun'un 5. Maddesi¹⁴² ile *“kamulaştırma işlemleri yaptırabilen bir özel hukuk tüzel kişisi”* olarak kanunda açıkça belirlenmiştir. Buna benzer olarak, 5651 Sayılı Kanun'un 6/A maddesinde açıkça özel hukuk tüzelkişisi olduğu kabul edilen Erişim Sağlayıcıları Birliği de doğrudan yasa ile kurulan özel hukuk tüzelkişilerine başka bir örnektir. Kamu tüzelkişilerinin kurulabilmesi içinse kanunla ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulma şartı olmazsa olmaz koşullardır. Bu şartları sağlamadan kurulan tüzelkişilerin Anayasa'nın 123. Maddesine göre kamu tüzelkişisi sayılmasına imkan yoktur. Bu sebeple, mesela, ATGV'nin bir kamu tüzelkişisi sayılması mümkün görünmemektedir.

Anayasanın 123. Maddesinde kamu tüzelkişiliğinin kurulması için gereken

¹⁴² *“Madde 5: OSB, müteşebbis heyetin başvurusu üzerine Bakanlıkça verilen kamu yararı kararı ve sınırları belirlenmiş yetki çerçevesinde kamulaştırma işlemleri (...)yaptırabilen bir özel hukuk tüzel kişiliğidir. (Ek cümle : 20/2/2014-6525/21 md.)OSB; kamulaştırma işlemlerini Valilik, İl Özel İdaresi, Belediye veya Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığına yaptırabilir.*

Arazinin mülkiyetinin edinilmesinde yapılan masraflar ile arazi bedeli ödeme yükümlülüğü OSB tüzel kişiliğine aittir.” (12.04.2000 tarih ve 4562 sayılı

Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu, <Kaynak: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4562.pdf>>.

koşullardan kanunla kurulma¹⁴³ dışındaki bir diğer koşul “*kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak*” kurulma koşuludur. Yani, bir kamu tüzelkişisi kanunla kurulmasa da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak bir hukuki işlem yapılmak suretiyle kurulabilmektedir. Aslında özel hukuk tüzelkişileri de genellikle kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak bir hukuki işlem ile kurulabilmektedir. Ancak, bu hukuki işlem bir özel hukuk işlemi sayılmaktadır.¹⁴⁴ Kamu tüzelkişiliğinin ise kanunun verdiği yetkiye dayanılarak bir idari işlemle kurulabildiği kabul edilmektedir.¹⁴⁵ Aradaki farkı daha iyi anlayabilmek için Petrol Ofisi ve Sosyal Yardımlaşma Ve Dayanışma Vakıflarının kuruluş biçimleri örnek olarak gösterilebilir. “*Kanunlar çerçevesinde*”¹⁴⁶ faaliyetlerde bulunan SYDV’lerin kanunla kurulduğuna ilişkin bazı doktrin ve içtihatlarda yer bulan kanının aksine 3294 sayılı Kanun’un 3. Ve 7. maddelerinin birlikte değerlendirilmeleri, bu vakıfların kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulmuş olduğunun kabul edilebileceğine dair bir izlenim vermektedir. Nitekim, FON’u kuran 3. madde hükmünde bulunan “...*Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Teşvik Fonu kurulmuştur*” ifadesi ile vakıfları düzenleyen 7. madde hükmünde bulunan “...*her il ve ilçede Sosyal Yardımlaşma ve*

¹⁴³ Buradaki kanunla kurulma şartı KHK ile kurulmayı da kapsayacak şekilde düşünülmelidir. Bkz. YAYLA, a.g.e., s.225.

¹⁴⁴ Hatta, idarenin özel kişilerle birlikte bir özel hukuk tüzelkişisi kurduğu durumda dahi tüzelkişiyi kuran işlemin idari işlem sayılmayacağı ancak, idarenin katılma kararının idari işlem olduğu kabul edilmektedir. ÖZAY, a.g.e., s.122.

¹⁴⁵ GÜNDAY, a.g.e., s.78.

¹⁴⁶ ÖZAY, a.g.e, s.291.

Dayanışma Vakıfları kurulur” ifadesi arasında fark bulunmaktadır. Aynı terimler kullanarak yasa koyucu tarafından yaratılmak istenen farkın, birincisinde, FON’un 3294 sayılı yasanın yürürlüğe girmesi ile kurulmasına karşın; ikincisinde, 7. maddenin son fıkrası da göz önünde bulundurularak, vakıfların, vakıf senetlerinin mülki idare amirlerinin Medeni Kanun’a göre tescil ettirmek suretiyle kurulmasının öngörüldüğü düşünülebilir. Öyle ki, SYDV’lerin faaliyetlerine başlamak üzere vakıf senedinin tescil edilmesi ve tüzelkişilik kazanması beklenmektedir. Bu tescil görevi ise mülki idare amirlerine kanunla verilmiş bir görev olup, SYDV’lerin bu kanunla değil, vakıf senedinin noterde onaylatıldığı anda kurulduğu iddia edilebilir.¹⁴⁷ Bu iddianın kabulü durumunda, SYDV’lerin, kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak idari işlemle mi yoksa bir özel hukuk işlemi ile mi kurulmakta olduğu sorusu önem kazanmaktadır. 3294 sayılı yasanın 7. maddesinin son fıkrası gereği söz konusu vakıfların, mülki idare amirleri tarafından medeni kanun hükümlerine göre mahkeme siciline tescil ile tüzelkişilik kazanmasının öngörülmesi¹⁴⁸ sonucunda SYDV’leri kuran işlemin bir idari işlem niteliğinde değil¹⁴⁹, özel hukuk işlemi niteliğinde olması dolayısıyla vakıfların kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak

¹⁴⁷ Ancak, vakıf senedinin noterde onaylatılmasının yalnızca vakıf kurma iradesini kesinleştirmesi bakımından kurucu nitelikte olduğu kabul edilecekse, SYDV’lerin kuruluşunun, vakfın kuruluş iradesinin kanunla ortaya çıkması sebebiyle kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren gerçekleştiği de düşünülebilir.

¹⁴⁸ AKİPEK, AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s.681.

¹⁴⁹ Kamu tüzelkişiliğinin kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak kurulması işleminin, idari işlem olarak anlaşılması gereğinden bahsetmiştik. Bkz. s. 79.

idari işlemle kurulmadığını söyleyebilmek mümkündür.¹⁵⁰ Kamu tüzelkişiliğinin kanuna dayanarak idari işlemle kurulmasına Petrol Ofisi'nin kuruluş biçimi örnek olarak gösterilebilir. Petrol Ofisi, 18.01.1940 tarih ve 3780 sayılı Milli Korunma Kanunu'nun 6. maddesinin 5. Fıkra hükmüne¹⁵¹ dayanarak 1941/103 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kurulmuştur.¹⁵² Yani, 3780 sayılı Kanun'un açıkça verdiği yetkiye dayanılarak idari işlemle kurulmuştur. Buradaki önemli bir husus, vakıfların kuruluşları gibi Medeni Kanun hükümlerine göre işleyen bir prosedüre göre değil, kamu hukuku kurallarına uygun olarak tesis edilen idari işlemle bir tüzelkişinin kurulmasıdır. Az önce andığımız kamu hukuku kurallarının en temel olanı işlemi tesis edecek makamın “yetki” sahibi olması gereğini içermektedir. Yetkinin ise “açıkça” yasada ifade edilmiş olması Anayasal bir zorunluluktur. Burada “açıkça” ile ifade edilmek istenen kanunun kamu tüzelkişiliğinin kurulması için verdiği yetkinin açık bir biçimde anlaşılır olması yani belirsizlik içermemesidir. Bu koşulun

¹⁵⁰ Ancak, buradaki alternatif bakış açısının dışında hemen belirtmeliyiz ki, Anayasa Mahkemesinin E.2011/142-K.2013/52 sayılı ve 03.04.2013 tarihli kararından sonra, SYDV'nin kanunla kurulmuş, tescille tüzelkişilik kazanmış bir (özel hukuk) tüzelkişiliği olduğu kabul edilmelidir.

¹⁵¹ Söz konusu fıkra hükmü şöyledir: “*Halk ve milli müdafaa ihtiyaçlarını temine, matuf bilumum ticari ve sınai mamulleri ifa etmek ve hükümet tarafından bu konudaki selahiyetler dairesinde verilecek diğer işleri görmek üzere İcra Vekilleri Heyeti Kararıyla hükmi şahsiyete haiz müesseseler ihdas olunabilir.*” R.G., 26.01.1940, S.4417.

¹⁵² Bkz. R.G., 18.02.1941, S.4787.

sağlanabilmesinin ise ancak, kanunla yetki verilen kamu tüzelkişisinin adı, amacı, verilen yetkiyi kullanım şekli ve şartlarının yasada belirtilmesiyle mümkün olabileceği kabul edilmektedir.¹⁵³

Görüldüğü üzere, kuruluş ölçütü, özel hukuk tüzelkişisi ve kamu hukuku tüzelkişisi ayrımını tespit etmede kullanılacak isabetli bir başlangıç noktasıdır. Hatta doktrinde tüzelkişiliğin tespitinde ayırt edici unsurun "*kuruluş yapısı*" olduğuna dair bir görüş de vardır.¹⁵⁴ Tüzelkişilerin hukuk düzeninde var oluş biçimlerine göre hükmi şahsiyetlerinin niteliklerinin değerlendirilmesine dayalı bu yaklaşım kabule şayandır. Ancak, kuruluş ölçütü, bazı özellikleriyle kamu tüzelkişilerine, bazı özellikleriyle de özel hukuk tüzelkişilerine benzeyen, niteliği yasa koyucu tarafından belirlenmemiş tüzelkişilerin özel hukuk tüzelkişisi mi yoksa kamu tüzelkişisi mi sayılacağı hususunda yeterli görülmemektedir. Örneğin, kanunla kurulan İLK SAN veya Türkiye Futbol Federasyonu gibi kuruluşların tüzelkişiliğinin niteliğinin saptanmasında, salt kuruluş şekline bakmanın tüzelkişiliğin niteliğini saptamada yeterli olmadığını görebiliyoruz. Çünkü, kanun koyucu bu kuruluşlarının tüzelkişiliğe sahip olduğunu belirtmekle birlikte bu tüzelkişiliğin niteliğinin ne olacağına bir açıklık getirmemiştir.

¹⁵³ AKBULUT, a.g.e., s.171.

¹⁵⁴ BALTA, Tahsin Bekir, **İdare Hukuku**, TODAİE Yayınları, 1970/1972, s.147.

2. Kamu Gücü Ölçütü

Kuruluş ölçütü ile hukuki niteliklerini saptamada güçlük yaşadığımız kanunla kurulmuş tüzelkişilerin niteliklerini belirlemek üzere başvurulacak önemli ikinci ölçüt ise kamu gücü ölçütüdür. Tüzelkişilerin özel hukuk kişilerine göre üstün yetki ve ayrıcalıklarla donatılmış olduğunda kamu tüzelkişisi sayılacağına ilişkin¹⁵⁵ bu ölçüt, elbette kanun, KHK ya da kanunun verdiği yetkiye dayanarak kamu tüzelkişilerince idari işlemle kurulan tüzelkişiler için anlam ifade etmektedir.¹⁵⁶ Dolayısıyla, bu şartı sağlayan tüzelkişilerin kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanarak, kamusal yükümlülöklere tabi olup olmadığı incelenmektedir. Kamu gücü ölçütünün mahiyetini anlamak üzere kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlölükleri olarak kabul edilen bazı özellikleri daha yakından inceleyebiliriz.

a. Tek yanlılık – icrailik

Tüzelkişiler, diğerk kişilerle ilişkilerinde eşit statüde olmayıp, tek taraflı olarak kişilerin rızası olmadan haklarında yeni hukuksal durumlar yaratabilecek yahut mevcut hukuksal durumları değıştirebilecek durumdaysa yani üstün ve ayrıcalıklı bir statüde ise kamu tüzelkişisi olarak kabul edilirken, benzer üstün

¹⁵⁵ GÜNDAY, a.g.e., s.78.

¹⁵⁶ KAPLAN, G., GÖZLER, K., **İdare Hukuku Dersleri**, 15. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2014, s.95.

yetkilere özel hukuk kişilerinin de sahip olabileceği göz önünde tutularak, tüzelkişinin niteliğinin tespitinde, üstün yetkinin kanuni bir tekel olarak verilip verilmediğine¹⁵⁷ ya da bu yetkinin kamu hukuku alanında sonuçları olup olmadığına dikkat edilmesi gerekmektedir.

Aşağıda, idari işlemin ölçütlerini ele alırken ayrıntılı olarak değineceğimiz şekliyle, tek yanlı, kişilerin rızası aranmadan, kamu hukuku alanında sonuç doğuran işlemlerin idari nitelikte oldukları¹⁵⁸ göz önünde bulundurularak, aslında bu ölçütün, kısaca “*idari işlem*” tesis edebilme anlamına geldiğini söyleyebiliriz.

Doktrinde bir görüşe göre kanunla kurulan yapıların, bir kamu gücü ayrıcalığı olarak, tek yanlı işlem yapabilmesi, kamu tüzelkişisi olarak sayılmasına yeterli görülmüştür.¹⁵⁹ Başka bir görüş ise, ATGV’nin hukuki statüsünün, lojman tahsisine ilişkin idari nitelikte kararlar alabilmesi, ihalelerinin kamu ihalesi sayılması yönüyle idari teşkilat içinde görülmesi sebebiyle ve “*kamu tüzelkişiliğine yaklaşan yeni bir müessese*” gibi hukuken belirsiz ifadelerin¹⁶⁰ doğuracağı olumsuzlukları da

¹⁵⁷ GÜNDAY, a.g.e., s.78-79.

¹⁵⁸ Bkz. s.124.

¹⁵⁹ GÖZLER, a.g.e. (C.1), s. 173.

¹⁶⁰ Bu ifade yerine aslında bir özel hukuk tüzelkişisi olan ATGV’nin, tıpkı hem özel hukuka hem de kamu hukukuna tabi olan TFF gibi “*kamu hukukundan etkilenen tüzelkişi*” olarak nitelendirilmesi önerilmekteyse de(Bkz. GİRİTLİ, BILGEN,

düşünmek suretiyle, bir kamu tüzelkişisi olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunarak,¹⁶¹ lojman tahsisine yönelik tek yanlı irade açıklamalarını kriterlerden birisi olarak göstermiştir. Bu şekilde, idari işlem yapabilmenin tüzelkişiliği belirlemede esas alınan bir ölçüt olarak görülmesi bazen sorunlu durumlara da yol açabilmektedir. Bu sorunlu durumlara ilişkin konulara ileride değinilecektir.¹⁶² Ancak, ondan önce, icrai olma hususuna da değinilmelidir.

İdari işlemlerin icrai olması, kamu gücüne dayanılarak üçüncü kişilere etkili, tek yanlı olarak kendiliğinden-derhal hüküm ve sonuçlarını doğuran irade açıklamaları olması anlamında gelmektedir.¹⁶³ Danıştay'ın tanımlamasına göre icrai nitelik, üçüncü kişiler üzerinde başka bir işleme gerek kalmaksızın, kendiliğinden kamu gücünün çeşitli hukuki sonuçlar doğurmasıdır. Doktrinde yapılan tanımları ve Danıştay'ın tanımlamasını bir araya getirerek, icrailik özelliğini açıklayan bir görüşe göre, idari işlemin araya herhangi bir işlem girmeksizin kişilerin hukuki statüsünde yahut hukuk düzeninde kendiliğinden etkiler doğurması icrailiktir.¹⁶⁴

AKGÜNER, BERK, a.g.e., s.1248) bu nitelendirmenin de hukuken belirgin sonuçlar doğurduğunu söyleyemeyiz.

¹⁶¹ ULUSOY, a.g.e.(Ders Notu), s.104.

¹⁶² Bkz. s.108.

¹⁶³ ONAR, a.g.e., s.385; ERKUT, Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s.119.

¹⁶⁴ YILMAZ, Dilşat, a.g.e., s.30.

Yani, bu tanımlarında görülen “*doğrudan doğruya*” yahut “*kendiliğinden*” hukuki sonuçlar doğurma mahiyetine tekabül eden “*icrailik*” tek yanlı hukuki işlemlerin niteliğini belirlemede, önemli bir ölçüdür. Çünkü, yalnızca kamu hukuku alanında değil, aynı zamanda özel hukuk alanında da rastlanan tek yanlı hukuki işlemlerin, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarındaki görünümünün arasındaki temel farklardan birisi icrai olup olmamasıdır. Bu farkı doktrinde bir görüş, bazı istisnalar dışında, özel hukuk alanında gerçekleşen tek yanlı irade açıklamalarının icra edilmesi için adli makamların aracılık etmesine bağlı olmasına rağmen icrai kararların kendiliğinden hüküm ve sonuçlar doğurması olarak vurgulamıştır.¹⁶⁵ Gerçekten de özel hukuk alanında mesela miras hukuku alanında vasiyetnamenin tek yanlı olarak düzenlenmesi öngörülürken¹⁶⁶, mirasçılarının bu vasiyetnamede öngörülen mirası reddetmesi ve istenilen hukuki sonuçların doğmasına engel olması da mümkündür.¹⁶⁷ Ancak, icrai olan idari işlemlerin, muhatabının rızası aranmadan hukuki sonuç doğurma ve “*hukuka uygunluk karinesinden yararlanma*” özelliklerinin birlikte göz önüne alınmasıyla, idari işlemlerin, “*iptal kararı*” ve “*geri alma*” işlemi gibi iki istisnai durum dışında¹⁶⁸, statülerine yöneldiği kişilere yönelik

¹⁶⁵ ONAR, a.g.e., s.386.

¹⁶⁶ ERKUT, a.g.e., s.19.

¹⁶⁷ ONAR, a.g.e., s.386.

¹⁶⁸ İdari yargı mercilerinin iptal kararı ve idarenin geri alma işlemleriyle, söz konusu idari işlemin yapıldığı tarihten itibaren ortaya çıkan sonuçları teorik olarak ortadan kalkar. Yani, işlemin hukuki sonuçları, sanki daha önce hiç tesis edilmemiş gibi etkileri ortadan kaldırılır. Dolayısıyla, böyle bir durumda, işlemin

hukuksal sonuçlar doğurmasına engel olunamayacağı sonucuna ulaşılabilir. Öte yandan, sözleşmelerin tek yanlı feshi gibi başka bir işleme gerek kalmadan özel hukuk alanında hukuki sonuçlar doğuran işlemler de vardır. Bu işlemleri idari işlemlerden ayıran en önemli özellik, işlemlerin hukuksal sonuçlar doğurduğu hukuk alanıdır. İki eşit hukuk öznelerinden birisinin, akdi ilişkisini feshetmesi, özel hukuk alanında sonuçlar doğuran bir işlemdir. Elbette, özel hukuk alanı ile kamu hukuku

hukuki sonuçlarının da doğmadığı kabul edilir (GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 33. Bası, turhankitabevi, Ankara, 2013, s. 250) ve işlemin muhatabı üzerinde hukuki sonuçlar doğurması engellenebilmiş olur. İşlem hiç yapılmamış gibi eski hukuksal durumun kendiliğinden geri geldiği varsayılrsa da, eğer ki idare tarafından eski durumun getirilmesi için yapılması gereken işlemler varsa bu işlemler idarece yerine getirilir. Mesela, bir memurun işten çıkarılması işleminin iptal edilmesiyle, memur işine döner ve bu zamana kadar yararlanamadığı haklarından da yararlandırılması gibi işten çıkarılmasına ilişkin tüm hukuki sonuçlar ortadan kaldırılır. Ancak, bir işverenin işçisini işten çıkardığı durumda açılan işe iade davası sonucunda, işveren işçiyi çalıştırma gibi bir zorunluluğu olmayıp, bunun yerine işçiye belirlenen oranda bir tazminat ödemesi de yapabilir. İşe başlasa dahi işçiye mahrum kaldığı tüm ücretleri değil en çok 4 aylık ücreti ödenebilir. (22.05.2003 tarih 4857 sayılı İş Kanunu, m. 21, R.G., 10.06.2003, S.25134.) Yani, işe iade kararı ile işçinin işinden çıkarılmasına ilişkin işlemin tüm hukuki sonuçlarının ortadan kaldırıldığı söylenemez.

alanını ayırt etmenin kolay olmadığı düşünülebilir.¹⁶⁹ Hatta, bazı yazarlarca bu ayrımın hiç benimsenmediği de bilinmektedir.¹⁷⁰ Buna rağmen, burada gördüğümüz üzere, kamu gücü ölçütünün içerisinde olduğu kabul edilen tek yanlılık ölçütünün başarılı sonuçlar verebilmesi için de bazen¹⁷¹ söz ettiğimiz, tek yanlı işlemin icrai olup olmadığı ve hangi alanda hukuki sonuçlar doğurduğu gibi ek ölçütlerle birlikte kavranması gerekmektedir. Bu durumda tek yanlılık ölçütü, iradenin muhatabı tarafından engel olunup olunamama ile birlikte iradenin hangi hukuk düzeninde ortaya çıktığının da göz önüne alınarak değerlendirilmesiyle hukuki işlemin niteliği üzerinde belirleyici ölçüt olarak görülebilir.

¹⁶⁹ Nitekim, doktrinde, özel hukuk-kamu hukuku ayrımının netliğini yitirdiği düşünülmektedir. (DEMİR, A., DERYAL, Y., **Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.90.)

¹⁷⁰ Bkz. Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, 9. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2003, s.93-94.

¹⁷¹ Mesela, veli sıfatıyla çocuğunun eğitimi hakkında tek yanlı işlem yapan bir anneyi düşünürsek, yapılan işlemin tek yanlı olmasının yanı sıra, yapıldığı andan itibaren hukuki sonuç doğuracağı ve buna çocuk tarafından engel olunamayacağı düşünülebilir. Bu durumda, söz konusu işlemin kamu hukuku alanında mı yoksa özel hukuk alanında mı hukuki sonuçlar doğurduğunun incelenmesi gerekebilir. Bunu saptayabilmek adına, kullanılan yetkinin kaynağını değerlendirmek gibi işlemi, iki eşit hukuk öznesinin iradelerinden farklılaştıran yönlerini göz önünde bulundurmanın yararlı olacağını düşünmekteyim.

b. Gelir-Personel-Mal Ayrıcalıkları

Kanunla açıkça nitelendirilmemiş tüzelkişilerin, mallarının, gelirlerinin ve personelinin statüsü, doktrinde, tüzelkişiliğinin niteliği üzerinde bir ölçü olarak düşünülmüştür. Çünkü prensip olarak, özel hukuk tüzelkişilerinin çalışanları İş Kanunu'na tabi olarak çalışırken, kamu tüzelkişilerinin personeli prensip olarak kamu görevlisi olmakta, idare adına irade açıklarken de özel kişiler kadar özgür davranmamaktadır.¹⁷² Özellikle, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı¹⁷³, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları¹⁷⁴, Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı¹⁷⁵ veya Jokey Kulübü¹⁷⁶ gibi örnekleri incelediğimizde, bu tüzelkişilerinin bazı

¹⁷² AKYILMAZ, SEZGINER, KAYA, a.g.e., s.239.

¹⁷³ Mütevelli heyetinin tamamı kamu personelinden oluşmaktadır.

¹⁷⁴ ATGV'nin yapısında olduğu gibi SYDV'lerin de mütevelli heyetinde kamu görevlileri bulunmaktadır. Ancak ATGV'den farklı olarak, SYDV'nin mütevelli heyet yapısı 5272 sayılı ve 07.12.2004 tarihli yasa ile değiştirilerek, SYDV'lerin mütevelli heyetinde sivil üyelerin de bulunması öngörülmüştür. Yani, bu vakıflar, yalnızca yapısını oluşturan kamu görevlilerinin değil, bünyesindeki sivil üyelerin de şahsiyetinden ayrı bir şahsiyeti ifade etmektedir. Ayrıca, vakıf çalışanlarını iş akdiyle çalışan işçilerdir.

¹⁷⁵ TSKGV'nin mütevelli heyeti, 17.06.1987 tarih 3388 sayılı yasada vakfın kurucuları olarak düzenlenmiş; *“Milli Savunma Bakanı, Genelkurmay II nci Başkanı, Milli Savunma Bakanlığı (MSB Savunma Sanayi) Müsteşarı ve Savunma*

karar veya icra organlarında kamu personeline yer verildiği görülmektedir. Doktrinde, yapısı içerisinde kamu görevlilerinin bulunmasının bir tüzelkişiliğin niteliği üzerinde etkili bir veri olduğuna dair kabullere rastlanmaktadır. Örneğin, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının, 2004 yılı öncesinde tamamı kamu personeline oluşan müteveli heyet yapısı, kamu tüzelkişisi sayılması yolunda bir kamu gücü ayrıcalığı olarak görülmekteydi.¹⁷⁷ Gerçekten de ATGV gibi kamu görevlileri tarafından yönetilen tüzelkişilerin, idare ile aralarında organik bağların varlığının olası olması¹⁷⁸ ve bu durumun söz konusu tüzelkişiler tarafından kamu gücü kullanmalarına olanak sağladığının düşünülmesi realist bir yaklaşım sayılabilir. Öyle ki, Jokey Kulübü bünyesinde yer alan Komiserler Kurulunun, Veteriner İşleri Umum Müdürü ve Tarım Bakanının seçeceği 8 kişi ile teşkil olmasının onun idari bir heyet olmasının yanı sıra, yapısının oluşturulma şekli ve bakanın emir ve talimatı altında çalışması, bu heyetin işlemlerinin idari nitelikte sayılmasına gerekçe olarak

Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanı'ndan” oluşmaktadır. Bkz. R.G., 25.06.1987, S.19498, s.17.

¹⁷⁶ Jokey kulübü içerisinde yer alan Komiserler Kurulunun idari bir kurul olduğundan bahsetmiştik. Bkz. s.90.

¹⁷⁷ Örnek bir değerlendirme için bkz. ÖZAY, a.g.e, s.291. 2004 sonrasında ise müteveli heyetinin çoğunluğunun kamu görevlilerinden oluşmasını bir veri olarak içeren yorum için bkz. KAPLAN, GÖZLER, a.g.e., s.96.

¹⁷⁸ Bkz. s. 34 vd.

gösterilmiştir.¹⁷⁹ Ancak, her ne kadar yapısının oluşum şekliyle Komiserler Kurulu'nun idari niteliğinden bahsedilse de bir dernek statüsünde olan Jokey Kulübü, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından bir kamu tüzelkişisi olarak nitelendirilmemiştir.

Personel yapısının dışında bir tüzelkişinin niteliği üzerinde etkili olan başka kamu gücü ayrıcalıkları unsuru olarak tüzelkişinin gelirlerinin ve malların durumu da bir veri olarak kullanılabilir. Çünkü, bir tüzelkişinin malları kamu malı olarak nitelendiriliyor da olabilir veya kanunla kurulmuş bir tüzelkişinin gelirleri ve malları özel bir korumaya tabi tutulabilir.¹⁸⁰ Mesela, 3294 Sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinde SYDV'lerin gelirlerinin "*kamu alacağı*" hükmünde olması veya aynı Kanun'un 8. Maddesinde yer alan ancak mülga gelir kalemlerinden olan "*mahalli idarelerden aktarılacak payların*" ödenmemesi halinde, 6183 sayılı kanun kapsamında tahsil olunacağının düzenlenmesi, konuya örnek olarak gösterilebilir.¹⁸¹

¹⁷⁹ Bkz. UYM, E.1995/2, K.1995/1, k.t. 13.02.1995, R.G., 20.03.1995, S.22233, s. 29-31.

¹⁸⁰ ONAR, a.g.e.(C.2), s.972.

¹⁸¹ 3294 sayılı Yasa'da 2004 yılında yapılan değişiklikler ve buna ek olarak 2014 yılında 6529 sayılı kanunla getirilen vakıfların gelirlerini daraltan bir değişiklik sonucunda vakfın gelirlerinin "*kamu alacağı*" mahiyetinde sayılmasının, vakıflara tanınan kamusal ayrıcalıklardan sayan görüşlerin içini büyük oranda boşalttığı düşünülebilir. Çünkü bu değişikliklerle tahsil usulü 6183 sayılı kanuna bağlanmış tek gelir kalemi olan, vakfa yerel yönetimler gibi başka kuruluşlardan aktarılan payların vakıf gelirleri arasından çıkarıldığını görüyoruz. Ayrıca, SYDV'lerin

1961 Tarih ve 205 Sayılı Ordu Yardımlaşma Kurumu Kanunu’nun 30. Maddesi’ne göre üyelerden alınamayan aidatların 6183 sayılı Kanun kapsamında tahsilinin öngörülmesi de başka bir örnektir.¹⁸²

Tüzelkişiliğe etkisinden bahsedilebilecek, bir diğer kamu gücü ayrıcalık unsuru olarak, Türk Ceza Kanunu uygulaması açısından devlet memuru ya da kamu personeli sayılma hususuna da değinebiliriz. Mesela, 4562 Sayılı Organize Sanayi gelirlerinin “*kamu alacağı*” mahiyetinde olması iddiasının dayanağı olan 3294 sayılı Kanun’un Ek 1. maddesinin karşısında, SYDV’lerin vakıf senedinin 5. Maddesine göre “*halk teberruları*” gibi ya da işletme gelirleri gibi ayrıca gelir elde etmeleri söz konusu olabildiği gibi, bu gelirlerin mahiyetinin kamu alacağı şeklinde değerlendirilmesi anlamlı görünmemektedir. Diğer yandan, 6183 sayılı Kanun’a göre tahsil edilemeyen alacakların (ki vakfın yürürlükteki hükümlere göre tüm gelirleri bu şekildedir) ancak, özel hukuk usulleriyle tahsil ve takiplerinin mümkün olması, aslında SYDV’lerin gelirlerinin diğer özel kişilerin gelirlerine göre ayrıcalıklı olmadığını göstermektedir. Burası önemli bir soruyu barındırmaktadır: Yasa koyucunun bir tüzelkişinin gelirlerinin, yalnızca kamu alacağı mahiyetinde olduğunu belirtmesi gerçekten de o tüzelkişinin kamu gücü ayrıcalığı sayılarak, hukuki niteliğini etkilemeye yetecek midir? Bu soruya verilecek cevaba göre, 3294 sayılı kanunun geçirdiği değişiklikler sonrasında, gelirlerini kamu alacağı mahiyetinde gören hükmünün, gerçekte bir kamu gücü ayrıcalığı olma vasfını hala taşıyıp taşımadığı ve bu biçimiyle tüzelkişilik üzerindeki etkisi tartışılmalıdır.

¹⁸² GÖZLER, a.g.e.(C.1), s. 177.

Bölgeleri Kanunu'nun 22. Maddesine göre, OSB personelinin *"para ve para hükmündeki evrak ve senetler ile bilanço, tutanak, rapor, defter ve belgeler üzerinde işledikleri suçlardan dolayı Devlet memurları gibi"* cezalandırılacağı hükmü bu kapsamdaki kamu gücü ayrıcalığına örnek olarak gösterilebilir.¹⁸³

Özetle, gelir-personel-mal ayrıcalıkları ölçütüne göre, kanunla kurulmasına rağmen, tüzelkişiliği hususunda herhangi bir nitelendirme yapılmamış tüzelkişilerin¹⁸⁴, malları kamu malı olarak kabul ediliyor; veya gelirleri ve/veya malları kamusal himayeden yararlanıyor ve tahsili tıpkı kamu gelirlerinin tahsili usulüne tabi tutuluyor; veya görevlileri Türk Ceza Kanunu'nun uygulanması açısından devlet memuru olarak kabul ediliyorsa bu tüzelkişi, kamu tüzelkişisi olarak kabul görmektir.¹⁸⁵

¹⁸³ Her ne kadar kamu gücü ayrıcalıklarından yararlansa da, yasa koyucunun tüzelkişiyi nitelendirmesi karşısında, artık bu ayrıcalıklara bakarak söz konusu tüzelkişiyi kamu tüzelkişisi saymaya olanak bulunmadığını burada hatırlayabiliriz. Zira, OSB ve SYDV bu durumun dikkate değer örnekleridir.

¹⁸⁴ Bu başlık altında sayılan örneklerden yalnızca Ordu Yardımlaşma Kurumu (OYAK) bu durumda görülmekte ve kamu tüzelkişisi sayılmaktadır.

¹⁸⁵ GÜNDAY, a.g.e., s.79; ÖZYÖRÜK, Mukbil, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, 1973, s.84 <<http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/793.pdf> , Erişim Zamanı: 25.08.2015, 12:19>.

c. Zorunlu Katılım

Bir tüzelkişiyeye katılımın(üyeliğin) zorunlu tutulması kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülükleri ölçütü içerisinde görülebilir.¹⁸⁶ Dernek, sendika vb. özel hukuk tüzelkişilerine katılım serbestisi söz konusuysen, bir meslek odasına üye olmadan ilgili mesleğin icrasının söz konusu olmaması gibi kamu tüzelkişilerine katılımın zorunlu tutulabilmesi mümkündür.¹⁸⁷ Mesela, 205 Sayılı Kanun'un 17. Maddesinde sayılan Türk Silahlı Kuvvetleri personelinin OYAK'a üye olma zorunluluğu ve 18. Maddesine göre OYAK üyeleri için zorunlu aidat getirilmesi bir kamu gücü ayrıcalığı olarak görülmektedir.¹⁸⁸ Doktrinde, bir kamu kurumu olan SGK'ya zorunlu üyeliğin ve çalışanlardan zorunlu prim alınmasının öngörülmesi, bir görüşe göre kamusal yetki kullandığının ve kanunla kamusal ayrıcalıklar tanındığının “*en bariz örneğini*” oluşturmaktadır.¹⁸⁹ Gerçekten de bu yönüyle kamu tüzelkişileri özel hukuk tüzelkişilerinden ayrılmaktadır. Zorunlu üyelik sisteminin yanı sıra “*zorunlu prim*”, “*hizmet bedeli*” gibi adlar altında tüzelkişilerin gelir elde ettiklerine de rastlanmaktadır. Bazen bir kamu hizmetinden faydalanmak isteyen kamu hizmeti kullanıcılarının öncesinde belirli vakıf ve derneklere bağışta bulunması zorunlu

¹⁸⁶ GÖZLER, a.g.e.(C.1), s.174.

¹⁸⁷ YILDIRIM, YASIN, KARAN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY TEKINSOY, a.g.e., s.16.

¹⁸⁸ GÖZLER, a.g.e, (C.1), s. 177.

¹⁸⁹ ULUSOY, a.g.e. (Ders Notu), s.53.

tutulabilmektedir.¹⁹⁰ İdarelerin yönlendirmesiyle, bu tür “*de facto usullerle*” gelirler elde eden, tüzel kişilerin¹⁹¹ kanunla olmasa da kamu gücü ayrıcalıklarından yararlandırıldığı düşünülebilir. Ancak, uygulamada tezahür eden bu zorunlu bağış yöntemi, tüzelkişiliğin niteliğini etkilemesi bakımından, kanunla düzenlenmiş zorunlu üyelik ve zorunlu prim uygulamaları kadar etkili görülmemektedir.

d. Vergi Muafiyeti

Bir tüzelkişinin vergi muafiyetlerinden yararlanması bir görüşe göre onu kamu tüzelkişisi haline getirebilmektedir.¹⁹² Tüzelkişilerin bazılarının, bir kısım vergi, resim ve harçlardan muaf tutulması gerçekten de başlı başına bir fark yaratmakla, kamusal ayrıcalık olarak karşımıza çıkmaktadır. Mesela, ATGV, Bakanlar Kurulunun 21.04.1981 tarih ve 8/2826 sayılı kararı ile 1903 sayılı Kanunun 4 üncü maddesine göre vergi muafiyetinden yararlanmaktadır.¹⁹³ Keza, TFF, 2009 yıl

¹⁹⁰ Bazı vakıf ve derneklerce kamu hizmetlerinden yararlanan vatandaşlardan zorla bağış adı altında para toplanmasının önüne geçilmesi amacı, 5072 Sayılı Kanun’un Genel Gerekçesinde de yer almıştır. Bkz. <Kaynak: <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0701.pdf>>.

¹⁹¹ ULUSOY, a.g.e (Ders Notu), s. 103.

¹⁹² GÖZLER, a.g.e.(C.1), s.174.

¹⁹³ R.G., 03.07.1981, S. 17309, s.3.

ve 5894 Sayılı Kanun'un 11. Maddesi'ne göre bir dizi vergi muafiyetinden yararlanmaktadır. Bunun gibi kanunla kurulan SYDV'ler, OSB'ler gibi tüzelkişilerin veya Kızılay gibi kamuya yararlı dernek statüsünde olan tüzelkişilerin de çeşitli vergi muafiyetlerinden yararlandığını görmekteyiz. Doktrinde bir görüş, kanunla kurulan SYDV'lerin vergi muafiyetlerinden yararlanmak suretiyle kamu tüzelkişisi olarak kabul edilebileceğine ilişkindir.¹⁹⁴

Vergi muafiyetlerinin özel hukuk tüzelkişilerinin, kamu tüzelkişilerinden ayrılmasında bir ölçüt olarak görülmesinin sebebi kamu tüzelkişilerine pek çok kanunda vergi muafiyetleri tanınmış olması ve bu durumun kamu tüzelkişilerinin bir özelliği olduğunun varsayılması olabilir. Ancak, özel hukuk tüzelkişilerinin de vergi muafiyetlerinden yararlandıkları bilinmektedir.¹⁹⁵ Zaten, vergi muafiyetlerinden yararlanma hususu, her ne kadar kanunla kurulmuş tüzelkişilerin kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmak suretiyle kamu tüzelkişisi olduklarını söylemede az önce bahsettiğimiz üzere, teorik bir ölçüt olarak görülmüş olsa da Danıştay'ın içtihadı bu yönde değildir. Nitekim, Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfının kanunla kurulduğunu göz önüne alarak değerlendirmede bulunan Danıştay 13. Dairesi, iktisadi işletmeleri hariç kurumlar vergisinden, yapılan bağış ve yardımlar için veraset ve intikal vergisinden ve her türlü muameleler için damga vergisinden muaf tutulan söz konusu vakfın vergi muafiyetlerinden yararlanması durumunun, Bakanlar Kurulu'nun kamuya yararlı saydığı vakıf veya derneklere vergi muafiyeti

¹⁹⁴ GÖZLER, a.g.e.(C.1), s. 175.

¹⁹⁵ GÖZLER, a.g.e.(C.1) s. 177.

uygulanmasından bir farkı olmadığı, vakfın bir özel hukuk tüzelkişisi olduğu tespitlerinde bulunmuştur.¹⁹⁶ Dolayısıyla, vergi muafiyetlerinin kanunla kurulmuş ve yasa koyucu tarafından tüzelkişiliği nitelendirilmemiş kişilerin, tüzelkişiliğinin hukuki niteliğini saptamada tek başına güçlü bir ölçüt olmadığını söylemek yerinde olacaktır.

e. Kamulaştırma Yapabilme

Anayasanın 46. Maddesi gereğince, kamulaştırma yetkisi yalnızca kamu tüzelkişilerinin sahip olabileceği bir yetki olduğundan dolayı, söz gelimi kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak idari işlemle kurulmuş ve yasa koyucu tarafından nitelendirilmemiş bir tüzelkişinin kamulaştırma yetkisine sahip olduğu gözlemlenirse, bu tüzelkişinin niteliğinin kamu tüzelkişisi olduğu düşünülmelidir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi, 4562 Sayılı Kanun’un ilk halinin 5. Maddesinde yer alan OSB’lerin “*kamulaştırma yapabilen*” ibaresini, söz konusu maddenin Anayasa’ya aykırılığını itirazın incelediği E.2013/49-K.2013/125 sayılı ve 31.10.2013 tarihli kararında, “*bir özel hukuk tüzelkişisi olan OSB’nin*” kamulaştırma yapamayacağı, tersi durumun Anayasanın 46. Maddesi ile çelişeceği gerekçesiyle iptal etmiştir. Dolayısıyla, kamulaştırma yapabilmenin, kamu tüzelkişiliğini saptamada önemli bir ölçüt olduğunu söyleyebiliriz.

¹⁹⁶ Danıştay, 13.D, E.2013/811, K.2013/2659, k.t. 25.10.2013 <Kaynak: www.kazanci.com>.

Konu ile ilgili akla gelen önemli bir mesele de “kamulaştırma yaptırma” yetkisinin kamu gücü ayrıcalığı hükmünde sayılıp sayılmayacağı olabilir. Zira, bazı özel kanunlarda üçüncü kişi lehine kamulaştırmaya ilişkin düzenlemelere rastlamak mümkün olduğu için bu yetkinin tıpkı kamulaştırma yetkisi gibi bir ayrıcalık yaratıp yaratmadığı tartışmaya değer görülmüştür. Mesela, OSB’lerin 4562 Sayılı Kanun’un 5. Maddesine göre kamulaştırma yaptırabilme yetkisinden söz edilmekte olup, ilgili kanun hükmüne göre OSB’ler “kamulaştırma işlemlerini Valilik, İl Özel İdaresi, Belediye veya Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığına yaptırabilir”.¹⁹⁷ Bu kanun hükmü, özel kişi lehine kamulaştırma yetkisinin özel kanunlarda yer alan bir örneğidir. Konuyla ilgili genel düzenleme ise 04.11.1983 Tarih ve 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanun’da yer almaktadır. Söz konusu Kanun’un 1. Maddesine göre özel kanunlarında belirtilmek suretiyle, gerçek veya özel hukuk tüzelkişileri adına da kamulaştırma yapılabileceği düzenlenmiştir. Ancak, özel kişilerin lehine bir kamulaştırma yapılabilmesi için bu kişiler tarafından üstlenilen görevin kamu yararına bir faaliyet olması gerekmektedir.¹⁹⁸ Örneğin, kamu hizmeti gördürülen imtiyazcının lehine kamu yararı amacıyla kamulaştırma yapılması söz konusu olabilir.¹⁹⁹ Doktrinde, imtiyazcı lehine kamulaştırma yapılabilmesi imtiyazcıya

¹⁹⁷ Bkz. 12.04.2000 Tarih ve 4562 Sayılı Kanun’un 5. Maddesi. <Kaynak: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4562.pdf>>

¹⁹⁸ AKGÜL YILDIZ, a.g.m, s. 649.

¹⁹⁹ Bkz. 10.06.1326 Tarihli “Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkındaki Kanun”(madde 2) <Kaynak: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/0.1.6.pdf>>.

tanınan hak ve ayrıcalıklar arasında görülmektedir.²⁰⁰ Benzer olarak, maden ruhsatı sahibinin de masraflarını karşılamak üzere ancak mülkiyeti hazineye kalmak suretiyle, kamulaştırma talep etmesi mümkündür.²⁰¹ Her ne kadar taşınmaz mülkiyeti, talep eden özel kişiye geçmese de²⁰² ruhsat sahibinin kamulaştırılan mülk üzerinde yürüttükleri kamusal faaliyet süresince kullanım hakkı söz konusu olacaktır.²⁰³

Buraya kadar bahsedilenler göz önüne alınca, yani lehine kamulaştırma yapılacak özel hukuk tüzelkişilerinin, kamuya yararlı faaliyetler icra etmesi ve bunun için bu kişilerin gerçekleştireceği hizmet yararına kamulaştırmalar yapılarak bazı mülklerin yine söz konusu özel kişilerin kullanımına tahsis edilmesi durumu birlikte düşünüldüğünde, lehine kamulaştırma yapılan özel hukuk tüzelkişilerinin kamu

²⁰⁰ DURAN, a.g.e., s. 339; ÖZTÜRK, a.g.e.(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 78.

²⁰¹ GÜRSEL KUTLU, Meltem, “*Teknoloji Geliştirme Bölgesinde Kamulaştırma ve Ruhsat(İzin) Verme Yetkisi*”, **DEÜHFD**, C.9, Özel Sayı, s.999-1018, İzmir, 2007, s.1012.

²⁰² Taşınmaz mülkiyeti hazine adına kaydedilir. GÜNDAY, a.g.e., s. 254.

²⁰³ Mesela, 6446 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun 19. Maddesinin 2. Fıkrası, lisans sahipleri olan özel hukuk tüzelkişileri lehine kamulaştırmalarda mülkiyetin hazineye ait olacağını, yalnız mülk üzerinde lisans sahibine yararlanma hakkının verileceğini açıkça ifade etmektedir.

yararı adına ayrıcalıklı bir konumda tutulduğuna şüphe yoktur.²⁰⁴ Kanunla kurulmuş bir tüzelkişinin kuruluş kanununda açıkça lehine kamulaştırma yapabileceğinin düzenlenmesi durumunda, bu tüzelkişinin de bir kamusal ayrıcalıktan faydalandırıldığını ifade etmek kolay görünmektedir. Ancak, burada bahsettiğimiz kamusal ayrıcalığın, kanun koyucu tarafından tüzelkişiliği hakkında herhangi bir nitelendirmede bulunulmadan kanunla kurulmuş tüzelkişilerin, hukuki niteliğini kamu tüzelkişisine dönüştürdüğünü söylemek o denli kolay değildir. Aksine, 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 1. Maddesine göre, özel kanunlarla gerçek veya özel hukuk tüzelkişilerinin adına kamulaştırma yapılabilmektedir. Dolayısıyla, bir tüzelkişinin kuruluş kanununda niteliği belirtilmemiş ancak, adına kamulaştırma yapılabileceği açıkça düzenlenmişse, bu tüzelkişiyi özel hukuk tüzelkişisi saymak daha yerinde bir nitelendirme olacaktır.

3. Amaç-Faaliyet Ölçütü

Bu ölçüte göre özel hukuk tüzelkişileri, amaçlarının ve faaliyetlerinin niteliği bakımından kamu tüzelkişilerinden ayırt edilebilmektedir. Çünkü, kamu tüzelkişilerinin amaçlarının kamu yararı, faaliyetlerinin de prensip olarak kamu

²⁰⁴ Üstelik, özel kişi lehine kamulaştırılan taşınmaz mülkiyetinin imtiyazcının mülkiyetine geçeceğini içeren görüşleri de göz önüne alırsak, imtiyazcının ayrıcalıklı konumu tartışılmaz.

hizmeti olduğu kabul edilmektedir.²⁰⁵ Özel hukuk tüzelkişilerinin ise ilke olarak özel amaçları gerçekleştirmek üzere kurulduğu söylenebilir.²⁰⁶ Gerçi, kamuya yararlı dernek veya vakıf statüsünde olan kuruluşların da esas olarak kamu yararı amacıyla oldukları bilinmektedir.²⁰⁷ Öte yandan kamu tüzelkişilerinin de her zaman kamu yararı takip etmeyebileceğini kabul eden bir görüş de vardır. Örneğin, KİT’lerin kârlılık esasına göre faaliyet göstermesi söz konusudur.²⁰⁸ Bu durumda amaç-faaliyet ölçütü, kamu gücü ayrıcalıkları gibi belirleyici ölçüt olarak değil destekleyici ölçüt olarak düşünülebilir. Fakat, KİT’ler gibi statüsü kuruluş ölçütüne göre kamu tüzelkişisi olarak belirlenmiş yapılar için aslında amaç faaliyet ölçütünün hiç değeri bulunmamaktadır. Diğer yandan, örneğin, OYAK gibi kanunla kurulmuş ve hukuki niteliği üzerinde kanun koyucu tarafından bir belirleme yapılmamış tüzelkişiler üzerinde amaç-faaliyet ölçütü etkili bir ölçüttür. OYAK, bir “*ek sosyal güvenlik*” kuruluşu olarak, Anayasa’nın sosyal devlet ilkesi gereği sosyal güvenlik görevine yardımcı faaliyetlerde bulunmaktadır.²⁰⁹ Bu amaç ve faaliyetlerine uygun olarak da

²⁰⁵ GÖZÜBÜYÜK, TAN, a.g.e., s.187.

²⁰⁶ YILDIRIM, YASIN, KARAN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY TEKINSOY, a.g.e., s.16.

²⁰⁷ GÖZÜBÜYÜK, TAN, a.g.e., s.187.

²⁰⁸ GÖZLER, a.g.e.(C.1), s.178.

²⁰⁹ ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, **İdare Hukuku**, C.1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 137; YILMAZ, Ejder, “*Ordu Yardımlaşma Kurumunun Hukuki Niteliği*”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.22, S.1, Ankara, 1979, s.71.

kamusal yetkilerle donatılmış ve kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmaktadır.²¹⁰ Zaten, kamu yararına, kamusal nitelikli görevleri gerçekleştirmek üzere hizmet veren kuruluşların, söz konusu görevlerini gerçekleştirebilmek adına kamusal yetkiler ve ayrıcalıklarla donatılması gerekmektedir. Çünkü, kamu yararının özel kişilerin yararına üstün tutulmasıyla, kamu yararının gerektirdiği işlerin (örneğin, “*yol yapımı*”) gerçekleştirilebilmesi için idareye üstün yetkiler (örneğin, “*kamulaştırma yetkisi*”) verilmesi bir ihtiyaçtır. Aksi halde, kamusal ihtiyaçların karşılanmasının önünde, eşit hukuk öznelerinin eşitler arası ilişkilerinin sınırları söz konusu olacaktır. Oysa, İLKSAN veya OYAK gibi kuruluşlarda görüldüğü üzere, kamu yararına bir ihtiyaç olduğunda kanun koyucu bir alanı yasal sınırlar içine alarak kamu hizmeti kurabilir ve bu amaçla kurduğu tüzelkişilerin, işlem ve kapsam sınırlarını belirleyerek, onları kamu gücüyle donatarak, eşit hukuk öznelerine nazaran ayrıcalıklı bir konuma taşıyabilir.²¹¹ Bu yaklaşımın sonucu olarak, tüzelkişilere tahsis edilen kamu gücü ayrıcalıklarının kamu yararı amacıyla kaynaklandığı²¹² düşünülebilmektedir. Benzer bir görüşe göre, kamu yararı amacı taşımanın ve kamu hizmeti yerine getirmenin; kamu tüzelkişilerine, kamu gücü sağlamakla birlikte,

²¹⁰ GÖZLER, a.g.e.(C.1), s. 177.

²¹¹ GÖZÜBÜYÜK, TAN, a.g.e., s. 187.

²¹² GÖZLER, a.g.e., s.66; YILDIRIM, YASIN, KARAN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY TEKINSOY, a.g.e., s.16. Farklı bir yaklaşıma göre ise, kamu gücü ayrıcalıkları, idari işlemin “*hukuka uygunluk karinesinden*” yararlanmasının sonucudur. (Bkz. YAŞAR, H. Nuri, **İdare Hukuku**, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s.71.)

kamu tüzelkişilerinin özel kişilerden farklı bir denetime tabi olması sonucunu doğurduğu savunulmaktadır.²¹³ Bu görüşlerde olduğu gibi kamu yararı amacı ve kamu hizmeti ile kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülükleri arasındaki söz konusu bağımlı ilişkinin kabul edilmesi durumunda; amaç-faaliyet ölçütü, sonuçları itibariyle, kanunla kurulmuş ve yasa koyucu tarafından nitelendirilmemiş tüzelkişiler için kamu tüzelkişiliğini belirleyici ölçütü niteliğinde görülmelidir. Ancak, kamuya yararlı her faaliyetin gerçekleştirilebilmesi için kamu gücüne ihtiyaç duyulmadığı da bilinmektedir. Mesela, kamuya yararlı dernek ve vakıfların hepsinin, faaliyetlerinde kamu gücü kullandığından bahsetmek mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla, kamu yararına gerçekleştirilen bazı faaliyetler için kamu gücü gereksinimi olabilmekle birlikte bu ihtiyacın kamu yararına yapılan tüm faaliyetler için de söz konusu olduğunu söyleyerek yapılacak bir genelleme gerçekçi olmayacaktır.

4. Tabi Olunan Hukuk Kuralları Ölçütü

Bir tüzelkişinin özel hukuka ya da kamu hukukuna tabi olmasına göre nitelendirilmesini içeren bu ölçüte göre kamu hukukuna tabi olan tüzelkişiler kamu tüzelkişileri olmalıdır. Belki bu ölçütün 2001 yılından önce Medeni Kanun’da bir karşılığının olduğu söylenebilir. Şöyle ki, 17.02.1926 tarih ve 743 sayılı, eski Medeni Kanun 52. Maddesinde “*hukuku amme müesseselerinin*” kamu hukukuna tabi olduğu

²¹³ ONAR, a.g.e.(C.2), s.1034-1037.

belirlenmektedir.²¹⁴ Ancak, kamu tüzelkişilerinin kamu hukukuna tabi olduğunu söylemekle, kamu hukukuna tabi olan kişilerin kamu tüzelkişileri olacağını söylemek aynı mahiyette görülmeyebilir.²¹⁵ Kaldı ki, bu ölçütü hangi şekilde anlarsak anlayalım, kamu tüzelkişilerini, özel hukuk tüzelkişilerinden ayırt etmekte elverişli bir ölçüt olarak görünmemektedir. Üstelik, mevcut ölçütlerle henüz kamu hukuku ile özel hukuku ayırt etmenin zorluğu da ortadayken ve özel hukuka tabi kamu tüzelkişilerinin ya da kamu hukuku kurallarına göre kamu hizmeti yerine getiren özel hukuk tüzelkişilerinin varlığı biliniyorken²¹⁶ bu ölçütün sağlıklı sonuçlar vermesi olası görünmemektedir. Buna rağmen bu ölçütün barındırdığı hala geçerli olan

²¹⁴ “Madde 52 - Hukuku amme müesseseleri, Hukuku Amme Kanunlarına tabidir.

İktisadi bir gaye takip eden cemiyetler, şirketler hakkındaki hükümlere tabidir.”

Mülga 743 Sayılı Kanun <Kaynak:

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.743.pdf>>.

²¹⁵ Ancak, doktrinde bir ölçüt olarak da kullanıldığına da rastlanmıştır. SYDV’nin niteliğini belirlerken bir ölçüt olarak kullanıldığı görüş için bkz. OĞUZ, Ali, “Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları”, **Türk İdare Dergisi**, S.384, Ankara, 1999, s.76.

²¹⁶ Tüzelkişilerde “*tipe bağlılık*” ilkesinin zedelenmesi olarak değerlendirilen bu hususa ilişkin SEROZAN’ın sözleri dikkate değerdir: “...düpedüz birer dev sermaye şirketi gibi çalışan spor kulüpleri...dernek-vakıf-şirket karması, kırması Futbol Federasyonu ...özel hukuk-kamu hukuku karmaşığı tüzelkişiler... Sosyal amacına yabancılaşıp, düpedüz, dev birer “tröste” dönüşen OYAK benzeri sosyal kamu kurumları...” SEROZAN, **Tüzelkişiler**, s.26.

yadsınamaz bir gerçek de vardır ki o da, kamu tüzelkişilerinin asıl hukuksal rejiminin kamu hukuku rejimi olmasıdır.²¹⁷ Mesela, bir kamu tüzelkişisi olan KİT’ler ticari esaslara göre faaliyet gösterse de kamu hukuku rejimine bağlılığını sürdürmektedir.²¹⁸ Buna benzer olarak, özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunacağı kuruluş kanununda açıkça belirtilen TFF’nin durumu da göz önüne alınabilir. 27.05.1988 tarih ve 3461 sayılı kanunun 1. Maddesine göre, TFF’nin “*özel hukuk hükümlerine tabi*” olduğu ve “*tüzel kişiliğe sahip*” olduğu belirtilmektedir.²¹⁹ Ancak, bu tüzelkişiliğin özel hukuk tüzelkişisi mi yoksa kamu

²¹⁷ YILDIRIM, YASIN, KARAN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY TEKINSOY, a.g.e., s.17.

²¹⁸ KİT’lerin yaptığı faaliyet sınai ve ticari nitelikte bir kamu hizmetidir ve herşeyden önce kamu hizmeti olması dolayısıyla, işleyişinde kamu hizmetine hakim olan ilkelere de tabidir.(KARAHANOGULLARI, **Kamu Hizmeti**, s.309.)Diğer bir deyişle, “*İktisadi kamu hizmetleri*” olarak da anılan sınai ve ticari nitelikteki kamu hizmetlerinin işleyişlerinde ve dış ilişkilerinde esas olarak özel hukuk kuralları geçerli olmakla birlikte, belli oranda kamu hukuku kuralları da uygulanmaktadır.(GÜNDAY, a.g.e, s. 339) Genellikle, sınai ve ticari kamu hizmetlerinin kullanıcılarıyla ilişkileri “*sözleşme ilişkisi*” olarak algılanmakta olup, bu hizmetleri sunan personelin yönetici ve mali sorumlu personel dışında işçi statüsünde oldukları görülmektedir. (Bkz. KARAHANOGULLARI, **Kamu Hizmeti**, s. 298.)

²¹⁹ “*MADDE 1. — Bu Kanunun amacı, profesyonel futbol faaliyetlerini millî ve milletlerarası kaidelere göre yürütmek, teşkilatlandırmak, geliştirmek*

tüzelkişisi mi olduğu açıkça belirtilmemiştir. Doktrinde bir görüş, TFF’nin kanunla özel hukuk hükümlerine tabi kılınmasının, kamu tüzelkişiliği-özerklik birlikteliğine “uyumsuz” olması sebebiyle “özel hukuk tüzelkişisi” olduğunu ifade etmiştir.²²⁰ Bu görüş TFF’nin tüzelkişiliğinin niteliğini belirlerken, tabi olunan hukuk kurallarını önemli bir ölçü olarak değerlendirmiştir.²²¹ Bunların dışında, doktrinde, TFF’yi özel hukuk tüzelkişisi sayan sair görüşlere bakılınca, tabi olunan hukuk kurallarının destekleyici ölçüt olarak kullanıldığını görebiliriz.²²² Ancak, doktrinde, özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunmanın bir tüzelkişiyi doğrudan doğruya özel hukuk tüzelkişisi haline getirmeyeceği, “özel hukuka tabi olmanın (KİT’ler gibi) kamu tüzel

ve Türk futbolunu, yurtiçi ve yurt dışında temsil etmek üzere; özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzelkişiliğe sahip Türkiye Futbol Federasyonunun teşkilat, görev ve yetkilerine ait esas ve usulleri düzenlemektir.” Bkz. 27.05.1988 tarih ve 3461 sayılı Kanun, (madde 1) <Kaynak: https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103461.pdf>

²²⁰ AĞAR, Serkan, “Türk Spor İdaresinde Türkiye Futbol Federasyonu’nun Yeri ve İşlevi”, **TBBD**, S.63(Mart, Nisan), Ankara, 2006, s.307.

²²¹ Hatta, ULUSOY’a göre, aynı zamanda kamu tüzelkişisi olan KİT’lerin kanunla özel hukuka tabi kılınması, özel hukuk tüzelkişiliğine vurgu yapma amacı taşımaktadır. ULUSOY, a.g.e., s.48.

²²² TFF’yi özel hukuk tüzelkişisi sayan görüşlerin gerekçeleri için bkz. AVCI, Mustafa, “Spor Federasyonlarının Hukukî Niteliği, İdarî Teşkilât İçindeki Konumu ve Bağımsızlığı Sorunu”, **İÜHFİM**, C.LXX, S.2, İstanbul, 2012, s.4.

kişiliğinin dışına çıkarmayacağı”²²³ görüşlerine daha çok itibar edilmektedir, diyebiliriz. Dolayısıyla, tabi olunan hukuk kuralları ölçütünün tüzelkişiliği belirlemede gerçekte bir ölçü oluşturamadığını kabul etmeliyiz. Yani, özel hukuka tabi olan bir tüzelkişiyi sırf bu sebeple özel kişi saymamıza imkan bulunmuyorsa, kamu hukukuna tabi olduğunu düşündüğümüz özel kişilerin de sırf bu sebeple kamu tüzelkişisi sayılmasına imkan yoktur.²²⁴ Aynı şekilde, bu yaklaşımın sonucu olarak, karma hukuki rejime tabi olması sebebiyle, bir tüzelkişinin de karma tüzelkişisi sayılmayacağı çıkarımı yapılabilir.

C. TÜZELKİŞİLİĞİN TESPİTİNDE ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

Tüzelkişiliğin hukuki niteliğini tespit etmede az önce bahsettiğimiz ölçütlere sıkça başvurulmakla birlikte, bu ölçütlerin tüzelkişilerin idari işlem tesis ederken, özel hukuk tüzelkişisi mi yoksa kamu tüzelkişisi mi sayılacağına ilişkin bazı

²²³ ÖZAY, İl Han; “*Futbolda Özelleştirme*”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Sayı:1-3, Yıl:11, s. 31-39, İstanbul, 1990, s.33.

²²⁴ Özel hukuka tabi olan spor federasyonlarının da sırf bu sebeple özel hukuk tüzelkişisi sayılamayacağına dair örneklerle yapılan değerlendirme için bkz. ÖZTÜRK, K. Burak, “*İdarenin Denetlenmesinde Zorunlu Tahkim Yolu*”, **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 603-631, Ankara, 2011, s.611-613.

problemler barındırdığını görmekteyiz. Bu problemlerin bir kısmından, her bir ölçütü anlatırken bahsetmeye çalıştık. Bunların ötesinde, tek yanlı işlem yapabilmenin ölçüt olabilmesinin imkanı, tüzelkişinin atipik görünümünün yarattığı sorunların etkisi ve karma tüzelkişilik önerileri gibi bazı yeni sorunlara da burada değinmeye çalışacağız.

Birinci olarak, bir kamusal ayrıcalık niteliğinde kabul edilen, “*tek yanlılık*” özelliğinin bir ölçüt olarak kullanılmasında ortaya çıkan sorunlara değinebiliriz. Daha önce, bir tüzelkişinin niteliğini belirlerken, tek yanlılığın aslında idari işlem yapabilme anlamına gelen bir ölçüt olduğundan bahsetmiştik.²²⁵ Buna göre, kanunla kurulmuş ancak yasa koyucu tarafından niteliği belirlenmemiş bir tüzelkişi idari işlem yapabiliyorsa, o zaman kamu tüzelkişisi olarak görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, kanunla kurulmuş ve yasa koyucu tarafından nitelendirilmemiş bir tüzelkişi, idari işlem tesis edemiyorsa, özel hukuk tüzelkişisi sayılacak, aksi takdirde kamu tüzelkişisi olacaktır. İlk bakışta, olağan görünen bu yaklaşım, söz konusu tüzelkişilerin hukuki işlemlerinin niteliğini saptamaya çalışırken, kullanılan ölçütlerin de devreye girmesiyle sorunlu bir durum arz edebilmektedir. Çünkü, organik ölçüte göre idari işlemin ölçüsü, bir idari kuruluş, bir idari organ veya bir idare makamından çıkan bir irade açıklaması olmasıdır.²²⁶ Bu durumda, bir tüzelkişinin niteliğini saptamada, idari işlem tesis edebilmesini ölçüt olarak kullanıp nitelendirirken, daha sonra yine aynı tüzelkişinin işlemlerini nitelendirmede tüzelkişiliğin tarafımızca tespit edilen hukuki niteliğinin bir ölçüt olarak kullanılması

²²⁵ Bkz. s.84 vd.

²²⁶ TAN, a.g.e., s.224.

söz konusu olacaktır. Yani, bu değerlendirme bizi her defasında bir totolojiye götürmektedir. Mesela, Türkiye Futbol Federasyonunun tüzelkişiliğinin niteliğini belirlemek amacıyla, söz konusu federasyonun kişi ve kulüplere verdiği cezalar gibi tek yanlı idari yaptırımları ölçü olarak alıp, TFF'nin bir kamu tüzelkişisi hükmünde olduğuna kanaat getirdikten sonra, bu kabule binaen federasyonun işlemlerinin niteliğini incelerken TFF'nin organik ölçüte göre kamu tüzelkişisi olduğunu söyleyerek tek yanlı, icrai işlemlerinin idari işlem niteliğinde sayılacağı tespitine ulaşmanın bizi yanıltabilecek sonuçlara da götürebileceği değerlendirilmelidir. Çalışmamızda, bu husus dikkate alınmış olup, söz konusu, totolojiden kaçınmak adına “*Birinci Bölümde*” idari işlem görünümelerini incelediğimiz kuruluşların, özel hukuk tüzelkişiliklerinin buraya kadar değindiğimiz ölçütlere göre, tarafımızca tartışmalı görülmemeleri, seçimimiz açısından bir ölçü teşkil etmiştir. Bu suretle, çalışmamız içerisinde tek yanlı işlem yapan özel hukuk tüzelkişilerine örnek olarak ele aldığımız başlıca kuruluşlar, Türk Telekom A.Ş., Osmangazi Elektrik Dağıtım A.Ş., Jokey Kulübü, Doğayı Koruma Derneği, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı, Türk Diyanet Vakfı, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı, Erişim Sağlayıcıları Birliği, Organize Sanayi Bölgeleri olmuştur.

İkinci olarak, bu incelediğimiz kuruluşların hukuk düzeninde yer alan tipik tüzelkişilere göre farklı görünümelerde olmalarının, işlemlerinin denetlenebileceği yargı düzenine etkisi ve bu tüzelkişilerin idari işlem yapabilme yetenekleri değerlendirmeye tabi tutulabilir. Gerçekten de üyelerinin serbest iradeleriyle kurulan tipik bir vakıf ile Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı gibi kanunla kurulan ve üyelerinin sırf bir mesleğin mensubu olması dolayısıyla vakfın idaresinde görev

almak zorunda olduğu bir tüzelkişi arasında tüzelkişiliğin yapısı bakımından farklı görünümler söz konusudur. Ya da yine serbest iradesiyle kurulan ancak, bünyesinde Komiserler Kurulu gibi idari nitelikte bir kurulu barındıran, Jokey Kulübü ile serbest iradeyle kurulmuş ve sivil üyelerden oluşan Doğayı Koruma Derneği gibi bir dernek arasında benzer farklar görülebilir. Yine de, doktrinde atipik bir tüzelkişi denildiğinde ilk akla gelen örnekler bu saydıklarımız değil, Türkiye Futbol Federasyonu olmaktadır. Oysa, atipik tüzelkişi yelpazesi, tipe bağlılık ilkesinden kopuş olarak anlamlandırılabileceğimiz bir durum sonucu, çeşitli türlerde tüzelkişi görünümlerinin ortaya çıkmasıyla oldukça genişlemiştir.²²⁷ Bu durum yargı organlarının, bazı kafa karıştırıcı nitelendirmelerini içeren kararlarını²²⁸ ortaya çıkarmakta önemli bir etkindir. Bilhassa, kamusal görevler yerine getiren ve kamu tüzelkişilerine benzeyen atipik özel hukuk tüzelkişilerinin tek yanlı ve icrai nitelikteki işlemlerinin idari yargı denetimi dışında kalmamasının amaçlanması, buna karşın özel hukuk tüzelkişisi olduklarının da göz ardı edilememesi nedenleriyle; bazı

²²⁷ Tüzelkişilerde “tipe bağlılık” ilkesinin zedelenmesini değerlendiren SEROZAN’ın sözleri dikkate değerdir: “...düpedüz birer dev sermaye şirketi gibi çalışan spor kulüpleri...dernek-vakıf-şirket karması, kırması Futbol Federasyonu ...özel hukuk-kamu hukuku karmaşığı tüzelkişiler... Sosyal amacına yabancılaşıp, düpedüz, dev birer “tröste” dönüşen OYAK benzeri sosyal kamu kurumları...” SEROZAN, **Tüzelkişiler**, s.26.

²²⁸ Örneğin ATGV’nin hukuki niteliğini “kamu tüzelkişiliğine yaklaşan yeni bir müessese” olarak tanımlayan Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı için bkz. UYM, E.1999/1, K.1999/11, k.t. 03.05.1999, R.G., 08.06.1999, S.23719.

özellikleriyle kamu tüzelkişilerine benzeyen bu özel hukuk tüzelkişilerinin, yargı kararlarında, kamusalılık vurgusu yapan ama gerçekte bir tüzelkişilik türüne göre “*ne ifratta ne de tefritte*” yeri olan nitelendirmelerle anıldığını görebilmekteyiz. Özellikle, Uyuşmazlık Mahkemesinin, ATGV’nin lojman tahsisine ilişkin tek yanlı işlemlerinin yargılanma sürecinde ortaya çıkan görev uyuşmazlıklarını çözmek üzere verdiği kararında bu tavrın hakim olduğunu söyleyebiliriz. UYM’nin, geçmişte özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem tesis edemeyeceğine ilişkin içtihatlarına rağmen²²⁹, ATGV gibi bir vakfın tek yanlı işlemleri ile ilgili uyuşmazlıklarda aynı mantık çerçevesinde karar vermek yerine, belki de idari yargı denetimine ilişkin ortaya çıkacak sonuçları²³⁰ gözeterak tümnden gelimci bir yaklaşımla ele aldığı düşünülebilir. Ancak, UYM’nin bu kararıyla, nedeni her ne olursa olsun, ATGV’nin idari nitelikte tespit edilen işleminin idari yargı denetimine tabi olması sonucu doğmuştur.

Bunun dışında, doktrinde geliştirilen ve özel hukuk tüzelkişilerinin idari nitelikli işlemlerinin idari yargı denetiminin dışında kalmaması amacını gerçekleştirmeye katkı sağlayan başka bir çözüm, bu tüzelkişilerin atipik hallerinin de göz önüne alınmasıyla, “*karma nitelikli tüzelkişilik*” olarak nitelendirilmesidir. Bir tüzelkişinin hem özel hukuk tüzelkişilerinin hem de kamu tüzelkişilerinin

²²⁹ Bkz. 375 numaralı dipnot.

²³⁰ Lojman tahsisine ilişkin verilen tek yanlı kararların adli yargıda denetlenebileceği bir dava türünün olmaması ve idari yargıda da denetlenememesi nihayetinde yargı denetimi dışında kalması yönünde bir sonucun ortaya çıkması gibi.

özelliklerini göstermekle niteliğinin, “*karma nitelikli tüzelkişilik*” olacağına dair söz konusu doktrine göre, KİT’lerin tüzelkişiliğinin de genellikle karma tüzelkişilik olduğu kabul edilmektedir.²³¹ Benzer bir yaklaşımla, OSB’lerin²³² ya da içtihatlarda, OYAK’ın²³³ ve SYDV’lerin²³⁴ de karma tüzelkişiliklerinden bahsedildiğine rastlamak mümkündür. Ancak, doktrinde, başka yazarlarca karma tüzelkişilik nitelendirmesinin, “*anlaşılabilir tüzelkişilik türü*” olmayışı ve belirsizlikler içermesi yönüyle²³⁵ veya hukukumuzda hiçbir şekilde yeri olamayacağı şeklinde güçlü eleştirililere maruz kaldığını görüyoruz.²³⁶ Gerçekten de bu yaklaşımın hukukumuz içerisinde yeri sağlam görünmemektedir. Zaten, karma tüzelkişilik veya karma nitelikli tüzelkişilik gibi nitelendirmeler ya kamu tüzelkişiliği ya da özel hukuk tüzelkişiliği olarak anlaşılmak zorundadır.²³⁷ Karma tüzelkişilik nitelendirmesine

²³¹ DURAL, ÖĞÜZ, a.g.e., s.232.

²³² ÇOLAK, a.g.e.(Çetingil, Kender Armağanı) s. 434.

²³³ OYAK için “*karma nitelikli kamu tüzelkişisi*” nitelendirmesi yapan AYİM kararı için bkz. E.1976/3623, K.1977/287, k.t. 30.3.1977. (Aktaran: GÖZÜBÜYÜK, TAN, a.g.e., s.189.)

²³⁴ Danıştay, 10.D., E. 2012/2517 (Görevlilik Kararı), k.t. 09.07.2014, (Yayımlanmamış Danıştay Kararı).

²³⁵ ZABUNOĞLU, a.g.e.(C.1), s.137.

²³⁶ GÖZLER, a.g.e.(C.1), s.

²³⁷ Yargı kararlarında belirtilen, karma tüzelkişilik kavramının, yeni bir tüzelkişilik türünü ifade etmek yerine bir tüzelkişiye uygulanan “*çoklu(karma) hukuki rejimi*”

benzer olarak yapılan ve belirsiz sayılabilecek başka bir nitelendirme de “*kendine özgü yapı*” değerlendirmesidir. Kamu tüzelkişilerine ve özel hukuk tüzelkişilerine belirli oranda benzerlik taşıyan tüzelkişilerin bu şekilde nitelendirildiğine rastlamaktayız. Örneğin, doktrinde, özel hukuk tüzelkişisi sayılamayan²³⁸ ve kamu hizmeti yerine getiren TFF’nin “*kendine özgü (sui generis) bir yapısı*” olduğuna ilişkin bir görüş bulunmaktadır.²³⁹ Benzer bir örnekte, Anayasa Mahkemesinin,

ifade etmek üzere kullanıldığı düşünülebilir. Mesela, “*karma tüzelkişiliğinden*” bahsedilen ve yasayla özel hukuk hükümlerine tabi kılınan OYAK’ın statüsü AYİM ve UYM kararlarına göre, kamu tüzelkişiliğidir. Özel hukuka tabi kılınması ise yaptığı işin doğası gereği görülmüştür. (YILMAZ, Ejder, a.g.e, s. 75-76.)

²³⁸ İşlemleri özel hukuka tabi tutulmasına rağmen, TFF’nin, aynı zamanda denetleyici faaliyetler yerine getiren bir yapı olduğu, tipik bir görünümde olmadığı ortadadır. Bu sebeple, tüzelkişiliğinin niteliği de esas alınan “*bağımsız değişkene*” göre kolayca farklı görünebilmektedir. Mesela, faaliyetlerine bakarak TFF’yi “*bağımsız idari otorite*” olarak nitelendiren bir görüş de mevcuttur. (Bkz. AKINCI, Müslüm, **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman**, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s. 262.) Ancak, daha doyurucu ve sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek için yalnızca yapılan faaliyetlere bağlı kalmayan, daha fazla bağımsız değişkene hakim olan yaklaşımlar geliştirilmeli, Anayasa Mahkemesinin, “*kendine özgü yapı*” nitelendirmesinin hukuki değeri böyle tespit edilmelidir.

²³⁹ GİRİTLİ, BILGEN, AKGÜNER, BERK, a.g.e., s.610.

E.2011/142-K.2013/52 sayılı ve 03.04.2013 tarihli kararında²⁴⁰ bazı özellikleriyle özel hukuk tüzelkişilerine ve bazı özellikleriyle de kamu tüzelkişilerine benzeyen SYDV'lerin, “*kendine özgü bir yapı*” olarak nitelendirildiğinden bahsedebiliriz.

Görüldüğü üzere, “*kendine özgü bir yapı*” nitelendirmesinin de özünde “*karma tüzelkişilik*” nitelendirmesinden bir farkı bulunmamaktadır. Kanımızca, bu tarz nitelendirmeler, bir tüzelkişiliğin kamu tüzelkişisi mi yoksa özel hukuk tüzelkişisi mi olduğuna dair emareler içermemekte, yalnızca tüzelkişilerin karma hukuki rejime tabi olduklarını ifade etmektedir. Tabi olunan hukuk kurallarının da tüzelkişiliğin türü üzerinde bir etkisinin olmadığını da daha önce izah etmiştik. Dolayısıyla, bir tüzelkişinin hukukun dallarına göre kamu tüzelkişisi veya özel hukuk tüzelkişisi olup olmadığını, karma tüzelkişiliğine ya da kendine özgü yapısına bakmadan, yukarıda sunduğumuz ölçütler ışığında kavrayabiliriz. Karma tüzelkişilik benzeri yapılan yargısal nitelendirmelerin de, bu çerçevede düşünülmesi, tüzelkişiliğin hukuki niteliğini değiştirecek bir ölçüt olarak görülmemesi gerekir. Örneğin, bu bilgileri göz önünde tutarak, SYDV'lerin hukuki niteliğini tespit ederken, Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı değerlendirmeyi de düşünerek şöyle bir sonuca gidebiliriz: 3924 sayılı yasa ile birer “*vakıf*” olarak kurulan ve amaçları bakımından vakıf müessesesi olarak kurulmasında sakınca görülmeyen, diğer vakıflar gibi sosyal yardım faaliyetleri yerine getiren bu yapı hakkında, Anayasa Mahkemesi'nin yapmış olduğu “*kendine özgü bir yapı*” tanımlaması, kamusal ayrıcalıklardan yararlanmakla birlikte diğer vakıfların kuruluşlarından farklı olarak

²⁴⁰ R.G., 29.05.2014, S.29014, s.121.

kuruluşları için kanunda özel bir yöntemin öngörülmediğinin de dikkate alınmasıyla, “bazı özellikleriyle kamu kurumuna benzeyen bir özel hukuk tüzelkişisi” olarak anlaşılabilir. Nitekim, 3294 sayılı Kanun’un 7. maddesinde kurulması öngörülen yapı Medeni Kanun’da bir mal topluluğu olarak tanımlanmış “vakıf”²⁴¹ türünde bir özel hukuk tüzelkişisidir.²⁴² SYDV’lerin hukuki statüsü ile ilgili Danıştay’ın yaklaşımı²⁴³

²⁴¹ Madde 101: “Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır.”

(4721 sayılı Türk Medeni Kanunu <Kaynak: www.mevzuat.gov.tr>)

²⁴² Vakıfların “özel hukuk tüzel kişiliğine” sahip olacağı da 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nun 4. Maddesiyle açıkça ifade edilmiştir. Yine bu kanunun tanımları içeren 3. Maddesi ve “yeni vakıfların” kuruluşuna dair 5. Maddesi incelendiğinde, mülga olan 793 sayılı Medeni Kanun ve 4721 sayılı Medeni Kanun hükümlerine göre tescil ettirilerek kurulan vakıfların “yeni vakıf” statüsünde 5737 sayılı kanun kapsamında olacağını, dolayısıyla, SYDV’nin de bu kanun şümulüne dahil olduğunu ve bu durumda mevzuat gereği SYDV’nin “özel hukuk tüzel kişisi” olarak nitelendirildiğini söyleyebiliriz.

²⁴³ Danıştay 10. Dairesi, bir idare mahkemesinin, “3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu’na dayanılarak Medeni Kanun hükümlerine göre kurulan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının özel hukuk tüzel kişiliği olduğu ve işlemlerinin idari dava konusu edilebilecek idari işlem niteliğinde olmadığı gerekçesiyle davanın Diyarbakır İli Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı işleminin iptaline yönelik kısmını görev yönünden” reddettiği kararını onamış ve dolayısıyla SYDV’yi “özel hukuk tüzelkişisi” olarak kabul etmiştir.

da bu vakıfların karma tüzelkişilik olduklarına dair içtihadına kadar bu yönde olmuştur.

Doktrinde atipik tüzelkişilerin işlemlerinin, idari işlem olarak nitelendirilmesinde başvurulabilecek başka bir çözüm önerisi de “çift kimlik” yaklaşımıdır. ULUSOY’un savunduğu bu yaklaşıma göre hukukumuzda bir tüzelkişinin, kamu tüzelkişiliğinin yanı sıra özel hukuk tüzelkişiliğini de barındırması yani “çift kimlikli” olması mümkündür.²⁴⁴ Örneğin, bu yaklaşım çerçevesinde KİT’ler ticaret hukuku açısından özel hukuk tüzelkişisi, idare hukuku açısından da kamu tüzelkişisi olarak görülmektedir. Benzer olarak, özel hukuk hükümlerine tabi olan, ancak kanunda bazı kamusal yetkilerinden de bahsedilen spor federasyonları

(Danıştay 10.D, E.1995/7712, K.1997/23, k.t. 28.01.1997 <Kaynak: www.kazanci.com>)

Buna benzer, Danıştay Başkanlar Kurulu’nun bir görev uyuşmazlığına ilişkin E.2014/65-K.2014/148 sayılı 27.06.2014 tarihli kararında(kaynak: DBB) da, SYDV’yi kamu kurumu niteliğinde görmeyerek “özel hukuk hükümlerine tabi bir tüzel kişi” olarak kabul etmiştir: “... Vakfın özel hukuk hükümlerine tabi bir tüzel kişi olduğu, bu haliyle davacının kamu görevlisi sayılmasına hukuken olanak bulunmadığı... özel hukuk tüzel kişiliğinde istihdam edilme şekliyle ilgili uyuşmazlığın temyizen incelenmesi görevinin, Danıştay Genel Kurulunun ... Onuncu Daireye ait bulunduğu... karar verildi.”

²⁴⁴ ULUSOY, a.g.e., s.101.

çift kimlikli tüzelkişiler olarak²⁴⁵ kabul edilmektedir.²⁴⁶ Bu saydığımız örneklerin, kamu tüzelkişisi oldukları hususunda tarafımızca da bir duraksama bulunmadığından, bu kuruluşların kamu tüzelkişiliğinin yanı sıra özel hukuk alanında sonuç doğuran işlemleri bakımından “*özel hukuk tüzelkişisi*” olarak kabul edilmelerini içeren çift kimlik yaklaşımı, pratik olarak sorun yaratmıyor gibi görünse de, mesela, ATGV gibi özel hukuk tüzelkişilerinin çift kimlikli olarak değerlendirilebilmesi Anayasa’ya uygun değildir. Zira, ATGV, kamu tüzelkişileri gibi kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak idari işlemle kurulmuş bir tüzelkişi değildir.

İster “*çift kimlik*”, “*karma tüzelkişilik*” gibi başka sorunlar doğuran çözüm teorileri olsun, isterse “*idari işlem yapabilme*” ölçütünün bizi sürüklediği totoloji

²⁴⁵ Ibid.

²⁴⁶ Anayasa Mahkemesi’ne göre spor federasyonları çift kimlikli tüzelkişi olarak değil, kamu tüzelkişisi olarak nitelendirilmiştir: “*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.*” Anayasa Mahkemesi, E.2013/77, K.2014/4, k.t. 16.01.2014, R.G., 04.03.2015, S.29285.

olsun, buraya kadar ki kısmıyla, bahsettiğimiz sorunların dayanağı olan ve daha önce üzerinde durmadığımız temel bir sorunsal vardır. Bu sorunsal, özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem yapabilmesinin mümkün olup olmadığı sorunsalıdır. O sebeple buraya kadar bir özel kişinin ne olduğu hangi ölçütlerle belirlendiği, bunların kamu tüzelkişi sayılıp sayılamayacağı, kaç kimlikli olabileceği gibi alt sorunlar üzerinde durularak, sorunsalı cevaplamaya yönelik veriler üretmeye çalıştık. Artık, bu alt sorunların mahiyetini akılda tutarak, sorunların düğümlendiği esas meseleyi tartışmanın vakti de gelmiştir, diyebiliriz. Bu tartışmayı aşağıda yapmaya çalışacağız.

II. ÖZEL HUKUK TÜZELKİŞİLERİNİN İDARİ İŞLEMLERİNİ SAPTAMADA ÖLÇÜT MESELESİ

Özel hukuk tüzelkişilerinin, faaliyetlerinde kamu gücü kullanırken, tesis ettikleri bazı işlemlerin idari nitelikte sayılıp sayılmayacağı, aslında bir sorudan çok önemli bir sorular yumağıdır. Bu sorunları daha önce iki ana başlık altında ele alacağımızdan bahsetmiştik. Birinci ana başlık altında, ilk bölümde bahsettiğimiz idari işlem görünümüleriyle bahsedilen özel hukuk tüzelkişilerinin, “gerçek” mahiyetlerinin ne olduğu, bunun nasıl tespit edilebileceği ve bu tespiti gerçekleştirirken ortaya çıkan sorunlardan bahsetmiştik. Özellikle, bir önceki ana başlığının son alt başlığında kısaca değindiğimiz sorunlar, tüzelkişiliğin tespitinin önemi ve odağını göstermektedir. Bu sorunlara ilişkin geliştirilen çözüm önerileri de

ancak, “buzdağının görünen küçük kısmını” kavrayabilmektedir. Aslında, tüzelkişiliğin tespiti meselesi, sonuçları itibariyle görüldüğünden daha çetrefillidir. Çünkü, tüzelkişiliğin tespitinde ortaya çıkan sorunlar ve bunların çözümü, idare hukuku açısından bakıldığında “idari işlem” teorisi özelinde önemli sonuçlar doğurmaktadır. Mesela, bir tüzelkişiyi özel hukuk tüzelkişisi olarak görmeden, karma tüzelkişi ya da çift kimlikli olarak değerlendirmek, aslında özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem yapamayacağına ilişkin “organik ölçüt” engelini aşacak sonuçlar doğurmaktadır. Bu yaklaşım, idari yargının görev alanının sınırları açısından çok önemlidir. Zira, anlamı, küreselleşme sürecinde yaşanan ekonomik değişimlere koşut olarak kamu hizmet sunumunda özel kişilerin daha fazla yer almasıyla, bu özel kişilerin bazı kamusal görev ve yetkiler kullanırken kurdukları hukuki ilişkilerin, kamu hukukuna göre idari yargı denetimine tabi olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, çeşitli etkilerin hukuk sistemimizde meydana getirdiği değişiklikler sonucu, özel hukuk tüzelkişilerinin artık kamu gücü kullanabilmesi ve dolayısıyla kamu hizmeti kullanıcılarına göre üstün duruma gelmesiyle, eşit olmayan hukuk öznelerinin uyumsuzluklarının, doğal yargıcı olan idari yargı tarafından yargılanmasının sağlanmasıdır.²⁴⁷ Burada kritik bir soru düşünülebilir: Bir özel

²⁴⁷ Anayasamızın 37. Maddesinde bulunan “kanuni hakim güvencesi” düzenlemesinin doğal yargıç ilkesi olarak anlaşılması gereğinin hukuk devletinde önemi aşikardır. (ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 132-133.) Bu sebeple Anayasamızda yer alan adli, idari ve askeri yargı ayrımının doğal yargıç ilkesiyle birlikte düşünülmesi, bir uyumsuzluğun haklı nedene dayanmaksızın Anayasal güvenceye sahip idari yargının görev alanından çıkarılmasına engel olmaktadır. (AYM, E. 2011/35, K.

hukuk tüzelkişisinin kamusal görev ve yetkileri dahilinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarında idari yargının görevli olabilmesi sonucu için tüzelkişilerin illa ki kamu tüzelkişiliği kimliğiyle bağdaştırılmasına ihtiyaç var mıdır? Yani, bir özel hukuk tüzelkişisi idari işlem yapamaz mı? Bu sorulara yanıt aramaya çalışmadan önce belirtmeliyiz ki, buraya kadar anlatılanlar ışığında görüldüğü üzere, idare hukuku açısından tüzelkişiliğin hukuki niteliğinin tespiti, yargı organlarının idari işlemi tespit etmede “*organik ölçüte*” biçtikleri değere göre çok önemli teknik ve

2012/23, k.t. 16.02.2012, R.G., 19.05.2012, S.28297.) Çünkü, idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğuna dair Anayasa hükmü, Anayasa Mahkemesinin de belirttiği üzere (AYM, E.1976/1, K.1976/28, k.t. 25.05.1976, R.G., 16.08.1976, S. 15679.), idari nitelikteki uyuşmazlıklar için gidilebilecek yargı yolunun, “*idari yargı yolu*” olduğu ibaresine ihtiyaç duyulmayacak kadar açıktır. Yani, idari nitelikli eylem ve işlemlerin doğal yargıcı idari yargıdır. Diğer yandan, idarenin her işlemine karşı da idari yargıya gidilmemektedir. Öyle ki, idare tarafından tesis edilen özel hukuk işlemlerinin, adli yargıda yargılanması bu ilkeyi ihlal etmemektedir. Çünkü, Anayasanın sistematik yorumuyla, farklı uyuşmazlıkların farklı yargı düzeninde yargılanmasına yönelik hükümlerin, ortaya çıkan uyuşmazlıkları hukuksal ilişkinin niteliğine göre yargılamayı en etkin biçimde yapabilecek yeterliliğe sahip yargı mercilerine bırakılması amacını taşıdığı düşünülebilir. Bu yorumun kabulü durumunda, özel kişiler tarafından tesis edilmiş olsa dahi idari nitelikteki işlemlerin yargısal denetiminin idari yargı tarafından yapılmasının Anayasanın ruhuyla ilişkisini kurabilmek zor olmayacaktır.

pratik hukuki sonuçlar doğurmaktadır.²⁴⁸ Öte yandan, “*idari işlemi*” kavrayabilmek için organik ölçütün ne kadar değerinin olduğu da bu çalışma içerisinde önemli sonuçları itibariyle tartışmaya değer görülmüştür. Bu sebeple, çalışmamızın ikinci bölümü açısından ikinci önemli husus idari işlem den bahsedebilmenin ölçüsüdür.

Çalışmamız açısından ne denli önemli olduğunu belirttiğimiz bu ana başlık altındaki incelememize başlarken elbette idari işlemin mahiyetini de izah etmek gerekmektedir. Bu durumda, konumuza başlarken hukuki işlem kavramından ve onun bir alt türü olan idari işlem kavramından kısaca bahsedebiliriz.

A. HUKUKİ İŞLEM – İDARİ İŞLEM AYRIMI

Kişilerin hukuki sonuçlar doğuran irade açıklamaları “*hukuki işlem*” terimiyle ifade edilmektedir.²⁴⁹ Ancak bu tanıma, hukuk düzenini etkileyecek ve hukuk düzeninde önceden tanımlanmış hukuki sonuçları doğuracak hukuki işlemlerin; özel

²⁴⁸ Mesela, SYDV’lerin vatandaşların sosyal yardım taleplerinin reddedilmesi gibi işlemlerinin idari yargıda denetlenemediği durumlarda, tamamen yargı denetiminin dışında kalması söz konusu olabilir. Dolayısıyla, özel hukuk tüzelkişisi olsalar da SYDV’lerin idari işlemler de yapabileceği kabul edilirse, hukuksal denetimin dışına çıkılmamış olacaktır.

²⁴⁹ KOCAYUSUFPASAOĞLU, N., HATEMİ, H., SEROZAN, R., ARPACI, A., **Borçlar Hukuku (Genel Bölüm)**, C.1, Filiz Yayınları, İstanbul, 2008, s. 90.

hukuk alanında “hak”, kamu hukuku alanında ise “yetki” olarak bilinen²⁵⁰ “hukuksal iktidarın” kullanılması suretiyle tesis edilebileceğini de eklemeliyiz.²⁵¹ Artık, bu bilgilerin bir araya gelmesiyle, hukuki işlem, hukuk düzenince tanımlanmış kimi sonuçları doğurmaya yönelen, hukuksal iktidara dayalı irade açıklamaları, olarak tanımlanabilir. Bu tanım, hukuki işlemin iki kurucu unsurunu barındırmaktadır. Bunlar “hukuki iktidara dayalı irade açıklaması(irade)” ve “hukuksal sonuç(konu)” unsurlarıdır. Bunların yanı sıra hukuk düzeninin, bazı işlemlerin gerçekleşmesini şekil şartlarına tabi tuttuğu durumlar da olmakla birlikte bu gibi durumlarda “şekil unsuru” da hukuki işlemin kurucu unsuru olabilmektedir. Bu durumda hukuki işlemin unsurları, irade, konu ve bazen şekil unsurudur.²⁵² Bu unsurların varlığı hukuki işlemin var olabilmesi için gerekli olmakla birlikte unsurların niteliklerinin de hukuki işlemlerin türleri açısından etkisi söz konusudur.

Hukuki işlemler, “sübjektif hak” veya “yetki” gibi dayandığı hukuki iktidarın niteliğine, işlemi oluşturan iradenin yapısına ve sonuçlarını doğurduğu hukuki düzene göre sınıflandırılarak, özel hukuk işlemleri ve kamu hukuku işlemleri olmak üzere iki ana bölümde incelenmektedir. Bunlardan özel hukuk işlemleri, “irade

²⁵⁰ İdarenin sübjektif haklara sahip olamayacağına ilişkin görüş için bkz.

ÖZYÖRÜK, a.g.e, s. 66.

²⁵¹ ERKUT, a.g.e., s.9.

²⁵² ÖZAY, a.g.e., s.451.

serbestisi”²⁵³ ilkesinin sınırları dahilinde özerk irade ve sübjektif hakka dayanan, özel hukuk alanında sonuçlar doğuran hukuki işlemlerken; kamu hukuku işlemleri, kamu hukuku alanında sonuçlar doğuran²⁵⁴, kamu yararı amacı taşıyan, kamu gücünü içeren “*yetkinin*” serbestçe değil, sıkı şartlar altında kullanılabildiği işlemlerdir.²⁵⁵

Bilindiği üzere, idari işlemler de bir tür hukuki işlem olarak, kamu hukuku alanında sonuçlar doğuran irade açıklamalarıdır.²⁵⁶ Bir hukuki işlem türü olması sebebiyle, “*idari işlem*” ve diğer kamu hukuku işlemleri, hukuki işlemin kurucu unsurlarını barındırmaktadır. Buna göre, kamu hukuku işlemleri, bir hukuksal etki ve sonuç doğurmaya yönelen, hukuk düzenince tanınmış bir yetkiye dayanan irade

²⁵³ İstisnai bazı sınırlar haricinde özel hukukta sözleşme serbestisi uygulanır. İrade hürriyetine getirilen sınırlar için bkz. KAPLAN, İbrahim, **Borçlar Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara, 2003, s.75-77.

²⁵⁴ Her ne kadar, günümüzde kamu hukuku alanını, özel hukuk alanından objektif olarak ayırt edebilmek kolay olmasa da(Bkz. DEMİR, DERYAL, a.g.e., s.90.) doktrinde bazı ölçütler kullanılmaktadır. Bunlar; yöneten-yönetilen ölçütü (Bkz. GÖZLER, Kemal, **Hukuka Giriş**, 10. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013, s.65.); egemenlik ölçütü; irade özgürlüğü ölçütü (Bkz. GÜRİZ, a.g.e., s.92.) ve menfaat ölçütü(Bkz. ATAR, Y., AYAN, M., KARAHAN, S., SÜMER, H. H., ARSLAN, İ., ULUKAPI, Ö., **Hukuk Bilimine Giriş**, 3. Bası, Mimoza Yayıncılık, Konya, 1997, s.94.) olarak sıralanabilir.

²⁵⁵ GÜNDAY, a.g.e., s.121.

²⁵⁶ YILDIRIM, YASIN, KARAN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY TEKINSOY, a.g.e., s.544.

açıklamaları olarak görülebilirler. Hemen belirtmeliyiz ki; kamu hukuku işlemlerinin büyük bir çoğunluğunu oluşturan idari işlemler²⁵⁷, kamu hukuku işlemlerinin unsurlarını taşımakla birlikte, aşağıda inceleyeceğimiz başkaca özelliklere de sahiptir.

İdari işlemin ne olduğuna ilişkin doktrinde bazı tanımlar yapılmıştır.²⁵⁸ İdari işlem bir tanıma göre, idarenin kişiler hakkında sonuç doğuran tek yanlı işlemleridir.²⁵⁹ Bu tanım doğru olmakla birlikte, idari işlemlerin yalnızca kişiler hakkında sonuçlar doğurduğuna işaret etmekle ve hukuk düzeninde meydana getirdiği değişikliklere vurgu yapmamakla eksik bir görünüm arz etmektedir.²⁶⁰ Başka bir görüş, idari işlemi derhal hüküm ve sonuçlarını doğuran, icrai nitelikli idari

²⁵⁷ GÜNDAY, a.g.e., s.121.

²⁵⁸ Bu tanımlamaların ortak özelliği idareden çıkan irade açıklamaları olmalarıdır. Nitekim Prof. Dr. Lütfi Duran'ın "*idari organ ve makamların idare alanındaki irade açıklamaları*" şeklindeki idari işlem tanımı, idari işlemlerin bu yönüne dikkat çekmektedir. DURAN, a.g.e., s.385.

²⁵⁹ YAYLA, a.g.e., s.108.

²⁶⁰ Nitekim, Anayasa Mahkemesi, yaptığı idari işlem tanımıyla, idari işlemlerin "*hukuk aleminde*" değişiklik ve yenilik yaratma yönüne de vurgu yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi, E.2004/26, K.2004/51, k.t. 15.04.2004, R.G. 11.08.2004, S.25550.

tasarruf olarak kabul etmektedir.²⁶¹ Daha kapsamlı bir tanıma göre ise; idari işlem, muhatabının rızasına bakılmaksızın kişilerin hukuki statülerinde, tek yanlı etki ve sonuç doğuran ya da hukuk düzeninde yasalara uygun olarak kural getiren idareden çıkan irade açıklamalarıdır.²⁶²

Görüldüğü üzere, doktrinde “*idari işlem*”, idari makamlar tarafından tesis edilen, kişilerin hukuki statülerini yahut hukuk düzenini etkileyen, icrai nitelikli işlemler olarak tanımlanmıştır. Burada üzerinde durulması gereken önemli bir husus da söz konusu tanımların, özel hukuk tüzelkişilerinin ileride bahsedeceğimiz muhtelif yargı kararlarıyla idari işlem niteliğinde görülen, kamu gücüne dayanarak yaptığı işlemlerini kavrayabilme gücü olmalıdır. Çünkü, ilk bakışta buraya kadar yapılan idari işlem tanımlarının, yalnızca kamu tüzel kişilerinden çıkan irade açıklamalarını kapsadığı ve özel kişilerin işlemlerini kapsamına almadığı düşünülebilir. Ancak, doktrinde bir tanım idari işlemi, “*idari makamların(kamu idareleri, kamu kurum ve kuruluşları...ile idare nam ve hesabına hareket eden özel hukuk kişilerinin)* “*kamu hukuku alanı*” ile ilgili olarak yaptığı” icrai irade açıklamaları²⁶³ olarak nitelendirmek suretiyle özel kişileri de “*idari makam*” kavramına dahil ederek, özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem tesis edebileceğini kabul etmektedir. Tanımda, “*kamu hukuku alanı*” ile kurulan ilgi ile anlatılmak

²⁶¹ ONAR, a.g.e., s.386.

²⁶² KARAHANOGULLARI, Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması...**, a.g.e., s.140.

²⁶³ KALABALIK, a.g.e., s.316.

istenense, kamu gücünün varlığının bir ölçüsü olmasıdır.²⁶⁴ Buna göre, özel hukuk tüzel kişileri, idare fonksiyonuna giren kamu gücüne dayalı faaliyetler yerine getirirken kamu hukuku alanında sonuç doğuran icrai işlemlerinin denetiminde “*idari makam*” olarak kabul edilmektedir, diyebiliriz. Bu da bize “*idari makam*” kavramının, yalnızca kamu tüzel kişilerini değil, özel hukuk tüzel kişilerini de barındırabileceğini gösterir. Nasıl ki, yasama, yürütme ve yargı organlarının idare fonksiyonuna dahil işlemleri “*idari işlem*” sayılıyor²⁶⁵ ve bu faaliyetleri esnasında söz konusu devlet organının idari niteliğe büründüğü kabul ediliyorsa²⁶⁶, özel hukuk tüzel kişilerinin de idare fonksiyonuna göre yerine getirdiği faaliyetler süresince, idari makam niteliğine büründüğü kabul edilebilir.²⁶⁷ Ancak, Anayasanın “*İDARE*” başlığı altında yer alan düzenlemeleri, “*idare*” kavramının kamu tüzel kişilerinin ötesinde özel hukuk tüzel kişilerini de kapsayacak derecede geniş bir biçimde yorumlanmasına cevaz vermemektedir. Gerçi, “*idari makam*” kavramı ile “*idare*” kavramının aynı mahiyette olup olmadığı da tartışmaya değerdir. Bu konuya ileride tekrar değinilecektir. Ancak, şimdilik, idari işlemin organik kriterine ilişkin yargı organlarının kararlarında gözlemlediğimiz, üç temel yaklaşım olduğundan

²⁶⁴ YILDIRIM, YASIN, KARAN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY TEKINSOY, a.g.e, s.584.

²⁶⁵ GÜNDAY, a.g.e., s.122.

²⁶⁶ Mesela, Yargıtayın, idari hizmet sözleşmesiyle çalışan personelinin statüsünde değişiklik yapan idari işlemlerini tesis ederken, “*idare*” niteliğinde olduğuna bir tereddüt yoktur.

²⁶⁷ Aksi görüş için bkz. GİRİTLİ, BILGEN, AKGÜNER, BERK, a.g.e., s.1242.

bahsedebiliriz. Bu yaklaşımlar; yalnızca kamu tüzelkişilerinin idari işlem yapabileceği; gerçekte özel hukuk tüzelkişileri olan kuruluşların, kamu tüzelkişisi niteliğinde olduğunun varsayılmasıyla idari işlem tesis edebileceği ya da kamu tüzelkişiliğine yaklaşan(benzeyen) niteliğiyle idari işlem tesis edebileceği şeklinde sınıflandırılabilir. Aynı zamanda içtihadî bir hukuk dalı olan idare hukuku içinde “idari işlem” kavramının, sağlıklı bir tanımının yapılabilmesi için yargı organlarının söz konusu yaklaşımlarının da göz önünde tutulması şarttır. Bu şekilde düşünülürse, idari işlem, tüzelkişilerin²⁶⁸, idare fonksiyonuna göre faaliyette bulunurken, rızalarına

²⁶⁸ Elbette, gerçek kişilerin de idari işlem tesis edip edemeyeceği hususu da sorgulanabilir. Ancak, istisnai olarak kabul edilen “fiili memur teorisi”(ONAR, a.g.e.(C.2), s.1276-1282.) ve “fahri trafik müfettişliği” dışında bu durumda bir örnek bulunmamaktadır. Kaldı ki, fiili memurların idareye tamamen yabancı gerçek kişiler olarak yaptığı işlemlerin fonksiyon gaspı sayılacağı ve idari işlem tesis edebilmesinin mümkün olmayacağı,(ERKUT, Celal, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C.9, S.1-3, s.69-91, İstanbul, 1988, s.81.) ancak, yaptıkları eylem ve işlemlerin idareye izafe edilebildiği zaruri durumlarda iyiniyetli ilgilileri hakkında doğurdıkları sonuçların geçerli olduğu (GÖZLER, a.g.e. (C.1), s. 640.) bilinerek, aslında bu teori içerisinde de gerçek kişilerin idari işlem ve eylemleri gerçekleştirebildiğini kabul edebilmek mümkün görünmemektedir. Fahri müfettişlerin de, bir trafik polisi gibi tek yanlı suç ve ceza tutanağı düzenleyebilme yetkilerine sahip olması eleştiriler almış olsa da(AYAYDIN, Cem, “Özel Hukuk Kişilerinin Kamu Kudreti Kullanması Sorunu ile 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun’a ilişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında Düşünceler”, **Yıldızhan Yayla’ya Armağan**, Galatasaray

bakılmaksızın kişilerin hukuki statülerinde veya hukuk düzeninde etki ve sonuçlar doğuran, kamu gücüne dayanan tek yanlı irade açıklamaları olarak tanımlanabilir.

B. HUKUKİ İŞLEMLERDE “İDARİLİK” ÖLÇÜTLERİ

Yukarıda sunduğumuz tanımların yardımıyla, hukuki işlemler içerisindeki özgül yerini genel hatlarıyla belirttiğimiz, idari işlemleri; özel hukuk işlemlerinden ayırt edebilmek, bazen ölçütlerle yapılacak bir incelemeyi gerektirebilir. Bu ölçütler, aslında idari işlemin tanımından da çıkarılabilecek, genellikle idari işlemlerin özelliklerine vurgu yapan doktrin ve içtihatlarla dayanmaktadır. Kısaca söylemek gerekirse, idari işlemi diğer hukuki işlemlerden ayırt etmede, organik ölçüt(şekli), işlevsel(fonksiyonel) ölçüt, kamu gücü ölçütleri kullanılabilmektedir.

1. Organik Ölçüt

Bir hukuki işlemin idari niteliğini saptamada kullanılan ilk ölçüt olan organik ölçüte göre, idari işlemin ölçüsü, bir idari kuruluş, bir idari organ veya bir idare

Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 135.), bu tutanakların, idarenin hazırlık işlemleri olarak kabul görmesiyle(bkz. AYM, E.2013/43, K. 2013/168, k.t. 26.12.2013, R.G., 22.03.2013(Mükerrer), S.28595) idari işlem yapan bir gerçek kişi sıfatından uzak olduğunu söyleyebiliriz.

makamından çıkan bir irade açıklaması olmasıdır.²⁶⁹ Buna benzer olarak, yine organik ölçüte göre, yasama organının, yasama işlemi yapabileceği gibi yargı organının da yargısal işlem tesis edebileceği kabul edilmektedir.²⁷⁰ Elbette, bu kabule koşut olarak, özel hukuk tüzelkişilerinin de ancak özel hukuk alanında sonuçlar doğuran hukuki işlemler tesis edebileceği düşünülebilir. Yani, bu ölçüte göre işlemin niteliği sadece onu tesis eden organa göre farklılaşmaktadır.²⁷¹

Özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemlerini konu edinen çalışmamız açısından, organik ölçütün temel bir önemi vardır. Çünkü, kamu tüzelkişisinin olmadığı yerde idari işlemin de olmayacağı kabul edilirse, bu durumda özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemlerinden de bahsedilemeyecektir. Aslında, bu görüş idare hukukunun tarihsel gelişimi içerisinde, idari faaliyetlerin tespitinde kullanılan ilk ölçüt olarak, gelişen dünyada kamu hizmetleri sunumuna özel kişilerin daha fazla katıldığı yeni anlayışı kavrama hususunda biraz “*demode*” kalmış olsa da doktrinde, bu şekilde, özel hukuk tüzelkişilerinin hala kamu gücü kullanamayacağı ve dolayısıyla idari işlem yapamayacağına ilişkin görüşlere de rastlanmıştır.²⁷² Ancak,

²⁶⁹ TAN, a.g.e., s.224.

²⁷⁰ ÖZAY a.g.e., s.317.

²⁷¹ GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, BERK, a.g.e., s.1236.

²⁷² Sadece organik açıdan “*idarenin*”, idari işlem yapabileceğine dair görüş için bkz.

GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, BERK, a.g.e., s.1242. Ayrıca, egemenlik

günümüzde, gerek Fransız Hukuku'nda gerek Alman Hukuku'nda gerekse Türk Hukuku'nda özel hukuk tüzelkişilerinin de idari işlem yapabileceği kabul edilmektedir.²⁷³ Gerçi, doktrinde bir görüş, yargı içtihatlarında özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem tesis edebildiğinin kabulünün yerine, dava konusu işlemleri tesis eden tüzelkişilerin bazı özellikleriyle idari niteliğinin tespit edildiğini savunmaktadır.²⁷⁴ Yani, bu görüş çerçevesinde, idari niteliği tespit edilen tüzelkişilerin uyuşmazlık konusu işlemlerinin idari işlem olarak görüldüğü düşünülebilir. Bu görüşün, özellikle Uyuşmazlık Mahkemesi'nin tavrı özelinde kabulü mümkündür. Nitekim, Uyuşmazlık Mahkemesi, kararlarında özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem tesis edemeyeceğinin açıkça zikredildiğini görebiliriz.²⁷⁵

yetkisinin devredilemeyeceği, özel kişilerin kamu kudreti kullanamayacağına ilişkin görüşler için bkz. AYAYDIN, a.g.m., s. 127-128.

²⁷³ Fransız Hukuku açısından, bkz. GÖZLER, a.g.e, s.658-659 ve Alman Hukuku açısından bkz. AKYILMAZ, Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.36. Türk hukuku içerisinde, özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem görünümleri ise BİRİNCİ BÖLÜMDE ayrıntılı olarak sunulmuştur.

²⁷⁴ YILDIRIM, YASIN, KARAN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY TEKINSOY, a.g.e., s.584.

²⁷⁵ “Yukarıda sözü edilen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, Muratlı Islah Organize Sanayi Bölgesi'nin özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğu ve özel hukuk tüzel kişilerince tesis edilen işlemlerin yargısal denetiminin adli yargı yerlerince yapılacağının açık olduğu gözetildiğinde, Tekirdağ İli, Muratlı

Ya da kanunla kurulmayan bir özel hukuk tüzelkişisinin niteliğinin, kamu tüzelkişisi sayılmasının mümkün olmaması karşısında, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından “*kamu tüzelkişiliğine yaklaşan yeni bir müessese*”²⁷⁶ olarak nitelendirilmesi de yine idari işlemlerin tespitinde organik ölçütün zaruri görülmesinin bir sonucu olarak düşünülebilir. Ancak, Danıştay’ın yaklaşımının da bu şekilde olduğunu söylemek o kadar da kolay görünmemektedir. Nitekim, ULUSOY’un, dikkat çektiği üzere, Danıştay 13. Dairesi’nin son dönemde bir özel hukuk tüzelkişisi olduğunda herhangi bir tereddüt olmayan imtiyazcının da idari işlem yapabileceğini kabul ettiği kararları mevcuttur.²⁷⁷ Örneğin, Danıştay, 13. Dairesi E.2012/1871 sayılı Kararı’nda özel

İlçesi, Aşağısevindikli Köyü F19d01c4a pafta 2439 parsel sayılı taşınmazın "önerilen alan sınırları içerisinde çıkarılması" yolunda tesis edilen işlemin yargısal denetiminin de adli yargı yerine ait olduğu açıktır.”(UYM, E. 2014/60 K. 2014/156 T. 3.3.2014, R.G., 15.04.2014 (Mükerrer), S.28973.) Bu karara benzer olarak, Uyuşmazlık Mahkemesinin E.2008/142-K.2009/19 sayılı ve 02.02.2009 tarihli kararında, ”...kural olarak, idari yargıda ancak Devlete ve kamu tüzel kişilerine karşı açılan davalara bakılabilir. Buna göre, idare aleyhine dava açılmayıp, işlemin tesis edildiği tarihte davalı mevkiinde kamu kuruluşu niteliği taşımayan Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin bulunması karşısında, ortada idari yargı yetkisi kapsamında açılmış bir idari dava bulunduğundan söz etmek olanaksız”(Bkz. R.G., 24.07.2009, S.27298) görülmüştür.

²⁷⁶ Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, E.1999/1, K.1999/11, k.t. 03.05.1999, R.G., 08.06.1999, S.23719, s. 31.

²⁷⁷ Bkz. ULUSOY, a.g.e.(Ders Notu), s. 104.

hukuk tüzelkişilerinin idari işlem tesis edebileceği şu ifadelerle kabul edilmiştir: *“...idarenin her işlemi idarî işlem olmadığı gibi, bütün idarî işlemlerin kamu tüzel kişileri tarafından tesis edilmesi de söz konusu değildir. Bu açıdan, idarî karar alma yetkisi ve gücüyle donatılmış olmalarına karşılık, gerek statüleri ve gerekse teşkilatlanmaları ve yönetimleri bakımından özel hukuk tüzel kişisi olup da, kamu hizmeti gören kuruluşlar, bu hizmetleri yerine getirirlerken kamu makamı gibi hareket etmekte ve işlemleri de idare hukuku kurallarına tabi olmaktadır.”*²⁷⁸ Yine, buna benzer olarak, Danıştay İdari Dava Daireler Kurulu’nun, E.2011/55-K.2011/205 sayılı, 07.04.2011 tarihli kararı ile bozulurken, Danıştay bu kararında özel hukuk tüzel kişisi olan Telekom A.Ş.’nin idari işlem tesis edebileceğini kabul ettiği karardan da söz edilebilmektedir.²⁷⁹ Yani, Uyuşmazlık Mahkemesinin tersine Danıştayın özel kişilerin idari işlem yapamayacağına ilişkin yerleşik içtihatları bulunmamakla birlikte, incelediği bazı uyuşmazlıklarda organik ölçütü esas almadığı kararları da mevcuttur. Dolayısıyla, Danıştayın idari işlemleri tespit ederken, organik ölçütü olmazsa olmaz bir ölçüt olarak görmediğini söyleyebiliriz. Ancak, Uyuşmazlık Mahkemesinin, özel kişilerin idari işlem yapamayacağına dair yerleşik içtihadını sürdürmesi sonucu, bu tarz durumu konu alan uyuşmazlıkların çözümünün, görev uyuşmazlığı çıkarılmak suretiyle, idari yargının görev alanı dışına çıkarılması

²⁷⁸ ULUSOY’un da örnek olarak gösterdiği Danıştay kararı için bkz. Danıştay, 13.D., E.2012/1871, K.2013/276, k.t. 06.02.2013 2013 <Kaynak: www.kazanci.com>.

²⁷⁹ Oysa, az önce belirttiğimiz üzere, Uyuşmazlık Mahkemesi, aynı Telekom A.Ş.’nin idari işlem tesis etmesinin olası olmadığına hükmetmiştir. Bkz. UYM, E. 2013/199, K. 2013/302, k.t. 04.02.2013, R.G., 22.03.2013 (Mükerrer), S. 28595.

söz konusu olmaktadır. Tahminimizce, Danıştay da idari yargının görev alanında herhangi bir daralma yaşanmaması adına kararlarında UYM kararlarını gözetmeye gayret etmektedir. Mesela, Danıştay, ATGV'nin bir işlemini değerlendirirken, tıpkı UYM gibi ATGV'nin *“kamu tüzel kişiliğine yaklaşan yeni bir müessese olduğu”* tespitinde bulunmuştur.²⁸⁰ Oysa, bunun yerine dava konusu işlemi tesis eden tüzelkişinin bir özel hukuk tüzelkişisi olmasına rağmen, bunun söz konusu işlemin idari nitelikte görülmesine bir engel teşkil etmediğine hükmetme imkanına sahipti. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesinin de tıpkı Uyuşmazlık Mahkemesi gibi özel hukuk tüzelkişilerinin idari nitelikte yetkiler kullanabileceğini kabul etmediği, ancak, Anayasa Mahkemesinin özel kişilerin, hazırlık işlemleri gibi idari işlemleri önceleyen aşamalara katılmasını uygun gördüğünü söyleyebiliriz.²⁸¹

Görüldüğü üzere, bir işlemin hukuki niteliğini tespit ederken, işlemin içeriğinin hiçbir önem teşkil etmediği yalnızca tesis eden tüzelkişinin niteliğinin esas alındığı, organik(şekli) ölçüt, halen bazı görüşler dahilinde önemseniyor olsa da, bu anlayış öğretide yetersiz görülmektedir.²⁸² Gerçekten de bu ölçüt, idarenin özel hukuk işlemlerini veya özel hukuk tüzelkişilerinin kamu gücüne dayalı işlemlerinin

²⁸⁰ Danıştay, İDDK, E.2006/2958, K.2010/910, k.t. 06.05.2010 <Kaynak: www.kazanci.com>.

²⁸¹ Anayasa Mahkemesi, E.2001/377, K.2002/59, k.t. 26.06.2002, R.G., 09.11.2002, S.24931.

²⁸² ERKUT, **İdari İşlemin Kimliği**, s.61.

özel hukuktan farklılaşan yönlerini kavramakta yetersiz kalmıştır.²⁸³ Oysa, idari işlem sadece “idare” tarafından yapılmak zorunda değildir. “*İdarenin gözetim ve denetiminde ya da böyle bir yetkiye sahip olmaları halinde idare dışındaki hukuki kişiler de idari işlem yapabilirler.*”²⁸⁴

2. İşlevsel Ölçüt

İdari işlemleri diğer hukuki işlemlerden ayırmakta kullanılan ikinci ölçüt, “*işlevsel(fonksiyonel) ölçüt*” olarak adlandırılan ve hatta, idari işlemi diğer kamu hukuku işlemlerinden de ayırt etmede elverişli bir ölçüttür. Bir işlemin maddi niteliğinin saptanmasında kullanılacak bu ölçüt, yasama, yürütme, yargı ve idarenin yerine getirdiği işlevleri baz almakta, işlemi yapan organdan bağımsız olarak, tesis edilen işlemin hangi işleve ilişkin olduğuna göre nitelendirilmesini sağlamaktadır.²⁸⁵

Hukuki işlemlerin idari niteliğinin saptanmasında işlevsel ölçütün kullanılması, idari işlevin varlığının araştırılmasına dayanmaktadır. “*İdari işlev(idare fonksiyonu)*” kavramı, yasama fonksiyonu, yargı fonksiyonu ve yürütme organının

²⁸³ TAN, a.g.e., s.226.

²⁸⁴ AKYILMAZ, a.g.e., s.35.

²⁸⁵ İdari işlevi, yasama, yürütme ve yargı işlevleri dışında tanımlayan görüş için bkz.

ERKUT, Celal, **İdari İşlemin Kimliği**, s.63.

salt siyasal nitelikli faaliyetleri dışında²⁸⁶, devletin yürüttüğü tüm kamusal nitelikli faaliyetleri olarak tanımlanmaktadır.²⁸⁷ Başka bir ifadeyle, makro siyasal ihtiyaçların değil de toplumun sürekli, yalın ihtiyaçlarının karşılanması hedefiyle amme hizmetinin yerine getirilmesi idari işleve ilişkindir.²⁸⁸ İdari işlev ölçütü, burada belirtilen tanımıyla idari işlemi, yasama işlemi veya yargı işlemi gibi sair kamu hukuku işlemlerinden ayırt edilebilmeye yetebilmesi açısından sorunlu görünmemektedir. Ancak, işlevsel ölçüt, aynı zamanda özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemlerini saptamada bir ölçüt olarak kullanılmaya çalışılınca bazı problemler ortaya çıkabilmektedir. Bu problemleri durumlara aşağıda ayrıntılı olarak değinilmiştir. Ancak, bundan önce önemli başka bir hususa değinmek gerekir. İşlevsel ölçüte göre idari niteliği araştırılan işlemler, ister kamu tüzelkişilerinin işlemleri, isterse özel hukuk tüzelkişilerinin işlemleri olsun, idare işlevi ile ilgili olmak zorundadır. Bunun tespit edilebilmesi için de idare işlevinin ne olduğunun daha ayrıntılı olarak belirlenmesi gerekmektedir. Genel olarak ifade etmek gerekirse, idarenin temel faaliyetinin kamu hizmeti olması sebebiyle idare işlevinin de, kamu hizmeti olacağı söylenebilir.²⁸⁹ Bu durumda idare işlevinin anlaşılır olabilmesi için “*kamu hizmeti*”

²⁸⁶ Ancak, “*hükümet fonksiyonunun icabettireceği günlük işler de idare fonksiyonu içine girer*”. ONAR, a.g.e.(C.1.), s. 59.

²⁸⁷ GÜNDAY, a.g.e., s.14.

²⁸⁸ SARICA, Ragıp, **İdare Hukuku (Ders Notları)**, İstanbul, 1970, s. 15-17.

²⁸⁹ Bu noktada işlevsel ölçüt, idari yargının görev alanını belirleyen “*kamu hizmeti ölçütüyle*” benzer bir özellik taşımaktadır. Kamu hizmeti ölçütüne göre devletin kamu hizmeti topluluğu olduğu kabul edilerek, kamu hizmetlerine ilişkin

kavramının tanımlanması ve ölçütlerinin belirtilmesi gerekmektedir.

Aslında, Fransız yazar D. Truchet’e göre, “hiç kimse kamu hizmetinin tartışılmaz bir tanımını yapamamıştır. Yasama, bunu kendisine tasa edinmemiş, yargı yapmak istememiş, öğreti ise başaramamıştır.”²⁹⁰ Belki, yasama organının kamu hizmeti tanımı dert edinmediği hususu yerinde görülebilir, ancak, idare hukuku için “hayati” bir önem taşıyan²⁹¹ “kamu hizmeti” kavramının, doktrinde ve içtihadta pek çok tanımını görmek mümkündür. Bazı tanımlar, yasa koyucunun iradesiyle bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine kavuştuğunu içermekle birlikte, bazı tanımlar da kamu hizmetlerinin nitelikleri üzerinde durarak, bu nitelikleri taşıyan hizmetleri kamu hizmeti olarak kabul etmektedir.

işlemlerin idari işlem kabul edilmesi suretiyle, kamu hizmetlerinin her türünün ifası esnasında oluşan uyuşmazlıkların çözümünde de idari yargı görevli görülmektedir. (ZABUNOĞLU, a.g.e.(C.2), s. 167.) İşlevsel ölçüt ise yasama, yürütme ve yargı işlevlerini de ayırt etme konusunda da elverişli bir ölçüt görünümündedir.

²⁹⁰ D.Truchet’ten aktaran ULER için bkz. ULER, Yıldırım, “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, **Anayasa Yargısı**, S.15, s.252-256, Ankara, 1998, s.252.

²⁹¹ OZANSOY, a.g.m., s.85.

Bir tanıma göre kamu hizmeti, “devlet veya diğer kamu tüzelkişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimleri altında genel ve kolektif gereksinimleri karşılamak ve tatmin etmek, kamu yararını sağlamak için kamuya sunulmuş devamlı ve muntazam faaliyetlerdir. Dar anlamıyla kamu idare veya müesseselerinin kamu hukukuna özgü yöntemler dairesinde ve bu hukuktan doğan yetkilere dayanarak gösterdiği faaliyetler ve yaptığı hizmetlerdir.”²⁹² Niteliksel olarak yapılan bu kamu hizmeti tanımının içerdiği, kolektif ihtiyaçları karşılama, kamu yararını sağlama amaçları ile devletin bizzat yahut gözetim denetimi altında “özel hukuk tüzelkişilerince” yürütülen hizmetlerin kamu hizmeti olduğu doktrinde başka tanımlar içinde de kabul edilmektedir.²⁹³ Ancak, “kamu hizmeti” kavramının ayırt edici unsurları bunlardan ibaret değildir. Mesela, tanımda yer alan “devamlı ve muntazam faaliyetler” unsuru da başka bir görüşe göre kamu hizmetinin ayırt edici bir unsuru niteliğindedir.²⁹⁴ Nitekim bu unsur, Anayasa Mahkemesi tarafından da

²⁹² ONAR, a.g.e.(C.1), s. 13.

²⁹³ Ancak, bunlara ek olarak, kamu hizmetinin yasa koyucunun etkinliği sonucu kurulduğu da başka tanımlamalarda belirtilmektedir. Örnek tanımlar için bkz. GÜNDAY, a.g.e., s.332; AKYILMAZ, a.g.e., s. 331.

²⁹⁴ “Eğer ortada toplumsal yaşam için mutlaka gerekli bir faaliyet varsa ve bu faaliyet özel girişim tarafından düzenli ve sürekli bir şekilde yürütülemiyorsa veya yürütülmüyorsa, o faaliyet doğası gereği kamu hizmetidir ve idare tarafından üstlenilmesi gerekir” (DUGUIT, Léon, Akt. ULUSOY, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, s.12).

kamu hizmeti tanımı içerisinde kabul edilmiştir.²⁹⁵ Bunun gibi, söz konusu kamu hizmeti tanımı içerisinde yer alan, “*kamu hukukuna özgü*” usullere dayalı yürütülme unsuru da önemli görülen bir kriterdir. Çünkü, bu kriterin ayırt edici olduğu kabul edilirse, faaliyetleri özel hukuka tabi kılınmış, KİT’ler veya TFF gibi kuruluşların sundukları hizmetlerin kamu hizmeti niteliğinde olmadığı düşünülebilecektir. Gerçi doktrinde bahsettiğimiz, kamu hukukuna özgü usullerle yürütülme kriteri, kamu hizmetlerinin “*özel bir hukuksal düzen*” dairesinde yürütülmesi olarak anlaşılmıştır.²⁹⁶ Bu özel hukuksal düzen ise, idarenin sınai ve ticari kamu hizmetleri sunarken, kamu hukukunun dışında özel hukuka ilişkin kuralların da geçerli olması ile oluşturulmuş “*karma hukuki rejimi*” de kapsayacak şekilde düşünülmüştür.²⁹⁷

Kamu hizmetinin bir başka tanımında, “*devlet tarafından, piyasanın işleyiş kurallarından belli oranda bağımsız kılınarak üstlenilmiş olan toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimi*” olduğu ve “*devlet tarafından üstlenilmiş*” olmasının bizzat devlet tarafından üretimin gerçekleştirilmesi mecburiyeti anlamına

²⁹⁵ Anayasa Mahkemesi, E.1994/71, K.1995/23, k.t. 28.06.1995, R.G., 20.03.1996, S.22586; Anayasa Mahkemesi, E.2009/58, K.2011/52, k.t. 21.10.2011, R.G. 23.07.2011, S.28003.

²⁹⁶ GİRİTLİ, BILGEN, AKGÜNER, BERK, a.g.e. , s.1202.

²⁹⁷ Bu karma hukuki rejimin mahiyetini somut olarak ifade eden görüşler için bkz. ONAR, a.g.e.(C.1), s.43-44.

gelmediği belirtilmiştir.²⁹⁸ Bu tanımda kamu hizmeti kavramı oldukça geniş bir anlama sahipken, doktrinde başka bir görüş, “*genel*” nitelikli ve “*karşılanmaması halinde kamu düzeninin bozulacağı*” hizmetler ile özel girişimcilerin gereğince yerine getiremediği hizmetlerin kamu hizmeti olarak sağlanabileceğini savunarak²⁹⁹, kamu hizmetinin anlamını daraltıcı bir etkiyi taşımakta olduğu söylenebilir.³⁰⁰ Öte yandan, rekabet ortamını sağlayabilmek mümkün olsa dahi “*enerji, orman ve maden işletmeciliği*” gibi “*stratejik önem*” taşıyan faaliyetlerin “*kamu hizmeti*” olarak düzenlenebileceği fikri de kabul edilebilir.³⁰¹

Buraya kadar bahsedilen biçimiyle, niteliksel olarak yapılan yukarıdaki tanımlamalara başvurarak bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanmaya

²⁹⁸ KARAHANOGULLARI, Onur, “*Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı)*”, **AÜSBFD**, C.66, S.3, Ankara, 2012, s. 178.

²⁹⁹ ÖZAY, a.g.e., s.231.

³⁰⁰ ZABUNOĞLU’na göre; Duguit’ten bu yana gelen “*objektivist görüş*”, muhafaza edilseydi, sübjektif bir kamu hizmeti tanımının doğurduğu sorunlarla karşılaşılmazdı. (ZABUNOĞLU, Yahya, “*Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri*”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, Ankara Barosu Yayınları, C.1, s. 491-496, Ankara, 2000, s.493.)

³⁰¹ ÇAL, Sedat, “*Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi*”, **GÜHFD**, C.11, S.1-2, Ankara, 2007, s.622.

çalışılabilir. Yasa koyucunun kanunla bir faaliyetin, kamu hizmeti olduğunu belirttiği durumlarda bu ölçütlerle değerlendirmeye başvurmak gerekmecektir. Aksi durumlarda, yasa koyucunun iradesiyle oluşan faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığını saptamak adına kamu hizmeti tanımındaki unsurlar aranabilir ya da bazı ölçütler kullanılabilir. Bu bağlamda en temel ölçütler, kamulaştırma, ceza kesme ve tekel oluşturma gibi yetkilerin yerine getirilen faaliyette kullanılıp kullanılmadığı, bu hizmetlerin yürütülmesinde yahut gördürülmesi için tesis edilen sözleşmelerde “*özel hukuk kurallarını aşan*” bir takım hükümlerin yer alıp almadığıdır.³⁰²

Çalışmamızın BİRİNCİ BÖLÜM’ünde işlemlerini incelediğimiz tüzelkişilerin faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığını saptama hususunda yukarıdaki tanımlar ve ölçütlerle değerlendirme yaptığımız zaman, bu tüzelkişilerin kamu hizmeti niteliğinde faaliyetler gösterdiklerini tespit etmek pek çoğu açısından sorunlu olmamıştır. Bunun yanı sıra, kullandıkları kamusal erkin kaynağına göre yapılan sınıflandırmada, bu tüzelkişilere, hangi yöntemle kamu hizmeti gördürüldüğü de açıklanmıştır. Ancak, herhangi bir yetkilendirme usulüyle kamu hizmeti sunumu konusunda yetkilendirilmemiş, ATGV ve TDV gibi özel hukuk tüzelkişilerinin faaliyetlerinin niteliğinin kamu hizmeti sayılıp sayılmayacağı hususu problemlili görülebilir. Nitekim, yukarıda sunduğumuz kamu hizmeti tanımları, bu vakıfların faaliyetlerini kamu hizmeti olarak nitelendirmeye yetmemektedir. Zaten, yargı organları nezdinde de bu vakıfların kamu hizmeti yaptıkları kabul görmemiştir. Ancak, bununla beraber, gerek Uyuşmazlık Mahkemesi

³⁰² GÜNDAY, a.g.e., s.333.

gerekse Danıştay, daha önce de belirttiğimiz üzere, bu vakıfların, “*kamu hizmetine yardımcı ve "o"na bitişik olarak kamu hizmeti yerine getiren*” kuruluşlar olduğundan bahsetmektedir.³⁰³ Bu ifadelerle anlatılmak istenenin, söz konusu vakıf faaliyetlerinin kamu hizmeti ile bir bağının olduğu, fakat herhangi bir yetkilendirme sonucu olmadığı için, bu faaliyetlerin kamu hizmeti tanımı içerisine kavranmasının olası olmadığı düşünülebilir. Gerçekten de burada artık klasik kamu hizmeti kavramından ve kamu hizmetinin ölçütleriyle kavranabilecek bir durumdan bahsetmek kolay görünmemektedir. Fakat, yine de imkansız değildir. Zira, Conseil D’Etat içtihatları doğrultusunda Fransız İdare Hukuku öğretisinde geliştirilen ve ÖZAY’ın Türk İdare Hukuku öğretilerine kazandırdığı, “*virtüel kamu hizmeti*” doktrini³⁰⁴ çerçevesinde konuyu ele alabilirsek, ATGV gibi bir vakfın, yerine getirdiği faaliyetin niteliği itibarıyla bir kamu hizmeti olduğunu söylemek mümkün olabilecektir. Bunun için de bu vakıfların faaliyetlerinin virtüel kamu hizmeti doktriniyle ne kadar örtüştüğünü incelememiz gerekir.

Virtüel kamu hizmeti doktrinine göre, bir faaliyetin yasa koyucu tarafından kamu hizmeti olduğu belirtilmemiş olsa da, niteliği itibarıyla kamu hizmeti³⁰⁵

³⁰³ Bkz. s.36.

³⁰⁴ ÖZAY, a.g.e., s.226-229.

³⁰⁵ Bu durumun Anayasamızla uyumu tartışılabilir. Kamu hizmeti niteliğindeki özel teşebbüslerin devletleştirilebileceğine ilişkin Anayasanın 47. Maddesi, kanımızca virtüel kamu hizmeti doktriniyle uyuşmamaktadır. Ortada, kamu hizmeti niteliğinde olduğu tespit edilen bir hizmetin, özel kişilerce sağlanmasına göz

sayılması mümkündür. Söz konusu doktrin, idare tarafından yerine getirilmeyen fakat, açık kamu yararı içeren faaliyetleri kamu hizmeti saymaktadır.³⁰⁶ Daha çok özel girişimcilerin piyasa alanındaki ticari faaliyetlerinin bir kısmını kamu hizmeti saymayı hedefleyen bu doktrin, buraya kadar söz ettiğimiz haliyle, ATGV'nin veya TDV'nin kamuya yararlı faaliyet gösterdikleri hususunda hiçbir tereddüt olmaması sebebiyle bu vakıfların faaliyetlerinin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesini mümkün kılmaktadır. Ancak, ÇAL'ın da dikkat çektiği üzere, bir faaliyetin, virtüel kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için “*girişim serbestisi içinde gerektiği gibi ifa edilememe*” durumunun varlığının aranması, üzerinde önemle durulması gereken bir husustur.³⁰⁷ Dahası, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılmasında, kamu yararının yanı sıra, faaliyetin “*yollar, rıhtım, akarsu, atmosfer gibi kamu emlaki ile özel bir*

yumma konusunda takdiri bir durumda söz konusu değildir. Tersine, yasa ile yapılan “*devletleştirme*” işlemi, yine yasa koyucunun bir hizmeti kamu hizmeti olarak nitelendirmesiyle başlamaktadır. Nitekim, YAYLA'nın işaret ettiği üzere, bu Anayasa hükmünün, bir virtüel kamu hizmeti ile değil, yazarın “*gizil güç kamu hizmeti*” diye tabir ettiği, kamu hizmeti sayılabilmek potansiyeline sahip faaliyetlere ilişkin olarak yorumlanması yerinde olacaktır. (YAYLA, a.g.e., s.92.)

³⁰⁶ YAŞAR, Nuri, “*Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği*”, **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, C.13, S.1, s.442-452, İstanbul, 2000, s. 445.

³⁰⁷ Söz konusu durumun, ne anlama geldiğine ilişkin değerlendirme için bkz. ÇAL, **Ruhsat**, s.182.

ilişki” içerisinde olması³⁰⁸ gibi etkenlerin de gözetildiği düşünülmüştür. Bu durumda, ATGV ve TDV gibi daha çok lojman tahsisi ve sosyal tesis kurma/işletme alanındaki faaliyetleriyle ön plana çıkan vakıfların, virtüel kamu hizmeti doktriniyle dahi kamu hizmeti yerine getiren kuruluşlardan sayılması uygun görünmemektedir. Zira, bildiğimiz kadarıyla ne girişim serbestisi içinde gerçekleştirilebilecek bir faaliyetten, ne de bir kamu emlaki ile kurulmuş özel bir ilişki söz konusudur.³⁰⁹ Öte yandan, virtüel kamu hizmeti doktrinin, liberal toplumla uyumsuz olması ve girişim özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklere zarar vermesi yönüyle eleştirilere maruz kaldığı bilindiği gibi aynı zamanda bu doktrinle yasa koyucunun kamu hizmetini belirleme yetkisinin yargı organları tarafından gaspedilmesi³¹⁰ sonucunun doğduğu

³⁰⁸ (DEGOFTE'den aktaran) YAŞAR, a.g.e., s. 446.

³⁰⁹ ATGV'nin ve TDV'nin tahsis ettiği lojmanlar ya da sosyal tesisler, vakıflar tarafından kiralama ya da satın alma yoluyla elde edilmektedir.

³¹⁰ Ancak, ÇAL'ın burada haklı olarak eleştirdiği gibi kamu hizmetine ilişkin olanlar dahil bugüne kadar ki idare hukuku ilkelerinin yargı içtihatlarıyla şekillendiğini düşünenecek olursak, yargının kamu hizmeti üzerine yaptığı bir nitelendirmeyi “yetki gaspı” şeklinde yorumlamak sorunlu bir yaklaşımdır. (Bkz. ÇAL, a.g.e, s.201) Kaldı ki, yargıcın hukuk yaratması bir aktivizm sevdasından değil, idarenin hukukla bağılılığını sağlamak adına etkin bir yargısal denetimi sağlama idealinden kaynaklanmaktadır. (ERKUT, Celal, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004, s.203.) İdari yargının en temel varlık nedeni de hiç şüphesiz idarenin yargısal denetiminin etkin bir biçimde sağlanmasıdır.

şeklinde eleştiriler aldığı görülmüştür.³¹¹ Kaldı ki, bırakın serbest girişim alanındaki bir faaliyeti, özel hukuku aşan ayrıcalık ve yükümlülüklerin söz konusu olduğu bir faaliyetin bile kamu hizmeti sayılıp sayılamayacağı hala tartışmalıdır.³¹²

Bütün bunları göz önüne alarak, içeriği itibariyle, piyasadaki özel girişimlerin faaliyetlerini hedef alan fakat vakıfların faaliyetlerini kavramaya uygun olmayan ve idare hukukunda artık geçerli olmadığı kabul edilen³¹³ virtüel kamu hizmeti doktrininin, ATGV'nin ve TDV'nin faaliyetlerinin niteliğini saptamada pek elverişli bir araç olmadığını söyleyebiliriz. Diğer yandan, bu vakıfların, “*fiilen*” ve “*kısmen hukuken*” kamu hizmeti alanına yerleşmeleri, hukuksal kavranışlarını özel hukuktan farklılaştırmış³¹⁴, bazı işlemlerinin idari yargının denetimine girmesine yol

³¹¹ YAŞAR, a.g.e, s.448.

³¹² Özel kişiler tarafından sağlanıyor olsa da bir faaliyetin yürütülmesinde, idarenin ayrıcalık ve üstün gücüne başvuruluyor olması yani, kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanılıyor olunması durumu, bu faaliyetin “*kamu hizmeti*” mahiyetinin ölçüsü olarak görülemez. (ONAR, a.g.e., s.30.)

³¹³ Geçerliliğinin yitirildiğinin kabul edilmesine rağmen bunun nedeninin belirtilmediğini ifade eden KARAHANOĞULLARI'na göre, yine de kamu malı aracılığıyla gerçekleştirilmesi ve toplumsal ihtiyaçları karşılaması nedeniyle, idare tarafından düzenlenmiş bir özel girişimin, yargı tarafından olası(virtüel) kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi mümkündür. (KARAHANOĞULLARI, **Kamu Hizmeti**, s.273-274.)

³¹⁴ KARAHANOĞULLARI, **İdarenin Hukukla Kavranması...**, s. 14.

açmıştır. Bu sebeple, yargı kararlarında bu vakıfların faaliyetlerinin kamu hizmetine yardımcı ve bitişik olma gibi vasıfları göz önünde bulundurulmuş olmakla birlikte, faaliyetlerinin niteliğinin “*virtüel kamu hizmeti*” doktrini ile kavranmasına ihtiyaç duyulmadığı da görülmektedir.

3. Kamu Gücü Ölçütü

“*Kamu gücü*”, muhatabının rızası aranmadan tek yanlı, işlem ve eylemler yapabilme ve gerektiğinde cebri icraya başvurabilme yeteneğidir.³¹⁵ Bu güç, bireylerin karşıt iradeleri karşısında dahi, tek yanlı hukuki etki ve sonuçlar yaratabilmeyi mümkün kılar.³¹⁶ Çünkü, kamu gücü, aslında devletin emretme ve iradesinin yerine getirilmesini sağlama yeteneğidir.³¹⁷ Bu sebeple, kamu gücünün, çoğu zaman temel hak ve özgürlükler üzerinde etkileri söz konusu olabilmektedir. Mesela, kamu gücüne dayanılarak yapılan bir kamulaştırma işleminin “*mülkiyet hakkı*” üzerinde oluşturduğu sınırlayıcı etkiler aşıkardır. Kamu gücüne dayanarak, bir öğrencinin, kayıtlı olduğu eğitim kurumu ile ilişkisini kesen bir idari işlemin “*eğitim hakkı*” üzerinde veya bir memurun kamu görevinden çıkarılmasına ilişkin disiplin işleminin “*kamu hizmetine giriş hakkı*” üzerinde sonuçları olduğu gibi kamu gücünün, temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkisini gözlemleyebileceğimiz çok

³¹⁵ ÖZAY, a.g.e., s.298; AYAYDIN, a.g.m., s. 127.

³¹⁶ ERKUT, a.g.e., s. 13.

³¹⁷ DURAN, a.g.e., s. 23.

sayıda örnek bulabiliriz. Dolayısıyla, temel hak ve özgürlükler üzerinde sonuçları olan kamu gücünün tanımını yaparken, ancak kamu hizmeti sunma ve kamu düzeni sağlama amaçlarıyla ve ancak sıkı yasal sınırlamalara tabi olarak kullanılabilen, devlete ait zor kullanma gücü olduğunu³¹⁸ vurgulamanın, temel hak ve özgürlükleri keyfi sınırlamalara karşı koruma amacını da taşıyan hukuk devleti anlayışı içinde daha tutarlı olacağı düşünülmektedir.

Kısaca bu şekilde tanımlayabildiğimiz, kamu gücünün, idari işlemin tespitinde kullanılabilecek bir ölçü haline gelmesiyle ortaya çıkan “*kamu gücü ölçütü*”, en eski haliyle devlet işlemlerinde “*hakimiyet-temşiyet tasarrufları*” ayrımına dayanmaktadır.³¹⁹ “*Hakimiyet tasarrufları*” denilen, idarenin kamu gücüne dayalı eylem ve işlemleri idari yargı denetimine tabi görülürken, idarenin özel hukuk kişileri gibi davrandığı eylem ve işlemleri “*temşiyet tasarrufları*” olarak adlandırılır ve adli yargı görev alanında kabul edilir.³²⁰ Yani, idarenin işlemlerinin hangilerinin idari işlem sayılacağını belirlemeye yönelik kullanılan bir ölçüt olan kamu gücü ölçütü, bu haliyle organik ölçüte göre idari işlem olarak nitelendirilen bir hukuki işlemin, kamu gücü ölçütüyle yeniden sınanması ve niteliğinin saptanmasını

³¹⁸ KARAHANOGULLARI, Onur, “*İdare Hukuku Kavramları*”,

<<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/kavramlar.pdf>,

Erişim Zamanı:20.03.2016, 23:09>

³¹⁹ ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, **İdare Hukuku**, C.2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.166-167.

³²⁰ ONAR, a.g.e., s.48; KALABALIK, a.g.e., s.18.

sağlamaktaydı.³²¹ Dolayısıyla, eski biçimiyle ele alındığında, kamu gücü ölçütünün, idari işlemleri, hukuki işlemlerden ayırma hususunda elverişli olmadığı düşünülebilir. Zaten yargı organları tarafından da yalnızca idarenin işlemlerini ayırt etme hususunda kullanılmıştır. Zaman içerisinde de sadece sınırlayan, kural koyan, emreden devlet anlayışının ötesinde topluma hizmet sunan devlet anlayışına geçiş ile birlikte yetersiz görülmüştür.³²² Ancak daha sonraları içtihatlarla geliştirilerek kapsamı değişmiştir.³²³ Mesela, Conseil D’Etatın 1942 yılında bir özel hukuk tüzelkişisinin uyuşmazlık konusu işleminin idari işlem niteliğinde olduğunu kabul ettiği “*Monpeurt*” kararında kamu gücü ölçütüne de başvurulduğu bilinmektedir.³²⁴ Bu karar ve daha sonraları 1961 yılındaki benzer “*Magnier*” kararı ile Fransız Danıştayınca, organik ölçüt esas alınmaksızın, maddi ölçüte göre, özel hukuk tüzelkişilerinin tek yanlı işlemlerinin, kamu hizmetine ilişkin olup olmadığı ve

³²¹ GÖZLER, a.g.e.(C.1), s.658.

³²² GÜNDAY, a.g.e., s.31.

³²³ Ancak, değişimler yaşamadan önce 19. yy sonuna kadar Fransa ‘da ve Türkiye’de 1950’ye kadar içtihatlarda kullanılmıştır. (KALABALIK, a.g.e., s. 18.)

³²⁴ Buna benzer olarak, Conseil D’Etat 1943 yılındaki Boungen Kararı da, özel hukuk tüzelkişileri olarak kabul edilen meslek kuruluşlarının idari işlem yapabileceğine dair örnekler arasında gösterilmiştir. (Bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan, “*Hukukumuzda Kamu Tüzelkişiliği Kavramı ve Kıstasları*”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.7, s. 373-398, Kalkan Matbaacılık, Ankara, 2016, s.380.)

herhangi bir kamusal ayrıcalıktan yararlanıp yararlanmadığı incelenmiştir.³²⁵ Conseil D'Etatın, bu inceleme sonunda bir özel hukuk tüzelkişisinin işleminin idari işlem olacağına hükmetmesi ve bu yaklaşımın zamanla doktrinde kabul görmesiyle, kamu gücü ölçütünün organik ölçütle bağı koparak³²⁶ kapsamı genişlemiştir. Buna göre, bir özel hukuk tüzelkişisinin kamu gücü kullanarak yaptığı işlem, idari işlem olarak kabul edilebilir ve ondan kaynaklanan uyuşmazlıklar da idari yargının görev alanında görülür.³²⁷

Görüldüğü üzere, eski kamu gücü ölçütünün içeriğine artık yeni bir kavram daha sokulmuştur: “ayrıcalık”. Yani, kamu gücü ölçütünün içeriği, idarenin tasarrufunun türünün hakimiyet mi yoksa temşiyet mi olduğunun ötesine geçerek, idare dışındaki tüzel kişilerin de kamusal ayrıcalıklarla olan ilişkisini kapsayacak şekilde dönüşmüştür. Buna göre, bir tüzelkişinin bir faaliyeti icra ederken, kamusal ayrıcalıklardan yararlanıp yararlanmadığı, yararlanıyorsa eğer söz konusu faaliyete ilişkin işlemlerinin idari nitelikte olacağı düşünülebilir. Zira, kamu hukukunda

³²⁵ TAN, Turgut, “*Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi*”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.8, S.2, s. 33-49, Ankara, 1975, s.38.

³²⁶ Zira, ilk biçimiyle kamu gücü ölçütünün, organik ölçüte göre kamu tüzelkişilerinin işlemleri arasında yapılacak ayrımlar için kullanıldığından bahsetmiştik. Burada bahsedilen “kopuş” bu ölçütün, artık organik anlamda “idare” sayılmayan özel hukuk tüzelkişilerinin işlemlerini değerlendirirken de kullanılabilen bir ölçüt haline dönüşmesini anlatmaktadır.

³²⁷ GÖZLER, a.g.e.(C.1), s.658

“ayrıcalık” kavramının “idarilik” ile doğrudan ilgisi söz konusudur.³²⁸ İdare hukuku için “ayrıcalık” kavramı, “üstün hukuki rejime” bağlı faaliyetler sırasında üçüncü kişiler üzerinde onların rızası aranmaksızın hukuki sonuçlar yaratabilme imtiyazı anlamına gelmektedir.³²⁹ Bu da yukarıda yaptığımız “kamu gücü” tanımlarına denk gelmektedir. Fransız Hukuku’nda kamu gücünden bahsedilirken, “*privilege du prealable*”(ayrıcalıklı yetki) kavramının da kullanılıyor olması söz konusu kavramların içlemleri arasındaki yakın ilişkiden kaynaklıdır. Bu yakın ilişkiyi de kamu gücü ayrıcalıklarını, kamu gücünü tespit edebilmenin ölçüsü şeklinde kabul ederek netleştirebilmek mümkündür. Dolayısıyla, kamu gücü ayrıcalıkları, kamu gücünü tespit eden bir idarilik ölçütü olarak karşımıza çıkmaktadır. Oysa, eski kamu gücü ölçütünün odağında, kamu gücünün varlığı değil yokluğu araştırılmaktaydı. Belki eski haliyle bu ölçüt, KİT’ler gibi devletin, piyasa içerisinde eşit hukuk özneleri gibi faaliyet gösteren yapıların işlemlerinin özel hukuk işlemi niteliğinde olup olmadığını saptama hususunda elverişli olabilecek ve bu yolla idari yargının görev alanında daraltıcı etki yaratan bir ölçüt olarak kabul edilebilirdi. Ancak, artık, “*genel hükümleri aşan şartlara*” bakarak, kamu gücü ayrıcalık ve

³²⁸ ARAL’a göre, idare hukuku da dahil tüm kamu hukuku kuralları, eşitsizlik ve imtiyaza dayanır. Bkz. ARAL, Rüştü, “*İdari Yargı Alanı ve Cumhuriyet Döneminde Danıştay*”, **Danıştay Dergisi**(Cumhuriyet’ in 50. Yılı Özel Sayısı), Güven Matbaası, s. 18-142, Ankara, 1973, s. 29.

³²⁹ ERKUT, **Kamu kudreti...**, s.53.

yükümlülüklerini³³⁰ araştırmayı odağına alan bu ölçüt³³¹, özel hukuk tüzelkişilerinin, özel hukuku aşan faaliyetlerini de kapsamaya elverişli olmasından ötürü, idari yargının görev alanını genişletmektedir, diyebiliriz. Bu genişleme, sadece, özel kişilerin idari işlem niteliğinde görülen işlemlerinin idari yargıda denetlenmesini değil; aynı zamanda, bir görüşe göre, özel kişiler tarafından sağlanıyor olsa da bir hizmetin, idarenin ayrıcalık ve üstün gücüne yani, kamu gücü ayrıcalıklarına dayanması durumunda “*kamu hizmeti*” niteliğine bürünerek³³² idari yargının denetim alanına girmesini de içerir.

C. BELİRLEYİCİ ÖLÇÜT SORUNU

İdari işlemleri, özel hukuk işlemlerinden ayırmak için kullanılan temel ölçütlerine ilişkin incelememizde, her bir ölçütün bugün idari işlemleri ayırt etme hususunda tek başına yeterli olmadığı görülmektedir. Buna koşut olarak da, yargı organlarının farklı uyumsuzluklarda farklı ölçütleri kullandığı görülmektedir. Bunun

³³⁰ İdarenin ayrıcalıkları olduğu gibi tabi olduğu yükümlülükler de idari niteliğin tespiti için kullanılmaktadır. Çalışmamızda, ayrıca anılmamakla birlikte, kamusal ayrıcalıklar ya da kamu gücü ayrıcalıkları ifadeleri ile “*yükümlülükler*” de kastedilmiştir.

³³¹ Bkz. GÖZLER, a.g.e. (C.1.), s.85.

³³² ONAR, a.g.e., s.30.

yanı sıra, yargı kararlarında, genel olarak idari işlemleri tespit etmede kullanılan ölçütler çeşitli tarihsel dönemlerde de farklılık göstermiştir.³³³ Ancak, bu farklılıkları açıklamak ve belirleyici ölçütü tespit etmek üzere, pek fazla çalışma yapılmadığı da doktrinde eleştirilmiştir.³³⁴ Bu çalışmada ise belirleyici ölçüt meselesi sınırlı da olsa tartışmaya değer görülmüştür. Elbette, çalışmamızın, sınırları gereği, idari işlemlerin ölçüsünü kavramaya çalışırken, yargının tercih ettiği veya tarafımızca kabul edilen baskın ölçütün ne olduğu hususları, tüm idari işlemleri kavrayacak biçimde değil, yalnızca özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemleri özelinde irdelenmiştir. Ancak, bu hususları tartışmaya geçmeden önce, özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemlerini tespit etmede kullanılan ölçütlerin yetersiz kaldığı durumlardan söz edilmiştir.

Özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemlerinin tespiti söz konusu olunca, organik ölçütün dikkate alınmasına ihtiyaç olmadığı görüşünün de, bugün idare hukuku alanı içerisinde kabul gördüğünden bahsetmiştik. Ancak, Türk yargısı tarafından bu durum hala istikrar kazanmış bir kabule dönüşmemiştir. Hatta, yargı organlarının bu konuda farklı yaklaşımları olduğuna da değinmiştik. Bu farklı yaklaşımlar bir arada değerlendirildiğinde, bazı kararlarda, organik ölçüte bakılmak suretiyle, işlemin niteliğinin tespitinde o işlemi meydana getiren tüzelkişinin idari niteliğinin varlığının araştırılmakta olduğu; bazılarında, işlemi tesis eden özel hukuk

³³³ Mesela, 1950’lerden sonra idare hukuku alanını belirleyici ölçüt olarak, hakimiyet-temşiyet ölçütünün yerine, kamu hizmeti ölçütünün benimsenmesinde görüldüğü gibi.(KALABALIK, a.g.e., s.18-19.)

³³⁴ ZABUNOĞLU, a.g.e.(C.2), s.169.

tüzelkişilerinin, kamu tüzelkişilerine “yaklaştırıldığı”; bazılarında ise organik ölçüte göre bir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir. Bu üç yaklaşıma ilişkin çalışmamız kapsamında da bazı örneklerden bahsedilmiştir.

Birinci olarak, Danıştayın, SYDV’lerin bir işleminin idari işlem niteliğinde olduğu tespitini yaparken, öncelikle bu vakıfları kamu tüzelkişisi olarak nitelendirmesi³³⁵ ya da Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığının özel hukuk tüzelkişisi olması sebebiyle işlemlerinin idari nitelikli sayılmayacağına hükmetmesi³³⁶ hep organik ölçütün esas alındığına ilişkin örneklerdir. Uyuşmazlık Mahkemesinin de bu yönde kararları vardır. Yalnız, ileride açıklayacağımız üzere Uyuşmazlık Mahkemesinin tersine, Danıştay içerisinde bu yaklaşımın baskın olmadığını söyleyebiliriz.³³⁷

İkinci olarak, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararlarında³³⁸, ATGV ile TDV’nin, kamu tüzelkişiliğine yaklaşan niteliklerinden söz edilmesiyle veya

³³⁵ Danıştay 12.Daire, E.2003/131, K.2004/2238, k.t. 28.06.2004 <Kaynak: www.kazanci.com>.

³³⁶ Danıştay, 5.D, E.2007/5319, **Danıştay Dergisi**, S. 118, s.210 (Aktaran: YILDIRIM, YASIN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY, **İdare Hukuku II**, s. 41.)

³³⁷ Danıştayın daha “esnek” yaklaşımına ilişkin değerlendirmeler için bkz. 164 vd.

³³⁸ Bkz. s.40.

Danıştay, kararlarında SYDV'ler gibi³³⁹ bazı tüzelkişilerin, karma tüzelkişiliğinden bahsedilmesiyle ortaya çıkan ölçütü değerlendirebiliriz. Elbette, burada yapılacak değerlendirmeye, bir özel hukuk tüzelkişisi olduğuna tarafımızca tereddüt bulunmayan TESTAŞ hakkında, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından yapılan, “*kamu kurumu niteliği ağır basan bir anonim şirket*”³⁴⁰, nitelendirmesini de ekleyebiliriz. Tüzelkişileri nitelendirmek üzere yargı organları tarafından kullanılan bu kavramların(nitelendirmelerin), “*belirleyici ölçüt*” meselesi içerisinde ne anlama geldiği burada yapılacak bir değerlendirmenin esas konusunu oluşturacaktır. Yani, “*karma tüzelkişi*”, “*kamu tüzelkişiliğine yaklaşan yeni bir müessese*” veya “*kamu kurumu niteliği ağır basan bir anonim şirket*” kavramları ile yeni tür tüzelkişiliklerden mi bahsedildiği, yahut, tüzelkişilerin yapısının ve işlevinin göz önüne alınarak, yalnızca işlevsel ölçüt ve/veya kamu gücü kriterine mi ulaşıldığı sorusu da değer kazanmaktadır. Zira, özel hukuk tüzelkişiliği ve kamu tüzelkişiliği olmak üzere iki tür olan tüzelkişilik türlerine ek olarak, bu tüzelkişilerin karması olan üçüncü bir tür tüzelkişiliğin varlığının arandığı düşünülecek olursa, söz konusu uyuşmazlıklarda öncelikli olarak organik ölçütün araştırıldığı düşünülecek, aksi takdirde, kamu gücü ölçütü üzerinden bir tespitte bulunulduğu kabul edilebilecektir. Kanımızca, burada esas alınan kriterin, organik ölçüt olduğu düşünülmemelidir. Nitekim, hukuk sistemimizde üçüncü tür bir tüzelkişilik bulunmamaktadır.³⁴¹ Bunun

³³⁹ SYDV'lerin, yanı sıra karma tüzelkişiliğe sahip olduğu varsayılmış tüzelkişiler için bkz. s.112.

³⁴⁰ UYM, E.1996/52, K.1996/94, k.t. 14.10.1996, R.G., 24.10.1996, S.22797, s. 20.

³⁴¹ GÖZLER, a.g.e.(C.1), s.188 vd.

yanı sıra söz konusu kararlarda yargı organlarının kamu gücü kriterinden hareketle, işlevsel³⁴² ve/veya organik ölçütlerin boşluğunu doldurma çabaları da ortadadır. Ancak, yine de, geliştirilen yaklaşımı hukuk içerisinde anlamlandırmanın pek kolay olmadığı da ortadadır. Zira, bu yaklaşım hukuk sistemimize kazandırılmış bir yenilik değil, tüzelkişilik ve idari işlem kavrayışında ortaya çıkan bir “bozukluktur”³⁴³. GÖZLER’e göre yargının yaptığı bu tarz nitelendirmeler de bir talihsizlik eseridir.³⁴⁴

Üçüncü olarak, özel hukuk tüzelkişilerinin işlemlerinin idari niteliğini tespit ederken, organik ölçütün dikkate alınmadığı, yargı kararlarına, Danıştay tarafından Telekom A.Ş.’nin veya Organize Sanayi Bölgelerinin bazı işlemlerinin idari nitelikte

³⁴² Kamu hizmeti diyememekle birlikte “ona bitişik hizmet” tabirinin kullanılmasının anlamı bu olabilir.

³⁴³ Bu bozukluğun sebebiyse elbette yalnızca yargının yaptığı nitelendirmelerden ibaret değildir. Aslında, kamu yönetimi sisteminde başlayan bu bozukluk yönetim hukukuna da etki etmektedir. Sonuçta, ortaya çıkan sorunlu “*tablo*”, DURAN’ın öngörüsünün başarısını da ortaya koymaktadır: Kamu kurumlarının “*görev konularıyla ilgili vakıfların oluşturulması, devlet teşkilatına paralel bir özel örgüt ağının belirmesine ve etkinliklerine yol açmakla, sanıldığı gibi ve savunulduğunun aksine kamu yönetimine sakıncalar ve tehlikeler getirmektedir.*”(DURAN, a.g.m., s.9.).

³⁴⁴ Ibid.

görüldüğü içtihatları³⁴⁵ örnek gösterilebilir. Bu kararlarda, Danıştay, organik ölçütü dikkate almamakla birlikte işlevsel ölçüt ve kamu gücü ölçütlerini kullanmıştır.

Görüldüğü üzere, yargı kararlarında organik ölçütün esas alınması, özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemlerini kavramakta bazı problemler çıkarabiliyor. Ancak, bu durum, işlevsel ölçütün veya kamu gücü ölçütünün sorunsuz olduğu anlamına gelmemektedir. Gerçi, daha önce de bahsettiğimiz üzere, işlevsel ölçüt, idari işlemleri diğer kamu hukuku işlemlerinden ayırt etmede başarılı olarak kullanılabilir. ³⁴⁶ Ancak, aynı başarıyı özel hukuk tüzelkişilerinin tesis ettiği hukuki işlemlerin idari niteliğinin saptanmasında gösterebildiğini söylemek doğru olmayacaktır. Örneğin, Elektrik dağıtım ve iletim ruhsatı sahibi bir özel hukuk tüzelkişisi olan Osmangazi Elektrik Dağıtım A.Ş.’nin kamu hizmetinden faydalanmak isteyen vatandaşlarla yaptığı abonman sözleşmesi Danıştay tarafından bir özel hukuk işlemi olarak nitelendirilmiştir.³⁴⁷ Yani, bir hukuki işlemin kamu

³⁴⁵ Telekom A.Ş. ile ilgili kararlar için bkz. s.26 vd. OSB’lerle ilgili kararlar için bkz. s.51 vd.

³⁴⁶ s.135.

³⁴⁷ “...kamu hizmetlerinden abonman sözleşmesi ile faydalanılmakta ve bu sözleşmeler belirli bir konuyu, şartları, karşılıklı hakları ve borçları belirlemektedir. Bu açıdan, özel hukuk sözleşmesi niteliğinde bulunan abonman sözleşmeleri ve bu sözleşmeler uyarınca düzenlenen faturalardan doğan uyuşmazlıkların adlî yargıda görülmesi gerekmektedir.” (Danıştay, 10.D., E. 1992/2323, K. 1994/1871, k.t. 27.04.1994, <Kaynak: www.kazanci.com>).

hizmetleriyle ilgisi, ona idari nitelik kazandırmaya yetmemektedir. Oysa, kamu hukuku işlemlerinin içerisinde idari işlem olanlarını ayırt etmekte işlevsel ölçüt yeterli olmaktadır. Çünkü, kamu hukuku işlemlerini ayırt ederken, devletin, fonksiyonlarının farkından yola çıkan işlevsel ölçüt, her fonksiyonun kamu gücüne dayalı olması nedeniyle, kamu erkinin varlığını elbette bir ölçü olarak aramamaktadır. Yani, kamu gücü, zaten devlet fonksiyonlarının hepsinde mevcuttur. Ancak, kamu hizmeti yerine getiren özel hukuk tüzelkişilerinin, aynı zamanda tesis ettiği işlemlerde kamu gücü kullanıp kullanmadığı sorgulanmaya muhtaçtır. Bu durumda, özel hukuk tüzelkişilerinin işlemlerinin idari niteliği araştırılırken, idare işlevinin yanı sıra kamu gücü ölçütü de başvurulacak bir ölçüt olacaktır. Bunun çok temel bir sebebi vardır: Gelişen idare hukuku anlayışı, sınai ve ticari kamu hizmetleri gibi özel hukuktaki mübadele ilişkilerine çok benzeyen hizmetler sunulmasını mümkün kılmaktadır. Bu kamu hizmeti anlayışında yaşanan önemli bir değişimdir.³⁴⁸ Bu değişime uygun olarak, sosyal kamu hizmetleri ile sınai ve ticari kamu hizmetleri yerine getirilirken, özel hukuk ve kamu hukuku usullerinin bir arada kullanıldığı “*karma hukuki rejim*” uygulanmaktadır.³⁴⁹ Ayrıca idare, söz konusu bu hizmetlerin özel kişilerce gördürülmesi amacıyla yetkilendirme de yapabilmektedir. Bu

³⁴⁸ Bu değişimin sonucu olarak, kamu hizmeti ölçütünün, “*ağırlığı devam etmekle birlikte*” temel ölçüt olma vasfını yitirdiği kabul edilmiştir. Bkz. TAN, Turgut, “*Kamu Hizmeti Kriz ve Yeniden Tanımlama*”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap**, Damıştay Yayınları, Ankara, 1990, s. 335.

³⁴⁹ ÇIRAKMAN, Birsen, “*Kamu Hizmeti*”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.9, S.4, Ankara, 1976, s. 86.

yetkilendirme sonucu kamu hizmeti sunumuyla görevlendirilmiş özel kişilerin, işlevsel ölçüte göre, kamu hizmeti yerine getirir ve kamu gücü kullanırken, faaliyetleri idare işlevine dahil görülerek, işlemleri idari işlem olarak kabul edilecektir.³⁵⁰ Diğer yandan, kamu tüzelkişilerinin mübadele ilişkileri dolayısıyla idarenin iki eşit hukuk öznesi gibi davrandığı, özel hukukun kurallarının hakim olduğu bir alanda tesis edilen işlemlerinin de kural olarak özel hukuk işlemleri sayılması gerekmektedir.³⁵¹ Bu durumda, gerek idarenin özel hukuk alanında sonuç doğuran işlemlerinin özel hukuk işlemi niteliğinin, gerekse kamu hizmeti sunumunda yer alan özel kişilerin idari işlemlerinden bahsedebilmek için başka bir ölçüte, kamu gücü ölçütüne başvurma gereği hasıl olmaktadır. Tabi, hal böyle olunca, kamu gücü ölçütünün, destekleyici mi yoksa belirleyici mi olduğu sorusu akla gelmektedir.

GÖZLER'e göre, kamu gücü ölçütü, idare hukukunun uygulama alanını belirleyici ölçüt olarak değerlendirilmiştir.³⁵² ÖZTÜRK'e göre de özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemi belirleyen ölçüt kamu gücü ölçütüdür: *"...günümüzde, bir özel hukuk tüzel kişinin tek yanlı ve etkili işlemler yapma yetkisi ile donatıldığı durumlarda, işlemin salt bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından yapılmasının, o işlemi özel hukuk işlemi haline getirmeyeceği; aksine ilgili tüzelkişinin kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanması keyfiyetinin onu kamu tüzel kişilerine yaklaştırdığı ve*

³⁵⁰ ZABUNOĞLU, a.g.e.(C.2), s. 172; ERKUT, a.g.e., s.65.

³⁵¹ DURAN, a.g.e., s.22-23.

³⁵² GÖZLER, a.g.e., (C.1.), s. 86

bu suretle yapılan işlemlerin idari işlem niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.”³⁵³

Yine, açıkça ölçütün adını anmasa da ÖZAY’a göre de bu ölçüt belirleyicidir: *“Hem yetkilerinin daha üstün olması, hem de bunları kullanırken bağlı olduğu sınırlamaların o yetkileri doğrudan doğruya etkilemesi olgularını bir “gösterge” olarak kabul edersek, bunların varlığı İdare Hukuku ve uygulanma alanını belirlemek için kullanılabilecek bir ölçüttür.”³⁵⁴* Benzer şekilde, ARDIÇOĞLU’nun, bir özel hukuk tüzelkişisi olan, Erişim Sağlayıcıları Birliğinin, erişim engelleme yetkilerini değerlendirirken kullanmış olduğu ifadeleri de belirleyici ölçütün kamu gücü ölçütü olduğuna dair emareler taşımaktadır: *“erişim engellemeleri, idari bir yetkinin kullanımı sonucu yapılmış idari işlemlerdir. İcrai nitelikteki bu idari işlemlere karşı da özel ehliyet koşullarını taşıyanlar tarafından iptal ve/veya tam yargı davası açılması mümkündür. Husumetin ise doğrudan Birliğe yöneltilmesi gerekmektedir”.*³⁵⁵ Bu güncel görüşler bize belirleyici ölçütün kamu gücü ölçütü olduğuna dair fikir vermektedir. Diğer yandan, belirleyici ölçüt meselesine yaklaşımın yargı organları içerisinde de farklılık taşıdığı görülmektedir. Bu farklılıklar, tarihsel dönemlere göre ve/veya yargısal kurumlara göre olabilmektedir.

³⁵³ ÖZTÜRK, K. Burak, “İdarenin Denetlenmesinde Zorunlu Tahkim Yolu”, s.613.

³⁵⁴ ÖZAY, a.g.e, s.373.

³⁵⁵ ARDIÇOĞLU, a.g.m, s.136.

AKYILMAZ’a göre, Uyuşmazlık Mahkemesi, idari işlemlerle, özel hukuk işlemlerini ayırt etmede kamu hizmeti ölçütünü kullanmaktadır.³⁵⁶ Ancak yazarın bu görüşe referans olarak gösterdiği kararların 1980 yılına ait olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Zira, kamu hizmeti ölçütü uzun bir süre Türk İdare Hukuku’nda belirleyici ölçüt olarak görülmüştür.³⁵⁷ Ancak, TAN’ın 1990’ yılında dikkat çektiği üzere kamu hizmeti ölçütü, “*ağırlığı devam etmekle birlikte*” temel ölçüt olma özelliğini yitirmiştir.³⁵⁸ Bundan sonra, kesin bir ölçüt oluşturma konusunda yargının zorluk çektiği görülmüştür. Hatta, ZABUNOĞLU’nun da ifade ettiği gibi Danıştay’ın “*idarilik ölçütü*” oluşturma hususunda istikrar kazanmış bir anlayışının oluşmadığı kabul edilmiştir.³⁵⁹ Buna rağmen, yargının özel hukuk tüzelkişilerinin işlemlerinin idari niteliğini tespit etmede kullandığı ölçütler, bu ölçütlerin mahiyeti ve günümüzde geçerli olan belirleyici ölçütün hangisi olduğu, tarafımızca da aşağıda irdelenmeye değer görülmüştür. Nitekim, bu çalışma içerisinde yargı kararlarının güncel olarak yeniden değerlendirilmesi, içtihatların da idare hukukunun “*önemli ve etkili*” bir parçası olması³⁶⁰ sebebiyle değerli görülmüştür.

³⁵⁶ 1980 yılındaki iki karar örneğini sunan görüş için bkz. AKYILMAZ, a.g.e., s.30 (25 numaralı dipnot).

³⁵⁷ 1970 yılında BALTA’nın da idari bir tasarrufun hangi yargı düzeninin alanına girdiğinin tahlilinde Mahkemelerin sıklıkla kamu hizmeti ve kamu kuralı ölçütlerini kullandığını izah ettiğini görebiliriz. Bkz. BALTA, a.g.e., s. 96 vd.

³⁵⁸ Bkz. TAN, a.g.m., s. 335.

³⁵⁹ ZABUNOĞLU, a.g.e(C.1), s. 80.

³⁶⁰ DURAN, a.g.e., s. 28.

D. YARGISAL ÖLÇÜTLER

Özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemlerine yargı içtihatlarıyla getirilen ölçütleri ele alırken idari yargının görev alanını şekillendirmede sahip olduğu önemi gereği, Anayasa Mahkemesi'nin, Danıştay'ın ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin karar örneklerine değinebiliriz.

Anayasamızda idari ve adli yargı ayrımı olduğunu belirten Anayasa Mahkemesi'ne göre *“idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idarî yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tâbi olacaktır.”*³⁶¹ Benzer olarak, Anayasa Mahkemesi'nin 2010 yılındaki bir içtihadında, idari işlem tanımı yapılırken, *“idari makamların, kamu gücü ile hareket ederek, idare işlevine ilişkin olarak”* tesis ettikleri işlemlerinden bahsedilmiştir.³⁶² Yani, Anayasa Mahkemesi'nin 2006 ve 2010 yılında hükmetmiş olduğu bu kararlarına göre, idarilik ölçütü olarak, organik ölçüt, kamu gücü ve kamu hukuku ölçütlerinin kabul edildiğini düşünebiliriz. Ancak, özel hukuk tüzelkişilerinin işlemleri söz konusu olduğunda, Anayasa Mahkemesi nezdinde yapılan değerlendirmelerde organik ölçütün ön plana çıkarıldığını da daha önce söylemiştik.

³⁶¹ Anayasa Mahkemesi, E.2005/108, K.2006/35, k.t. 01.03.2006, R.G., 22.07.2006, S.26236.

³⁶² Anayasa Mahkemesi, E.2007/98, K.2010/33, k.t. 04.02.2010, R.G., 18.05.2010, S.27585.

Dolayısıyla, bu ölçüte göre Anayasa Mahkemesinin henüz özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem yapabileceğine dair herhangi bir kararına rastlanmamıştır. Yine de, Anayasa Mahkemesinin bir kararında özel kişilerin kamu hizmetleri sunumuna dahil olabileceği ve ancak icrai olmayan işlemler yapabileceği kabul edilmiştir.³⁶³

Tıpkı Anayasa Mahkemesi gibi Uyuşmazlık Mahkemesi nezdinde de, idari işlemin varlığını tespit edebilmek için organik ölçüt halen olmazsa olmazdır. Örneğin, Demirtaş Organize Sanayi Bölgesinin görevlerini gereğince yerine getirmemesi sebebiyle, ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulduğu bir uyuşmazlıkta, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından, davalı OSB'nin özel hukuk tüzelkişisi olması nedeniyle açılan davanın idari yargı yetkisi kapsamında olmadığına hükmedilmiştir.³⁶⁴ Başka bir uyuşmazlıkta, Sivas Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı tarafından kendisine kömür yardımı yapılmayan davacının zararının giderilmesini istediği davanın, “*davalının özel hukuk tüzel kişisi olması nedeniyle, idare aleyhine açılmış bir davadan söz edilemeyeceği...*”, gerekçesine dayandırılarak, çözüm yerinin adli yargı olduğuna hükmedilmiştir.³⁶⁵ Bu gerekçelere

³⁶³ Anayasa Mahkemesi, E.2001/377, K.2002/59, k.t. 26.06.2002, R.G., 09.11.2002, S.24931.

³⁶⁴ UYM, E.2013/1710, K.2013/1923, k.t. 30.12.2013, <Kaynak: www.kazanci.com>).

³⁶⁵ UYM, E.2010/81, K.2010/193, k.t. 04.10.2010, R.G., 14.10.2011 (Mükerrer), S. 28084.

benzer olarak, Uyuşmazlık Mahkemesinin pek çok kararında “*kural olarak, idari yargıda ancak devlet ve kamu tüzel kişilerine karşı açılan davalara*” bakılabileceği kabul edilmiştir.³⁶⁶Bu konuda son dönemlerdeki kararlarına bakılınca, bir istisna dahi kabul etmediği görülen Uyuşmazlık Mahkemesinin, idari işlemlerden bahsedebilmek için ilk önce organik ölçüte başvurduğu görülmektedir. Ancak, eski tarihli kararlarını hatırlayacak olursak, neticesi itibariyle bazı istisnai yaklaşımlarının da söz konusu olabileceğini düşünebiliriz. Örneğin, Uyuşmazlık Mahkemesinin, ATGV ile ilgili kararında özel hukuk tüzelkişisi olan vakıfların tesis ettikleri işlemlerin denetiminin idari yargı yerlerinde olacağına hükmedilmesi bu istisnai yaklaşıma örnek olarak gösterilebilir. Gerçi, bu kararlarda, Uyuşmazlık Mahkemesinin ATGV’yi kamu tüzelkişiliğine yaklaştırmak suretiyle organik ölçütün varlığını saptadığı da düşünülebilir. Nitekim, bu kararları doktrinde böyle kabul ederek eleştiren görüşlere rastlanmaktadır.³⁶⁷ Ancak, yine de Mahkemenin “*yaklaştırmak*” yerine söz konusu vakıfları nitelendirirken, aleni olarak kamu tüzelkişileri olduklarından bahsedememesi karşısında organik ölçütün, istisnai olarak dikkate alınmadığı da düşünülebilmektedir. Zira, Uyuşmazlık Mahkemesi, ATGV’yi, yapı ve işlevi

³⁶⁶ Bkz. UYM, E.2013/1567, K.2013/1730, k.t. 11.11.2013; UYM, E.2013/199, K.2013/302, k.t. 04.02.2013; UYM, E.2010/137, K.2011/18, k.t. 07.02.2011; UYM, E.2008/192, K.2009/276, k.t. 07.12.2009.

³⁶⁷ GÖZLER, a.g.e., s. 177; YAYLA, a.g.e., s. 228; ULUSOY, a.g.e.(Ders Notu), s. 104.

yönünden kamusal alana taşan bir özel hukuk tüzelkişisi olarak değerlendirmiştir.³⁶⁸ Diğer yandan, bu tartışmanın odağında bulunan organik ölçütün sağlandığı ya da aranmadığı durumlarda Uyuşmazlık Mahkemesinin başka ölçütler kullanıp kullanmadığı da önemli bir başka sorudur. Bu soruyu yanıtlarken dikkat etmemiz gereken mühim bir husus, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kamu tüzelkişilerinin değil, gerçekte bir özel hukuk tüzelkişisinin iradesini idari nitelikte görürken hangi ölçütleri dikkate almış olmasıdır. Durum böyle olunca, inceleyebileceğimiz örnekler de Uyuşmazlık Mahkemesi'nin ATGV ve Jokey Kulübü ile ilgili kararları olacaktır. Ancak, Jokey Kulübü ile ilgili kararında, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, Jokey Kulübü bünyesinde yer alan Komiserler Kurulunun işleminin idari nitelikte olduğunu kabul etmesine karşın bunun nedenlerinden bahsetmemesi üzerine³⁶⁹, konu ile ilgili olarak incelenebilecek tek kararın, ATGV'nin lojman tahsis talebini reddeden işleminin iptali istemi ile açılan davada çıkarılan görev uyuşmazlığının çözümlendiği davada verildiğini söyleyebiliriz. Bu davada, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından “*idare hukuku alanına ilişkin bulunan Vakıf Konut Yönetmeliği ile önceden düzenlenmiş objektif kurallara göre yapılan değerlendirme sonucunda yetkili organ tarafından*

³⁶⁸ Uyuşmazlık Mahkemesine göre;“...bir özel hukuk tüzel kişisi olmakla birlikte *Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfının, kurucuları ile organlarının tümüyle kamu görevlilerinden oluştuğu ve genel bütçeli idare bütçesinde yer alan kamu hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla kurulduğu dikkate alındığında, yapısı ve işlevleri yönünden nitelik itibarıyla kamusal alana*” taşıdığı kabul edilmektedir. (UYM, E.1999/1, K.1999/11, k.t. 03.05.1999, R.G., 08.06.1999, S.23719, s. 31.)

³⁶⁹ UYM, E.1995/2, K.1995/1, k.t. 13.02.1995, R.G., 20.03.1995, S.22233, s. 29-31.

re'sen ve tek yanlı biçimde tesis edilen dava konusu işlem tüm unsurları bakımından idari bir işlem” niteliğinde görülmüştür.³⁷⁰ Bunun yanı sıra aynı kararda Uyuşmazlık Mahkemesi, “*tesis edilen işlemlerin, adalet hizmetiyle birlikte yürüyen ve ona bitişik idari nitelik*” taşımasını davanın çözümünde idari yargının görevli olma gerekçeleri arasında saymıştır. Yani, Mahkemenin bu kararda organik ölçütün yanı sıra idari niteliği tespit ederken; idare hukukundan kaynaklanan yetki ve usullerin uygulanması, kararın re'sen ve tek yanlı şekilde alınması ile vakfın faaliyetlerinin kamu hizmeti işlevine bitişik olması gibi durumları göz önüne alarak, kamu hukuku ölçütü, kamu gücü ölçütü ve işlevsel ölçütü birlikte kullanmaya gayret ettiği düşünülebilir.

Özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemlerinin yargısal ölçütleri hakkında daha ayrıntılı verilere Danıştay içtihatları incelenerek ulaşılabilir. Bu önemi gereği çalışmamızın bu kısmında Danıştayın yaklaşımı, Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesinden sonra ele alınmıştır. Danıştayın, özel hukuk tüzelkişilerinin işlemlerinin idari niteliğinden bahsederken, önceleri organik ölçütü temel alan değerlendirmeler yaptığı görülmektedir. Mesela, Danıştay 10. Dairesinin, İLKSAN'ı özel hukuk tüzelkişisi³⁷¹ olarak nitelendirdikten sonra sadece bu sebepten ötürü, söz konusu sandığın bir üyesinin ilçe temsilciliğine seçilme talebini reddeden

³⁷⁰ UYM, E.1999/1, K.1999/11, k.t. 03.05.1999, R.G., 08.06.1999, S.23719, s. 31.

³⁷¹ Anayasa Mahkemesi ise İLKSAN'ı “tüzelkişiliğe sahip bir kamu kurumu” olarak nitelendirmiştir. Anayasa Mahkemesi, E. 1985/7, K. 1985/22, k.t. 28.11.1985; R.G., 21.01.1986, S.18995.

işleminin yargısal denetiminin adli yargı tarafından yapılacağı yönündeki görevsizlik kararı bu hususa mütealliktir.³⁷² Yine, Danıştayın, SYDV'nin özel hukuk tüzelkişisi olmasından dolayı işlemlerinin idari işlem niteliğinde olmadığı gerekçesiyle görevsizlik kararı veren ilk derece mahkemesinin kararını onaması³⁷³ veya Türkiye Futbol Federasyonunun özel hukuk tüzelkişisi olması sebebiyle “*idari işlem niteliği bulunmayan 1996-1997 sezonu yayın talimatına karşı açılan*” davayı görev yönünden reddeden ilk derece mahkemesinin kararını onaması³⁷⁴ verilebilecek başkaca örneklerdir. Ancak, aşağıda göreceğimiz bazı kararlarda, zamanla Danıştayın bu yaklaşımının esneklediğini görmek mümkündür. Danıştayın daha evvel bahsettiğimiz, ATGV'nin ve TDV'nin işlemlerini denetlerken hükmetmiş olduğu kararlarında³⁷⁵, geçmişte olduğu gibi işlemlerin idari niteliğini saptarken organik ölçütü bir başlangıç noktası olarak kabul etmese de, organik ölçüt dışında başka ölçütlerle sınıanan işlemlerin idari niteliğinin, tüzelkişiliğin kamusal niteliğini sağlamada etki olarak görülmesiyle, aslında organik ölçütün de dışlanmadığı düşünülebilir. Bu durumda, Danıştayın söz konusu kararlarda organik ölçüt, işlevsel ölçüt ve kamu gücü ölçütünü kullanarak ortaya koyduğu yaklaşım, üç ölçütün

³⁷² Danıştay, 10.D., E. 1992/2323, K. 1994/1871, k.t. 27.04.1994, <Kaynak: www.kazanci.com>.

³⁷³ Danıştay 10.D, E.1995/7712, K.1997/23, k.t. 28.01.1997, <Kaynak: www.kazanci.com>.

³⁷⁴ Danıştay, 10.D, E. 1997/972, K. 1997/2081, k.t. 25.07.1997, (Aktaran: GÖZÜBÜYÜK, TAN, a.g.e., s. 412.)

³⁷⁵ Bkz. s. 40.

birlikte kullanılması olarak değerlendirilebilir.³⁷⁶ Başka bir örnekte yine aynı yaklaşımla, Danıştay 10. Dairesinin, SYDV'nin kamu tüzelkişiliğine de sahip karma tüzelkişilik olduğu, faaliyetlerinin kamu hizmeti olduğu tesis edilen dava konusu işleminin de kamu gücüne dayalı olarak re'sen ve tek yanlı işlem olması sebebiyle idari işlem olduğuna hükmettiğini de görebiliriz.³⁷⁷ Gerçi, Danıştay'ın 2012 yılına kadar verdiği kararlarda hep aynı yaklaşımı geliştirmediğini de belirtmemiz gerekmektedir. Mesela, aynı Danıştay dairesinin 2009 yılında OSB'lerin arsa tahsisine ilişkin tek yanlı tasarruflarının idari niteliğinden bahsederken, özel hukuk tüzelkişileri tarafından tesis edilmiş olsa dahi tek yanlı ve re'sen icra edilebilen işlemlerin idari nitelikte olacağını ifade ederek, uyuşmazlığı ele alırken üç ölçütü birlikte aramadan farklı bir yaklaşım geliştirdiğini de biliyoruz. Bu kararda, *“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”*³⁷⁸ olması olarak değerlendirilmiştir.³⁷⁹ Doktrinde bu yaklaşım *“üçlü ölçüt”*(karma ölçüt) olarak

³⁷⁶ Alternatif yaklaşımlar geliştirilebilse de (bkz. s.153) organik ölçütün göz ardı edilmediği düşünülmektedir.

³⁷⁷ Danıştay, 10.D., E. 2012/2517 (Görevlilik Kararı), (Yayımlanmamış Danıştay Kararı).

³⁷⁸ Danıştay, 10.D., E.2009/5590, K.2009/10533, k.t. 16.12.2009 <Kaynak: www.kazanci.com>.

³⁷⁹ Başka bir kararda Danıştay aynı yaklaşımla, SYDV'nin uğradığı zararın bir kısmının davacı müteveli heyet üyesinden talep edilmesine ilişkin işlemi, *“iç*

isimlendirilmekte olup, buna göre, bir kamu hukuku ilişkisi araştırılırken, birbirine eklemli özellikleriyle bütünleşik bir yapı aranmaktadır.³⁸⁰ Yani, bir hukuki ilişkinin kamu hukuku ilişkisi sayılabilmesi için organik ölçüt, işlevsel ölçüt ve kamu gücü ölçütünün aynı anda var olması gerekmemektedir. Danıştay da uyumsuzluğu bu yaklaşımla ele alarak söz konusu kararda organik ölçütü sağlamaya çalışmamıştır.

Buraya kadar bahsettiğimiz kararlarda; Danıştayın somut uyumsuzluklarda bazı yaklaşım farkları göze çarpmaktadır. Bu farkın, tarihsel bazı sebeplere dayandığı düşünülebileceği gibi, Danıştay dairelerinin arasındaki görüş farkıyla da ilintili görülebilmesi mümkündür. Örneğin, Danıştay 5. Dairesi, 2007 yılında, bir kararında, kamu tüzelkişisi olmayan Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığının çıkardığı yönetmeliğin idari nitelikte bir işlem olmadığına hükmederek, organik ölçütü belirleyici ölçüt olarak kabul etmiştir.³⁸¹ Öte yandan, Danıştay 13. Dairesinin E.2012/1871-K.2013/276 sayılı ve 06.02.2013 tarihli temyiz incelemesi sonucu vermiş olduğu kararında, “*özel faaliyetler için söz konusu olmayacak üstün ayrıcalıklara sahip olan ve yükümlülükler rejimine tabi tutulan*” özel şirketin

işleyişe ilişkin sorumluluk nedeniyle kamu gücü kullanılmadan” tesis edilmesi sebebiyle idari işlem olarak görmemiştir. Danıştay, 10.D., E. 2012/2273, K. 2014/6972, k.t. 25.11.2014 (Yayımlanmamış Danıştay Kararı).

³⁸⁰ KARAHANOGULLARI, **İdarenin Hukukla Kavranması...**, s. 209.

³⁸¹ Danıştay, 5.D, E.2007/5319, **Danıştay Dergisi**, S. 118, s.210 (Aktaran: YILDIRIM, YASIN, ÖZDEMİR, ÜSTÜN, OKAY, a.g.e., s. 41.)

yürüttüğü kamu hizmetinin gereği “*tek yanlı olarak tesis edilen, ilgilinin hukukunda değişiklik yapan*” dava konusu işlemi, idari işlem niteliğinde bularak, “*üçlü ölçüt*” yaklaşımının belirleyici olduğunu göstermiştir. Yani, Danıştayın bazı kararlarında, organik ölçütü irdelerken üçlü ölçütü kullanarak, idari işlem tesis edebilme bakımından bir kamu tüzelkişisi aramaktan vazgeçtiğini, bazı kararlarında organik ölçütü öne çıkardığını, bazı kararlarında ise üç ölçütü birlikte değerlendirmeye çalıştığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Danıştayın, idari niteliği tespit etmede, organik ölçütü öne çıkardığı kararları dışındakilerde, kullandığı temel ölçütler ise kamu hukuku ölçütü, işlevsel ölçüt ve kamu gücü ölçütü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ölçütlerden, kamu gücü ölçütünün, bir işlemin idari niteliğinin saptanmasında, “*tek yanlı*” ve “*icrai*” sonuçlar doğurmasının bir ölçü olması anlamına geldiğinden bahsetmiştik. Ama burada idari sözleşmeler bakımından bir ekleme yapılması gerekebilir. Çünkü, kamu gücü ölçütü kullanılarak özel hukuk tüzelkişilerinin sözleşmelerinin idari niteliğinin irdelendiği durumlarda artık tek yanlılık ve icrailik bir ölçü olmaktan çıkarak, “*özel hukuku aşan şartların*”³⁸² varlığının araştırılması beklenecektir. Gerçi, bu duruma ilişkin henüz Türk İdare Hukuku içerisinde bir örneğe rastlanmamıştır. Buna karşın, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin, bir imtiyazcının başka bir özel kişi ile idari sözleşme

³⁸² Üstünlük ve ayrıcalık tanıyan bu şartlar, DURAN’a göre idari sözleşmenin en belirgin ölçütüdür. Bkz. DURAN, a.g.e., s.433.

yapabileceğini kabul ettiğine dair kararına³⁸³ benzer bir karara, değişen yaklaşımı sebebiyle Danıştayın da hükmedebilmesi olasılığı hiç de zayıf görünmemektedir. Böylesi bir durumda, idare nam ve hesabına hareket ederken kamu hizmetinin yürütülmesi esnasında ortaya çıkan gereksinimleri karşılamak amacıyla özel kişilerle yapılan sözleşmelerin organik ölçüt aranmadan nitelendirilmesi durumunda, idari sözleşme olarak kabul edilebilmesi için de üçlü ölçüte başvurma'nın yerinde olacağı tarafımızca düşünülmektedir.³⁸⁴

³⁸³ TEKİNSOY'un da belirttiği üzere, söz konusu kararda, aslında iki özel kişi arasında imzalanan bir sözleşme söz konusu olsa da, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, imtiyazcı şirket tarafından yapılan işin devletin ait bir görev olması, imtiyazcının kamu hizmeti yerine getirmesi ve karma ekonomik yapılı bir şirket olması unsurlarını göz önüne alarak, imtiyazcı şirketin başka bir özel kişi ile imzaladığı sözleşmeyi idari sözleşme olarak kabul etmiştir. (TEKİNSOY, a.g.m., 194.)

³⁸⁴ Özel kişilerin idari sözleşme yapabildiğine dair henüz Türk Hukuk sistemi içerisinde bir örneğe rastlamadığımız için çalışmamızın ölçüt sorunları kısmında idari sözleşme ölçütlerinden de bahsetmeye gerek görülmemiştir. Ancak, yine de belirtmek isteriz ki, özel hukuk tüzelkişilerinin idari sözleşmeleri ile ilgili geliştirilecek ölçütler elbette kamu tüzelkişilerinin idari sözleşme ölçütleri ile paralel problemleri de barındıracaktır. Bu sebeple yargının konuyla ilgili içtihatlarını oluştururken, idari sözleşmelerde ölçüt sorunlarını dikkate alması pratik bazı problemleri çözme hususunda idare hukuku alanına katkı sağlayabilir. İdari sözleşme ölçütleri ve ölçüt sorunları hakkında bilgi için bkz. TEKİNSOY,

SONUÇ

Değişen dünyanın getirisi ve hükümet politikalarının sonucu olarak³⁸⁵, kamu hizmetleri sunumunda özel kişilerin eskiye göre daha fazla yer edindiği durumlara uygun olacak şekilde, hukuk aleminde yaşanan farklılaşmalar sonucu artık ülkemizde de özel kişilerin idari işlem yapabileceği, doktrinde bazı görüşler ve bazı yargı kararları ile sınırlı olarak kabul görmeye başlamıştır. Diğer yandan, pek çok Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında gördüğümüz üzere, özel kişilerin tasarruflarının İYUK'un 2. Maddesindeki dava türlerine göre yargılanamayacağı, idari yargıda ancak kamu tüzelkişileri aleyhine dava açılabilmesi düşünülebilmektedir. Anayasa Mahkemesinin, karşı çıkma sebebi ise Anayasanın 128. Maddesine göre genel idari

Ayhan, “*İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*”, **AUHFD**, C.55, S.2, Ankara, 2006, s.229-248; ÇAL, Sedat, “*İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*”, **GÜHFD**, C.XIV, S.1, Ankara, 2010, s.223-274; KARAHANOGULLARI, **İdarenin Hukukla Kavranması...**, s.191-216; ODYAKMAZ, Zehra, “*Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri*”, **GÜHFD**, C.2, S.1-2 (Haziran-Aralık 1998, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan), Ankara, 1999, s.141-195.

³⁸⁵ Bazı kamusal işlerin özel kişiler eliyle gördürülmesi hususu pek yaygın olarak gözlemlenebilirken, yeni bir örnek olarak, kısa bir süre önce hükümetin ekonomi idaresine yönelik politikaları sonucu, 6741 sayılı yasa(R.G., 26.08.2016, S.29813) ile kurulan “*Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketi*” kamusal görevler yüklenen özel kişiler listesine eklenmiştir.

esaslara göre yürütülecek kamu hizmetlerine ilişkin asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yerine getirilme zorunluluğu sebebiyle, bu görevlerin özel kişilere devredilmesinin mümkün görülmemesidir.³⁸⁶ Buna karşın, Danıştayın yaklaşımı, kamu hizmeti yerine getiren, kamusal yetkiler kullanabilen kişilerin tasarruflarının, özel hukuk tüzelkişisi iradesinin ürünü olsa dahi idari yargının denetim kapsamının dışında bırakılmamasına yöneliktir. Bu yaklaşım, bir kamu hukuku ilişkisinin varlığının tespit edildiği durumlarda, eşitler-arası ilişkileri yargılayan adli yargının alanının dışında, özel olarak kamusal uyumsuzlukları yargılayacak yetki ve araçlara sahip yargı organlarının devreye girmesini destekleyecek “doğal yargıç ilkesinin” hayata geçirilmesi açısından önem arz ettiği gibi kullanılan kamusal güç sebebiyle eşit olmayan hukuk öznelerinin arasındaki uyumsuzluğun “hakkıyla” denetlenebilmesi için bir gerekliliktir. Nitekim, idari yargı,

³⁸⁶ Ancak, Anayasa Mahkemesi, kamu hizmetleri yürütürken özel kişilerin hazırlık işlemleri gibi icrai nitelikte olmayan kararlar almasına itiraz etmemektedir. Fakat, uygulamada, fahri müfettişlerin tuttuğu ceza tutanakları veya TUVTÜRK tarafından verilen araç muayene raporları gibi özel kişilerin bazı hazırlık işlemlerinin özelliği sebebiyle kontrolünün çok güç olması sebebiyle, idarenin iradesini bağlayıcı nitelikte olduğu ve bu suretle icrai olabileceğine de dikkat çekilmektedir.(AYAYDIN, a.g.e., s.148) Bu sebeple ve Anayasanın 47. Maddesine göre özel kişilerin kamu hizmetlerini yerine getirmelerine ve bu hizmetler sırasında icrai işlemler tesis etmelerine de engel olunamaması sebebiyle, Anayasa Mahkemesinin özel kişilerin idari nitelikte işlem yapamayacağına dair içtihadında esnek davranması, hukuk devleti ve doğal yargıç ilkelerinin daha etkin kılınması adına olumlu sonuçlar doğurabilir.

mevzuatından kaynaklı olarak mesela re'sen araştırma, yürütmeyi durdurma kararı verebilme gibi önemli özel yetkilerle donatılmış olmakla birlikte tarihsel gelişimi içerisinde, idareyi adli yargıya nazaran daha etkin denetleyebilecek pek çok ilke geliştirmiştir. Dolayısıyla, özel kişilerin kamusal faaliyetler yerine getirmesi ve kamu gücü kullanması durumlarında etkin denetimi sağlayabilecek yargı yerlerinin, idari yargı mercileri olacağı kabul edilmelidir. Her türlü uyuşmazlığın en etkin biçimde denetlenmesi ise “*doğal yargıç ilkesi*” ve “*hukuk devleti ilkesi*”³⁸⁷ açısından değer taşımaktadır. İYUK’un 2. Maddesi de tek başına bu yaklaşım önünde engel olarak görülmeyebilir. Zira, söz konusu madde özel hukuk tüzelkişilerinin idari nitelikte işlemlerinin denetlenmesine engel bir ifade barındırmamaktadır. Zaten, özel kişilerin işlemlerinin idari yargının görev alanında görülebilmesi açısından yalnızca bu maddenin değişmesinin yeterli olabileceğini düşünmek de anlamlı değildir. Zira, Uyuşmazlık Mahkemesinin değinmediği önemli bir engel Anayasamızda “*İDARE*” başlığı altında, 123. ve devamındaki maddelerinde düzenlenen hükümler çerçevesinde idarenin hep bir kamu tüzelkişiliği olarak tasvir edilmiş olması durumudur. Bu engelin, idari yargının görev alanının sınırlarında daralmaya yol açtığı aşikâr olmakla birlikte, doktrinde ve içtihatlarda bu sorunun aşılması amacıyla, özel hukuk tüzelkişilerinin, kamu tüzelkişilerine “*dönüştürülmeleri*”, “*karma-çift tüzelkişilik*” sahibi olarak görülmeleri yahut “*kamu tüzelkişilerine yaklaştırılmaları*” söz konusu olmuştur. Ancak, özel hukuk tüzelkişiliğini, kamu tüzelkişiliğinden çeşitli ölçütlerle ayırt ettikten sonra, özel hukuk tüzelkişisi olduğu saptanan kişilerin, bu şahsiyetlerinin yanı sıra kamu gücüne sahip kılınmış olmalarıyla karşılaşıldığında

³⁸⁷ Çünkü, yargısal denetim, hukuk devletinin gerçekleşmesi ve “*özdeşleşme*” açısından kritik öneme sahiptir. (ÖZAY, a.g.e., s. 16.)

bu durumun görmezden gelinmesi ve/veya tüzelkişiliğinin dönüştürülmesi, hukuken tutarsızlıklar doğurmaktadır. Diğer bir deyişle bu tutarsızlıklar, özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem yapabildiği gerçeği karşısında idari işlemi saptamada organik ölçütten feragat edememenin sonucudur. Ancak, ilginçtir ki getirilen çözüm önerisi hukuk sistemimizle örtüşmemektedir.³⁸⁸ Zira, hukuk sistemimizde bir tüzelkişi ya özel hukuk tüzelkişisi ya da kamu tüzelkişisi olarak nitelendirilebilmektedir.³⁸⁹ Oysa, idari işlemin yalnızca, kamu tüzelkişilerinin iradesi olması yönündeki tanımının, idari yargı içtihatlarına bağlı olarak revize edilmesi söz konusu tutarsızlıkları ortadan kaldıracak daha pratik bir çözüm olarak görülebilir. Bunu sağlayabilmek adına “*idari makam*” kavramının işleminin, özel hukuk tüzelkişilerini de dahil edecek biçimde yeniden oluşturulması da mümkün görünmektedir.³⁹⁰ Yani, kamusal faaliyetler yerine getirirken, kamu gücü kullanan özel kişilerin, tüzelkişiliğinin hukuki niteliğinin değiştiğini varsaymak yerine, bu faaliyetleri süresince “*idari makam*” kimliğine büründüğü kabul edilebilir. Böylece,

³⁸⁸ SEROZAN, **Tüzelkişiler**, s.29 vd.

³⁸⁹ Erkut bu durumu izah ederken, özel hukuk işlemi yerine getiren kamu tüzelkişilerinin tüzelkişiliğinin hukuki niteliğinin değişmemesi gibi özel hukuk tüzelkişilerinin de idari işlem yerine getirmesi sebebiyle tüzelkişiliğinin hukuki niteliğinin değişmediğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. ERKUT, **İdari İşlemin Kimliği**, s.62.

³⁹⁰ Alman Hukukunda da idari makam kavramı “*Beliehenen*” ismi verilen, idare nam ve hesabına kamu hizmeti yerine getiren özel hukuk tüzelkişilerini de kapsayacak şekilde yorumlanmıştır. (AKYILMAZ, a.g.e, s. 36.)

özel hukuk tüzelkişilerinin de idari makam olarak kabul edilmesiyle, idari işlem tesis edebilmeleri bakımından organik kriterin de sağlanması mümkün olabilir.³⁹¹ Başka bir çözüm ise idari işlemi tespit ederken organik ölçütün varlığının mutlak olarak aranmaması olabilir. Diğer bir ifadeyle, idari işlemi tespit etmede organik ölçüt dışında başka ölçütler, belirleyici ölçüt olarak kabul edilebilir. Danıştayın muhtelif kararlarında başvurduğu ve organik ölçütün aranmadığı “*karma ölçüt*”(üçlü ölçüt) yaklaşımı bu konuda önemli bir örnektir. Bu ölçüt içerisinde, organik ölçüt değersiz sayılmasa da özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlemlerini tespit edebilme bakımından, kamu hizmeti ölçütü ile kamu gücü ölçütünün ağırlığı barizdir. Başka bir anlatımla karma ölçüte göre, kamu hizmeti kavramıyla doğrudan ilgili olduğunu belirttiğimiz işlevsel ölçüt, “*kamu gücü ölçütü*” ile desteklenirse, mübadele alanı ile ilgili sınır

³⁹¹ Nitekim, Uyuşmazlık Mahkemesinin, Jokey Kulübü bünyesinde yer alan Komiserler Kurulunu veya Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı Yönetim Kurulunu, özel hukuk tüzelkişileri içerisinde yer alan idari nitelikli organlar olarak kabul ettiğini düşünebiliriz. UYM’ye göre; “*ATGV’nın, Medeni Kanun hükümlerine göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisi olması, tümü merkezi idarenin üst düzey kamu görevlilerinden oluşan Vakıf Yönetim Kurulunca idari usul ve esaslara göre tesis edilen işlemin idari niteliğini ortadan kaldırmaz.*”(UYM, E.1999/1, K.1999/11, k.t. 03.05.1999, R.G., 08.06.1999, S.23719, s. 31.) Yani, bu kararlarda ATGV tüzelkişiliğinin içerisinde yer alan karar organlarını tüzelkişilikten ayırarak analitik bir nitelendirmeye başvurduğu görülmektedir. Bu durumun, kamu tüzelkişiliği ile idari makam ayrımının UYM tarafından en azından bu kararlar nezdinde meşru bir ayırım olarak görüldüğü manasında yorumlanması mümkündür.

sorunlarını çözmek üzere, dolayısıyla, idari işlemi, özel hukuk işleminden ayırt etmek üzere başvurulabilecek esas ölçüt olarak görülebilir.³⁹² Nitekim, Danıştayın bilhassa 10. Ve 13. Dairelerinin incelediğimiz son dönem içtihatlarında³⁹³ idari işlemin ölçüsü olarak, “tek yanlılık”, “kamusal ayrıcalık” ve “kamu hizmeti” kavramlarına vurgu yapıldığını görebiliriz. Ayrıca bu içtihatlar bize özellikle kamu hizmeti sunumuna dahil olarak, idare işlevini yerine getiren özel hukuk tüzelkişilerinin faaliyetlerinin niteliğinin saptanmasında, organik ölçütün devrede olmadığını da göstermektedir.³⁹⁴ Bunun anlamı, aslında kamu hizmetiyle görevlendirilmiş özel hukuk tüzelkişilerinin kamusal yetkiler kullanarak idari işlemler tesis etmesi karşısında organik ölçütün öneminin yitirmiş olduğudur.³⁹⁵ Dolayısıyla, idari işlemi tespit etmede belirleyici olduğunu kabul ettiğimiz karma ölçütün, “özelleştirme” olgusunun benimsenmesi ve kamu hizmetlerinde özel kişilere daha fazla yer verilmesi ile yaşanan süreçte özellikle Türkiye’de 1990 sonrası dönemde kabul gören³⁹⁶ üç ölçüt veya üçlü ölçüt yaklaşımlarının bir adım ötesine geçerek, organik ölçütten uzaklaşan yeni bir ölçüt görünümü kazandığını söyleyebiliriz.

³⁹² KARAHANOGULLARI, Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması...**, s.29-30.

³⁹³ Mesela, Danıştay 10. Dairesinin E.2009/5590 sayılı kararı için bkz. s.18. Ayrıca, Danıştay 13. Dairesinin E. 2012/1871 sayılı kararı için bkz. s.31.

³⁹⁴ KARAHANOGULLARI, **İdarenin Hukukla Kavranması...**, s.28.

³⁹⁵ AKYILMAZ, a.g.e., s. 29.

³⁹⁶ ZABUNOĞLU, a.g.e.(C.1.), s. 78.

Son olarak belirtmek gerekirse, özel hukuk tüzelkişilerinin iradeleri sonucu da olsa idare işlevinin yerine getirildiği ve kamu gücünün kullanıldığı durumlarda ortaya çıkan uyuşmazlıkların denetiminin özel hukuktan farklılaşan karakterine uygun olarak idari yargı yerlerince yapılması, bazı uyuşmazlıkların yargısal denetim dışında kalmaması veya tüm idari uyuşmazlıkların etkin olarak denetiminin sağlanabilmesi bakımından “*hukuk devleti*” ilkesinin gereği olarak görülmeli, bu temel ilke üzerine kurulu Anayasamızın maddelerinin sistematik yorumunda, her zaman hukukun genel ilkeleri de göz önünde bulundurulmalıdır.³⁹⁷ Ayrıca, özel kişiler tarafından tesis edilen idari işlem ve eylemlerin idari yargıda yargılanmasının tek yolunun yalnızca, bu eylem ve işlemleri tesis eden tüzelkişilerin sorumlu tutulması olduğu da düşünülmemelidir. Zira, SEVER’in de önerdiği üzere, özel kişiler tarafından yerine getirilen idari faaliyetlerden doğan zararlardan idarenin sorumlu tutulmasıyla da, idari yargı denetiminin gerçekleştirilmesi mümkün görünmektedir. İdarenin nam ve hesabına, kamu hizmeti yerine getiren veya kamu hizmetine bitişik hizmet sunan özel kişilerin kusurlu eylem ve işlemlerinden, gerek kusurlu sorumluluk gerekse idarenin denetim ve gözetim görevleri sebebiyle kusur

³⁹⁷ Mesela, Anayasanın 128. Maddesinde yer alan ve mahiyeti net olmayan, “*genel idare esaslarının*” ne anlama geldiği hususunda yorum geliştirirken, Anayasa Mahkemesinin genel ilkeleri de göz önüne alarak, hukuk devleti ilkesini daha etkin kılacak sonuçlara ulaşması mümkündür.

sorumluluğuna başvurabilmek de mümkündür.³⁹⁸ Aynı şekilde, Danıştayın, ATGV'nin lojman tahsis kararlarını örtülü olarak Adalet Bakanlığı'nın işlemi olarak kabul etmesi³⁹⁹ örneğinde olduğu gibi kamu gücü kullanan ve kamu hizmeti yerine getiren özel hukuk tüzelkişilerinin işlemlerinin de idareye izafe edilmesi de kabul edilebilir.



³⁹⁸ Bu değerli bilgilerin yanı sıra kolluk yetkisinin özel kişilerce(özel güvenlik) kullanılması hususunun Anayasa'nın 128. Maddesine göre değerlendirmesini de içeren makale için bkz. SEVER, D. Çiğdem, “Kolluk Yetkilerinin Devredilemezliği İlkesi Açısından Özel Güvenlik”, **Sarper Süzek'e Armağan**, C.III, s.3279-3311, Beta Yayınları, Ankara, 2010.

³⁹⁹ Ancak, uyuşmazlık için Adalet Bakanlığı'nın hasım gösterilmemesi de Danıştay tarafından problemli görülmemiştir. Danıştay, 5.D., E.2000/476, K.2000/1516, k.t. 17.5.2000 <Kaynak: www.kazanci.com>.

ÖZET

Modern devletlerde, kamu hizmeti sunumu devletin en önemli görevleri olarak görülmektedir. Devletin bu hizmetleri kendi imkanları ile yerine getirmesi mümkün görünürken, bu hizmetlerin sunumunda özel kişileri yetkilendirmesi de söz konusu olabilmektedir. Eğitimden, sağlığa, adaletten, güvenliğin sağlanmasına kadar pek mühim alanlarda, devletin yükümlü olduğu kamusal görevlerin yerine getirilmesi amacıyla, bugün özel kişilerin yaygın olarak kamu hizmet sunumunda “yetkilendirildikleri”, yahut, kamusal faaliyetlerin yerine getirilmesinde bazı özel kişilerin, “kendiliğinden” vazifeler üstlendiği görülmektedir. Durum böyle olunca, devletin hizmet sunumundaki rolünü üstlenen bu özel kişilerin, hizmet kullanıcıları ile girdikleri “statüer” ilişkilerin niteliğinin idari sayılıp sayılmayacağı, idare hukuku açısından kritik bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sorunun yanıtlanabilmesi için de, çalışmamızda incelediğimiz bir dizi meselenin tartışılması zorunlu görülmüştür. Bu sebeple, iki bölümden oluşan tezimizin birinci bölümünde, yargı kararlarında idari işlem olarak nitelendirilmiş özel hukuk tüzelkişilerinin işlem görünümlerinden bahsederken, ikinci bölümünde, bu yargı kararlarının teorik anlamları, özel hukuk tüzelkişilerinin idari işlem yapabilmesinin meşruiyeti ve bu kişilerin idari işlemleri ile ilgili ölçüt sorunları ele alınarak, farklı açılardan değerlendirme sunulmaya çalışılmıştır. Yapılan incelemeler sonucunda, özellikle yargı kararlarında özel hukuk tüzel kişilerinin idari işlem tesis edebilmelerinin hukuki meşruiyetini etkileyen teknik hukuki sorunlardan bahsedildiği görülmüştür. Diğer yandan idarenin yerine geçerek tıpkı idare gibi kamu gücü kullanan tüzel kişilerin meydana getirdiği işlemlerin, idari niteliğinin tespit edilmesinde hukuk devleti ilkesinin en etkin biçimde gerçekleştirilebilmesi adına faydalar görülmüştür. Ayrıca, Anayasanın yorumlanması ile niteliği itibarıyla idari sayılan eylem ve işlemlerden kaynaklı uyuşmazlıkların “doğal yargıcının” idari yargı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Durum böyle olunca, kamu gücü kullanan tüzelkişilerin idari nitelikteki faaliyetlerinin idari yargı denetimine tabi tutulması da Anayasal bir değer olarak kabul edilebilirken, bunun karşısında görülen engellerin öğreti ve içtihatla geliştirilen yöntemlere dayanarak yine hukuk içerisinde aşılabilmesinin mümkün olduğu görülmüştür. Bunun sonucunda, özel hukuk tüzelkişilerinin de idari nitelikte işlem yapabildiği kabul edilerek, bu işlemlerin ölçütlerinin saptanması üzerine tartışmalar geliştirilmiş, yargı kararları ve öğretideki görüşlerin yorumlanmasıyla belirleyici ölçütün tespiti üzerine çalışılmıştır.

SUMMARY

In Modern states, supply of public utility is seen as the most important task of the state. seems possible to supply these utilities by the government through their facilities. Moreover, authorizing special people by the government for supply of these utilities can be possible. By the aim of supply of public utilities in very important areas from education to health, justice and security, which are in charge of the government, commonly authorization of special people for supply of public utility or taking responsibility on by own by some special people in order to supply public utilities which are in government responsibility is seen. Therefore, a critical question, which is whether the characteristic of statutory relationship between these people taking responsibility of government in supply of utilities and utilities users can be considered as administrative or not, emerges by means of administrative law. In order to be able to answer this question, it is an obligation to discuss a series of issues. Thus, in the first part of our study, acts appearance of legal person of private law, which is accepted as administrative process in adjudication was mentioned. However, in the second part, the theoretical meaning of these adjudications, the legitimacy of legal person of private law to do administrative act and the problems related to administrative act of these people were discussed. As a result of the examinations, it has been shown to be mentioned about technical question of law which have affected legitimacy of establishing administrative act of legal entities of private law, especially in judicial decisions. On the other hand, benefits has been seen on behalf of the most effectively realization of principle of rule of law that detection of governmental qualification of procedure occurred by legal entities replacing government which using public power like government, Moreover, it is concluded that conflicts due to acts which are considered as characteristically administrative by interpretation of constitution are administrative law. As a result of this, legal entities of private law are able to make acts in government qualification has been accepted and to detection of the procedures, we worked on finding the most suitable criterium to determine administrative decisions, regarding doctrine and judicial decisions.

KAYNAKÇA

A. YARARLANILAN KİTAPLAR VE MAKALELER

“2013 Yılı Faaliyet Raporu”, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Ankara, 2014.

AĞAR, Serkan, “*Türk Spor İdaresinde Türkiye Futbol Federasyonu’nun Yeri ve İşlevi*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.63(Mart, Nisan), Ankara, 2006.

AKBULUT, Emre, **Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

AKGÜL YILDIZ, Şerife, “*Yerel Yönetimlerin Görev Alanı ve Organize Sanayi Bölgeleri Örneği*”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.7, S.1, Malatya, 2016.

AKINCI, Müslüm, **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman**, Beta Yayınları, İstanbul, 1999.

AKİPEK, J., AKINTÜRK, T., KARAMAN, D. A., **Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri (Kişiler Hukuku)**, 1. Cilt, 9. Bası, Beta Yayınevi, 2012.

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

AKYILMAZ, B., SEZGINER, M., KAYA, C., **Türk İdare Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

ARAL, Rüştü, "*İdari Yargı Alanı ve Cumhuriyet Döneminde Danıştay*", **Danıştay Dergisi(Cumhuriyet' in 50. Yılı Özel Sayısı)**, Güven Matbaası, s.18-142, Ankara, 1973.

ARDIÇOĞLU, M. Artuk, "*Türk İdare Hukukuna Yeni Bir Katkı: Erişim Sağlayıcıları Birliği*", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.1, s. 119-138, Malatya, 2014.

ATAR, Y., AYAN, M., KARAHAN, S., SÜMER, H. H., ARSLAN, İ., ULUKAPI, Ö., **Hukuk Bilimine Giriş**, 3. Bası, Mimoza Yayıncılık, Konya, 1997.

AVCI, Mustafa, "*Spor Federasyonlarının Hukukî Niteliği, İdarî Teşkilât İçindeki Konumu ve Bağımsızlığı Sorunu*", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LXX, S.2, İstanbul, 2012.

AZRAK, A. Ülkü, "*İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine dair Mukayeseli Bir İnceleme*", **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.29, S.1-2, 1963.

BALKAR, K. Galip, “*İdare Hukukunda İnhisar ve İmtiyaz*”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.6, S.1, 1951.

BALTA, Tahsin Bekir, **İdare Hukuku**, TODAİE Yayınları, 1970.

BERK, Kahraman, “*Türkiye Futbol Federasyonunun Türk İdare Teşkilatı İçindeki Yeri*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.64, S.2, s. 3-24, İstanbul, 2006.

BİLGE, Necip, **Hukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, 31.Bası, turhankitabevi, Ankara, 2013.

BİLGİN, F. Kerem, “*İdari İşlem Kavramının Tanımlanmasında Ölçütler Sorunu*”, Türk Hukuk Sitesi, 2007, (http://www.turkhukuksitesi.com/makale_633.htm, Erişim Zamanı:21.03.2016, 12:47), s.1-14.

BOZAN, İrfan, **Devlet İle Toplum Arasında**, 1. Baskı, TESEV Yayınları, İstanbul, 2007.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, “*Hukukumuzda Kamu Tüzelkişiliği Kavramı ve Kıstasları*”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.7, s. 373-398, Kalkan Matbaacılık, Ankara, 2016, s.380.

ÇAL, Sedat, “*Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.11, S.1-2, Ankara, 2007.

ÇAL, Sedat, **Türk İdare Hukukunda Ruhsat**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.

ÇIRAKMAN, Birsen, “*Kamu Hizmeti*”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.9, S.4, Ankara, 1976.

ÇOLAK, N. İlker, “*Organize Sanayi Bölgelerinde Tüzel Kişilik ve Kanun Değişikliği Tasarısının Değerlendirilmesi*”, **ÇETİNGİL ve KENDER’e 50. BİRLİKTE ÇALIŞMA YILI ARMAĞANI**, İstanbul, 2007.

ÇOLAK, N. İlker, “*Organize Sanayi Bölgelerinin Hukuki Durumu*”, **TSE-Standart, Ekonomik ve Teknik Dergi**, Korza Yayıncılık, Y.52, S.616(Eylül), Ankara, 2013.

DEMİR, A., DERYAL, Y., **Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

DERBİL, Süheyp, **İdare Hukuku**, 5.Bası, AÜHF Yayınları, Ankara, 1959.

DURAL, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan, **Kişiler Hukuku**, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

DURAN, Lütfi, “*Peştemallık ve Ulufe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi*”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.20, S.1, s. 3-14, Ankara, 1987.

DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Dersleri**, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982.

ERGÜN, Ç. Evrim, “*Elektrik Piyasalarında Kamu Hizmeti Kavramı ve Hukuki Rejim*”, **Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti**, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010.

ERKUT, Celal, “*İdare Hukukunda Yokluk Teorisi*”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C.9, S.1-3, s.69-91, İstanbul, 1988.

ERKUT, Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990.

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

ERTEN, Ali, “*Sendikaların Mahiyeti*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.28, S.1-4, Ankara, 1971.

GENCAY, Şaylan, **Değişim Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi**, 1. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 1995.

GİRİTLİ, İ., BILGEN, P., AKGÜNER, T., BERK, K. , **İdare Hukuku**, 6. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2013.

GÖZLER, Kemal, **Hukuka Giriş**, 10. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, 2. Baskı, Cilt 1, Ekin Yayınları, Bursa, 2009.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, 2. Baskı, Cilt 2, Ekin Yayınları, Bursa, 2009.

GÖZÜBÜYÜK, Ş., TAN, T., **İdare Hukuku**, C.1, Turhankitabevi, Ankara, 2010.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 33. Bası, turhankitabevi, Ankara, 2013.

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.

GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, 9. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2003.

GÜRSEL KUTLU, Meltem, “*Teknoloji Geliştirme Bölgesinde Kamulaştırma ve Ruhsat(İzin) Verme Yetkisi*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.9, Özel Sayı, s.999-1018, İzmir, 2007.

HATEMİ, Hüseyin, “*Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.55, S.4(Prof. Dr. Orhan Münir ÇAĞIL’a Armağan), s.110-128, İstanbul, 1997.

İNAÇ, H., DEMİRAY, M. “*Siyasal Bir İdeoloji Olarak Neo-Liberalizm*”, **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S.11, Kütahya, 2004, s.163-184.

KALABALIK, Halil, **İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları**, 5. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2014.

KAPLAN, G., GÖZLER, K., **İdare Hukuku Dersleri**, 15. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2014.

KAPLAN, İbrahim, **Borçlar Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara, 2003.

KARABULUT, Kerem, “*Özal Dönemi Türkiye’nin Ekonomi Politikası*”, **Turgut Özal Uluslararası Ekonomi ve Siyaset Kongresi**(Küresel Krizler ve Ekonomik Yönetişim 15-16 Nisan 2010 İnönü Üniversitesi), s. 978-1008, Malatya, 2010.

KARAHANOGULLARI, Onur, “*Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı)*”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.66, S.3, Ankara, 2012.

KARAHANOGULLARI, Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

KARAHANOGULLARI, Onur, **Kamu Hizmeti**, 3. Bası, Turhankitabevi, Ankara, 2015.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N., HATEMİ, H., SEROZAN, R., ARPACI, A., **Borçlar Hukuku (Genel Bölüm)**, C.1, Filiz Yayınları, İstanbul, 2008.

ODYAKMAZ, Zehra, “*Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, S.1-2(Haziran-Aralık 1998, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan), Ankara, 199.

OĞUZ, Ali, “*Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları*”, **Türk İdare Dergisi**, S.384, Ankara, 1999.

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.1, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.2, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

OZANSOY, Cüneyt, “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 46, S. 1-4, s. 85-100, Ankara, 1997.

ÖZAY, İl Han; “Futbolda Özelleştirme”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Sayı:1-3, Yıl:11, s. 31-39, İstanbul, 1990.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

ÖZSUNAY, Ergun, **Medeni Hukukumuzda Tüzelkişiler**, İstanbul Üniversitesi Matbaası, İstanbul, 1969.

ÖZTAN, Bilge, **Tüzelkişiler**, 3. Bası, turhankitabevi, Ankara, 2000.

ÖZTÜRK, K. Burak, “Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.67, S.1, s.26-42, Ankara, 2009.

ÖZTÜRK, K. Burak, “İdarenin Denetlenmesinde Zorunlu Tahkim Yolu”, **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 603-631, Ankara, 2011.

ÖZTÜRK, K. Burak, **İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

ÖZTÜRK, K. Burak, “*Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri*”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2000.

ÖZYÖRÜK, Mukbil, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, 1973, <Kaynak: <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/793.pdf>>.

SARICA, Ragıp, **İdare Hukuku** (Ders Notları), İstanbul, 1970.

SEROZAN, Rona, **Tüzelkişiler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994.

SEVER, D. Çiğdem, “*Kolluk Yetkilerinin Devredilemezliği İlkesi Açısından Özel Güvenlik*”, **Sarper Süzek'e Armağan**, C.III, s.3279-3311, Beta Yayınları, Ankara, 2010.

TAN, Turgut, “*Kamu Hizmeti Kriz ve Yeniden Tanımlama*”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990.

TAN, Turgut, “*Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine*”, **Türk İdare Dergisi**, S.378, s.73-90, Ankara, 1988.

TAN, Turgut, “*Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi*”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.8, S.2, s. 33-49, Ankara, 1975.

TAN, Turgut, **İdare hukuku**, 2.Bası, Turhankitabevi, Ankara, 2013.

TEKİNSOY, Ayhan, “*İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.55, S.2, s.229-248, Ankara, 2006.

ULER, Yıldırım, “*Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti*”, **Anayasa Yargısı**, S.15, s.252-256, Ankara, 1998.

ULUSOY, Ali, **Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış**, Elder, Ankara, 2005.

ULUSOY, Ali, **İdarenin Yapılanması: T.C. İdari Teşkilat (Ders Notu)**, <Kaynak: <http://www.law.ankara.edu.tr/e-pano/kitap-teskilat-guncel/>>

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

WALİNE, Marcel, “*Törel Kişilik*”, Hamide UZBARK(Çeviren), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, 1944.

YAŞAR, H. Nuri, **İdare Hukuku**, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2014.

YAŞAR, Nuri, “*Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği*”, **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, C.13, S.1, s.442-452, İstanbul, 2000.

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

YILDIRIM, T., YASIN, M., KARAN, N., ÖZDEMİR, E., ÜSTÜN, G., OKAY

TEKINSOY, Ö., **İdare Hukuku**, 14. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

YILDIRIM, T., YASIN, N., ÖZDEMİR, E., ÜSTÜN, G., OKAY, Ö., **İdare Hukuku**

II, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

YILMAZ, Dilşat, **İdari İşlemin İcrailik Özelliği**, Astana Yayınları, Ankara, 2004.

YILMAZ, Ejder, “*Ordu Yardımlaşma Kurumunun Hukuki Niteliği*”, **Amme İdaresi**

Dergisi, C.22, S.1, Ankara, 1979.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, **İdare Hukuku**, C.1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, **İdare Hukuku**, C.2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

ZABUNOĞLU, Yahya, “*Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz*

Sözleşmeleri”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, Ankara Barosu Yayınları,

C.1, s. 491-496, Ankara, 2000.

B. YARARLANILAN YARGI KARARLARI

Anayasa Mahkemesi, E. 1988/5, K. 1988/55, k.t. 22.12.1998, R.G., 25.07.1989, S.20959.

Anayasa Mahkemesi, E. 1990/12, K. 1991/7, k.t. 04.04.1991, R.G., 13.08.1991, S. 20959.

Anayasa Mahkemesi, E. 1995/70, K. 1994/65-2, k.t. 22.12.1994, R.G. 28.01.1995, S.22185.

Anayasa Mahkemesi, E. 2011/142, K. 2013/52, k.t. 03.04.2013, R.G., 29.05.2014, S.29014.

Anayasa Mahkemesi, E. 2012/92, K. 2013/31, k.t. 28.02.2013, R.G., 12.07.2013, S.28705.

Anayasa Mahkemesi, E. 2013/49, K. 2013/125, k.t. 31.10.2013, R.G., 28.12.2013, S.28865.

Anayasa Mahkemesi, E.1976/1, K.1976/28, k.t. 25.05.1976, R.G., 16.08.1976, S. 15679.

Anayasa Mahkemesi, E.1994/71, K.1995/23, k.t. 28.06.1995, R.G., 20.03.1996, S.22586.

Anayasa Mahkemesi, E.2001/377, K.2002/59, k.t. 26.06.2002, R.G., 09.11.2002, S.24931.

Anayasa Mahkemesi, E.2004/26, K.2004/51, k.t. 15.04.2004, R.G. 11.08.2004, S.25550.

Anayasa Mahkemesi, E.2005/108, K.2006/35, k.t. 01.03.2006, R.G., 22.07.2006, S.26236.

Anayasa Mahkemesi, E.2007/98, K.2010/33, k.t. 04.02.2010, R.G., 18.05.2010, S.27585.

Anayasa Mahkemesi, E.2009/58, K.2011/52, k.t. 21.10.2011, R.G. 23.07.2011, S.28003.

Anayasa Mahkemesi, E.2013/43, K. 2013/168, k.t. 26.12.2013, R.G., 22.03.2013(Mükerrer), S.28595.

Anayasa Mahkemesi, E.2013/77, K.2014/4, k.t. 16.01.2014, R.G., 04.03.2015, S.29285.

AYİM, E. 1976/3623, K. 1977/287, k.t. 30.03.1977(GÖZÜBÜYÜK, Ş., TAN, T.,
İdare Hukuku, C.1, Turhankitabevi, Ankara, 2010, s.189).

Danıştay 10.D, E.1995/7712, K.1997/23, k.t. 28.01.1997 <Kaynak:
www.kazanci.com>.

Danıştay, 10. D, E. 2015/1770, K. 2015/3832, k.t. 17.09.2015 <Kaynak:
www.kazanci.com>.

Danıştay, 10.D, E. 1997/972, K. 1997/2081, k.t. 25.07.1997 (GÖZÜBÜYÜK, Ş.,
TAN, T., İdare Hukuku, C.1, Turhankitabevi, Ankara, 2010, s.412).

Danıştay, 10.D, E. 2009/5590, K. 2009/10533, k.t. 16.12.2009 <Kaynak:
www.kazanci.com>.

Danıştay, 10.D, E. 2012/2273, K. 2014/6972, k.t. 25.11.2014 (Yayımlanmamış
Danıştay Kararı).

Danıştay, 10.D, E. 2012/2517 (Görevlilik Kararı), k.t. 09.07.2014 (Yayımlanmamış
Danıştay Kararı).

Danıştay, 10.D, E.1990/1614, K.1991/1024, k.t. 20.03.1991. <Kaynak:
www.kazanci.com>.

Danıştay, 10.D., E. 1992/2323, K. 1994/1871, k.t. 27.04.1994 <Kaynak:
www.kazanci.com>.

Danıştay, 12.D, E. 2003/131, K.2004/2238, k.t. 28.06.2004 <Kaynak:
www.kazanci.com>.

Danıştay, 13.D, E. 2008/5151, K.2008/6509, k.t. 28.11.2008 <Kaynak:
www.kazanci.com>.

Danıştay, 13.D, E. 2012/1871, K. 2013/276, k.t. 06.02.2013 <Kaynak:
www.kazanci.com>.

Danıştay, 13.D, E.2013/811, K.2013/2659, k.t. 25.10.2013 <Kaynak:
www.kazanci.com>.

Danıştay, 5. D, E. 2013/3051, K. 2015/8766, k. t. 09.11.2015 <Kaynak:
www.kazanci.com>.

Danıştay, 5.D, E. 2012/3809, K. 2013/721, k.t. 07.02.2013 <Kaynak:
www.kazanci.com>.

Danıştay, 5.D, E. 2014/8022, K. 2015/8132, k.t. 20.10.2015 <Kaynak:
www.kazanci.com>.

Danıştay, 5.D, E. 2015/3017,K. 2015/6928, k.t. 09.09.2015 <Kaynak:
www.kazanci.com>.

Danıştay, 5.D, E.2007/5319, **Danıştay Dergisi**, S. 118, s.210 (Aktaran: YILDIRIM,
T., YASIN, N., ÖZDEMİR, E., ÜSTÜN, G., OKAY, Ö., **İdare Hukuku II**, XII
Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 41.)

Danıştay, 5.D., E.2000/476, K.2000/1516, k.t. 17.5.2000 <Kaynak:
www.kazanci.com>.

Danıştay, 5.D., E.2000/624, K.2003/1085, k.t. 01.04.2003 <Kaynak:
www.kazanci.com>.

Danıştay, 6.D, E. 2013/6212, K. 2013/7557, k.t. 28.11.2013 <Kaynak:
www.kazanci.com>.

Danıştay, 8.D, E.1997/18, K.1997/2229, k.t. 23.06.1997, **Danıştay Dergisi**, S.95,
Ankara,1998.

Danıştay, Başkanlar Kurulu, E.2014/65, K.2014/148, k.t. 27.06.2014 (DBB).

Danıştay, İdari İşler Kurulu Kararı, E.2015/2, K.2015/2, k.t. 03.04.2015 <Kaynak:
www.kazanci.com>.

Danıştay, İDDK, E. 2011/55, K. 2011/205, k.t. 07.04.2011 (DBB).

Danıştay, İDDK, E.2006/1375, K.2007/1874, k.t. 04.10.2007 (DBB).

Danıştay, İDDK, E.2006/2958, K.2010/910, k.t. 06.05.2010 <Kaynak:
www.kazanci.com>.

Danıştay, İDDK, E.2013/1357, K.2013/3217(Yayımlanmamış Danıştay Kararı.)

Sivas Bölge İdare Mahkemesi, E. 2015/220, K. 2015/268, k.t. 16.04.2015

(Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

UYM, E. 2013/199, K. 2013/302, k.t. 04.02.2013, R.G., 22.03.2013 (Mükerrer), S.
28595.

UYM, E. 2014/60 K. 2014/156 T. 3.3.2014, R.G., 15.04.2014 (Mükerrer), S.28973.

UYM, E.1995/1, K.1996/1, k.t. 22.01.1996, R.G., 01.03.1996, S.22567.

UYM, E.1995/2, K.1995/1, k.t. 13.02.1995, R.G., 20.03.1995, S.22233, s. 29-31.

UYM, E.1996/52, K.1996/94, k.t. 14.10.1996, R.G., 24.10.1996, S.22797.

UYM, E.1999/1, K.1999/11, k.t. 03.05.1999, R.G., 08.06.1999, S.23719.

UYM, E.2008/142, K.2009/19, k.t. 02.02.2009, R.G., 24.07.2009, S.27298.

UYM, E.2010/81, K.2010/193, k.t. 04.10.2010, R.G., 14.10.2011 (Mükerrer), S. 28084.

UYM, E.2013/1710, K.2013/1923, k.t. 30.12.2013 <Kaynak: www.kazanci.com>.

