

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

İdari Kolluk Faaliyetinin Özel Hukuk Kişilerince Görülmesi

Ezgi YILDIRIM
2501121222

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul 2013



YÜKSEK LİSANS

TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : EZGİ YILDRIM

Numarası : 2501121222

Anabilim/Bilim Dalı : KAMU HUKUKU

Danışman : PROF.DR. AYDIN GÜLAN

Tez Savunma Tarihi : 25.07.2013

Tez Savunma Saati : 15:30

Tez Başlığı : İDARİ KOLLUK FAALİYETİNİN ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNCE GÖRÜLMESİ

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

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1. PROF.DR. AYDIN GÜLAN		KABUL
2. PROF.DR. YÜCEL OĞURLU		Kabul
3. PROF.DR. CEMİL KAYA		Kabul
4. DOÇ.DR. MELİKŞAH YASİN		KABUL
5. YRD.DOÇ.DR. CENK ŞAHİN		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF.DR. TURAN YILDIRIM		
2-PROF.DR. FETHİ GEDİKLİ		

ÖZ

İdari Kolluk Faaliyetinin Özel Hukuk Kişilerince Görülmesi

Ezgi Yıldırım

Çalışma kapsamında, bünyesinde kamu gücünü ihtiva eden ve kamu hukuku esasına göre yerine getirilmesi gerektiği kabul edilen idari kolluk faaliyetinin özel hukuk kişilerince görülmesine ilişkin usul ve esaslar ele alınmıştır. Kolluk faaliyetinin özel hukuk kişilerine devri sayılabilecek hukuki düzenlemelerin hukuken mümkün olup olmadığı, hangi hallerde ve şartlara göre mümkün sayılabileceği, muhtemel teorik temelleri ve özel hukuk kişilerinin sahip olduğu yetkilerin niteliği belirlenmeye çalışılmıştır. Bu amaçla özel hukuk kişilerinin yetkilendirilmesine ilişkin hukuki düzenlemeler önce ayrı ayrı ele alınmış daha sonra ise bunlara ilişkin genel bir değerlendirme yapma yoluna gidilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İdari Kolluk, Kolluk Yetkisinin Devredilmezliği, Özel Hukuk Kişileri ve Kolluk, Özel Güvenlik, Köy Korucusu, Yeminli Mali Müşavir, Yapı Denetimi, Araç Muayene İstasyonları.

ABSTRACT

The Fulfillment of Administrative Police Power by Private Persons

Ezgi Yıldırım

Within the scope of this work, the procedures and principles of the fulfillment of the administrative police power by private persons are examined in detail that contains public power within and should be fulfilled on the basis of public law rules. It is tried to determine whether the legal arrangements providing the devolution of police power to the private persons is justifiable or not. In addition to that, the possible theoretical foundations of the issue and the nature of the powers that are given to the private persons are evaluated. For this purpose, primarily, legal arrangements regarding the authorisation of the private persons are discussed separately and afterwards a general evaluation is made about them.

Key Words: Administrative Police Power, Devolution of Police Power, Private Persons and Police, Private Security, Village Guard, Chartered Accountant, Building Inspection, Vehicle Inspection Station.

ÖNSÖZ

“İdari Kolluk Faaliyetinin Özel Hukuk Kişilerince Görülmesi”ni konu alan tezimiz kapsamında özel hukuk kişilerinin, kural olarak devredilemez yetkiler arasında yer almakta olan kolluk faaliyeti kapsamında hangi usul ve esaslara göre yetkilendirilebileceğini belirlemeyi amaçlamaktayız. Bu nedenle çalışmamız kapsamında bir yandan özel hukuk kişilerine verilmiş olan yetkilerin hukuka uygun olup olmadığı sorununu tartışmak diğer yandan da mevcut düzenlemeleri ele alarak onların tâbi olduğu usul ve esasları belirlemek yoluna gidilmiştir.

Öte yandan, belirtilmelidir ki, idari kolluk faaliyetinin özel hukuk kişilerince görülmesinin kategorik olarak, kesin ve genel geçerli bir ilke şeklinde hukuka aykırı olduğunu savunmak güçtür.

Kanun koyucunun ve düzenleyici işlemler yapma yetkisini haiz olan idarenin, kolluk faaliyeti kapsamında özel hukuk kişilerini yetkilendirme yönündeki iradesinin artarak devam ettiği gerçeği bu alana hakim olacak hukuki ilkelerin belirlenmesi gereğini de ortaya çıkarmıştır. Biz de bu amaçla tezimiz kapsamında münferit bir düzenlemeyi ele almak yerine özel hukuk kişilerini yetkilendiren ve önem arz ettiğini düşündüğümüz farklı düzenlenmeler üzerinde durmayı tercih ettik. Bu da birbirinden farklı özellikteki faaliyet alanlarını bir arada sunmanın zorluğuna karşılık ortak bir hukuki rejimin mümkün olup olmadığına dair değerlendirme yapma imkanı sunmuştur. Ancak buna dair belirlemeler yapma çabası beraberinde bir sistem arayışını da getirmiştir.

Belirtilmelidir ki, akademik yaşama atmış olduğumuz ilk adımı oluşturan yüksek lisans tez yazma süreci aynı zamanda kişisel olarak metod arayışıyla geçmiştir, bu nedenle pek çok zorlukla da karşılaşmıştır. Bu zorlukların kolaylaştırılması ise hocalarımla ve kürsü arkadaşlarımla desteğiyle mümkün olmuştur. Bu vesileyle, tez yazma dönemim boyunca desteklerini hissettiğim hocalarımla Yard. Doç. Dr. Cenk Şahin, Doç. Dr. Melikşah Yasin, Prof. Dr. Cemil Kaya ve tez danışmanım Prof. Dr. Aydın Gülan’a en içten şekilde teşekkür etmek isterim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR VE KOLLUK FAALİYETİ

I. İDARİ FAALİYET KAVRAMI	3
II. KOLLUK KAVRAMI	4
A. TANIM	4
B. KAMU DÜZENİ KAVRAMI	6
1. Güvenlik	7
2. Sağlık	8
3. Dirlik ve Esenlik	8
4. Kamu Düzeninin Modern Unsurları	10
C. KOLLUK TÜRLERİ	11
1. İdari Kolluk ve Adli Kolluk	11
2. Genel İdari Kolluk ve Özel İdari Kolluk	13
D. KAMU GÜCÜ KAVRAMI	14
III. KOLLUK FAALİYETİNİN DİĞER FAALİYETLERDEN FARKI	16
A. KOLLUK VE KAMU HİZMETİ	16
B. KOLLUK VE REGÜLASYON	19
C. KOLLUK VE ÖZENDİRME DESTEKLEME	27

D. KOLLUK FAALİYETİNİ DİĞER İDARİ FAALİYETLERDEN AYIRAN ÖZELLİKLERİ	27
1. Tek Yanlılık ve Sözleşmeye Konu Olamama	27
2. Özel Hukuk Kişilerine Devredilememe	29
3. Mali Fayda Sağlama Amacıyla Kullanılamama.....	30
IV. KOLLUK FAALİYETİNE ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN KATILIMINI KAVRAMLAŞTIRMA SORUNU.....	32

İKİNCİ BÖLÜM

ÜLKEMİZDE KOLLUK FAALİYETİ İÇİNDE YER ALAN ÖZEL HUKUK KİŞİLERİ

I. KOLLUK FAALİYETİNE ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN KATILIMININ GEREKÇELERİ.....	35
II. ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNCE YERİNE GETİRİLEMEYECEK NİTELİKTE OLAN KOLLUK FAALİYETLERİ.....	36
III. KANUNİ DÜZENLEMELER KAPSAMINDA YETKİLENDİRİLEN GERÇEK VE TÜZEL ÖZEL HUKUK KİŞİLERİ.....	40
A. YEMİNLİ MALİ MÜŞAVİRLER	40
B. GEÇİCİ KÖY KORUCULARI	49
C. TÜRKİYE TURİNG VE OTOMOBİL KURUMU.....	56
IV. İDARE İLE YAPILAN SÖZLEŞME VEYA İDAREDEN ALINAN İZİN KAPSAMINDA KOLLUK FAALİYETİNİN YERİNE GETİRİLMESİNE KATILANLAR.....	62
A. ARAÇ MUAYENE İSTASYONLARI.....	62
1. Hukuki Süreç	62
2. Gerekçeleri	71
3. Sorumluluğun Esasları	72
4. Yetkileri.....	73
B. YAPI DENETİMİ	75
1. Yeminli Özel Teknik Bürolar.....	75

2. Yeminli Serbest Mimarlık ve Mühendislik Büroları.....	76
3. Yapı Denetim Kuruluşları	78
a.Fenni Mesul	78
b.Gerekçeleri.....	79
c.Yapı Denetim Kuruluşları.....	81
d.Yapı Denetim Şirketlerinin Yetkileri.....	85
e.Yapı Denetim Şirketlerinin Denetlenmesi	87
f.Yapı Denetim Hizmet Sözleşmesi	88
g.Sorumluluğun Esasları	90
C. TÜRKİYE JOKEY KULÜBÜ	91
D. ÖZEL GÜVENLİK ŞİRKETLERİ.....	94
1. Gerekçeleri	94
2. Özel Güvenlik Hizmetinden Yararlanılması Usulü	97
3. Özel Güvenlik Görevlilerinin Personel Statüsü	101
4. Özel Güvenlik Görevlilerinin Yetkileri.....	103
5. Özel Güvenlik Görevlilerinin Genel Kolluk ile İlişkileri.....	112
6. Özel Güvenlik Görevlilerinin ve Şirketlerinin Denetimi	115
7. Sorumluluğun Esasları	117
E. TRAFİK VAKFI	120
V. GÖNÜLLÜLÜK ESASINA DAYALI OLARAK KOLLUK FAALİYETİ İÇİNDE YER ALABİLENLER	127

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN YER ALDIĞI KOLLUK FAALİYETLERİNİN MEVZUAT VE YARGI KARARLARI ÇERÇEVESİNDE, OLAN ve OLMASI GEREKEN HUKUKİ REJİMİ HAKKINDA DÜŞÜNCELER

I. MEVZUATA VE YARGI KARARLARINA GÖRE ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN YER ALDIĞI KOLLUK FAALİYETLERİNİN ORTAK ÖZELLİKLERİ	135
---	------------

A. USUL VE ESASLARIN KANUNLA BELİRLENMİŞ BİR TEMEL GEREKTİRMESİ	136
B. İDARENİN SORUMLULUĞUNUN ASLİLİĞİ.....	143
C. ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN İDARE ADINA VE İDARİ AÇIDAN KESİN İŞLEM	
TESİS EDEMEMESİ.....	149
1. Hazırlık İşlemi İşlevinde Olanlar	149
2. İcrai Görünümde Olanlar	152
II. KOLLUK FAALİYETLERİ İÇİNDE YER ALAN ÖZEL HUKUK	
KİŞİLERİNİN PERSONELİNİN KAMU HUKUKU BAKIMINDAN HUKUKİ	
STATÜSÜ	153
III. ÖZEL HUKUK KİŞİSİ İLE HİZMETTEN YARARLANANLARIN	
ARASINDAKİ İLİŞKİ	156
A. ARALARINDA KURULAN SÖZLEŞMESEL İLİŞKİ	156
B. HİZMETTEN YARARLANANLARIN KARŞILIK ÖDEMESİ	159
SONUÇ	161
KAYNAKÇA	164

KISALTMALAR

AİD	:AİD
AÜSBFD	:Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM	:Anayasa Mahkemesi
bkz.	:Bakınız
bs.	:Bası
C.	:Cilt
D	:Daire
Dan.	:Danıştay
DDK	:Dava Daireleri Kurulu
E.	:Esas
Ed.	:Editör
HD	:Hukuk Dairesi
HÜİİBFD	: Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
İDDK	:İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İHİD	:İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
K.	:Karar
md.	:Madde
RG	:Resmi Gazete
S.	:Sayı
s.	:Sayfa
T.	:Tarih
TODAİE	:Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
UYM	:Uyuşmazlık Mahkemesi
vd.	:Ve devamı
VDDGK	:Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu
Y.	:Yıl
Yarg.	:Yargıtay

GİRİŞ

İdarenin faaliyetleri arasında yer alan kolluk kamu düzeninin korunmasını amaçlamaktadır. Bu faaliyet idareye, kamu düzeninin sağlanması amacıyla tek yanlı birel veya düzenleyici işlemler tesis etme ve gerektiğinde bu işlemleri zor kullanarak icra etme yetkisi vermektedir. Başka bir ifadeyle kolluk faaliyeti egemenlik yetkisi ve kamu gücünün kullanılmasıyla yakından ilgilidir. Bu nedenle kural olarak devredilemez nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık son yıllarda artan bir şekilde kolluk faaliyetinin yerine getirilmesi hususunda özel hukuk kişilerini yetkilendiren hukuki düzenlemeler yapılmaktadır. Ancak bu düzenlemelerin, genel idare esaslarına göre yerine getirilmesi öngörölmüş olan kamu hizmetlerinin gerektirdiğı asli ve sürekli nitelikteki görevlerin memurlar ve diğler kamu görevlileri tarafından yerine getirilmesi gereğini düzenleyen Anayasa'nın 128. maddesine aykırılığı sorunu gündeme gelmektedir. Bununla bağlantılı olarak, özel hukuk kişilerinin kolluk faaliyetini yerine getirmesinin mümkün olup olmadığı mümkün ise hangi türdeki işleri yerine getirebileceklerinin belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca sahip oldukları yetkilerin kolluk faaliyetinin devri niteliğinde mi yoksa kolluk faaliyetine katılma şeklinde mi olduğuna dair değerlendirmeye ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu doğrultuda, biz de çalışmamız kapsamında öncelikle birinci bölümde kolluk faaliyetinin kavramsal tanımı, idarenin diğler faaliyetlerinden farkı ve özellikleri üzerinde durduk. Çünkü idarenin faaliyetleri arasında yer alan kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerin yerine getirilmesi hukuka uygun kabul edilirken kolluk faaliyeti kapsamında aynı kanıya varılamamaktadır. Bu da kolluk faaliyetinin sahip olduğu tek taraflılık, sözleşmeye konu olamama, devredilemezlik gibi özelliklerden kaynaklanmaktadır. Buna karşılık belirttiğimiz özellikler zamanla değişime uğramakta ve eskiye nazaran pek çok istisnaları olduğu görölmektedir. Bu bölümde ayrıca özel hukuk kişilerinin kolluk faaliyeti çerçevesinde sahip oldukları rolün hangi kavram çerçevesinde anılması gerektiğı değerlendirilmiştir.

İkinci bölümde ise ilk olarak, yargı kararları ile öğretideki görüşler ışığında, özel hukuk kişilerinin sahip olamayacağı kolluk yetkilerinin olup olmadığını değerlendirdik. Bunun ardından ise, özel hukuk kişilerinin sahip olduğu yetkilerin

hukuka aykırı yanlarını belirlemekten ziyade, önce bunu bir hukuki gerçeklik olarak kabul ederek kolluk faaliyetleri kapsamında söz konusu olan yetkilerini, personelinin özelliklerini, sorumluluklarını, denetlenmelerine ilişkin usul ve esasları ortaya koymaya çalıştık. Bu kapsamda hukuki düzenlemelerle yetkilendirilmiş özel hukuk kişilerine dair birbirinden farklı pek çok örneğe değindik.

Üçüncü bölümde ise bir önceki bölümde yapılan açıklamalarla da bağlantılı olarak özel hukuk kişilerine dair genel bir değerlendirme yapılmıştır. Kolluk faaliyeti kapsamında yetkilendirilmiş olan özel hukuk kişilerinin ortak özellikleri tespit edilerek tabi olacakları ortak bir hukuki rejim ortaya konmak istenmiştir. Bu amaçla usul ve esasların kanunla belirlenme zorunluluğu, personelin niteliği, verecekleri zararlardan ötürü kimlerin hangi esaslara göre sorumlu olduğu, işlemlerinin icrai bir niteliğe sahip olup olmadığı hususları üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda, mümkün olduğunca mevzuatta yer alan düzenlemeler, mahkeme kararları ve öğretide yer alan görüşlerden yararlanılmaya çalışılmıştır. Böylece kolluk faaliyetinin özel hukuk kişilerin görüşülmesine ilişkin olarak mevcut durum tespit edilerek buna dair hukuki esaslar belirlenmek istenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR VE KOLLUK FAALİYETİ

I. İDARİ FAALİYET KAVRAMI

İdare işlevi, kanun koyucunun koyduğu kurallar ile yürütmenin yapmış olduğu düzenleyici işlemler çerçevesinde toplumun düzenli ve uygarca yaşamasını sağlamak amacıyla kural olarak kamu hukuku usul ve esasları kullanılarak idarece yerine getirilen faaliyetler olarak tanımlanmaktadır¹. İdarenin bu doğrultuda yerine getirdiği faaliyetler özel hukuk faaliyetlerinden de farkını ortaya koyacak şekilde “idari faaliyet” olarak nitelenmektedir. İdari faaliyetlerin amacı özel faaliyetlerde olduğu gibi bireysel yarar değil kamu yararıdır². Bunun sonucu olarak, idare kamu yararını gerçekleştirebilmek için özel kişiler karşısında üstün ve ayrıcalıklı yetkilere sahip kılınmıştır ve bu yetkilerini genellikle tek yanlı idari işlemler ve eylemler aracılığıyla kullanmaktadır³. İşlevini hukuka uygun olarak yerine getirilmesi beklenen idarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkilerine dayanarak gerçekleştirdiği eylem ve işlemler Anayasa gereği yargı denetimine tâbi olup; bunlar nedeniyle ortaya çıkan zararlar da idarece tazmin edilmekte ve idari faaliyetlerin özel faaliyetlerden farklılığına bağlı olarak bu uyuşmazlıklar idari yargıda kamu hukuku kuralları çerçevesinde çözümlenmektedir.

İdarenin kamu yararına yapmakta olduğu faaliyetler bütün olarak “kamu hizmeti” başlığı altında ifade edilebileceği gibi⁴ idarenin davranış biçimi ve kullandığı yetkilerin niteliğinden yola çıkılarak farklı alt başlıklar altında da incelenebilecektir. Bu doğrultuda idarenin bu işlevinin yerine getirilmesine konu olan faaliyetleri dört başlık altında değerlendirmeyi tercih etmiş bulunmaktayız. Buna göre, kamu düzenini sağlamak amacıyla yapacağı düzenlemeler ve alacağı

¹ Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 10.

² Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 33.

³ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 33-34.

⁴ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, 3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 13.

tedbirler kolluk faaliyetinin konusunu oluřturacaktır⁵. Toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel ihtiyaçların karşılanması amacıyla idarenin doğrudan sunduğu hizmetler ise kamu hizmeti olarak kabul edilmektedir⁶. Özel hukuk kişilerinin faaliyetlerinin idarece teşvik edilmesi özendirme ve destekleme faaliyetinin konusunu oluřturmaktadır⁷. Son olarak, idarenin düzenleyici denetleyici rolünün ön plana çıktığı regülasyon faaliyetini belirtmek gerekecektir⁸.

II. KOLLUK KAVRAMI

A. Tanım

Toplumlar en ilkel ve sadesinden en gelişmiş ve karmaşığına kadar ortak bir yaşam sürdürebilmek için belli bir düzene ve asgari bir disipline ihtiyaç duymaktadır. Bu nedenle idarenin en eski ve en temel görevi bu düzeni sağlamak ve korumak olarak ortaya çıkmakta ve bu amaca yönelik faaliyetler ise kolluk faaliyetleri olarak nitelendirilmektedir⁹. Kolluğa “zabıta” veya “polis” de denilmektedir¹⁰. Kolluk kavramı hem bir “faaliyet” hem de bu faaliyeti yürüten “rgt” ve “personel” anlamlarında kullanılabilmektedir¹¹.

İdare, kolluk gücü ile bireylerin toplum içindeki tutum ve davranışlarını gözetip denetleyerek ve gerektiğinde onların temel hak ve özgürlüklerini sınırlayarak kamu düzenini gerçekleştirmeyi amalamaktadır¹².

Ancak, bireylerin temel hak ve özgürlükleri anayasal güvenceye bağlanmış olduğundan; bunların kolluk yetkileri kullanılarak sınırlanması ancak kanun koyucunun bu yönde bir iradesinin varlığı halinde mümkün olabilmektedir. Buna

⁵ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, 3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1476.

⁶ Aydın Glan, “Kamu Hizmeti ve Grlş Usulleri”, (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul, 1987, s. 4; Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 244.

⁷ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 346-347.

⁸ Cenk şahin, **Amerikan Federal İdare Hukukunda “Regülasyon” ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları**, İstanbul, XII Levha, 2010, s. 1.

⁹ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s.248; Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. bs., Ankara, İmaj Yayınevi, 2011, s.289.

¹⁰ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1476.

¹¹ İl Han zay, **Gnşında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 721.

¹² Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 248; Günday, **İdare Hukuku**, s. 289.

karşılık, sınırları kanunla çizilmiş olan kolluk yetkilerine ilişkin olarak idarenin de düzenleyici ve birel işlemler yapma yetkisi elbette bulunmaktadır¹³.

Kolluk, idarenin bireylere ve topluluklarına nasıl davranmaları gerektiği yönünde yönelttiği emir ve yasaklar, bunlara aykırılık halinde uyguladığı yaptırımlar biçiminde görülür¹⁴. Ayrıca idare, gerektiğinde kuvvet de kullanarak kamu düzenine aykırı eylemleri önlemek, engellemek ve kaldırmak yetkilerine de sahiptir¹⁵. Bunlar kamu düzeninin sağlanmasında kullanılan hukuki araçlardır.

Kolluk faaliyetinin özellik arz eden yanı kamu düzenini sağlamaya çalışmak amacıyla temel hak ve özgürlükleri kısıtlanmasında kamu yararı ile bireyin çıkarını bağdaştıran dengeyi sağlayabilmektir¹⁶. Bu da engellenmek istenen tehlikenin niteliğine uygun, ölçülü kolluk yetkilerinin kullanılmasını gerekli kılmaktadır¹⁷. Esasen kamu düzeninin korunması da kişilerin temel hak ve özgürlüklerini teminat almayı amaçlamaktadır başka bir deyişle kamu düzeni temel hak ve özgürlüklerin hem sınırını hem de dayanağını teşkil etmektedir¹⁸.

Kamu gücü ve egemenliğinin tüm özelliklerini içermekte olan ve idari usuller uygulanarak yerine getirilen idari kolluk faaliyeti¹⁹; kamu düzeninin sağlanması, korunması ve bozulduğunda geri getirilmesi amacıyla, bireylerin toplum içindeki tutum ve davranışlarının düzenlenmesi, gözetilip izlenmesi ve aykırı eylem ve durumların gerektiğinde kuvvet de kullanılarak önlenmesi, engellenmesi ve kaldırılması şeklinde tanımlanabilecektir^{20,21}.

¹³ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 248.

¹⁴ Özay, **Günüşğinde Yönetim**, s. 722.

¹⁵ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 249.

¹⁶ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 249.

¹⁷ Yücel Oğurlu, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 71-72.

¹⁸ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009, s. 38.

¹⁹ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1475.

²⁰ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 250.

²¹ Onar'a göre: "(...) polis sadece cemiyeti ve azalarını tehdit eden tehlikeleri ve karışıklıkları önlemek için ifa edilen bir hizmet icra edilen bir fonksiyon olmakla kalmaz, bu salahiyyet aynı zamanda amme hizmetlerinin muntazam ifasını temin için de kullanılır." Yazar buna örnek olarak; orman zabıtası, sağlık zabıtası gibi hususi zabıtaı göstermektedir. (**İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1478.)

B. Kamu Düzeni Kavramı

İdari kolluğun asıl amacı ve konusunun kamu düzenini (amme nizamı) sağlamak, korumak ve bozulduğunda geri getirmek olduğunu belirtmiştik. Kolluk gücü açısından kamu düzeni, borçlar hukuku kapsamında sözleşmelerin aykırı olmaması gereken kamu düzeni veya mahkemelerin görev kurallarına ilişkin olan kamu düzeni kavramlarından farklı olarak Anayasanın çeşitli maddelerinde²² temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma nedeni olarak öngördüğü anlamda toplumun dışsal ve maddi durumunu ifade eder²³. Dolayısıyla toplumun ve kişilerin “manevi” gereksinimleri ile ahlak anlayışı gibi iç dünyalarına ilişkin olan hususlar kolluk faaliyetinin konusuna dahil değildir, bunlar ancak maddi düzeni olumsuz şekilde etkiler bir hal aldığı anda kolluğun alanına dahil olurlar^{24,25}. Bunun için de açık ve yakın bir tehlike olması şartı aranmaktadır²⁶. Bu durumda da maddi düzenin bir parçası haline gelmiş olduklarından kişilerin manevi alanlarına veya iç dünyalarına bir müdahalede bulunulduğundan söz edilemeyecektir.

Düzensizliğin karşıtı olan maddi bir düzeni ifade eden bu kavramın kamusal olma niteliğinin bulunması için zarar görmesi halinde toplumun bütününe etkileyecek, belirsiz sayıda insandan oluşan bir topluluğun varlığından bahsetmek gerekecektir²⁷. Bununla bağlantılı olarak bir kurumun iç düzenine ilişkin düzenlemeler kamu düzeninin korunması kapsamında düşünülemeyecektir²⁸.

Belirtmek gerekir ki kolluk faaliyetinin korunmasını amaçladığı kamu düzeni kavramının bir tanımının yapılması güçtür, zaman içinde değişen içeriği de bu güçlüğü doğuran nedenler arasında yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi de bu

²² Örnek vermek gerekirse; Anayasanın 33. maddesine göre dernek kurma hürriyeti, 34. maddesine göre toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, 51. maddesine göre ise sendika kurma hakkı kamu düzeninin korunması amacıyla kanunla sınırlanabilecektir.

²³ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 249.

²⁴ Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 723-724.

²⁵ Buna ilişkin düzenlemelere örnek vermek gerekirse; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun 11. maddesine göre, polis; “*Genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı olarak; utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları*” engeller.

²⁶ Günday, **İdare Hukuku**, s. 291.

²⁷ Turan Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, 2. bs., İstanbul, XII Levha, 2011, s. 684.

²⁸ Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 684.

kavramın tanımlanmasının güçlüğüne işaret etmekte²⁹ ve “(kamu düzeni) deyiminin; toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı” sonucuna varmaktadır³⁰.

Toplumun barış, güven ve gelişme içinde yaşamını sürdürmesi hali şeklinde de ifade edilebilecek olan kamu düzeninin mahiyetini belirlemek için unsurlarını incelemek gerekecektir³¹. Kamu düzeninin unsurları esasen güvenlik, sağlık ile dirlik ve esenlik şeklinde üç başlık altında ifade edilmektedir³².

1. Güvenlik

Emniyet ve asayiş³³ olarak da ifade edilen güvenlik, kişiye veya eşyaya zarar verecek kazaların ve tehlikelerin yokluğu anlamına gelmektedir³⁴. Trafik önlemleri, silah bulundurmanın özel bir izne bağlanması, yıkılma tehlikesi taşımakta olan yapılar için öngörülmüş tedbirler güvenliğin korunması amacına yönelik düzenlemelerdir³⁵.

Güvenlik, “kişilerin umumi veya umuma açık yerlerde saldırıya, zorlamaya, kazaya ve engellemeye uğramadan dolaşmaları veya bulunmaları, can ve malları için hiçbir zaman endişe duymamaları ve bu yönde inanç ve kanaat sahibi olmaları” şeklinde de ifade edilmektedir³⁶.

²⁹ Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, **İdare Hukuku**, C. I, (Genel Esaslar), 7. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s.753.

³⁰ AYM, E.1963/128, K.1964/8, T.28.01.1964, RG: 17.04.1964/11685.

³¹ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 249.

³² Çeşitli kanunlarda yer alan; “umumi emniyet ve asayiş”, “içtimai ve umumi intizam”, “amme emniyeti”, “halkın ırz, can ve malını muhafaza”, “ammenin istirahatini temin”, “amme nizamı”, “ahlak ve umumi terbiye”, “ar ve haya”, “halkın rahatı ve huzuru”, “milletin sıhhati”, “müstakbel neslin sıhhati”, “beldenin ve belde halkının sıhhat, selamet ve refahı” ifadeleri de kamu düzenine ilişkin ifadelerdir. (Yayla, **İdare Hukuku**, s.38.)

³³ 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Madde 1 - Polis, asayışı, âmme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur.

³⁴ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1482-1483.

³⁵ Özay, **Günüşğinde Yönetim**, s. 728.

³⁶ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 254.

Güvenliğin sağlanması hem toplumun geneline hem de gereken şartlarda tek tek bireylere sunulacak olan bir görev niteliğindedir.

2. Sağlık

Sağlık, hastalıkların ve hastalık tehlikesinin yokluğu anlamına gelmektedir³⁷. Kamu düzeninin unsurları arasında yer alan sağlık, kişilerin teker teker hastalıktan kurtarılması değil, toplulukların bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan korunması ve toplumun sağlık koşulları içinde tutulmasını ifade etmektedir³⁸. Bu nedenle genel sağlık ifadesi de kullanılmaktadır³⁹. Hastalıkların iyileştirilerek bireylerin hastalıklardan kurtarılması ise kamu hizmeti faaliyetinin konusudur. Bununla birlikte, sağlık kamu hizmeti kapsamında hastalıklar ortaya çıkmadan gelecekteki muhtemel hastalık riskini engellemek amacıyla bazı koruyucu sağlık hizmetleri gerçekleştirilebilmektedir. Bu aşamada genel sağlığın korunmasına yönelik gerçekleştirilen kolluk faaliyetleri koruyucu sağlık hizmetlerinin yardımcısı olmakla birlikte güdülen amacın kamu düzeninin korunması olması nedeniyle kamu hizmetinden farklılaşmaktadır⁴⁰. Bu doğrultuda, sağlık alanındaki kolluğun Umumi Hıfzıssıhha Kanunu⁴¹ dolayısıyla hem sağlık kamu hizmetine yardımcı olduğu hem de kamu düzenini koruma amacına hizmet ettiği belirtilmektedir⁴².

Salgın hastalıkların önlenmesi, suların, yiyecek ve içeceklerin denetimi, uyuşturucu gibi kötü alışkanlıkların yayılmasının önlenmesi amacıyla alınan tedbirler genel sağlığın korunması kapsamında örnek olarak gösterilebilecektir.

3. Dirlik ve Esenlik

Dirlik ve esenlik; toplumda düzensizliğin, karışıklığın yokluğu ve hayatın normal seyrini takip etmesi anlamına gelmektedir⁴³. Bazı kanuni düzenlemelerde

³⁷ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1483.

³⁸ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 255.

³⁹ Buna ilişkin düzenlemeler içeren Anayasa maddelerinde “*genel sağlık*” ifadesi geçmektedir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu da “*genel sıhhat*”in korunmasını konu edinmektedir.

⁴⁰ Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 687.

⁴¹ RG: 06.05.1930/1489.

⁴² Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1483.

⁴³ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1479.

esenlik, selamet ve intizam ya da huzur ve sükûn kavramlarıyla da ifade edilen⁴⁴ bu unsur bireylerin zaman ve mekan fark etmeksizin gürültü, toz, duman, ışık gibi dış etkenlerle rahat ve huzurdan yoksun bırakılmamalarıdır^{45,46}.

Yukarıda değinmiş olduğumuz, kural olarak kolluğun konusu dahilinde olmayan ancak kamu düzeni için derhal veya yakın bir zamanda tehlike arz etmesi halinde müdahaleye tabi tutulacak olan ahlaki saha da dirlik ve esenlik unsurunun bir parçası olarak düşünülebilecektir. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'ndaki⁴⁷ düzenlemeler kolluğun bu alana ilişkin yetkilerine örnek olarak gösterilebilecektir. Kanun'un 11. maddesine göre polis; *“genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı olarak; utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları”, “çocuklar, kız ve kadınlar ile genç erkeklere sözle veya herhangi bir şekilde sarkıntılık edenleri, kötü alışkanlıklara ve her türlü ahlâksızlığa yönelten ve teşvik edenleri”, “genel ahlak ve edebe aykırı mahiyette her türlü sesli ve görüntülü eserleri, kaydedildiği materyale bakılmaksızın üreten ve satanları”* bundan men edecektir.

Bunların yanında, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılabilmesi için idarece gerekli önlemlerin alınması, bunların hangi meydan ve yollarda yapılabileceğini belirleme yetkisi ve bunların kamu düzeninin korunması amacıyla ertelenmesi veya yasaklanması, çarşı pazarda tartı ve ölçü aletlerinin denetlenmesi, kişilerin huzur ve sükûnunu bozacak şekildeki gürültünün engellenmesi dirlik ve

⁴⁴ Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 685.

⁴⁵ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 255.

⁴⁶ “Dava, ... Belediyesi ... Genel Müdürlüğünce ...'nin ihtiyacını karşılamak için davacı ... Taşıma A.Ş.'nden alınmakta olan doğalgazın bedelinin uyarılara rağmen ödenmediği öne sürülerek davacı ... Taşıma A.Ş. tarafından kesilmesinin, ... Valiliği tarafından durdurulmasına ilişkin 20.10.1994 tarih ve B054-VLK-4060 400/12-276 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

(...) olayda davacı şirket ile ... Belediyesi ... Genel Müdürlüğü arasında bir uyuşmazlık çıktığı ancak bu uyuşmazlığın ilgili mevzuat ve 6183 sayılı Yasa'da öngörülen prosedür uygulanarak giderilmesi gerekirken, beldede yaşayan herkesin mağduriyetine ve bütün işyerleri ile kurum ve kuruluşların faaliyetlerinin durdurulmasına yol açacak davranışlarda bulunmanın doğrudan kamu güvenliği, esenliği ve düzenini tehlikeye düşüreceği, bu nedenle kamu esenliğini ve düzenini sağlamak korumak ve devam ettirmekle görevli valiliğin doğalgazın hangi sebeple olursa olsun kesilmesini durdurmasında mevzuata aykırılık bulunmadığı (...)” Dan, 10.D, E.1996/1660, K.1999/2930, T.26.05.1999, Kazancı İçtihat Bankası.

⁴⁷ RG: 14.07.1934/2751.

esenliğin sağlanması kapsamında kullanılan yetkilere örnek olarak gösterilebilecektir.

4. Kamu Düzeninin Modern Unsurları

Kamu düzeninin klasik unsurları yanında nispeten yakın tarihli hukuki düzenlemelerle ya da mahkeme kararlarıyla ortaya çıkmış ve kolluk faaliyeti kapsamında korunması gerektiğine karar verilmiş olan modern unsurları bulunmaktadır.

Kamu düzeninin modern unsurlarına verilebilecek ilk örnek estetik kamu düzenidir. Estetik kamu düzenine ilişkin bir tanım yapmak güç olmakla birlikte, estetiğin kamu düzeninin bir unsuru olabilmesi için buna aykırılığın ağır bir ihlal teşkil etmesi ve dış dünyada bir düzensizliğe yol açması gerektiği belirtilmektedir⁴⁸. Yürürlükte olan hukuki düzenlemelere bakıldığında ise estetik kamu düzeni özel idari kolluk olan kültür ve tabiat varlıklarının korunması ile imar kolluğu alanlarında görülmektedir⁴⁹. Örnek vermek gerekirse, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun⁵⁰ kamunun selameti için alınması gereken tedbirler kenar başlıklı 40. maddesinde yer alan *“Arsalarda, evlerde ve sair yerlerde ... estetik ... bakımından mahzurlu görülen enkaz veya birikintilerin, gürültü ve duman tevlit eden tesislerin hususi mecra, lağım, çukur, kuyu, mağara ve benzerlerinin mahzurlarının giderilmesi ve bunların zuhuruna meydan verilmemesi ilgililere tebliğ edilir. Tebliğde belirtilen müddet içinde tebliğe riayet edilmediği takdirde belediye veya valilikçe mahzur giderilir; masrafı %20 fazlasıyla arsa sahibinden alınır veya mahzur tevlit edenlerin faaliyeti durdurulur.”* düzenlemesi estetik kamu düzenine ilişkindir.

İkinci olarak, idarenin insan onuruna saygıyı tesis etmek amacıyla kolluk yetkisini kullanabileceği ve insan onuruna saygının da kamu düzeninin unsurlarından biri olduğu kabul edilmektedir⁵¹.

⁴⁸ Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, İstanbul, XII Levha, 2011, s. 137-138.

⁴⁹ Tekinsoy, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, s. 138.

⁵⁰ RG: 09.05.1985/18749.

⁵¹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, 2. bs., Bursa, Ekin Kitabevi, 2009, s. 475.

Bundan başka, kolluk makamlarının bireylerin kendilerine karşı korunmalarını sağlamak amacıyla müdahalede bulunabileceği belirtilmekte ve otomobil sürücülerine emniyet kemeri takma zorunluluğu getirilmesi buna örnek olarak gösterilmektedir⁵².

Esasen kamu düzeninin modern unsurlarına ilişkin örnekleri çoğaltmak mümkündür. Çevrenin korunmasına ilişkin olan ekolojik kamu düzeni, idarenin ekonomik alana müdahalesinin gerekçesi olarak kabul edilen ekonomik kamu düzeni, etik kamu düzeni gibi pek çok farklı unsurdan bahsetmek mümkündür⁵³. Ancak modern unsurları kamu düzeninin ayrı birer unsuru olarak mı yoksa halihazırda var olan unsurlar kapsamında mı değerlendirmek gerektiği konusunda bir duraksama olduğu belirtilmelidir⁵⁴. Modern unsurların her birini kamu düzeninin klasik unsurları olan dirlik ve esenlik, sağlık ve güvenlik ile ilişkilendirmek mümkündür. Bu nedenle modern unsurları yeni birer unsurdan ziyade klasik unsurların değişen ve genişleyen içeriği kapsamında değerlendirme eğilimi söz konusudur⁵⁵.

C. Kolluk Türleri

1. İdari Kolluk ve Adli Kolluk

Çalışmamızın temel kavramlarından biri olan ve yukarıda tanımını vermiş olduğumuz idari kolluğun, kendisine yakın bir kavram olan adli kolluktan farkını ortaya koymak gerekmektedir. Bu iki faaliyet konu ve amaç yönünden birbirinden farklılıklar arz etmektedir. Adli kolluk bir suç işlenmesi halinde suçlu ve suça ilişkin delillerin bulunarak adli makamlara teslim edilmesine yönelik bir faaliyetken; idari kolluk kamu düzeninin sağlanmasına yöneliktir⁵⁶.

İdari kolluk ile adli kolluk arasındaki en belirgin farklardan biri idari kolluğun kamu düzeninin korunması ve sağlanması amacıyla yaptırım uygulama yetkisinin

⁵² Gözler, **İdare Hukuku**, C.II, s. 476.

⁵³ Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s.688.

⁵⁴ Tekinsoy, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, s. 158.

⁵⁵ Tekinsoy, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, s. 158.

⁵⁶ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 250.

olmasına karşılık adli kolluğun bu şekilde bir yetkisinin olmayışıdır⁵⁷. Adli kolluğun yetkisi ele geçirilen suçlu ve delillerin yetkili makamlara iletilmesinden ibarettir. Bu nedenle idari kolluğun önleyici ve bastırıcı, adli kolluğun ise cezalandırıcı olduğu şeklindeki ayırımın yerinde olmadığı belirtilmektedir⁵⁸.

Her iki kolluğun sahip olduğu iki farklı işlevin sonucu olarak emirlerine uymakla yükümlü oldukları kolluk amirleri de farklılık gösterecektir. Adli kolluk görevlileri bir suçun ortaya çıkması halinde cumhuriyet savcısının emirlerine göre hareket etmek yükümlülüğüne girecektir⁵⁹. Bununla bağlantılı olarak adli kolluk ile idari kolluk görevlileri işledikleri suçlardan ötürü farklı usullere göre kovuşturmaya tabi olacaklardır. Adli kolluk görevlileri hakkında doğrudan cumhuriyet savcısı tarafından hazırlık soruşturması yapılırken, idari kolluk görevlileri hakkında 4483 sayılı Kanun gereği izin usulü uygulanmaktadır⁶⁰.

İşlevsel olarak yapılan ayrıma karşılık her iki kolluk faaliyeti arasında personel açısından bir ayırım yapılamamaktadır⁶¹. İdari kolluk görevini yerine getirmekte olan kişi bir suçla karşılaştığında adli kolluk görevlerini yerine getirmek durumunda kalabilmektedir⁶².

⁵⁷ Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 725.

⁵⁸ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 251.

⁵⁹ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Madde 161- (...) (2) Adli kolluk görevlileri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhal bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeyle ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.

⁶⁰ 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Ek Madde 9 - (Ek: 3233 - 16.6.1985 / m.7) Bu Kanun ve diğer kanun hükümlerine göre gerekli hallerde;

A) Önleyici, caydırıcı, düzenleyici ve koruyucu kolluk hizmetlerine dair görevlerin ifası sırasında silah kullanmak zorunda kalan polis hakkında cezai sorumluluğun tespiti bakımından Memurin Muhakematı Hakkında Kanuna göre işlem yapılır.

B) Adliyeyle ilişkin vazife ve işlerle ilgili bir hizmeti yerine getirirken silah kullanmak zorunda kalan polis hakkında hazırlık soruşturması bizzat Cumhuriyet Savcıları veya yardımcıları tarafından yapılır.

⁶¹ Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 390.

⁶² Örneğin, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu Ek Madde 4'e göre; "Polis, görevli bulunduğu mülki sınırlar içinde, hizmet branşı, yeri ve zamanına bakılmaksızın, bir suçla karşılaştığında suça el koymak, önlemek, sanık ve suç delillerini tespit, muhafaza ve yetkili zabıtaya teslim etmekle görevli ve yetkilidir."

2. Genel İdari Kolluk ve Özel İdari Kolluk

İdari kolluk 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 3. maddesinde de belirtildiği üzere genel idari kolluk ve özel idari kolluk şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Genel idari kolluk, kamu düzeninin klasik üç unsuru olan dirlik ve esenlik, güvenlik ile sağlığın korunmasıyla görevli olan kolluk şeklinde tanımlanmaktadır⁶³. Buna dayanak olarak ise genel kolluğun görev ve yetkilerini düzenleyen çeşitli kanuni düzenlemeler gösterilmektedir. Buna göre genel kolluk kapsamında görevli olan polis ve jandarma, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun⁶⁴ 1. maddesinde yer alan emniyet unsuru ile aynı Kanunun 9/A maddesinde yer alan *"içtimai ve umumi intizam"* şeklinde ifade edilen dirlik ve esenlik unsurunu korumakla yükümlüdür⁶⁵. Ayrıca 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun⁶⁶ 11. ve 32. maddeleri gereğince vali ve kaymakam il ve ilçelerde *"huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufla müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması"*ndan sorumludurlar. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ise sağlığın korunmasına ilişkin düzenlemeler içermektedir.

Genel kolluğa ilişkin hukuki düzenlemeler göz önüne alınarak güvenlik konusunda daha ziyade polis ve jandarmayı bünyesinde barındıran merkezi idarenin, dirlik ve esenlik ile sağlık unsurlarının korunması hususunda ise merkezi idare yanında belediye⁶⁷ ve köylerin⁶⁸ de görevli olduğu kabul edilmektedir^{69,70}. Buna karşılık 442 sayılı Köy Kanunu'nda⁷¹ yer alan ve köy sınırları içinde herkesin ırzını, canını ve malını korumakla görevli olan köy korucuları yerel idarelerin de güvenliğin korunmasına yönelik yetkilerine örnek olarak gösterilmektedir.

⁶³ Turan Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 694.

⁶⁴ RG: 12.06.1937/3629.

⁶⁵ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 257.

⁶⁶ RG: 18.06.1949/7236.

⁶⁷ 5393 sayılı Belediye Kanunu, Madde 38.- Belediye başkanının görev ve yetkileri şunlardır:

m) Belde halkının huzur, esenlik, sağlık ve mutluluğu için gereken önlemleri almak.

⁶⁸ 442 sayılı Köy Kanunu, Madde 36 - Muhtarın göreceği Devlet işleri şunlardır:

2 - Köyün sınırı içinde dirlik ve düzenliği korumak (asayiş korumak) (...).

⁶⁹ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 258.

⁷⁰ Belediye kolluğunu özel idari kolluk olarak kabul eden yazarlar da bulunmakla birlikte kamu düzeninin dirlik ve esenlik ile sağlık unsurlarının korunmasını amaçlayan belediye zabıtasının genel idari kolluk olarak kabulü de mümkündür. Tan, **İdare Hukuku**, s. 394.

⁷¹ RG: 07.04.1924/68.

Özel idari kolluk ise Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan tanımdan hareketle genel kolluk dışında kalan, özel kanunlarına göre kurulan ve belirli görevleri ifa eden kolluk olarak tanımlanmaktadır⁷². İki kolluğun farkı ortaya konurken özel idari kolluğun genel idari kolluktan kısmen veya tamamen farklı amaçlara sahip olduğu belirtilmektedir. Buna göre, özel idari kolluk at yarışı, avcılık gibi genel kolluktan farklı konu ve amaçlar için faaliyet göstermekte ya da demiryolları, kara, deniz gibi alanlarda sağlık ve güvenlik gibi genel idari kolluğun özellik ve önem taşıyan bölümlerini ondan ayırarak başlı başına yürütmektedir⁷³. Bunun sonucu olarak da özel idari kolluk genel kolluktan farklı usullerle yerine getirilmektedir⁷⁴.

Son olarak belirtilmelidir ki bilhassa amaç ve konuları açısından farklılık gösteren genel idari kolluk ile özel idari kolluk genellikle farklı teşkilat ve personel tarafından yürütülmektedir. Bu kapsamda, genel idari kolluk personeline polis ve jandarma özel idari kolluğa ise sınır, orman ve gümrük kolluğu örnek olarak verilebilir⁷⁵. Ancak kimi zaman imar kolluğuna ilişkin yetkilerin belediyeler tarafından yerine getirilmesinde olduğu gibi genel idari kolluk ile özel idari kolluk aynı idare, teşkilat ve personel tarafından yerine getirilebilmektedir⁷⁶.

D. Kamu Gücü Kavramı

Daha önceki açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere kolluğun kamu gücüne dayalı bir faaliyet olması dolayısıyla bu kavrama dair de bir belirleme yapmak gerekecektir. Bilindiği üzere idare, idari faaliyetleri yerine getirirken kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla özel hukuk kişileri karşısında üstün ve ayrıcalıklı yetkilere sahip kılınmıştır⁷⁷. Bu üstün yetki ve ayrıcalıklar kamu gücü kavramı ile ifade edilmektedir. Kamu gücü ise, *“Devletin emretme, bu tek yanlı iradesini ilgililere*

⁷² Tan, **İdare Hukuku**, s. 393.

⁷³ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 258.

⁷⁴ Tan, **İdare Hukuku**, s. 394.

⁷⁵ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **İdare Hukuku**, s. 516-519.

⁷⁶ Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 695.

⁷⁷ Günday, **İdare Hukuku**, s. 16.

kabul ettirme ve gerektiğinde zor kullanarak yerine getirme hak ve yeteneği” şeklinde tanımlanmaktadır⁷⁸.

Özel hukukta kişiler arasında eşitliğin geçerli olmasının sonucu olarak, birinin iradesinin diğerine karşı üstünlüğü söz konusu olmamaktadır. Buna karşılık kamu yararını gerçekleştirmeyi amaçlayan idarenin bu amacı gerçekleştirebilmek için özel hukuk kişilerinin rızası olmasa dahi onların hukuki durumunu değiştirebilecek şekilde işlemler tesis edebileceği kabul edilmektedir⁷⁹.

Bu üstün yetki ve ayrıcalıklar idari faaliyetlerin tümünde görülmekle birlikte kolluk faaliyetinde daha belirgin bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, idarenin kolluk eylem ve işlemleri idarenin sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıklarına dayanmakta; idarenin uyguladığı müeyyideler ile kamu düzenini korumak amacıyla aldığı tedbirler kamu gücü ayrıcalığının kullanılmasının sonucu olarak ortaya çıkmaktadırlar⁸⁰.

Bu üstün ve ayrıcalıklı yetkilerin sonucu olarak idare kolluk faaliyeti kapsamında, şartların oluşması halinde kendiliğinden davranarak kamu düzenini tehdit eden veya tehlikeye sokan davranışları engellemek⁸¹ ve zor kullanmak yetkilerine sahip kılınmıştır⁸².

Kolluk faaliyetinin özel hukuk kişilerince yerine getirilmesi de, ilerleyen bölümlerde değinileceği üzere, kamu gücüne dayanan söz konusu özellikleri nedeniyle tartışma konusu edilmektedir.

⁷⁸ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 23.

⁷⁹ Günday, **İdare Hukuku**, s. 17.

⁸⁰ Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, s. 492.

⁸¹ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 273.

⁸² Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 741.

III. KOLLUK FAALİYETİNİN DİĞER FAALİYETLERDEN FARKI

Kolluk faaliyetine ilişkin olarak yapmış olduğumuz genel açıklamaların ardından bu faaliyetin mahiyetini daha iyi belirlemek amacıyla diğer idari faaliyetler ile arasındaki farklara değinilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda kamu hizmeti, regülasyon ile özendirme ve destekleme faaliyetleri ile kolluk faaliyetinin farkları üzerinde durulacaktır.

A. Kolluk ve Kamu Hizmeti

Kamu hizmeti, *“toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyet”* olarak tanımlanmaktadır⁸³. Bu tanımdan hareket edildiğinde kamu hizmeti ile kolluk faaliyetlerinin örtüştüğü düşünülecektir. Çünkü, kamu düzeninin korunması amacıyla gerçekleştirilen faaliyetleri ifade eden kolluk da kamu hizmetinin tanımına paralel bir şekilde toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yöneliktir ve esas olarak kamu tüzel kişileri tarafından gerçekleştirilmektedir. Buna karşılık her iki faaliyetin yerine getiriliş usulü incelendiğinde daha farklı şekilde değerlendirmeler yapılabilecektir. Öğretide de bu konuya dair iki farklı görüş söz konusudur. Bir görüş kolluğu kamu hizmetinden farklı bir faaliyet⁸⁴ olarak ele almakta iken diğer bir görüş kolluğu çok sıkı kural ve usullere bağlanmış bir kamu hizmeti saymakta ve bu özellikleri nedeniyle ayrı bir başlık altında incelenmesinin zorunluluğunu dile getirmektedir⁸⁵.

Kolluk faaliyetinin kamu hizmetinden ne ölçüde farklılık arz ettiği bu iki faaliyetin niteliği, konusu ve yerine getirilmesinde başvuru hukuki araçlar incelenerek ortaya konabilecektir. Şöyle ki, idari kolluk faaliyetinin konusunu; kişilerin nasıl davranması gerektiğine dair emir ve yasaklar koymak ve bunlara aykırı

⁸³ Aydın Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, **İHİD**, Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı, S. 1-3, 1988, s. 148.

⁸⁴ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 245.

⁸⁵ Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, s. 152. Kolluk faaliyetini kamu hizmeti olarak değerlendirmekle birlikte kamu hizmetinin ayrı bir başlığı altında ifade eden yazarlar için bkz: Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1478; Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 722; Metin Kıratlı, **Koruyucu İdari Hizmetler**, TODAİE, Ankara, 1973, s. 29.

davrananlar hakkında yaptırım uygulamak suretiyle kamu düzeninin korunması oluştururken, kamu hizmetinin konusunun halkın ortak ve genel ihtiyaçlarını karşılayan edimler sunmak olduğu belirtilerek bu iki faaliyetin konuları itibariyle farklı olduğu belirtilmektedir⁸⁶. Başka bir ifadeyle kamu hizmetinde edim sunma unsuru öne çıkarken kollukta edim sunmaktan ziyade düzenleme ve denetleme söz konusu olmaktadır.

Kolluk ile kamu hizmeti arasındaki başka bir farklılık ise faaliyete egemen olması gereken hukuki rejime ilişkindir. Kolluk faaliyetinin kamu gücüne dayanıyor olması gerekçesiyle idare tarafından doğrudan kamusal yönetim biçimine göre gerçekleştirilmesi gerekirken kamu hizmetlerinin idareden başka özel hukuk kişilerin ve özel yönetim biçimine göre gerçekleştirilmesi de mümkündür⁸⁷. Belirtilmelidir ki, kamu hizmetlerinin de bazılarının niteliği ya da yasama organının iradesi gereği doğrudan kamu tüzel kişileri tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁸⁸. Buna karşılık, kolluk faaliyetinin kamu gücüne dayanan bir faaliyet olması nedeniyle, esas olarak, doğrudan idarece yerine getirilmesi gerektiği görüşü hakimdir⁸⁹. Ancak çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde de görüleceği üzere kolluk faaliyetinin yerine getirilmesinde idare yanında özel hukuk kişilerine de tanınmış olan yetkiler söz konusudur. Bunun sonucu olarak da kolluk faaliyetinin yerine getirilmesinde özel yönetim biçimlerinin uygulandığı haller olabilmektedir.

Kolluk faaliyeti kamu gücüne dayanıyor oluşuna bağlı olarak tek yanlı kamusal işlemlerle yerine getirilebilmektedir. Bu faaliyetin yerine getirilmesinde kullanılan hukuki araçlar; izin verme, emir ve yasaklar koyma, bunlara aykırılık halinde yaptırım uygulama şeklinde ortaya çıkmaktayken kamu hizmeti edim sunma yoluyla yerine getirilmektedir. Bununla bağlantılı olarak kolluk işlemlerinde ilgililerin rızası aranmamaktadır, oysa kamu hizmetlerinden yararlanma kişilerin rızasına bağlıdır⁹⁰.

⁸⁶ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 245.

⁸⁷ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 245.

⁸⁸ Gözübüyük/ Tan, **İdare Hukuku**, C. I, (Genel Esaslar), s. 665

⁸⁹ Gözübüyük/ Tan, **İdare Hukuku**, C. I, (Genel Esaslar), s. 665.

⁹⁰ Duran, “Peştemallık ve Ulufe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi”, **AİD**, C. 20, S. 1, s. 12.

Ayrıca, kolluk faaliyetinin denetleyip düzenlediği işler özel faaliyet olma niteliğini korurken⁹¹ kamu hizmeti konusu edilen işler kamu hukuku rejiminden farklı ölçülerde de olsa etkilenmektedirler⁹².

İki faaliyet arasında yukarıda belirttiğimiz farklılıklar bulunmasına karşılık, kamu hizmetine hakim olan süreklilik, eşitlik ile değişkenlik ve uyarılma ilkeleri kolluk faaliyetleri içinde geçerliliklerini korurlar. Buna göre; toplumda ortak ve genel bir ihtiyacın fark edilmesi ve bunun sürekli olarak giderilmesinin gerekliliği ve giderilmemesi halinde de huzursuzluk doğacağı ölçütleri kolluk için de geçerlidir⁹³.

Kolluk ile kamu hizmetinin geçirmekte olduğu değişime bağlı olarak iki faaliyet arasındaki farklılıkların da gözden geçirilmesi gerekmektedir. Tek taraflı işlemler aracılığıyla yerine getirilen kolluk faaliyetine ilişkin kimi yetkilerin sözleşme yapılarak özel hukuk kişilerine verilmesi buna örnek olarak gösterilebilecektir. Bu şekildeki uygulamalar nedeniyle yukarıda yer vermiş olduğumuz ölçütler kamu hizmeti ile kolluk faaliyetini ayırmak hususunda kimi zaman işlevsiz kalabilecektir. Fakat yine de farklılıkların tamamen ortadan kalktığını söylemek güçtür.

Sonuç olarak, kolluk ile kamu hizmeti arasında birtakım farklılıklar mevcuttur. Ancak, kolluk faaliyetinde meydana gelen değişimin sonucu olarak kimi hallerde, iki faaliyetin ayrımında ölçüt olarak kabul edilen hususlar faaliyetlerin arasındaki farklılığı ortaya koymak bakımından yetersiz kalabilecektir. Kamu tüzel kişileri tarafından yerine getirilmesi esas olan kolluk faaliyetine ilişkin kimi yetkilerin özel hukuk kişileri tarafından da kullanılabilirliği oluşu bu duruma da örnek teşkil etmektedir.

Ancak belirtmiş olduğumuz farklılıklar neticesinde kimi yazarlar⁹⁴ kolluk ile kamu hizmetini farklı faaliyetler olarak ele almakta, kimi yazarlar da⁹⁵ kolluğu sıkı

⁹¹ Buna karşılık Onar, kolluk faaliyetinin diğer kamu hizmetlerini de koruduğu ve bunların yaptırımı hizmetini gördüğü, onlar için ortak bir usul vasıtasını teşkil ettiğini belirtmekte ve ayrıca orman zabıtası ve sağlık zabıtası gibi özel idari kolluğun bu işlevi yerine getirdiğini söylemektedir. (**İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1478.)

⁹² Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 245.

⁹³ Özey, **Günüşğinde Yönetim**, s. 722.

⁹⁴ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 245.

kural ve usullere bağlanmış ayrı bir kamu hizmeti olarak değerlendirmektedir. İki görüşün varmakta olduğu sonuç aynı olmamakla birlikte her ikisi de arada farklılıklar olduğunu kabul etmektedir. Bizim çalışmamız açısından önem arz eden husus ise kolluğun özel hukuk kişilerince yerine getirilmesine ilişkin yapılacak değerlendirmelerde bu iki görüşün varacağı sonuç arasında fark olup olmayacağıdır. Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar neticesinde görülmektedir ki kolluğun kendine has özellikleri her iki görüşçe de kabul edilmektedir. Buna bağlı olarak kolluğu ayrı bir faaliyet olarak kabul edip etmemek konumuz açısından farklılığa neden olmayacaktır. Kolluk ayrı bir faaliyet olarak değerlendirilsin ya da değerlendirilmesin diğer kamu hizmetlerinden farklılıklar taşımaktadır.

Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarına bakıldığında kolluk faaliyetine ilişkin yetkiler için de kamu hizmeti kavramı kullanıldığı görülmektedir⁹⁶.

Belirtmek gerekir ki, kamu hizmeti ile kolluk, bu faaliyetlerin özel hukuk kişilerince görülmesi açısından farklılıklar arz ettiğinden çalışmamızda kolluğu ayrı bir faaliyet olarak ele almayı tercih etmiş bulunmaktayız.

B. Kolluk ve Regülasyon

İdari kolluk ile regülasyonun farklı yanları incelenirken bu iki faaliyet bir bütün şeklinde karşılaştırılabileceği gibi müdahale konusu ettikleri alanlar ve kullandıkları yetkilere göre iki farklı boyutuyla da ele alınabilir ve dolayısıyla farklı sonuçlara ulaşılabilir. Esasen bu iki faaliyetin farklı, benzer ya da aynı olduğu şeklinde bir sonuca ulaşılması; uygulamada, tabi oldukları hukuki rejim açısından farklılık ortaya çıkarması halinde önemli olacaktır ve idare işlem tesis ederken, yargı makamları uyuşmazlık çözerken farklı kriterleri göz önüne alacaklardır.

⁹⁵ Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, s. 152; Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1478; Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 722; Metin Kıratlı, **Koruyucu İdari Hizmetler**, TODAİE, Ankara, 1973, s. 29.

⁹⁶ “(...) denetleme görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup (...)” AYM, E.2007/2, K.2011/13, T.13.01.20122, RG: 23.07.2011/28003.

“Bir kamu hizmet olduğu tartışmasız olan kolluk görevinin (...)” Dan, 10.D, E.1994/4934, K.1995/5487, T.13.11.1995, Kazancı İçtihat Bankası.

İdari kolluk en yalın haliyle; kamu düzenini korumak ve bozulduğunda geri getirmek amacıyla yerine getirilen faaliyet şeklinde tanımlanmaktadır. Bu faaliyet kapsamında gerçek ve tüzel kişilerin davranışlarına ilişkin düzenlemeler yapılması, düzenlemelere riayet edip etmedikleri konusunda onların gözetilip izlenmesi, aykırılıkların önlenmesi ve kaldırılması yetkileri kullanılır⁹⁷. İdari kolluk faaliyetinin korumayı amaçladığı kamu düzeni kavramının klasik unsurları arasında güvenlik, dirlik ve esenlik ile sağlık unsurları sayılmaktadır. Bu unsurlar dışında idarenin ekonomik alanın düzgün işleyişini sağlamak amacıyla gerçekleştirdiği müdahaleler dolayısıyla “ekonomik kamu düzeni” de kolluk faaliyetiyle korunan kamu düzeninin bir unsuru haline gelmiştir⁹⁸. Serbest piyasa ekonomisinin gereği gibi işleyebilmesi başka bir ifadeyle rekabetçi bir ortamın oluşması ve korunması için devlet kurallar belirlemekte ve bunların ihlali halinde de eski hale getirmek amacıyla müdahalede bulunmaktadır. 1982 Anayasasında yer alan “Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır” (m.48) ve “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.” (m.167) hükümleri idarenin ekonomik alana müdahalesinin temelini oluşturmaktadır ve ekonomik kolluk da bu alanda özel girişim özgürlüğüne ilişkin olarak yapılan müdahale ve getirilen sınırlamaları karşılayan genel bir kavram olarak değerlendirilmektedir⁹⁹. Buna göre serbest piyasa yapısının korunması ve devamlılığını amaçlayan ekonomik kolluk faaliyeti konusu ve amaçları bakımından genel idari kolluktan ayrılan, özel kanunlarla düzenlenen özel idari kolluk şeklinde nitelendirilmektedir.

İdarenin ekonomik alana müdahalesi yeni ortaya çıkmış bir kavram değildir, ancak süreç içerisinde müdahale yetkisini kullanan makamlarda ve bunların kullandıkları yetkilerde birtakım değişiklikler söz konusu olmuştur. Özellikle son

⁹⁷ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 250.

⁹⁸ “Anayasa hukukunda artık kamu düzeni deyimi ile yetinilmemekte, kamu düzeninin yanında ekonomik kamu düzeni de yer almaktadır. Ekonomik kamu düzeni sadece hukuk kavramlarını ihtiva etmemekte, ekonomi-hukuk işbirliğiyle düzeni saptamaktadır.” Dan., 3.D, E.1980/157, K.1980/181, T.13.10.1980, Kazancı İçtihat Bankası.

⁹⁹ Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, Ankara, TODAİE Yayınları, 1984, s.130.

dönemlerde, ekonomik alana yapılan müdahaleler konusunda idari kolluktan başka regülasyon kavramı da gündeme gelmiştir.

Regülasyon kavramı serbest piyasa ekonomisinin tercih edildiği hallerde ortaya çıktığı üzere piyasanın kendi dinamikleriyle işlemesine engel olmayacak şekilde düzenleme, etkilme ve yönlendirme, denetleme ve yaptırım uygulama, gerektiğinde uyuşmazlıkları çözme faaliyeti olarak tanımlanabilir¹⁰⁰. Regülasyon faaliyetleri iki ana başlıkta toplanmaktadır, buna göre, iktisadi regülasyon piyasaların etkinliğini geliştirmek şeklinde ortaya çıkmaktadır ve fiyat kontrolleri, piyasaya girişin engellenmesi, kamu kurumları ya da özel kişileri teşvik sağlanması gibi tasarruflarla gerçekleştirilmektedir¹⁰¹. İlerleyen sayfalarda ele alacağımız sosyal regülasyon ise temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla yapılan müdahaleleri ifade etmektedir.

Ülkemizde regülasyon faaliyeti genel olarak bağımsız idari otoritelerle özdeşleştirilmektedir. BİO'lar merkezi idarenin dışında yer alan dolayısıyla ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olan kurumlardır. Bu şekilde merkezi idare karşısında kural olarak idari vesayet ya da başkaca bir kontrole tabi tutulmadan faaliyet göstermeleri amaçlanmış ve böylece siyasi ve ekonomik güç sahipleri karşısında temel hak ve özgürlükler ile ekonomik düzenin düzgün işleyişi güvence altına alınmak istenmiştir¹⁰². Esasen bu kurumların personelinin siyasi iktidarın baskısından uzak şekilde faaliyet göstermesinin amaçlandığı belirtilmektedir¹⁰³. Düzenleyici kurumlar olarak da anılan bağımsız idari otoritelerin bir kısmına daha önce bakanlıklara ait olan yetkiler devredilmiş, bir kısmınaysa daha önce düzenlenmemiş ve dolayısıyla başka bir idare tarafından üstlenilmemiş yetkiler oluşturularak, verilmiştir¹⁰⁴. BİO'lar faaliyet alanlarındaki makam ve kişilerin davranışlarına ilişkin olarak genel düzenleyici işlemler ile kurallar koymak, bu kapsamda birel işlemler

¹⁰⁰ Turgut Tan, “Ekonomi, <Regülasyon> ve Bağımsız İdari Otoriteler”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, Ankara, Danıştay, 2005, s.1.

¹⁰¹ Berna Tepe/Şahin Ardiyok, “Devlete Yeni Yol Regülasyon”, **AİD**, C. 37, S. 1, s.108.

¹⁰² Lütfi Duran, “Bağımsız İdari Otoriteler”, **AİD**, C. 30, S. 1, s.4.

¹⁰³ Celal Erkut, Panel Konuşması, **Bağımsız İdari Otoriteler Sempozyumu**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2001, s.84.

¹⁰⁴ İlk gruba telekomünikasyon faaliyetlerini düzenlemek konusunda Ulaştırma Bakanlığı'nın sahip olduğu yetkilerin Telekomünikasyon Kurumu'na devredilmesi, ikinci gruba ise Rekabet Kurumu örnek olarak verilebilir.

yapmak, aykırılıkları gidermek ve yaptırım uygulamak yetkilerine sahiptirler. Regülasyon kapsamında sözü edilen yetkiler yalnızca BİO'lara özgülenmiş değildir, başka bir ifadeyle kanun koyucu düzenleme yaparak bu yetkileri merkezi idare için de öngörebilir, nitekim son dönemde bu yönde düzenlemeler de mevcuttur¹⁰⁵.

Regülasyonun ihtiva ettiği yetkiler belirli bir “edim” sunmaya yönelik değildir^{106,107}, bu yönüyle kamu hizmetinden ayrılmaktadır¹⁰⁸.

Bu kapsamda regülasyonun amacı; mal ve hizmetlerin tüketicilerin ulaşabileceği fiyatlarla arz edilmesini, üreticilerin en düşük maliyetle üretimde bulunabilmelerini temin etmek ve teşebbüsler kar etmeyecek olsa dahi kamu hizmeti niteliğinde olan hizmetlerin toplumun tüm kesimlerine ulaşmasını sağlamak şeklinde özetlenebilir¹⁰⁹. Esasen rekabetçi piyasada mal ve hizmetlerin fiyatının arz ve talebe göre şekillenmesi beklenir, ancak gereken koşulların sağlanamaması nedeniyle oluşan piyasa aksaklıklarının giderilmesi için yapılan müdahaleler regülasyonun konusunu oluşturur.

Regülasyon faaliyeti özellikle düzenleyici işlem yapma, denetim ve yaptırım uygulama yetkileri dolayısıyla kolluk faaliyeti ile örtüşmektedir. Regülasyon kapsamında yer alan lisanslama yetkisiyle, bizim hukukumuzdaki ruhsat verme yetkisi birbirine benzemektedir, böylece teşebbüslerin bir piyasaya girişi kontrol edilmektedir. Fiyat ve tarifeleri belirleme yetkisi ise hukukumuzda daha önce yer alan narh koyma yetkisine benzetilebilir¹¹⁰. İdarenin kamu düzenini sağlamak amacıyla genel düzenleyici işlemler yapma, bunlara aykırı davranılması halinde

¹⁰⁵ Örnek vermek gerekirse; 26/09/2011 tarih ve 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 13. maddesi 1. fıkrası (g) ve (h) bentleri ile daha önce BTK'ya ait olan telekomünikasyon altyapısına ilişkin olarak geçiş hakkı konusunda düzenleme, tarife belirleme ve denetleme yetkisi Bakanlığı verilmiştir.

¹⁰⁶ Duran, BİO'lerin yaptığı faaliyetin “edim” sunmaya yönelik olmamakla birlikte idari bir kamu hizmeti niteliği de taşıdığını belirtmektedir. (“Bağımsız İdari Otoriteler”, s.5.)

¹⁰⁷ Aynı yönde bkz: Aydın Gülan/ Kemal Berkarda, “İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler”, in İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 386.

¹⁰⁸ Şahin, **Amerikan Federal İdare Hukukunda Regülasyon**, s. 307.

¹⁰⁹ Şahin Ardiyok, **Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli**, Ankara, Rekabet Kurumu, 2002, s. 20.

¹¹⁰ Benzer örnekler için bkz: Burak Oder, “Regülasyon Kavramı Üzerine Bir Deneme”, **Ali Ülkü Azrak 75. Yaş Armağanı**, İstanbul, Çizgi Basım Yayın, 2008, s. 245.

yaptırım uygulama yetkileri de aynı şekilde kolluk kapsamında var olan yetkililerdir. Bu şekilde örnekleri çoğaltmak mümkündür. Doktrinde regülasyonun esasının düzenleme yapmak olduğu ve bu geniş düzenleme yetkisinin kolluk yetkisini aşar vaziyette olduğu, bununla birlikte izin, yaptırım gibi klasik kolluk yetkilerini de bünyesinde barındırdığı ifade edilmiştir¹¹¹. Buna göre regülasyon kapsamında kullanılan yetkileri amaçları yönünden inceleyecek olursak; bir teşebbüsün piyasaya girmesine izin vermek şeklinde sonuç doğuran lisans verme işleminde idare; maliyetlerin azalması, verimlilik ve üretimin artması, piyasada fazla sayıda teşebbüsün faaliyet göstermesinden kaynaklanacak atıl kapasitenin önlenmesi gibi amaçlarla hareket edebilir¹¹². Buna karşılık yürütülen faaliyetin kamu hizmeti niteliği taşıdığı hallerde teşebbüslerin piyasadaki çıkması da süreklilik gibi kamu hizmetine hakim olan ilkeler göz önünde bulundurularak denetime konu olabilir. Kamu hizmeti söz konusu olmasa dahi bir teşebbüsün faaliyetine son vermesi psikolojik olarak olumsuz bir etki yaratacaksa bu halde de piyasadaki çıkışın denetlenmesinin sebebini oluşturabilir¹¹³. Bunlara paralel olarak hizmetlerin ihtiyaç duyan kişilere ulaşmasının sağlanması ve fiyatların da bu amaçla düzenlenme konusu yapılması söz konusu olur. Bu halde yapılan müdahaleler amaçları yönünden ele alınacak olursa, idarenin ekonomik kamu düzenini sağlamak yanında sırf ekonomik nedenlerle de bu yetkiyi kullandığı belirtilmektedir¹¹⁴. Bununla birlikte esasen kamu düzeninin korunmasının amaçlandığı söylenebilir. Müdahalenin yoğunluğu da müdahale edilen alanın özellikleri ile açıklanabilir. Öte yandan, regülasyon kapsamında kollukta söz konusu olan klasik yetkilerden başka müdahale araçları olabilirse de yine kamu düzeninin sağlanmasının amaçlanmakta olması nedeniyle kolluk faaliyeti olarak ile örtüştüğü söylenebilir¹¹⁵.

¹¹¹ Kemal Berkarda, “Amerika’da İdare Hukuku Var mı?”, **İHİD** (Pertev Bilgen’e Armağan), C. 13, S.1-3, 2000, s. 98.

¹¹² Ardiyok, **Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar**, s. 26.

¹¹³ Ardiyok, **Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar**, s. 26.

¹¹⁴ Müdahalenin ekonomik gerekçelerle ya da ekonomik kamu düzenini sağlamak amacıyla yapılabileceği bu anlamda sermaye piyasalarının geliştirilmesi amacıyla yapılan müdahalenin gerekçesinin ekonomik olduğu ancak sermaye piyasasında dürüstlük, açıklık amacıyla yapılan müdahalenin ekonomik kamu düzenini sağlamaya yönelik olduğu şeklinde bu durum örneklendirilmektedir. (Melikşah Yasin, **Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2002, s.40.)

¹¹⁵ Aynı yönde görüş için bkz: Oder, “Regülasyon Kavramı Üzerine Bir Deneme”, s. 250-251.

Kullanılan yetkilerden ziyade bu yetkilere konu edilen faaliyetlerin niteliği göz önüne alındığında ise ikili bir ayrıma gitmek gerekecektir. Kolluk ancak özel hukuk kişileri tarafından gerçekleştirilen kamu hizmeti dışındaki faaliyetler bakımından söz konusu olurken, regülasyon özelleştirilen kamu hizmetleri bakımından da gerçekleştirilen bir faaliyettir¹¹⁶. Bu nedenle regülasyonu kolluk şeklinde açıklamak yetersiz kalmaktadır. Buna göre Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Türk Telekom'a ve ilgili piyasaya ilişkin yetkileri düzenleyici işlemler yapma, gözetim ve denetim, yaptırım uygulama şeklinde ortaya çıksa da Türk Telekom imtiyaz sözleşmesi kapsamında kamu hizmeti yürütmekte olduğundan bu yetkiler de kolluk niteliğinde değildir. Buna göre kamu hizmetlerinin sağlayıcısı konumundaki devlet bu rolünü değiştirerek düzenleyen konumuna geçmiş ve bunu da regülasyon aracılığıyla yerine getirir hale gelmiştir¹¹⁷. Bu kapsamda, kamu hizmeti olma özelliğinden dolayı, hizmetin talepte bulunan herkese ulaşmasını sağlamak, hizmetin devamlılığını kontrol etmek gibi yoğun yetkiler söz konusu olacaktır ve bu da müdahalenin amacının da kolluktan farklılaşmasını gerekli kılacaktır¹¹⁸. Buna ek olarak regülasyon kapsamında yer alan özendirme ve destekleme ile planlama yetkilerinin de bu faaliyeti farklılaştırdığı belirtilmektedir¹¹⁹. Regülasyon faaliyetine ilişkin olarak; idarenin diğer faaliyetlerinden ayrı olarak farklı bir kategori oluşturduğu, özel idari kolluk olduğu veya kolluğu aşan bir faaliyet olduğu şeklinde farklı görüşler mevcuttur.

Türkiye'de serbest piyasa ekonomisine geçişle beraber devlet tarafından sunulan kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri aracılığıyla yerine getirilmesi daha yoğun bir şekilde gündeme gelmiştir. Buna bağlı olarak da özel hukuk kişilerinin faaliyet gösterdiği alanların düzenlenmesi gereği ortaya çıkmıştır. Çünkü kamu hizmeti özel hukuk kişisi tarafından görülüyor olsa da idare hizmetin asli sahibi olmaya devam eder, bu da onun gözetim ve denetim yetkisini kullanmasını gerektirir. İdarenin kamu hizmeti olma özelliğini koruyan alanlara ilişkin olarak müdahalesi

¹¹⁶ Elvin Evrim Özcan, **İdare Hukuku Açısından Türkiye'de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları**, Ankara, Turhan Yayınevi, 2010, s. 44.

¹¹⁷ Özcan, **İdare Hukuku Açısından Türkiye'de Elektrik Sektörünün Regülasyonu**, s. 52.

¹¹⁸ Şahin, **Amerikan Federal İdare Hukukunda Regülasyon**, s. 107.

¹¹⁹ Şahin, **Amerikan Federal İdare Hukukunda Regülasyon**, s. 107.

kolluk olarak nitelendirilemez¹²⁰. İdare tüketici ile hizmeti sunanlar arasındaki ilişkilere müdahale ettiği gibi rekabeti korumak adına şirket birleşme ve devralmalarına izin vermek gibi yetkilerle hizmet sunanların kendi aralarındaki ilişkilerine de müdahale etmektedir¹²¹, bu da denetim ve gözetim yetkisini aşar bir niteliktedir. Bu örneklerle karşılık, Rekabet Kurulu ise ihlaller açısından kamuya ait teşebbüsleri ve kamu idarelerinin bizzat kendilerinin ekonomik faaliyette bulunmaları halinde de kamusal yetkilerini kullanarak yapmış oldukları işlemleri ayırık tutarak bunları da teşebbüs kabul ederek denetime tabi tutmaktadır¹²². Kamu ya da özel hukuk kişisi olmaları veya kamu hizmeti görüyor olup olmadıklarından ziyade, yapılan faaliyetin ekonomik yönü göz önüne alınmakta ve teşebbüs olarak kabul edilen kişi ve birimlere aynı kurallar uygulanmaktadır.

Bölümün başında belirtildiği üzere regülasyon ekonomik alana müdahaleden başka sosyal regülasyon şeklinde de ikinci bir alt başlığı da içermektedir. Sosyal regülasyon konusunda Radyo ve Televizyon Üst Kurumu veya Tütün ve Alkol Piyasasını Düzenleme Kurumu’nun bir kısım yetkileri örnek olarak gösterilebilir. Bu alanda yapılan müdahaleler ile esasen kamu düzeninin unsurları arasında yer alan dirlik ve esenlik veya genel sağlığın korunması amaçlanmaktadır. Bu noktadan hareketle sosyal regülasyon ile idari kolluk faaliyetinin örtüştüğü söylenebilir. Ancak bir üst paragrafta da belirtildiği üzere kamu hizmetinin söz konusu olduğu alanlarda yapılan müdahaleyi kolluk ile açıklamak yetersiz kalmaktadır. Bu konuda RTÜK’ün TRT’nin faaliyetleri üzerinde sahip olduğu yetkiler örnek olarak gösterilebilir¹²³.

¹²⁰ Karşıt görüş için bkz: Oder, “Regülasyon Kavramı Üzerine Bir Deneme”, s. 247.

¹²¹ Oder, “Regülasyon Kavramı Üzerine Bir Deneme”, s. 248.

¹²² Örnek kararlar için bkz: Rekabet Kurulu’nun ASKİ’yi teşebbüs olarak kabul ettiği 01-12/114-29 sayılı ve 13.3.2001 tarihli kararı (RG: 04.01.2002/24630); Rekabet Kurulu’nun Diyanet İşleri Başkanlığı’nı hac ve umre uygulamaları konusunda teşebbüs olarak değerlendirdiği 10.11.2011 tarihli görüş yazısı için bkz:

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Diyanet%20%C4%B0%C5%9Fleri%20B%C5%99EK.pdf>.

¹²³ 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun

Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun Yükümlülüğü Madde 45 – (1) 8 inci maddede belirtilen yayın ilkeleri ile bu Kanunun yayın hizmetlerinde ticarî iletişimi düzenleyen hükümleri, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu yayınları hakkında da uygulanır.

(2) Söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi hâlinde, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu ihlâlin niteliği açıkça belirtilerek Üst Kurulca uyarılır ve yükümlülüğün gereğinin yerine getirilmesi ilgili Bakanlığa bildirilir.

RTÜK'ün TRT üzerinde özel yayın kurumları üzerinde sahip olmadığı Genel Müdürlük ve Yönetim Kurulu üyeliği için adayları belirleme şeklinde yetkileri de söz konusudur. Burada dikkat edilmesi gereken başka bir husus da TRT'nin yaptığı faaliyet kamu hizmeti iken özel yayın kurumlarının faaliyetlerinin bu özelliğe sahip olmadığı ancak yayın ilkeleri gibi konularda aynı kurallara tabi olduklarıdır.

Kolluk faaliyeti ile regülasyon arasındaki bir farklılığın esas olarak kamu hizmeti niteliğini koruyan alanlarda söz konusu olduğunu söyleyebiliriz. Bu hallerde idare kamu düzenini korumak amacından ziyade kamu hizmetinin sahip olduğu süreklilik, değişkenlik gibi ilkelere yola çıkarak düzenlemeler yapmaktadır. Bunun yanında hem kamu tüzel kişileri hem de özel hukuk kişilerinin faaliyet gösterdiği bir alanda bunların hepsini kapsayacak şekilde yapılan müdahaleler de regülasyon başlığı altında açıklanma imkanı bulacaktır¹²⁴. Regülasyon kavramı hukukumuzda girmeden önce de kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi halinde idarenin hizmetin asli sahibi olarak denetleme ve gözetleme yetkisi söz konusu idi. Regülasyon ve özellikle BİO'ların gündeme gelmesi ile bu yetkiyi kullanan makamlarda ve kullandıkları yetkilerde değişimler olmuştur. Bu durum devletin değişen rolü ile açıklanmakta, piyasada aktör olmaktan ziyade düzenleyici konuma geçtiği belirtilmektedir. Bununla birlikte, devlet hizmeti bizzat ifa etse de özel hukuk kişilerine gördürse de kamu hizmetine hakim olan ilkeler geçerliliğini korumaktadır.

Yapılan açıklamalar ışığında kolluk ile regülasyon benzer hukuki araçları kullanmakla birlikte regülasyonun kolluğa nazaran daha yoğun bir müdahaleyi içermesi ile kamu hizmeti özelliği devam eden alanlara ilişkin olarak da düzenlemeler yapması nedeniyle kolluktan farklılaştığı söylenebilecektir. Bu noktadan hareketle, regülasyonun kolluğun günümüz koşullarına göre evrilmiş bir hali olduğu da söylenebilecektir. Fakat tekrar belirtmek gerekirse, düzenleme ve denetleme konusu edilen faaliyet kamu hizmeti ise idare kamu düzenini sağlamaktan öte bir amaçla hareket edeceğinden burada artık kolluk söz konusu olmayacaktır.

¹²⁴ Aydın Gülan, **Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri**, İstanbul, Lamure, 2008, s.176.

C. Kolluk ve Özendirme Destekleme

İdarenin kamuya yararlı gördüğü özel faaliyetleri teşvik etmesi, desteklemesi veya koruması özendirme ve destekleme faaliyeti olarak nitelendirilmektedir¹²⁵. Özendirme ve desteklemeye konu edilen özel faaliyetler kamu hizmeti niteliğini taşımamaktadır. Hatta kimi zaman doğrudan kamu yararını ilgilendirmeyen ancak idarenin teşvik etmeyi uygun gördüğü işler de bu faaliyetin konusu olabilmektedir.

Görüldüğü üzere hem kolluğun hem de özendirme ve desteklemenin konusunu özel faaliyetler oluşturmaktadır. Ancak idare, özendirme ve desteklemeye tabi tutulan özel faaliyetler üzerinde kolluktan farklı olarak daha sıkı ve içten bir denetim yetkisine sahiptir¹²⁶. Ayrıca, özendirme ve destekleme faaliyeti tek yanlı işlemler yanında sözleşmeler aracılığıyla da yerine getirilmektedir. İdare özel faaliyete aynı ve maddi yardımda bulunurken özel kişinin de bazı şartları yerine getirmesi beklenmekte, özel kişinin bunları ihlal etmesi halinde tazminat ödemesi veya teşviklerden yoksun bırakılması şeklinde yaptırımlar uygulanmaktadır¹²⁷. Özendirme ve destekleme kamu gücünün üçüncü kişiler üzerinde zorlayıcı etkilerinin kolluk kadar görülmediği bir faaliyettir. Bu nedenlerle iki faaliyet birbirinden farklılık arz etmektedir.

D. Kolluk Faaliyetini Diğer İdari Faaliyetlerden Ayıran Özellikleri

1. Tek Yanlılık ve Sözleşmeye Konu Olamama

Kamu düzeninin korunmasını amaçlayan kolluk faaliyeti kapsamında kolluk makam ve üstleri düzenleyici işlemler ve birel işlemler yapmak yetkilerine sahiptirler¹²⁸. Başka bir deyişle yetkili makamların sahip olduğu kolluk yetkileri tek taraflı olma özelliğini taşımaktadır. Kamu gücünün kullanılmasının sonucu olarak kolluk tedbirleri alınırken kişilerin rızası aranmamakta ve icra edilirken de gerekirse

¹²⁵ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 346-347.

¹²⁶ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 346.

¹²⁷ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 245.

¹²⁸ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, 2. bs., Bursa, Ekin Kitabevi, 2009, s. 490; Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 276.

zor kullanılabilir¹²⁹. Bu durum kolluk yetkilerinin sözleşme konusu yapılamaması olarak da ifade edilmektedir¹³⁰. Kolluk faaliyetinin sözleşme konusu yapılamaması üç farklı boyutta ele alınmaktadır. Buna göre; kolluk faaliyetinin özel hukuk kişilerine sözleşmeyle devredilmesi, kamu düzeninin sağlanması ve korunmasına ilişkin olarak tek taraflı olarak yapılması gereken işlemlerin sözleşmeye konu edilmesi ve gelecekte yapılacak işlemler hakkında yapılan sözleşmeler olmak üzere üç farklı aşamada sözleşme yapma yasağı olduğu söz konusu olabilmektedir¹³¹.

Kolluk yetkilerinin devredilemezliği başlığı altında ayrıca incelenecek olmakla birlikte belirtmek gerekir ki, genel kabul görmüş bir "ilke olarak" kolluğun özel hukuk kişilerine devri kabul edilmemekte ve bu yönde sözleşme yapılması da mümkün olmamalıdır¹³². Buna karşılık kolluk faaliyetine ilişkin yetkilerin sözleşme hukuki aracıyla özel hukuk kişilerine verilmesine imkan sağlayan hukuki düzenlemeler, açıklanması gereken bir hukuki vakıa olarak, mevcuttur, geçerli sayılmıştır ve yürürlüktedir. Bunlar arasında en çarpıcı olanı imtiyaz sözleşmesine konu olan araç muayene istasyonlarıdır. Sözleşmeye konu edilen yetkileri kolluğun tümüyle devri olarak nitelenmek mümkün değilse de bu ilkenin değişime uğradığını söylemek mümkündür. Ayrıca belirtilmelidir ki, bu genel ilkeye aykırı olarak kolluğun sözleşmeyle özel hukuk kişisine gördürülebileceği ancak bu sözleşmenin imtiyaz anlamında olmayacağı şeklinde bir görüş de mevcuttur¹³³.

İkinci olarak, kolluk işlemlerinin sözleşmeye konu olamamasına değinmek gerekecektir. Bu kapsamda, kamu düzeninin korunmasına ilişkin olarak hangi yetkilerin kullanılabileceği kanunlarla ve düzenleyici işlemlerle belirlenmiştir ve kolluk yetkisi kullanılması zorunlu nitelikte bir yetkidir¹³⁴. Mevzuatta düzenlenmiş olan bu yetkiler tek taraflı işlemlerdir ve pozitif düzenlemeler sözleşme yapma yetkisi tanımamaktadır. Bunların sonucu olarak kamu düzeninin korunması amacıyla

¹²⁹ Tan, **İdare Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 342.

¹³⁰ Tan, **İdare Hukuku**, s. 341.

¹³¹ Şerife Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s. 157.

¹³² Duran, "Peştemallık ve Ulufe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi", s. 11.

¹³³ Turgut Tan, "Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap- İşlet-Devret Modeline" **AÜSBFD**, C. 47, S. 3-4, s. 324.

¹³⁴ Gözler, **İdare Hukuku**, C.II, s. 491.

alınacak tedbirler iki tarafın karşılıklı iradelerinin uyuşmasıyla ortaya çıkacak şekilde sözleşme konusu edilemeyecektir¹³⁵. Halihazırda mevzuatta alınması öngörölmüş olan bir tedbirin karşılıklı olarak müzakere edilmesi hukuki düzenlemelerin ihlal edilmesi anlamına gelecektir¹³⁶. Son olarak, idarenin kolluk alanında gelecekte yapılacak olan işlemlere ilişkin olarak hak veya borç altına girmesi de mümkün gözükmemektedir. Çünkü idarenin yürürlükteki hukuk kurallarını ihmal etmesi düşünölmeyecektir.

2. Özel Hukuk Kişilerine Devredilememe

Kolluğun, yerine getirilmesinde kamu gücünün yoğun olarak kullanılmasına bağılı olarak kişilerin temel hak ve özgürlüklerine etki eden¹³⁷ ve kamusal yönetim biçimine göre gerçekleştirilen bir faaliyet oluşu dolayısıyla özel kişilere devrinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir¹³⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin de kolluk faaliyetinin özel hukuk kişilerine devrinin mümkün olmadığı yönünde kararları mevcuttur. Şöyle ki, esasen Bakanlığın yetki ve görevleri arasında yer alan tohumculuk faaliyetinin denetiminin özel hukuk kişilerine devredilebileceğine ilişkin kanuni düzenlemenin iptali istemiyle açılan davada özel hukuk kişilerine devir yasağını şu şekilde ifade etmiştir:

"İptali istenilen kural ile Bakanlığın; Birliğe, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere devredebileceğı yetkilerinden olan denetleme görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan, genel idare esaslarına göre

¹³⁵ Bu kapsamda kimi idari para cezaları için öngörölmüş olan uzlaşma müessesine değinmek gerekecektir. Buna göre, idare ile idari para cezasının muhatabı olan kişi yapacakları görüşme sonucunda cezanın miktarı ve ödenme usulü hakkında uzlaşmaya varabileceklerdir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 85. maddesinde öngörölmüş olan işverene uygulanan idari para cezası ile 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 244. maddesinde yer alan idari para cezaları hakkında uzlaşmaya varılması ile ilgili düzenlemeler buna örnek olarak gösterilebilecektir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus belirtilen maddelerde öngörölen uzlaşmanın yargılamanın alternatifi olarak düzenlenmiş olduğudur. Çünkü uzlaşmaya varılması halinde kanuni düzenlemeler gereğı tarafların uzlaşılan hususu dava etme hakları ortadan kalkmaktadır. Buna karşılık, uzlaşma kapsamında tarafların karşılıklı iddialarını sunmaları ve sonunda anlaşma sağlanması halinde karşılıklı iradelerini beyan ettikleri bir tutanak oluşturuyor olmaları sözleşmeye benzetilebilecektir.

¹³⁶ Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 158.

¹³⁷ İl Han Özay, "Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri", <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg19/ozay.pdf>.

¹³⁸ Tan, **İdare Hukuku**, s. 337-338.

yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindendir. Anayasa'nın 128. maddesine göre de, kolluk faaliyetleri arasında yer alması nedeniyle denetleme yetkisinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur. İptali istenilen kuralda özel hukuk tüzel kişileri dışında yetki yapılabilecek Türkiye Tohumcular Birliği, kamu kurum ve kuruluşları ve üniversiteler kamu tüzel kişiliğine sahip olup, Anayasa'nın 128. maddesi kapsamındadır. Ancak, bunlar dışında Bakanlığın denetim yetkisini tümüyle özel hukuk tüzel kişilerine devretmesi veya onlarla paylaşması ise olanaklı değildir. Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kuralda yer alan '...özel hukuk tüzel kişilerine...' ibaresi, 8. maddedeki 'denetim' yönünden Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.”¹³⁹

Buna karşılık kamu gücü ve kamusal yetkiler çerçevesinde yerine getirilmekte olan kolluk yetkisinin devredilememesine ilişkin anayasal bir sınırlamanın olmadığı¹⁴⁰ ve bunun içtihadı bir ilke olduğu belirtilmektedir¹⁴¹. Buna bağlı olarak da kolluk yetkisinin özel hukuk kişilerine devredilebilmesine ilişkin kanuni düzenlemelerin bu ilkenin hukuka uygun istisnaları olduğu ileri sürülmekte ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun buna örnek olarak gösterilmektedir¹⁴². Çalışmamız kapsamında da belirtileceği üzere özel hukuk kişilerinin kolluk faaliyetine ilişkin yetkileri kullanabilmesine imkan tanıyan pek çok hukuki düzenleme söz konusudur. Bunlar her durumda kolluk faaliyetinin özel hukuk kişisine devri sonucu doğurmuyor olmakla birlikte bu ilkenin mutlaklığını yitirdiğini söyleyebiliriz.

3. Mali Fayda Sağlama Amacıyla Kullanılamama

Kamu düzenini sağlamak ve korumak amacıyla gerçekleştirilen kolluk faaliyetlerinin, devlete mali çıkarlar sağlanması amacıyla kullanılması kabul edilmemektedir¹⁴³. Bir takım kolluk işlemlerinin yapılması karşılığı olarak idareye

¹³⁹ AYM, E.2007/2, K.2011/13, T.13.01.2011, RG: 23.07.2011/28003.

¹⁴⁰ Melikşah Yasin, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, 2. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2007, s. 205-206.

¹⁴¹ Gözler, **İdare Hukuku**, C .II, s. 491.

¹⁴² Gözler, **İdare Hukuku**, C .II., s. 491.

¹⁴³ Duran, “Peştemallık ve Ulufe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi”, s. 12

bir ücret ödenmekle¹⁴⁴ birlikte aykırılık arz eden husus kolluk yetkisinin sırf mali çıkar sağlama amacıyla kullanılmasıdır¹⁴⁵. Bununla bağlantılı olarak kolluk faaliyetleri kar elde etme amacıyla da kullanılamayacaktır^{146,147}. Ayrıca, kolluk faaliyetleri karşılığında bir ücretin alınabilmesi hallerinde de yargı yerleri bunun kanunla öngörülmüş olmasını aramaktadırlar¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Buna örnek olarak, araç muayene hizmeti özelleştirilmeden önce bizzat idare tarafından yerine getirildiği dönemde çıkarılmış olan Araç Muayenelerinden Alınacak Muayene Ücretleri Hakkında Tebliğ, Karayolları:1986/4, gösterilebilecektir. RG: 08.03.1986/19136.

¹⁴⁵ Tan, **İdare Hukuku**, s. 343. Yazar ayrıca, “ekmek imalinde ekmeklerin sağlığa uygunluğu ve gramaj denetimi hizmetlerinin belediyenin asli görevleri içinde bulunduğu bu tür hizmetler için ücret istenemeyeceği” yönündeki Danıştay kararını örnek olarak vermektedir. Dan. 9.D, E.1993/335, K. 1993/1595, T. 13.04.1993, Kazancı İçtihat Bankası.

¹⁴⁶ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 260.

¹⁴⁷ Kamu hizmetlerine hakim olan meccanilik ilkesinin de hizmetlerin parasız olarak sunulması olarak değil kar amacı güdülmemesi şeklinde yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. Buna karşılık bilhassa iktisadi alandaki kamu hizmetlerinden kar elde edilebilmesini öngören düzenlemeler de mevcuttur. Gülan, “Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri”, s. 40-41.

Bu doğrultuda, İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Kanunu’nun 23. maddesinde yer alan, su tedarikine ilişkin hizmetlerden “... %10’dan aşağı olmayacak nispetinde bir kâr oranı” alınacağını öngören düzenlemenin iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi şu şekilde karar vermiştir:

“ (...) mahalli idarelerin görevleri ile orantılı gelir sağlama ve verilen hizmetler karşılığında elde edilecek gelirlerde kârlılık oranını belirleme konusunda, ölçülü ve adil olmak ve anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla takdir hakkının bulunması gerekir. (...)”

2560 sayılı Kanun kapsamında idarenin kişilere verdiği su hizmeti karşılığında alacağı bedelin niteliği (...) su bedelinin su satışı ve kullanılmış suların uzaklaştırılması karşılığında yapılan tarife ve abonman sözleşmesine göre alındığı, bu şekilde idare ile birey arasında özel hukuk ilişkisi kurulduğu ve ödenecek bedelin maliyet-kâr esasına göre belirlendiği, dolayısıyla idarece verilen bir hizmet karşılığında tarife göre saptanarak alınan bedelin vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm olmadığı, ücret niteliğini haiz olduğu belirlenmiştir.

Anayasa’nın 127. maddesinde, yerel yönetimlere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanacağı öngörülmüş olup, büyükşehir belediyelerinin su hizmetlerini verimli bir şekilde sürdürebilmesi, daha kaliteli ve etkin bir şekilde hizmet sağlayabilmesi, yatırımlarda bulunabilmesi için ihtiyaç duyduğu malî kaynağın bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda büyükşehir belediyelerince sunulan hizmetlere karşılık talep edilen bedele ölçülü ve adil olarak belirlenen bir kâr oranının ilave edilmesinde Anayasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Bu itibarla, idarenin su tedariki ve suların uzaklaştırılması yönünde yaptığı hizmete karşılık ölçülü ve adil olarak belirleyeceği bir kâr oranını su tarifelerinin tespitinde esas alması ve bu tarifeye göre ücret istemesinde hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır.” AYM, E. 2011/6, K.2012/16, T.26.01.2012, RG: 21.07.2012/28360.

¹⁴⁸ “(...) Kurumların kanunla kendilerine verilen zorunlu bir kamu hizmetinin yürütülmesinde, yasal bir düzenleme olmadıkça bu hizmetle ilgili şahıslardan bir bedel istenmesi kamu hizmeti kavramına uygun bulunmamaktadır.

4628 sayılı Kanunun 5. maddesinin beşinci fıkrasının (j) bendinde, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin denetlenmiş mali tablolarını incelemek veya incelettirmek Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu’nun görevleri arasında belirlenmiş olup, davalı idarenin yapmakla yükümlü olduğu bu denetim görevi karşısında yukarıda açıklandığı üzere bir bedel istenmesinde hukuka

Kolluk faaliyeti karşılığı olarak ücret alınmasına yönelik olarak başka bir sınırlama ise kamu gücüne dayanılarak sağlanan paraların kamu hizmet amacı dışında gerçek veya özel tüzel kişilere gelir olarak tahsis edilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkindir¹⁴⁹. Bununla ilgili olarak, kamuya yararlı faaliyet yürütmekte olan özel hukuk tüzel kişilerine tahsis edilen gelirler gündeme gelecektir. Kolluk yetkisinin kullanılması sonucu elde edilen gelirin özel hukuk kişilerine kanuni bir düzenlemeyle dahi olsa tahsis edilemeyeceği görüşüne¹⁵⁰ karşılık günümüzde bu yönde kanuni düzenlemeler yapılabildiği görülmektedir¹⁵¹.

Son olarak, kolluk yetkisinin daha az külfete katlanmak için araç yapılamayacağı hususuna değinmek gerekecektir¹⁵². Ancak bilinmektedir ki, günümüzde kolluğa ilişkin kimi yetkilerin büyük miktarlarda yatırıma gereksinim duyulması nedeniyle idare üzerindeki mali yükün hafifletilmesi amacıyla özel hukuk kişilerine gördürülmesi yolu tercih edilebilmektedir¹⁵³. Bu gibi hallerde mali yükün hafifletilmesi yegane amaç olmamakla birlikte bu ilkenin de farklılaştığını kabul etmek gerekecektir.

IV. KOLLUK FAALİYETİNE ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN KATILIMINI KAVRAMLAŞTIRMA SORUNU

Çalışmamızın başlığı olan “kolluk faaliyetinin özel hukuk kişilerince görülmesi” kavramı farklı şekillerde yorumlanmaya müsait bir niteliktedir ve bu

uyarlık bulunmamaktadır.” Dan., 13.D, E. 2005/5263, K.2005/5709, T.29.11.2005, Ayrıca bkz: Dan., 9.D, E.1998/307, K.1999/321, T.02.02.1999, Kazancı İçtihat Bankası.

¹⁴⁹ Duran, “Peştemallık ve Ulufe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi”, s. 7.

¹⁵⁰ Duran, “Peştemallık ve Ulufe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi”, s.11.

¹⁵¹ Örnek vermek gerekirse; mahalli çevre kurulları, egzoz gazı ölçümleri karşılığında alınacak ücretlerin çevre koruma vakıfları veya yerel spor kulüplerine tahsis edilmesi yönünde kararlar verebilmektedir, Sakarya Mahalli Çevre Kurulu’nun bu yöndeki 994/6 sayılı kararı için bkz: RG: 23.11.1995/22180. Gözübüyük/ Tan, **İdare Hukuku**, C. I, (Genel Esaslar), s. 675.

Başka bir örnek de ehliyetlerin yenilenmesine ilişkindir, buna göre; torba yasa diye tabir edilen düzenlemenin kanunlaşması halinde ehliyetlerin yenilenmesi karşılığında 15 lira ücret alınacak olup bunun 13 liralık kısmı işlemin maliyetini oluşturmaktadır. Geriye kalan 2 lira ise Türk Polis Teşkilatını Güçlendirme Vakfı’na gelir olarak tahsis edilecektir.

http://www.radikal.com.tr/ekonomi/ehliyetten_yenileme_ucreti_15_lira-1140623.

¹⁵² Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 260.

¹⁵³ Araç muayene istasyonlarında gerekli standartların sağlanabilmesi için büyük miktarlarda yatırıma gereksinim duyulduğu ve bu hizmetin özelleştirilmesi sayesinde işletme giderlerinden tasarruf edileceği hakkında bkz: Özelleştirme İdaresi Başkanlığı (Çevirimichi)

http://www.oib.gov.tr/duyuru/2004-10-21_encok_soru.htm.

nedenle de farklı ihtimallerin ve hangisinin tercih edileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu da esasen kolluk faaliyetinin yerine getirilmesinde özel hukuk kişilerinin sahip olduğu veya olabileceği yetkilerin kamu gücünün devri olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ile ilgili bir husustur. Başka bir deyişle özel hukuk kişilerinin sahip olduğu yetkilerin kolluk faaliyetini bizzat yerine getirme mi yoksa kolluk faaliyetinin yerine getirilmesine katılma şeklinde mi nitelendirileceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Birinci ihtimalden söz edebilmek için özel hukuk kişinin herhangi bir kolluk faaliyetinin asli ve önemli bir bölümünü ya da tümünü yerine getiriyor olması gerekmektedir. Daha önce belirtildiği üzere kolluk faaliyeti kamu düzeninin sağlanması amacıyla kişilerin nasıl davranması gerektiğine ilişkin emir ve yasakların konulması, kişilerin bunları ihlal edip etmediğinin kontrol edilmesi ve ihlal halinde yaptırım uygulanması şeklinde gerçekleştirilmektedir. Bu durumda, özel hukuk kişinin kurallara uyulup uyulmadığını kontrol etmek amacıyla hem faaliyete ilişkin inceleme veya denetim gibi hazırlık işlemlerini hem de bunların sonuçları doğrultusunda tesis edilecek nihai işlemleri yapma yetkisinin olması gerekecektir.

Özel hukuk kişilerinin kolluk faaliyetinin yerine getirilmesine katılması şeklinde ifade ettiğimiz ikinci ihtimalde ise faaliyetin bir parçasının özel hukuk kişisince yerine getirilmesi söz konusu olacaktır. Başka bir ifadeyle nihai olarak kolluk faaliyetine yönelik olmakla birlikte doğrudan kolluk faaliyetinin yerine getirilmesi şeklinde olmayan faaliyetler katılma şeklinde nitelenebilecektir¹⁵⁴. Ayrıca, kolluk faaliyetinin yerine getirilmesinde birtakım edimlerin sunulması gerekebilir, bunların özel hukuk kişilerine yaptırılması da katılma şeklinde kavramsallaştırılabilir. Bu durumda özel hukuk kişilerinin yaptırım uygulama yetkisi olmamakla birlikte ihlallerin tespit edilmesine ilişkin yaptıkları denetimler de bu kapsamda kabul edilebilecektir.

Esasen kolluk faaliyetini diğer faaliyetlerden ayıran özelliklerden biri olarak bu faaliyetin devredilemezliği ilkesi üzerinde durulmuş idi. Bu nedenle özel hukuk

¹⁵⁴ Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s.321.

kişilerinin sahip olduğu yetkilerin kolluk faaliyetinin devri olarak nitelenmesi ilk bakışta hukuka aykırı gözükmeyle birlikte her bir hukuki düzenlemenin ayrı ayrı incelenerek bir sonuca varılması daha uygun olacaktır. Örnek vermek gerekirse, yetkilendirilmiş özel hukuk kişileri tarafından trafik ihlali yapan araçların çekilmesi, kolluk faaliyetinin yerine getirilmesinde sunulan bir edim olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü, araçların çekilmesi konusunda karar verme ya da onlara idari para cezası verme yetkileri idareye aittir. Buna karşılık özel güvenlik görevlilerinin sahip olduğu kamu gücünün kullanılması sonucunu doğuran yetkiler kolluk yetkisinin devri şeklinde değerlendirilebilmektedir¹⁵⁵.

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı da göz önüne alınarak, özel hukuk kişilerinin sahip olduğu yetkileri kural olarak kolluk faaliyetine katılma şeklinde kavramlaştırmak daha yerinde olacaktır. Çünkü Anayasa Mahkemesi bilhassa icrai nitelikteki işlemlerin özel hukuk kişilerince yapılmasına ilişkin düzenlemeleri hukuka aykırı bulmaktadır. Buna ilişkin olarak, 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinde yer alan, *"Arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler yönetici şirket tarafından verilir ve denetlenir"* şeklindeki düzenleme hakkındaki kararı örnek olarak gösterilebilir:

*"Yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verilmesi ve denetlenmesinin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli bir kamu hizmeti olması nedeniyle memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle gerçekleştirilmesi gerekirken, dava konusu kuralla, ruhsat ve izinlerin bir özel hukuk tüzel kişisi olan yönetici şirket tarafından verilip denetleneceğinin öngörülmesi, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır."*¹⁵⁶

Özetle, çalışmamız kapsamında görüleceği üzere özel hukuk kişilerinin kamu gücünü kullanmasına imkan veren hukuki düzenlemeler olmakla birlikte kural olarak nihai işlemi yapma yetkisi idarede kalmaya devam ettiğinden özel hukuk kişilerinin faaliyetlerini kolluk faaliyetine katılma şeklinde kavramlaştırmak daha isabetli ve hukuki durumu açıklayıcı nitelikte olacaktır kanaatindeyiz.

¹⁵⁵ Gözler, **İdare Hukuku**, C .II., s. 491.

¹⁵⁶ AYM, E.2001/383, K.2003/92, T.16.10.2003, RG: 19.01.2006/26054.

İKİNCİ BÖLÜM

ÜLKEMİZDE KOLLUK FAALİYETİ İÇİNDE YER ALAN ÖZEL HUKUK KİŞİLERİ

I. KOLLUK FAALİYETİNE ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN KATILIMININ GEREKÇELERİ

Özel hukuk kişilerinin kolluk faaliyetine katılımına imkân veren düzenlemeler esasen bu alanda duyulan ihtiyacın giderilmesine yönelik olarak ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, bu durum, kamu hizmeti alanında özel kişilere daha fazla yer açma eğiliminin kolluğa yansımaları olarak da düşünülebilecektir.

Çalışmamız kapsamında, özel hukuk kişilerinin kolluk faaliyetine katılımının nedenlerini her bir başlık altında ayrı ayrı değerlendirecek olmakla birlikte bunlara ilişkin genel tespitler yapmak da mümkündür. Özel hukuk kişilerinin yetkili olduğu kolluk faaliyetlerinin denetim ve inceleme gibi daha ziyade teknik ve uzmanlık isteyen alanlara ilişkin olması bu gerekçelerden biri olarak ileri sürülebilir. İncelemenin teknik oluşu özel hukuk kişisine inceleme sonucuna dair bir takdir yetkisi tanımamakta ve böylece keyfi sonuçların ortaya çıkması gibi bir risk de en aza indirilmektedir. Bunun yanında idarelerin gerekli incelemeleri yapacak teknik bilgi ve uzmanlığa sahip nitelikte eleman bulmakta zorluk çekmesi de başka bir gerekçe olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle mahalli idarelerde çalışan kişiler yeterli uzmanlığa sahip olmayabilmektedir. Bilindiği üzere, yapı denetimi veya araç muayene gibi teknik bir incelemenin yapılmasını gerektiren hizmetler idare tarafından gerektiği şekilde yerine getirilemeyerek bu alanlarda özel kişiler yetkilendirilmiştir.

Ayrıca artan ihtiyaçlar karşısında idarenin istihdam ettiği personelin sayıca yetersiz oluşu da özel hukuk kişilerinin katılımına imkan sağlanmasına yol açmıştır. Bu durum bilhassa özel güvenlik görevlileri için geçerli olan bir sebeptir. Çünkü kişi ve kurumlar artan güvenlik ihtiyaçları karşısında mali külfetleri kendileri üstlenerek genel kolluk dışında özel güvenlik görevlileri istihdam etmek durumunda

kalmışlardır. Esasen, idarenin yeterli sayıda personel istihdam etmesi ekonomik olarak getireceği yük de göz önüne alındığında pek mümkün gözükmemektedir.

İdare kolluk alanında özel hukuk kişilerini yetkilendirdiğinde idarenin yapması gereken pek çok yatırım da özel kişiler tarafından yapılmaktadır. Bu da idareye ekonomik olarak daha az külfet yüklenmesi anlamına gelmektedir.

Bunlardan başka, özellikle denetim ve incelemeye ilişkin faaliyetlerde özel hukuk kişileri idare ile denetlenen kişiden bağımsız ve dolayısıyla tarafsız olması beklenen bir kişi olarak karşımıza çıkmaktadır. Kişilerin bir haktan yararlanacağı ya da müeyyideye tabi olacağı hallerde özel hukuk kişinin yapacağı denetimlerin daha tarafsız olması beklenebilecektir.

Son olarak özel hukuk kişilerinin yetkilendirildiği durumlarda faaliyetin yerine getirilmesinden dolayı meydana çıkacak zararlardan ötürü idarenin sorumluluktan kurtulmak şeklinde bir beklentisinin olduğu düşünülebilir. Başka bir ifadeyle zararlardan ötürü özel hukuk kişilerinin sorumluluğu gündeme gelebilir. Ancak idarenin gözetim ve denetim yükümlülüğü söz konusu olduğundan sorumluluktan kurtulması mümkün olmamalıdır.

II. ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNCE YERİNE GETİRİLEMeyecek NİTELİKTE OLAN KOLLUK FAALİYETLERİ

Özel hukuk kişilerinin kolluk faaliyetini yerine getirmesine ilişkin olarak bir sınırlamanın bulunup bulunmadığı, başka bir deyişle özel hukuk kişilerince yerine getirilemeyecek kolluk faaliyetlerinin olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Bu soruya ilişkin değerlendirme yapılırken Anayasa’da yer alan kamu hizmetlerine ilişkin düzenlemelerin göz önüne alınması gerekecektir. Anayasa’nın 47. maddesinin son fıkrasında yer alan “*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırabileceği veya devredebileceği kanunla belirlenir*” düzenlemesi de göz önüne alınarak özel hukuk kişilerine

gördürülebilecek olan kamu hizmetlerinin –kolluğu da kapsar bir şekilde- kapsamına ilişkin bir sınırlamanın olmadığı belirtilmektedir¹. Bu doğrultuda, kamu gücüne dayanan ve kamusal yönetim biçimlerine göre yerine getirilen hizmetler açısından da pozitif düzenlemelere göre bir sınırlama söz konusu değildir². Dahası, Anayasa’nın ulusal güvenlik ve kamu düzeninin sağlanmasını düzenleyen 5. maddesinden dahi bu hizmetlerin mutlaka idare tarafından yürütülmesi gerektiği anlamının çıkmadığı kabul edilmektedir³. Ancak, Anayasa’daki bu düzenlemeler karşısında yine de devletin egemenlik yetkilerine ve kamu gücüne dayanan faaliyetlerin özelleştirilmesinin yerinde bir yaklaşım olmadığı, özel kişilerin bu faaliyetlerin yerine getirilmesine sınırlı bir şekilde katılımının mümkün olabileceği belirtilmektedir⁴.

Bunun yanında öğretide hakim olan görüş de kamu hizmet ve faaliyetlerinin idare tarafından, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesinin asıl ve olağan olduğu, bunlardan ancak kamu gücüne özgü olmayan ve özel yönetim biçimine göre gerçekleştirilmeye elverişli olanların idarenin gözetim ve denetimi altında özel kişilerce yerine getirilebileceği yönündedir. Bu görüş milli savunma ve kolluk faaliyetlerinin tümüyle özel kişilere bırakılmasını kabul etmemekte⁵ ve kolluğun devletin tekeli olduğu ifade edilmektedir⁶.

Anayasa Mahkemesi ise özel hukuk kişilerine kolluk faaliyetine ilişkin yetki veren hukuki düzenlemeleri Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında incelemekte ve kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin özel hukuk kişilerince yerine getirilemeyeceğini kabul etmektedir. Mahkeme yapı ruhsatı verme yetkisinin yetkili idareler yanında yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına da

¹ Yasin, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, s. 205; Ali Ulusoy, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görüş Usulleri Kavramları”, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Ed. Ali Ulusoy, Ankara, Liberte Yayınları, 2001, s. 11.

² Yasin, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, s. 205.

³ Ulusoy, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görüş Usulleri Kavramları”, s. 11.

⁴ Yasin, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, s. 206.

⁵ Lütfi Duran, “Yap İşlet Devret”, **AÜSBFD**, C. 46, S. 1-2, s. 150-151.

⁶ Tekin Akıllıoğlu, “İmar ve Yönetim Hukuku”, **AİD**, C.19, S.2, s. 99.

verilmesine ilişkin düzenlemeyle ilgili olarak; “*ister ‘bağlı yetki’ ister ‘takdir yetkisi’ şeklinde kullanılsın ‘ruhsat verme’ idarenin, kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Bu nedenle ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, aslî ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur*” tespitini yapmış ve genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bu görevin Anayasa’nın 128. maddesi gereğince memur veya diğer kamu görevlisi olmayan özel hukuk kişilerince kullanılamayacağına karar vermiştir⁷. Mahkeme’nin 11.12.1986 tarihinde vermiş olduğu karardaki yorumunun daha yakın tarihli kararlara bakılarak aynı şekilde devam ettiği söylenebilecektir. Mahkeme, 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu’nda yer alan arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinlerin yönetici şirket tarafından verilmesi ve denetlenmesine ilişkin düzenlemeyi bir önceki kararına paralel şekilde “*yapı ruhsatı ve buna bağlı olarak yapı kullanma izni vermek, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindendir*” diyerek iptal etmiş ve bu nitelikteki görevlerin memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesinin zorunluluğunu gerekçe göstermiştir⁸.

Görüldüğü üzere Mahkeme’nin kolluk faaliyetlerinin özel hukuk kişilerince yerine getirilmesinde ölçütü, bu görevlerin Anayasa’nın 128. maddesinde yer alan, kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler arasında yer alıp almadığıdır. Bu kapsamda, Mahkeme icrai nitelikteki idari işlemin hazırlık safhasına ilişkin işlemleri bu kategoride saymamakta ve bunların özel hukuk kişilerince yerine getirilmesinin hukuka uygun olduğunu kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin elektrik dağıtım şirketlerinin denetiminin özel hukuk kişisi olan şirketlere yaptırılması ile ilgili düzenlemeye ilişkin kararı da bu yaklaşımına örnek olarak gösterilebilecektir:

“Denetim sonucu Kanun’da öngörülen hukuki, cezai ve idari tedbirleri uygulama yetkisi EPDK’da kalmaya devam ettiğinden, teknik destek sağlamaktan ibaret, hazırlık işlemi niteliğinde bir görev olduğu anlaşılan dağıtım şirketlerinin denetlenmesi görevinin

⁷ AYM, E.1985/11, K.1986/29, T.11.12.1986, RG: 18.04.1987/19435.

⁸ AYM, E.2001/383, K.2003/92, T.16.10.2003, RG: 19.01.2006/26054.

memur ve diğer kamu görevlisi niteliğinde olmayan üçüncü kişilere gördürülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.”⁹

Sonuç olarak denilebilir ki; öğreti ve yargı kararları, doğrudan kamu gücüne dayanılarak yerine getirilmekte olan ruhsat verme, müeyyide uygulama gibi yetkilerin özel hukuk kişilerince kullanılamayacağını kabul etmektedir. Bu konudaki anayasal dayanak ise 128. maddede yer alan, idarelerin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından görülmesine ilişkin düzenlemedir. Genel idare esasları kamusal yönetim biçimini ifade etmektedir¹⁰. İcrai olmayan nitelikteki işlemler ise bu kapsamda sayılmamaktadır. Ayrıca belirtilmelidir ki, belirtilen yetkilerin başka bir özelliği de temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmalarıdır.

Özel hukuk kişilerinin yerine getirebilecekleri kolluk faaliyetlerine ilişkin başka bir ayırım ise genel ve özel idari kolluk esas alınarak yapılmaktadır. Bu kapsamda, genel idari kolluğun egemenliğe ilişkin olması nedeniyle devredilemeyeceği özel idari kollukta ise bunun mümkün olduğu belirtilmektedir¹¹. At yarışları, avcılık gibi özel idari kolluk alanlarında özel hukuk kişilerinin sahip oldukları yetkiler de buna örnek olarak gösterilmektedir. Ancak, özel idari kolluğun egemenliğe ilişkin olmadığı şeklinde bir ön kabul yerinde olmayacaktır. Bu doğrultuda sahil ve sınırlardaki güvenlik gibi egemenliğe ilişkin olan özel idari kolluk örnekleri de mevcut olduğundan ancak yetkilerin niteliğine göre bir sonuca ulaşmak mümkün olacaktır¹².

Bu durumda denilebilir ki özel hukuk kişileri kolluk olarak kabul edilen faaliyetlerin tümünün yerine getirilmesine katılabilir ancak bu faaliyetlere ilişkin olarak yetkilerin tümünü kullanmaları mümkün olamaz. Başka bir deyişle özel hukuk kişilerinin kolluk faaliyetini yerine getirmesinde ölçüt yetkilerin niteliğidir. Bilhassa kamu gücüne dayanan, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu

⁹ AYM, E.2012/102, K.2012/107, T.27.12.2012, RG: 02.04.2013/28606 mük.

¹⁰ Gözübüyük/ Tan, **İdare Hukuku**, C. I, (Genel Esaslar), s. 925.

¹¹ Tan, “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap- İşlet-Devret Modeline”, s. 323.

¹² Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 117.

doğuran kolluk faaliyetlerinin yerine getirilmesinde özel hukuk kişisi tek başına yetkili olamamaktadır. Üçüncü kişiler açısından hak doğuran veya onlara bir müeyyide uygulanması sonucunu doğuran nihai ve icrai işlemler ancak yetkili idareler tarafından gerçekleştirilebilmekte, özel hukuk kişileri ise bu işlemlerin hazırlık safhasına ilişkin işlemleri yapabilmektedirler.

III. KANUNİ DÜZENLEMELER KAPSAMINDA YETKİLENDİRİLEN GERÇEK VE TÜZEL ÖZEL HUKUK KİŞİLERİ

Kolluk faaliyetini yerine getirmek hususunda yetkilendirilmiş olan özel hukuk kişilerinin bir kısmı bu yetkilerini doğrudan kanuni düzenlemeden almaktadırlar. Başka bir deyişle kanuni düzenlemede yetki sahibi olması öngörülmüş olan bu kişiler ayrıca izin veya ihale gibi bir usule tabi olmamaktadır. Somutlaştırmak gerekirse, bu kapsamda inceleyeceğimiz yeminli mali müşavirler ve geçici köy korucularının statüleri kanunla düzenlenmiş olup, bu görevleri ifa edecek olan kimselerin bireysel olarak bu statüye girmeleri yeterlidir.

A. Yeminli Mali Müşavirler

Yeminli mali müşavirler, işletmelerin faaliyet sonuçlarını denetleme ve değerlendirmeye tabi tutarak idare ajanlarının kullanımına sunmakla görevlendirilmiş olan kişiler olarak tanımlanabilir. Nitekim, 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun¹³ amacının “*işletmelerde faaliyetlerin ve işlemlerin sağlıklı ve güvenilir bir şekilde işleyişini sağlamak, faaliyet sonuçlarını ilgili mevzuat çerçevesinde denetlemeye, değerlendirmeye tabi tutarak gerçek durumu ilgililerin ve resmi mercilerin istifadesine tarafsız bir şekilde sunmak ve yüksek mesleki standartları gerçekleştirmek*” olduğu belirtilmiştir. Yeminli mali müşavirlerin sahip olduğu iki farklı yetki söz konusudur. Bunlardan ilki, mesleklerinin konusunu içeren 2/B maddesinde¹⁴ düzenlenmiş olan, idarenin

¹³ RG: 13.06.1989/20194.

¹⁴ 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu, Madde 2/B (...) b) Muhasebe sistemlerini kurmak, geliştirmek, işletmecilik, muhasebe, finans, mali mevzuat ve bunların uygulamaları ile ilgili işlerini düzenlemek veya bu konularda müşavirlik yapmak.

gerçekleştireceği denetimlerde kamu görevlileri tarafından kullanılmak üzere hazırlık işlemlerini gerçekleştirmek şeklindedir. Belirtilen faaliyeti gerçekleştirirken tarafsız olmaları gerektiği özellikle vurgulanmış olan yeminli mali müşavirler işletmelerin faaliyet ve işlemlerini denetleyecek ve sonuçları kamu görevlilerinin yapacakları idari işlemlerde kullanılmak üzere resmi mercilere sunacaklardır.

Bunun yanında esas üzerinde durulması gereken diğer yetkileri ise 3568 sayılı Kanun'un 12. maddesi kapsamında düzenlenmiş olan tasdik yetkisidir¹⁵. Buna göre yeminli mali müşavirler işletmelerin mali tablolarının ve beyannamelerinin mevzuat hükümleri, muhasebe prensipleri ile muhasebe standartlarına uygunluğunu ve hesapların denetim standartlarına göre incelendiğini tasdik etmek yetkisini haizdirler. Önem arz eden husus ise tasdik edilmiş mali tabloların kamu idaresinin yetkili memurlarınca tasdik edilmiş bir belge olarak kabul edilecek oluşudur. Bu durum yeminli mali müşavirlerin yapmış olduğu tasdik işlemine icrai bir sonuç bağlamaktadır. Başka bir deyişle kamu gücünü kullanma yetkisini ihtiva etmektedir. Fıkranın devamında kamu idaresine tanınan teftiş ve inceleme yetkisinin kullanılması ve tekrarına ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilerek asıl yetkili olan idarenin yetkilerinin ortadan kalkmadığı vurgulanmıştır. Bu şekilde yeminli mali müşavirlerin işlemleri üzerinde denetimi sağlamak, mağduriyetleri gidermek mümkün olabilecektir.

c) Yukarıdaki bentte yazılı konularda, belgelerine dayanılarak, inceleme, tahlil, denetim yapmak, mali tablo ve beyannamelerle ilgili konularda yazılı görüş vermek, rapor ve benzerlerini düzenlemek, tahkim, bilirkişilik ve benzeri işleri yapmak.

¹⁵ Tasdik ve Tasdikten Doğan Sorumluluk

Madde 12-Yeminli malî müşavirler gerçek ve tüzelkişilerin veya bunların teşebbüs ve işletmelerinin malî tablolarının ve beyannamelerinin mevzuat hükümleri, muhasebe prensipleri ile muhasebe standartlarına uygunluğunu ve hesapların denetim standartlarına göre incelediğini tasdik ederler. (...)

Kanunları gereğince, kamu kurum ve kuruluşlarına verilen tasdik edilmiş mali tablolar, kamu idaresinin yetkili memurlarınca, tasdik kapsamı ölçüsünde incelenmiş bir belge olarak kabul edilir. Ancak, çeşitli kanunlarla kamu idaresine tanınan teftiş ve inceleme yetkilerinin kullanılmasına ve gerektiğinde tekrarına ait hususlar saklıdır.

Yeminli malî müşavirler yaptıkları tasdik doğruluğundan sorumludurlar. Yaptıkları tasdik doğru olmaması halinde, tasdik kapsamı ile sınırlı olmak üzere, ziyaa uğratılan vergilerden ve kesilecek cezalardan mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar. Yeminli malî müşavirler yaptıkları tasdik kapsamını düzenleyecekleri raporda açıkça belirtirler.

Tasdik işleminin niteliği, Yeminli Mali Müşavirlerin Tasdik Edecekleri Belgeler, Tasdik Konuları, Tasdike İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in¹⁶ 4. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre yeminli mali müşavirler gerçek veya tüzel kişileri veya bunların teşebbüs ve işletmelerini, denetleme ilke ve standartlarına uygunluk yönünden inceleyecek ve bunun sonuçlarına göre tasdik kapsamına giren konu ve belgelerin gerçeği yansıtıp yansıtmadığını tespit edecektir.

Tasdik yetkisinin hukuki sonuçları ise 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmiştir¹⁷. Mükerrer 227. maddeye göre, Maliye Bakanlığı, vergi kanunlarında yer alan muafiyet, istisna, yeniden değerlendirme, zarar mahsubu ve benzeri hükümlerden yararlanılmasını, belirlenen şartlara uygun olarak yeminli mali müşavirlerce düzenlenmiş tasdik raporu ibraz edilmesi şartına bağlamaya yetkili kılınmıştır ve uygulamada da belirtilen hükümlerden yararlanılması için tasdik raporu sunulması zorunludur. Buna göre tasdik yetkisine bağlı olarak kişiler bir takım hak ve yararlar elde edebilmektedirler. Aynı maddeye göre tasdik raporunun zamanında ibraz edilmemesi halinde ise tasdike konu haktan yararlanamamaktadırlar.

Esasen, yeminli mali müşavirlerin tasdik yetkilerine ilişkin düzenleme ilk olarak Vergi Usul Kanunu'nun 141. maddesinde yer almakta idi. Söz konusu Kanun'da yeminli mali müşavirlik mesleğinin konusu düzenlenmiş¹⁸ ve ayrıca yeminli mali müşavir ve Yeminli Mali Müşavir Kurulu'na ilişkin görev, yetki, sorumluluk ve aylık ödenekleri gibi hususların Bakanlar Kurulu kararıyla düzenleneceği öngörülmüştü. Ancak, bu kişilerin kamu hizmeti görmekte ve kamu

¹⁶ RG: 02.01.1990/20390.

¹⁷ RG: 10.01.1961/10703-10705.

¹⁸ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu, Madde 141, Ek Madde. - Yeminli mali müşavirlik mesleğinin konusu : Gerçek ve tüzel kişilerin, muhasebe sistemlerini kurmak, geliştirmek, işletmecilik, finans, mali mevzuat ve bunların uygulamaları ile ilgili işlerini düzenlemek, bu konularda müşavirlik yapmak, mükelleflerin mali tablolarını ve beyannamelerini ilgili mali mevzuat hükümleri, muhasebe prensipleri ve denetim standartları açısından tasdik etmektir.

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

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

Yeminli Mali Müşavirler yaptıkları tasdikle ilgili işlemlerden sorumludurlar.

görevlisi olduğu iddiasıyla yetki, görev ve sorumluluklarının kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilerek söz konusu maddenin Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık taşıdığı gerekçesiyle iptal davası açılmıştır. Dava kapsamında Anayasa Mahkemesi öncelikle yeminli mali müşavirlerin yerine getirdiği faaliyetin niteliğini tespit etmiştir^{19,20}. Yapacakları hizmet ve sorumlulukları ile ilgili madde hükmü irdelenerek yeminli mali müşavirlerin finans ve mali mevzuat konularında müşavirlik hizmeti vermenin yanında vergi tarhına esas teşkil edecek gelir ve gider kayıtlarının gerçeğe uygun olduğunu onaylamak görev ve yetkisine sahip oldukları belirtilmiştir. Bu düzenleme ile Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nın vergi denetim personelinin sahip olduğu yetkilerin yeminli mali müşavirlere verilmiş olduğu, çünkü Bakanlık görevlilerinin teftiş ve inceleme yetkileri devam ediyor olsa da yeminli mali müşavirlerce tasdik edilmiş olan belgelere Bakanlık görevlileri tarafından incelenmiş belge niteliğinin verilmiş olduğu vurgulanmıştır. Bu nedenlerle Mahkeme'ye göre yeminli mali müşavirlerin yerine getirdiği faaliyet kamu hizmetidir. Mahkeme bu belirlemenin ardından ise yeminli mali müşavirlerin kamu görevlisi veya memur olup olmadığı konusunda değerlendirme yapılmıştır. Mahkeme'nin bu konudaki değerlendirmeleri de şu şekildedir:

“Yeminli mali müşavirlerin ‘memur’ olmadıklarında şüphe yoktur. Çünkü bu kimseler, idarenin daimi ve sabit kamu hizmetleri kadrosunda yer almış ve bürokratik hiyerarşi içinde bulunan, devletten maaş alan elemanlar değildir. Aksine, müşavirlik yaptığı, gerçek ve tüzelkişilerle özel hukuk hükümlerine göre sözleşme yapmış ve ücretle çalışan serbest meslek sahibidirler. Ancak kendilerine, niteliğini yukarıda açıkladığımız tasdik yetkisi verilmiş olması nedeniyle bir kamu yetkisi kullandıkları ve yaptıkları hizmetin de bir kamu hizmeti olduğu açıktır. Öte yandan devlet ve yeminli mali müşavir arasındaki ilişki bir kamu hukuku ilişkisidir. Çünkü kendilerine görev verilmesi, özel hukuk sözleşmesi ile değil bir kanunla olmaktadır. Dolayısıyla yeminli mali müşavirleri sahip oldukları tasdik yetkisi nedeniyle, bir ‘kamu görevlisi’ saymak gerekir.”

¹⁹ AYM, E. 1986/5, K. 1987/7, T. 19.03.1987, RG: 12.11.1987/19632.

²⁰ İptali istenen kanun hükmü: "Yeminli Mali Müşavirlik unvanının kazanılması, bunların yapacağı işler sorumluluk sınırları, yönetim, çalışma ve disipline ilişkin esaslar ve diğer hususlar Bakanlar Kurulunca çıkarılacak Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenir." şeklindedir.

Kararda ayrıca yeminli mali müşavirlerin görev itibariyle idarenin bütünlüğü içinde yer aldığı tespit edilmiştir. Mahkeme sonuç olarak düzenlemenin Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle iptaline karar vermiştir²¹.

Yukarıda ana hatlarıyla özetlemeye çalıştığımız Anayasa Mahkemesi kararında faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Mahkemenin bu şekilde kamu hizmeti ile kolluk arasında söz konusu olan hukuki rejim farklılığını göz ardı ettiği de söylenebilecektir²². Karara konu olan faaliyet edim sunumundan ziyade denetim içermekte, özel hukuk kişileri ya da teşebbüslerin mali tablolarının gerçeğe ve hukuka uygunluğunun denetlenmesi söz konusudur. Bu halde esasen kolluk faaliyeti olduğunu söylemek mümkündür. Ancak belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi kararlarında idari faaliyetlere genelde kamu hizmeti denildiği görülmektedir.

Kararın esasına gelecek olursak, Mahkeme burada organik ve maddi ölçüte göre bir nitelendirme yapmadan doğrudan Bakanlık vergi denetim elemanlarının sahip olduğu yetki ve görevler ile aynı nitelikteki yetki ve görevlerin yeminli mali müşavirlere tanınmış olmasından yola çıkmıştır. Mahkemenin de belirtmiş olduğu gibi Bakanlık vergi denetim elemanlarının yetkileri devam etmektedir. Aslında, denetim faaliyeti 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK²³ ile Bakanlık bünyesinde yer alan Vergi Denetim Kurulu'na ve Vergi Usul Kanunu 135. maddesi kapsamında sayılan kamu görevlilerine verilmiştir. Başka bir ifadeyle bu düzenlemelere göre denetim faaliyeti bütün olarak Maliye Bakanlığı'nın görevleri arasında yer almaktadır. Dava konusu edilen düzenlemede yeminli mali müşavirlerin sahip olduğu tasdik yetkisi ise denetim faaliyetinin tümünü teşkil etmemekle birlikte bir halkasını oluşturmaktadır. Bu tasdik doğrultusunda başkaca idari işlemler tesis edilmektedir. İdareye görev olarak verilmiş bir hususta özel hukuk

²¹ Kararda yer alan karşı oy yazısında: “Yeminli Mali Müşavirlere verilen ‘tasdik yetkisi’ ve bu yetkinin ‘kamu idaresinin yetkili elemanlarınca’ yapılacak tasdik işlemi ile eşdeğer sayılması; yapılan hizmete bir ‘kamu hizmeti’ niteliği kazandırır da, yeminli mali müşavirleri bir ‘kamu görevlisi’ haline getiremez. Aksine Yeminli Mali Müşavirler, bir ticari işletme şeklinde kurulacak ve faaliyet gösterecektir. Hiçbirisi idari hiyerarşi içinde yer almayacak ve kamu görevlisi statüsünde bulunmayacaktır.” denilmiştir.

²² Turgut Tan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 8, s. 241.

²³ RG: 14.12.1983/18251, mük.

kişisi de yetkilendirilmiştir. Belirtildiği üzere yeminli mali müşavirler tarafından tasdik edilmiş belgeler kamu görevlilerince tasdik edilmiş belge niteliğinde kabul edilecek ve özel hukuk kişileri buna bağlı olarak kimi hak ve yararlar elde edeceklerdir. Bu yönüyle yeminli mali müşavirlerin kamu gücü ile donatıldığı söylenebilir. Ancak burada yeminli mali müşavirlerin idare adına bir yetki kullanıp kullanmadıkları hususu yeterince belirgin değildir. Gerçekleştirdikleri tasdik idarenin işlerini kolaylaştırıcı bir rol oynamakla birlikte belirtildiği üzere idarenin de bu konudaki yetkisi devam etmektedir. Yine de, kolluk faaliyeti kapsamında bir yetki kullandıkları açıktır.

Kararın ikinci kısmında yer alan personel statüsüne ilişkin değerlendirmelere bakıldığında ise birbiriyle çelişir gözükten tespitler yapıldığı görülmektedir. Yeminli mali müşavirlerin serbest meslek sahibi olduklarının belirtilmesini ardından kendilerine kanunla yetki verilmiş olması dolayısıyla idare ile aralarındaki ilişkinin kamu hukuku ilişkisi olduğu ve kamu görevlisi oldukları yönünde karar verilmiştir. Mahkeme Anayasa'ya aykırılık iddialarını değerlendirirken 128. madde kapsamında değerlendirmede bulunmuştur. Bu halde kamu görevlisi ile idare arasında kamu hukuku ilişkisi olması aranacaktır ancak Mahkeme'nin belirtmiş olduğu şekilde kanunla yetki verilmesi ile bu ilişki kurulmuştur diyemeyiz. Bu kişiler için öngörölmüş sürekli bir kadro ve idare ile aralarında hiyerarşik bir ilişki bulunmamaktadır. Kamu görevliliği ile serbest meslek sahibi olmak da birbiriyle bağdaşır değildir. Bu nedenlerle kararın bu kısmına katılmamaktayız.

Bu aşamada Anayasa Mahkemesi'nin sözünü ettiğimiz karardan yaklaşık 10 sene sonra Vergi Usul Kanunu'nun yeminli mali müşavirlerin tasdik yetkisini düzenleyen mükerrer 27. maddesinin²⁴ iptali istemiyle açılan davaya da değinmek gerekecektir. Mahkeme kararında mesleğe ilişkin şu tespitlerde bulunmuştur:

²⁴ İptali istenen yasa hükmü şu şekildedir:

"Mükerrer Madde 227

Maliye Bakanlığı :

1. Vergi beyannamelerinin 3568 sayılı Kanuna göre yetki almış serbest muhasebeci, serbest muhasebeci malî müşavir veya yeminli malî müşavirler tarafından da imzalanması mecburiyetini getirmeye, bu mecburiyeti beyanname çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet konuları itibarıyla ayrı ayrı uygulamaya,

“Kamu kesiminde görev almasalar ve kamu görevlisi olmasalar bile bu meslek mensuplarının çalışmalarının kamusal bir yanı mevcut olup bunlar meslekî etkinlikleri gereği zaman zaman kamu gücünü kullanırlar.

Dava konusu kural, vergi beyannamelerinin verilmesinde yeni idarî usuller getirmektedir. Kamuya sunulacak belirli belgelerin, yasal biçim ve esaslara bağlı kılınması ve bunların belli meslek mensuplarınca hazırlanması, denetlenmesi ve tasdiki yeni bir hukuksal olay değildir. Noterlik hizmetleri ile bazı teknik hizmetler bunun en belirgin örneğidir. Serbest muhasebecilik ve malî müşavirlik mesleği, görev, yetki, yükümlülük ve sorumlulukları yasada belirlenen mesleklerden olup Anayasa'nın 135. maddesi kapsamındadır. 3568 sayılı Yasa'ya göre kendilerine mesleklerini icra yetkisi verilmiş olan muhasebeci ve malî müşavirlerin Vergi Usul Yasası'nın mükerrer 227. maddesi kapsamındaki görev ve yetkileri, meslekî çalışmalarının bir bölümüdür. Madde ile düzenlenen kurallar, benzeri pek çok konuda olduğu gibi yasal bir idarî usuldür ve vergi mükelleflerinin kamuya karşı olan yükümlülüklerinin düzenlenmesidir.”

Mahkeme kararında yeminli mali müşavirlerin kamu görevlisi olmamakla birlikte kamu gücünü kullandıklarını belirtmiş olsa da Anayasa'nın 128. maddesine uygun olup olmadığı konusunda bir yorum yapmamıştır. Faaliyeti bir idari usul olarak değerlendirerek bir önceki içtihadından da bu anlamda sapma göstermiştir.

Esasen, tasdik kurumu ile mali tabloların gerçeğe uygun bir şekilde düzenlenmesi temin edilerek kamunun istifadesine sunmak, hızlılığı sağlayarak kişilerin tasdik sonucu elde edecekleri hak ve yararları korumak, üçüncü bir kişinin yapacağı incelemeler neticesinde vergi dairesi ve mükellefler arasında güvenin tesis edilmesi amaçlanmaktadır. Sisteme duyulan ihtiyaç konusunda yargılama süreci

2. Vergi kanunlarında yer alan muafiyet, istisna, yeniden değerlendirme, zarar mahsubu ve benzeri hükümlerden yararlanılmasını Maliye Bakanlığınca belirlenen şartlara uygun olarak yeminli malî müşavirlerce düzenlenmiş tasdik raporu ibraz edilmesi şartına bağlamaya,

Bu uygulamalara ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.

Yukarıdaki fıkra hükümlerine göre beyannameyi imzalayan veya tasdik raporunu düzenleyen meslek mensupları, imzaladıkları beyannamelerde veya düzenledikleri tasdik raporlarında yer alan bilgilerin defter kayıtlarına ve bu kayıtların dayanağını teşkil eden belgelere uygun olmamasından dolayı ortaya çıkan vergi ziyanına bağlı olarak salınacak vergi, ceza, gecikme faizlerinden mükellefle birlikte müstereken ve müteselsilen sorumlu tutulurlar.

2 numaralı bent hükmüne göre yararlanılması yeminli malî müşavirlerce düzenlenmiş tasdik raporu ibrazı şartına bağlanan konularda, tasdik raporunu zamanında ibraz etmeyen mükellefler tasdike konu hakdan yararlanamazlar. Ancak, Maliye Bakanlığı tasdik raporlarının ibraz süresini iki aya kadar uzatmaya yetkilidir.

233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi olan Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile bunlara ait müesseseler hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz.”

dahilinde Maliye Bakanlığı yetkilileri tarafından yapılan sözlü savunmada dile getirilen hususlar da bu yöndedir. Savunma kapsamında belirtildiği üzere, yapacakları denetimlerden dolayı sorumlu olacakları yasa da düzenlenmiş olan yeminli mali müşavirler tarafsızlıklarıyla vergi kayıp ve kaçığının azaltılmasında etkili rol oynayabileceklerdir²⁵. Ayrıca belgelerin incelenerek gerçeğe uygunluklarının tespiti çok zaman kaybettiren bir iş olduğundan yeminli mali müşavirlerin bunu yerine getirmesi Maliye Bakanlığı yetkililerinin verimli çalışmalarını sağlamaktadır.

Yeminli mali müşavirlerin tasdik yetkisini gereği gibi kullanabilmeleri amacıyla konuyla ilgili tüm belgeleri ilgili işyerinden ve idareden isteyebilecekleri ve şirket kayıtlarının doğruluğunu belirlemek amacıyla yeterli kanıtları toplamak zorunda oldukları düzenlenmiştir. Bu kapsamda karşıt inceleme yetkileri²⁶ söz konusudur²⁷.

Ayrıca yeminli mali müşavirlerin tasdik yetkilerinin sonucu olarak tasdik raporunun doğruluğundan sorumlu olacakları belirlenmiştir. Aksi halde ziyaa uğratılan vergiler ve kesilecek cezalardan mükellefle birlikte sorumlu olacaklardır.

²⁵ AYM, E. 1996/5, K. 1996/26, T. 26.06.1996, RG: 30.06.2001/24448.

²⁶ Karşıt inceleme yetkisinin içeriği hakkında:

“Bu hukuki durum karşısında; yeminli mali müşavirlerin, üçüncü kişilerden defter ve belge istemek suretiyle karşıt inceleme yapma yetkileri bulunmadığı; inceleme yapma yetkilerinin, ancak, vergilendirmeye esas alınan belge, kayıt düzeni ve matrah tespitinde dikkate alınması gerekli işlemlerin, muhasebe usul ve esasları ile, kanunlarda belirtilen düzenlemelere uygunluğu konusunda biçimsel inceleme yapmaktan ibaret olduğu açık bulunmaktadır. Bu bakımdan; yeminli mali müşavirlerin sahip olmadıkları yetkinin kullanılmamasından dolayı sorumlu tutulmaları hukuken olanaklı değildir.” Dan, 7. D, E. 2002/2514, K. 2004/200, T. 31.1.2004, Kazancı İçtihat Bankası.

²⁷ Yeminli mali müşavirlerin yapacakları inceleme hakkında değerlendirmede bulunan Danıştay’a göre: *“Yönetmeliğin 4 üncü maddesindeki bu tanım karşısında tasdik kapsamındaki konu ve belgelerin gerçeği yansıtıp yansıtmadığının saptanması önem kazanmaktadır. Bir durum ya da belgenin gerçek durum veya işlemi yansıtıp yansıtmadığı ancak, bu işlemin diğer yönünün de incelenmesini zorunlu kılacağından, bir yükümlünün tasdik kapsamına giren beyanname, mali tablo, belge veya bildirimini onaylaması gereken yeminli mali müşavirin, söz konusu muamelenin öncesindeki diğer işlemleri de incelemesini gerekli kılacaktır. Bu tür bir inceleme, Vergi Usul Kanununun 134 üncü maddesinde tanımlanan ve ancak aynı Yasanın 135 inci maddesinde belirtilen kamu görevlisi durumundaki inceleme elemanları tarafından yapılabilecek vergi incelemesi ve onun doğal sonucu olan karşıt inceleme niteliğinde değildir. Buradaki karşıt inceleme, tebliğde de belirtildiği gibi iade veya mahsup edilecek katma değer vergisinin tutarı ve gelir ve kurumlar vergisi beyannamelerinde yer alan matrah ve vergiye ilişkin rakamların doğruluğunun tespitine imkan verme amacına yönelik ve mükelleflerin söz konusu işlemleriyle sınırlı bulunmaktadır.”* Dan, VDDGK, E.1997/7, K. 1998/268, T. 09.10.1998, Kazancı İçtihat Bankası.

Bunun yanında hata ve hilelerin düzeltilmesi ve önlenmesi hususunda da işletme sahibi ile birlikte sorumlulukları söz konusudur. Bu kapsamda doğabilecek zararların tazmini amacıyla sigorta yaptırabileceklerdir. Sorumlulukları ile ilgili bu düzenlemeler göz önüne alındığında idare adına değil işletme sahibi adına bir denetim yaptıkları düşünülebilecektir.

Mesleklerine ilişkin hukuki düzenlemelerde çalışmalarını kendi sorumlulukları altında tam bir bağımsızlıkla, dürüst ve tarafsız şekilde yerine getirmeleri ve kamu yararını gözetmeleri gerektiği düzenlenen yeminli mali müşavirler verecekleri hizmetten yararlanmak isteyen kişilerle asgari unsurları kanunla düzenlenmiş olan bir sözleşme yapmak durumundadırlar. Sözleşme kapsamında ücretleri de denetledikleri kişi tarafından ödenmektedir.

Son olarak, görevleri sırasında ve görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan ötürü Türk Ceza Kanunu'nun devlet memurlarına ilişkin hükümlerine göre cezalandırılacakları düzenlenmiştir. Cezai sorumluluklarına ilişkin olarak yapılmış olan bu düzenleme yeminli mali müşavirlerin devlet memuru olmadığı ancak bu konuda onlarla aynı hükümlere tabi olacaklarını göstermektedir.

Yeminli mali müşavirlere verilmiş olan tasdik yetkisi icrai sonuçlar doğuran ve dolayısıyla kamu gücünü de içinde barındırdığı ileri sürülebilecek bir yetkidir. Bununla birlikte yeminli mali müşavirler kamu görevlisi değildirler, serbest meslek icra etmektedirler. Sahip oldukları yetki kapsamında kolluk faaliyetine katılmaktadırlar ancak bu katılım yardımcı olmaktan öte asli bir görevi yerine getirmek şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ancak daha önce de belirtildiği üzere bunun idare adına kullanılan bir yetki olduğu hususunda tereddütler mevcuttur. Buna karşılık beyannamelerin doğruluğunu yeterli bir şekilde araştırabilmeleri adına sahip oldukları kanıt arama yükümlülüğü gibi yetki ve görevleri de söz konusudur. Ayrıca denetimini gerçekleştirdikleri kişi ile sözleşme çerçevesinde ilişki kurmakta ve ücretleri de denetledikleri kişilerce ödenmektedir. Kişiler hangi yeminli mali müşavir ile çalışacakları konusunda seçim yapmakta özgürdürler. Yeminli mali müşavirlerin tarafsızlığını güvence altına almak adına sorumlulukları öngörülmüştür. Aslında, tasdik işlemini kamu görevlileri yerine getiriyor olsaydı onların da hizmet kusuru ya da görev kusuru kapsamında sorumluluğu gündeme gelebilirdi ancak yeminli mali

müşavirler gibi mükellefle birlikte sorumlu olmaları söz konusu olmazdı. Ancak idare ile denetlenen kişi arasında aracılık üstlendiği de söylenebilecek olan yeminli mali müşavirlerin yaptıkları işlemleri idare adına gerçekleştirdiklerini söylemek güçtür. Bir yandan da idarenin söz konusu alana ilişkin yetki ve görevleri devam etmektedir. Hizmet sundukları kişiden bağımsız ve tarafsız ancak onun yararına bir faaliyet yerine getirmektedirler.

B. Geçici Köy Korucuları

Geçici köy koruculuğu kurumu 442 sayılı Köy Kanunu'nun 74. maddesinde 1985 yılında 3175 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle hukuk düzenimizdeki yerini almıştır ve konuya ilişkin kanun maddeleri 2007 yılında 5673 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler çerçevesinde bugünkü görünümüne kavuşmuştur. Buna göre, *olağanüstü hal ilanını gerektiren sebeplere ve şiddet hareketlerine dair ciddi emarelerin ortaya çıkması veya köylünün canına ve malına tecavüz hareketlerinin artması* halinde geçici köy korucusu görevlendirilmesi kararlaştırılabilecektir. Esasen köy sınırları içinde kolluk görevini yerine getirmek üzere 442 sayılı Kanun kapsamında köy korucuları öngörülmüş idi. Ancak köy koruculuğu yanında ayrıca geçici köy koruculuğunun da öngörülmüş olması geçici köy korucularının kamu personel rejimine tabi olup olmadıkları ve bununla bağlantılı olarak yerine getirdikleri görevin asli ve sürekli mi yoksa tali ve geçici mi olduğu sorunlarını da gündeme gelmiştir. Çalışmamız esasen kolluk faaliyetinin özel hukuk kişilerinin katılımıyla yerine getirilmesine ilişkin olduğundan geçici köy koruculuğu ve belirtilen sorunlar da bu ekseninde incelenmeye çalışılacaktır.

Geçici köy korucularının görevlendirilmesine ilişkin kanuni düzenlemede geçici köy korucularının niteliklerinin, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin belirtilmediği ve bu nedenle Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olduğu iddiasıyla açılan davada Anayasa Mahkemesi, Köy Kanunu'nda köy korucularına ilişkin düzenlemelerin geçici köy korucuları için de geçerli olacağını belirtmiştir. Bunun ardındansa, geçici köy korucularının yerine getirecekleri görevlerin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken sürekli görev niteliğinde olmadığına hükmederek, Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık olmadığı

gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir²⁸. Dolayısıyla Mahkeme geçici köy korucularının memur ya da diğer kamu görevlisi olmadığı yönünde karar vermiştir. Yine Mahkeme geçici köy korucuları ile köydeki mevcut korucuların takviye edilmesinin amaçlandığını belirtmiştir. Kararın verildiği tarihte başkaca bir yasal düzenleme bulunmamaktadır, ancak öyle olsa dahi geçici köy korucuları köy korucularından daha farklı bir hukuki zeminde tartışılmayı gerektiren özelliklere sahiptir. Artan terör olayları karşısında köy korucularının sayılarının artırılmasına yönelik düzenleme yapılması yerine geçici köy koruculuğu ihdas edilmiştir, ilgili kanun maddesinde belirtildiği üzere geçici köy korucularının istihdam edilme gerekçeleri de farklıdır ve köy idaresinin değil merkezi idarenin kararıyla görevlendirilmektedirler²⁹. Personel statülerine ilişkin tartışmadan müstakil olarak, köy korucuları genel olarak köylerde kamu düzenini korumakla görevliken geçici köy korucuları yoğun şiddet olayları karşısında görevlendirilmişlerdir. Bu halde geçici köy korucuları kolluğa yardımcı olmaları amacıyla öngörülmüş olsa dahi, kanunda öngörülen şartların oluşması halinde ayrı bir kolluk gücü olarak karşımıza çıkmaktadırlar diyebiliriz.

Buna karşılık, Mahkeme kararında, geçici köy korucularının da köy korucularına ilişkin hükümlere tabi olacağı belirtilmiştir. Bunun kabul edilmesi halinde de gerçekleştirdikleri faaliyetin genel idare esaslarına göre yerine getirilen idari kolluk görevi olarak kabulü gerekecektir³⁰.

Geçici köy korucularının yerine getirdikleri faaliyetin asli ve sürekli bir faaliyet olduğu ya da olmadığı yönünde bir kanaate varabilmek için kendilerine verilmiş olan

²⁸ AYM, E. 1985/5, K. 1985/23, T. 10.12.1985, RG: 21.01.1986/18995.

²⁹ 442 sayılı Köy Kanunu, Madde 74 - (Ek fıkra: 26/03/1985 - 3175/1 md.; Değişik fıkra: 07/02/1990 - 3612/2 md.) (Değişik fıkra : 02/06/2007 - 5673 S.K/1.mad) Bakanlar Kurulunca tespit edilecek illerde; olağanüstü hal ilanını gerektiren sebeplere ve şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin köyde veya çevrede ortaya çıkması veya her ne sebeple olursa olsun köylünün canına ve malına tecavüz hareketlerinin artması hallerinde, valinin teklifi ve İçişleri Bakanının onayı ile yeteri kadar geçici köy korucusu görevlendirilmesi kararlaştırılabilir. Bu şekilde görevlendirilecek geçici köy korucusu sayısı 40.000 kişiyi geçemez. Bakanlar Kurulu bu sayıyı yüzde elliye kadar artırmaya yetkilidir. Görevlendirmeyi gerektiren hallerin ortadan kalkması durumunda veya idarî zaruret hallerinde görevlendirmeye ilişkin aynı usûl uygulanmak suretiyle geçici köy korucusu olarak yapılan görevlendirmelere son verilebilir.

³⁰ Lütfi Duran, “Anayasa Mahkemesi’ne Göre Türkiye’nin Hukuk Düzeni (II)”, **AİD**, C.19, S. 2, 1986, s. 17.

yetki ve görevlere bakılması gerekecektir. Geçici köy korucularının nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenmiştir³¹. İlk olarak, 24.10.1986 tarihli Geçici Köy Korucuları Yönetmeliği çıkarılmış ardından bu yönetmeliği yürürlükten kaldıran 09.01.2008 tarihli ve 2008/13105 sayılı Geçici Köy Korucuları Yönetmeliği yürürlüğe girmiş ve halen uygulanmaktadır. Yönetmeliğe ek olarak İçişleri Bakanlığınca çıkarılmış olan Geçici Köy Korucuları Yönergesi de uygulanmaktadır³².

Her iki Geçici Köy Korucuları Yönetmeliği de *hizmete özel* olarak onaylanmış olduğundan Resmi Gazete’de yayınlanmamıştır³³.

Geçici köy korucularının görevleri şu başlıklar altında belirtilmektedir:

“a. Köy halkının canına, ırzına, malına ve tasarruf emniyetine yönelik saldırıları önlemek, saldırıda bulunanları yakalamak ve suç delillerinin kaybolmamasını sağlayacak tedbirleri almak,

b. Görev alanında bulunan kamu ve özel kurumlara ait tesislere yönelik her türlü saldırıları önleyecek tedbirleri almak ve bu gibi tesislerin korunmasında, genel ve özel kolluk kuvvetlerine yardımcı olmak,

c. Tabii afetlerde verilecek görevleri yapmak,

ç. Bağlı olduğu mülki amirce verilecek ve önleyici kolluk kapsamında olan

³¹ 442 sayılı Köy Kanunu, Ek Madde 18 - (Ek madde : 02/06/2007 - 5673 S.K/2.mad)

Geçici köy korucuları ile korucu başlarının; görevlendirme şekilleri, göreve alınmalarında aranacak şartlar, görevleri, uygulanacak disiplin cezaları ve görevlerine son verilmesini gerektiren haller, disiplin amirleri, yararlanacakları giyim eşyaları ile bunların şekli ve verilme zamanları, eğitim ve denetim usûl ve esasları, sicil ve izinleri, ilk müracaatlarında sahip olmaları gereken sağlık şartları, başka bir işte çalışma hakları ile bu Kanunda yer alan diğer hususlara ilişkin uygulamalar Milli Savunma Bakanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşü üzerine İçişleri Bakanlığınca hazırlanacak ve bu maddenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içinde Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.

³² Jandarma Genel Komutanlığı (Çevirimiçi), www.jandarma.gov.tr/asayis/gecici_korucu.doc.

³³ Geçici Köy Korucuları Yönetmeliği’nin milli emniyet ve milli güvenlikle ilgili olan ve gizlilik derecesi taşıyan yönetmeliklerden olduğu ve bu nedenle Resmi Gazete’de yayımlanmamış olmasının yönetmeliği hukuken geçersiz kılmadığı yönünde: Dan, 8.D, E. 1994/6995, K. 1996/113, T. 23.1.1996, Kazancı İçtihat Bankası.

diğer görevleri yapmaktır.”³⁴

Süreklilik konusunda Köy Kanunu’nda yer alan *görevlendirmeyi gerektiren hallerin ortadan kalkması* veya *idari zaruret hallerinde geçici köy korucusu* olarak yapılan görevlendirmelere son verilebilmesi yönündeki hükmü dikkate almak gerekecektir. Madde metninden hareketle sürekli bir kadro öngörülmediği düşünülebilir. Öte yandan, geçici köy korucularının görevlendirilme şartları hatırlanacak olursa kendi içinde bir sürekliliğin varlığını kabul etmek mümkün olabilecektir. Buna göre “*olağanüstü hal ilanını gerektiren sebeplere ve şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin köyde veya çevrede ortaya çıkması veya her ne sebeple olursa olsun köylünün canına ve malına tecavüz hareketlerinin artması halleri*”nin varlığı ve devamı süresince istihdam edileceklerdir. Şartların ortadan kalkması halinde görevlerine son verilebilmesi yaptıkları görevin niteliği ile açıklanabilecektir.

Geçici köy korucularının yerine getirdikleri görevin asli olup olmadığı hususunda genel ve özel kolluk kuvvetlerine yardımcı olacakları belirtilmiştir. Kendilerine icrailik özelliğini haiz işlemler yapmak şeklinde yetki verilmediği düşünülebilecektir³⁵. Buna karşılık, Uyuşmazlık Mahkemesi 1991 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi’ne paralel olarak Köy Kanunu’nda geçici köy korucularının

³⁴ Jandarma Genel Komutanlığı (Çevirimiçi), www.jandarma.gov.tr/asayis/gecici_korucu.doc.

³⁵ Köy Korucuları Yönetmeliği’nin aşağıda verilmiş olan ilgili hükmü incelendiğinde geçici köy korucuları ile köy korucularının görevlerinin önemli ölçüde örtüştüğü görülmektedir. Buna göre her ikisi de tedbir almak ve kolluk kuvvetlerine yardımcı olmakla görevlidirler:

Köy Korucuları Yönetmeliği

Madde 9 - Köy korucularının görevleri şunlardır:

a) Köy halkının canına, ırzına, malına ve tasarruf emniyetine tecavüz edenleri belirlemek, bunları takip etmek, köy muhtarına ve en yakın jandarmaya en seri vasıta ile bildirmek, kaçmalarını, saklanmalarını önlemek, köy halkının ve köyün zabıta görevlilerinin de yardımıyla yakalamak,
b) Suç işlenirken veya işlendikten sonra, henüz izleri kaybolmadan sanıkları yakalamak,
c) Adli kolluk işleri ile ilgili olaylarda, delillerin kaybolmamasını sağlayacak tedbirleri almak,
d) Yangın, sel, deprem, toprak kayması, çığ gibi tabii afetleri bilgi edindiğinde, köy muhtarına ve en yakın jandarmaya haber vermek,
e) Köyde bulunan eski hükümlülerin, sabıkalı ya da şüphelilerin iş ve ilişkilerini araştırmak, asker ve yoklama kaçaklarını takip etmek, bunlar hakkında elde ettiği bilgileri muhtara veya jandarmaya bildirmek,
f) Bağ, bahçe ve yolları, içme suyu tesisleri ile trafo ve köy orta malları, su kuyuları, su setleri ve kanallarına ve benzeri köy tesislerine yönelik her türlü tecavüzleri önleyecek tedbirleri almak ve bu gibi tesislerin korunmasında genel ve özel kolluk kuvvetlerine yardımcı olmak.

görev, yetki ve nitelikleri hakkında herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği bu nedenle köy korucuları ile aynı statüye tabi oldukları sonucuna varmıştır³⁶. Bu tarihte yürürlükte olan Geçici Köy Korucuları Yönetmeliği'ni göz önüne almamıştır. Aynı kararda geçici köy koruculuğunun askerlikle ilgili bir yanının olmadığını açıklarken köy korucularının ırz, mal ve canı koruma görevi ile jandarmanın mülki görevlerinden olan emniyet ve asayiş ile kamu düzenini korumak görevlerinin aynı nitelikte olduğunu belirtmiştir. Mahkemenin varmış olduğu bu sonuç geçici köy korucularının görevlerinin de asli ve sürekli nitelikte olduğunun kabulünü gerektirecektir.

Anayasa'nın 128. maddesi gereğince, yerine getirilen faaliyetin asli ve sürekli olması ile bu faaliyeti yerine getirenlerin kamu görevlisi olması arasında bir neden sonuç ilişkisi bulunmaktadır. Şöyle ki; kamu görevlileri kural olarak asli ve sürekli görevleri yerine getirirler, buna paralel olarak tüm asli ve sürekli görevlerin de kamu görevlileri eliyle görülmesi sonucunun ortaya çıkıp çıkmadığının üstünde durulması gerekmektedir. Asli ve sürekli görevlerin kamu görevlisi olmayan kişilerce görülebilir hale getirilmesinin açıkça Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülebilir. Ancak, farklı yönde verilmiş olan mahkeme kararları geçici köy korucuları açısından bu iki kavramı birbirinden ayırarak incelemeyi gerektirmektedir. Danıştay 1. Dairesi Terörle Mücadele Kanunu'nun Ek 1. maddesinde yer alan *“kamu görevlileri”* ibaresinin kapsamına ilişkin olarak verdiği istişari görüşünde: *“(…) kamu idare ve kurumlarında kamu hizmetlerini yürüten kişilerden; idare örgütüne ve hizmet kadrosuna sürekli biçimde girmiş ve onunla kaynaşmış olan, örgüt içinde ve aralarında hiyerarşi bağı ve kendilerine özgü statüleri bulunan, görevleri dışında da bu statüleri ile resmi sıfat ve yetkilerini koruyan, kamu hizmetinin gerektirdiği alanlarda uzmanlaşmış olan”* kişileri *“memur ya da diğer kamu görevlisi”* olarak tanımlamış, gönüllü ve geçici köy korucuları, geçici işçiler ve öğretmenlerin ise kamu hizmetlerine geçici olarak katılması nedeniyle kamu görevlisi olarak kabul edilemeyeceği yönünde karar vermiştir^{37,38}. Danıştay'ın bu kararında hizmet

³⁶ UYM, E. 1991/1, K. 1991/8, T. 04.03.1991, RG: 27.03.1991/20827.

³⁷ Dan, 1. D., E. 1996/131, K. 1996/242, T. 19.12.1996, Kazancı İçtihat Bankası.

kadrosuna sürekli bir biçimde girmek hususuna vurgu yapılmışken Devlet Memurları Kanunu'ndaki sözleşmeli öğretmen istihdam edilebileceğine dair hükmün³⁹ Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık olduğu iddiasıyla açılan davada Anayasa Mahkemesi sözleşmeli öğretmenler tarafından yerine getirilen hizmetin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken eğitim kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olduğuna ve bu asli ve sürekli görevleri yerine getiren sözleşmeli öğretmenlerin de “diğer kamu görevlileri” kapsamında yer aldığına karar vermiştir⁴⁰. Anayasa Mahkemesi 2011 yılında verdiği söz konusu kararında bu değerlendirmede bulunurken idare ile sözleşmeli öğretmenler arasındaki ilişkiyi nitelendirmiş ve idari hizmet sözleşmesi olduğunu belirtmiştir. Ardından sözleşmeli öğretmenlerde de kadrolu öğretmenler ile aynı şartların arandığını ve idari hizmet sözleşmesiyle onların da kadrolu öğretmenler için öngörülen görevleri yerine getireceklerinin hüküm altına alındığını belirtmiştir. Üçüncü olarak da, sözleşmeli öğretmenler tarafından yerine getirilen eğitim faaliyetinin de kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olduğunu söylemiştir⁴¹. Asli ve sürekli kamu hizmetlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesinin sebeplerinden biri de kamu hizmetinin sürekliliği ilkesini teminat altına almaktır. Mahkeme asli ve sürekli görevlerin Anayasa'nın 128. maddesinde sayılanlardan başkaca kişilerce yerine getirilemeyeceği kuralını yinelemekte, fakat sözleşmeli öğretmenlerin “diğer kamu görevlisi” olduğu yönünde karar vermek suretiyle Anayasa'ya uygunluğunu sağlamaktadır. Bu halde Mahkeme yukarıda da belirtildiği üzere yasal düzenlemedeki nitelemeden ziyade görevin niteliğini irdelleyerek bu sonuca ulaşmıştır⁴².

³⁸ 3173 sayılı Terörle Mücadele Kanunu Ek 1. maddesine “geçici ve gönüllü köy korucuları” ifadesi eklenmiştir.

³⁹ Devlet Memurları Kanunu 4/B maddesinde yer alan “Millî Eğitim Bakanlığında norm kadro sonucu ortaya çıkan öğretmen ihtiyacının kadrolu öğretmen istihdamıyla kapatılamaması hallerinde öğretmenlerin; ...” ibaresi dava konusu edilmiştir. Söz konusu düzenleme, belirtilen hallerde sözleşmeli öğretmen istihdamını mümkün kılmaktadır.

⁴⁰ AYM, E. 2008/54, K. 2011/45, T. 10.3.2011, RG: 21.10.2011/28091.

⁴¹ Söz konusu kararda yer alan karşı oy yazılarında, sözleşmeli personel ile idare arasında akdi bir ilişki olduğu ve “diğer kamu görevlisi” sayılması için gereken kadroya atanma şartını taşımadıkları gerekçesiyle düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilmiştir.

⁴² Bu karara paralel olarak, geçici köy korucularına ilişkin düzenleme günümüz koşullarında dava konusu edilseydi Mahkeme yine aynı şekilde karar verir miydi sorusu da gündeme gelmektedir.

Duran’a göre de, her ne kadar geçici köy korucusu olarak nitelenseler de bu, yaptıkları görevin sürekliliğini değiştirip kaldırmayacaktır, “asli ve sürekli” olma unsurları *çalışanın kişiliğine ve durumuna* göre değil yapılan görevin niteliğine bağlı olarak belirlenecektir⁴³. Yazara göre, geçici köy korucuları işçi niteliği taşımamaları ve istihdam edildikleri köy idaresinin de kamu tüzel kişisi olması nedeniyle, Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında diğer kamu görevlisi olarak kabul edilmektedir⁴⁴. Öte yandan, idare ile geçici köy korucuları arasında statüer bir ilişki bulunmamaktadır.

Bunlara ek olarak, geçici köy korucusunun sigortalılığının tespitine ilişkin olarak adli yargıda açılan davada Yargıtay geçici köy korucuları ile idare arasında akdi bir ilişkinin olmadığına hükmetmiştir^{45,46}. Geçici köy korucularının kanun koyucu tarafından bilinçli bir şekilde sosyal güvenlik kanunları dışında tutulduğu belirtilmiş ayrıca Valinin önerisi ve İçişleri Bakanı’nın onayı ile görevlendirilmelerinin “*bir anlamda atama*” olduğu ifade edilmiştir.

Geçici köy korucularının personel statülerinin belirsizliği sosyal güvenlik bağlamında da güvencesizliğe yol açmıştır. Bu nedenle yıllar içinde mevzuatta bir takım değişiklikler yapılarak çeşitli güvenceler öngörülmüştür. Köy Kanunu’nun 74. maddesinin 4. fıkrasında 2005 yılında yapılan değişiklikle yeşil kart güvencesinden yararlanmaları öngörülmüştür. Ardından aynı maddeye 2007 yılında eklenen 7. fıkra ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu uygulamasında sigortalı sayılmayacakları belirtilmiştir. Son olarak 2012 yılında yapılan düzenleme gereğince genel sağlık sigortası kapsamına alınmışlardır. Kanunda genel sağlık sigortası kapsamında olduklarının ayrıca düzenlenme yapılmış olması esasen idare ile aralarında özel hukuk anlamında hizmet akdi olmadığını göstermektedir. Bununla birlikte, çalışana sağlanan sosyal güvence onun statüsünü belirleyen bir unsurdan

⁴³ Duran, “Anayasa Mahkemesi’ne Göre Türkiye’nin Hukuk Düzeni (II)”, s. 17.

⁴⁴ Duran, “Anayasa Mahkemesi’ne Göre Türkiye’nin Hukuk Düzeni (II)”, s. 18.

⁴⁵ Yarg. 10.HD, E. 2007/14922 K.2008/16270, T.18.12.2008, Kazancı İçtihat Bankası.

⁴⁶ Kararda, köy korucuları ile idare arasında İş Kanunu anlamında bir hizmet akdinin bulunduğu tespitine yer verilmiştir.

ziyade statüsünün bir sonucu şeklinde düşünölmelidir⁴⁷. Tüm bu düzenlemeler karşısında geçici köy korucularının işçi niteliğı taşımadıkları görölebilir, öte yandan idare ile aralarında statüter bir ilişki de bulunmamaktadır. Geçici olarak nitelendirilmiş olsalar ve bununla paralel olarak idare, bu kurum kapsamında korucu istihdam edilmesi ve onların görevlerine son verilmesi konusunda takdir yetkisine sahip olsa da düzenlemenin yürürlüğe giriş tarihi olan 1985 yılından beri sayıları değışmekle birlikte kolluk faaliyeti kapsamında sürekli olarak istihdam edilmişlerdir. 2012 Haziran ayı itibariyle sayıları 45.072 olan geçici köy korucuları personel olarak geçici bir statüde olsalar da faaliyetin zaman bakımından "kısa süreli" anlamındaki bir geçiciliğinden söz etmek güçtür. İhtiyacı esas alan bir geçicilik şeklinde kabul edildiğı anlaşılmaktadır.

Tüm bu bilgiler ışığında geçici köy korucuları kanunla yetkilendirilmiş olsa da idare ile aralarında statüter bir ilişki bulunmamaktadır. Fakat idari bakımdan mülki idare amirine bağılı olup, onun gözetim ve denetimi altında faaliyet gösterirler, görevlerin ifası bakımından ise görev yaptıkları köyün bağılı olduğı Jandarma Komutanının emir ve komutası altındadırlar. Bu halde idare ile aralarında hiyerarşik bir ilişkinin varlığı düşünölebilir. Bu durum kamu görevlisi olmak açısından bir belirti olarak düşünölebilirse de kamu görevlisi sayılmaları için yeterli olmayacaktır. Ayrıca, icrai işlemler yapma yetkisini haiz olmamakla birlikte geçici oldukları da söylenemeyecektir. Bu durumda özel hukuk kişileri olarak kolluk faaliyetleri içinde yer aldıkları ortadadır.

C. Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu

1923 yılında özel hukuk hükümlerine tabi bir dernek olarak kurulmuş olan Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu⁴⁸, gümrüklerden geçiş karnesi, uluslararası

⁴⁷ Devlet Memurları Kanunu 4/B maddesi uyarınca sözleşmeli personel statüsünde çalışan kişinin sözleşmesinde Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi kılınmış olmasının taraflar arasındaki kamu hukuk ilişkisini ortadan kaldırmadığı yönünde: UYM Hukuk Bölümü E.2001/106 K. 2001/113, T. 24.12.2001, Kazancı İçtihat Bankası.

⁴⁸ Türkiye Seyyahin Cemiyeti adıyla kurulan derneğin ilk tüzüğü İstanbul Valiliğince 05.11.1923 tarihinde tasdik edilmiştir. Yeni şekli "Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu" olan dernek, Bakanlar Kurulu'nun 2 Nisan 1930 tarihli ve 9069 sayılı kararı ile kamu yararına çalışan dernekler arasına konulmuştur.

sürücü belgesi, uluslararası taşıt belgesi, yabancı taşıtlar için geçici giriş karnesi düzenlemek hususlarında yetkilendirilmiştir. Esasen Kurum'un bu yetkileri yönetim kurulu kararıyla Medeni Kanun ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurduğu işletmeler vasıtasıyla kullanması öngörülmüştür ve halihazırda Triptik İşletmesi aracılığıyla yerine getirilmektedir⁴⁹. Kurum'un sahip olduğu yetkiler kamu hukuku alanı ile doğrudan ilgili olan hususlardır. Kurum'un vermeye yetkili olduğu belgeler arasında yer alan gümrüklerden geçiş karnesi, ticari ve özel kullanıma mahsus kara taşıtları için ulusal ve uluslar arası kefil kuruluşlarca verilen teminat hükmünde olan belge şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁰. 26.06.1990 tarihli "İstanbul Milletlerarası Geçici İthalat Sözleşmesi" temel alınarak Gümrük Kanunu⁵¹ ve Gümrük Yönetmeliği'nde⁵² düzenlenmiş olan bu belge, Türkiye'ye kayıtlı taşıtların, yabancı gümrüklerden herhangi bir teminat bırakmaksızın geçişini sağlama ve aynı zamanda Türk Gümrükleri tarafından, çıkan taşıtların dönüşünün sorunsuz takip edilebilmesi için kullanılan uluslararası niteliğe sahip bir gümrüklerden geçiş belgesidir⁵³. Kurum ayrıca, Türkiye Gümrük Bölgesi dışında yerleşik kişilerin turistik amaçlı seyahatlerinde Türkiye Gümrük Bölgesine getirilen taşıtları için yalnız Türkiye için geçerli olacak şekilde düzenlenen üç parçadan ibaret teminat hükmünde olan triptik karnesi olarak adlandırılan belgeyi vermeye yetkilidir. Ancak belirtilmelidir ki, 1990 yılında gümrüklerden geçiş rejiminde yapılan değişiklikle triptik belgesi ile gümrüklerden geçiş belgesi alma zorunluluğu kaldırılarak ihtiyari hale getirilmiştir⁵⁴.

Kurum ikinci olarak uluslararası sürücü belgesi vermek hususunda yetkilendirilmiştir. Uluslararası sürücü belgesi, 19 Eylül 1949 tarihli "Uluslararası Karayolu Trafik Sözleşmesi" uyarınca vatandaşların ikamet ettikleri ülke dışında taşıt kullanabilmesini sağlayan nitelikte bir belgedir⁵⁵. Türkiye Turing ve Otomobil

⁴⁹ Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu Tüzüğü (Çevirimiçi), <http://www.turing.org.tr/tr/2013tuzuk.pdf>.

⁵⁰ Gümrük Yönetmeliği, md. 3/ğ, RG: 07.10.2009/27369. (1. Mükerrer)

⁵¹ RG: 04.11.1999/23866.

⁵² RG: 07.10.2009/27369, mük.

⁵³ Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu Triptik İşletmesi hakkında bkz: <http://www.turing.org.tr/tr/triptik.asp>.

⁵⁴ Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu tarihçesi için bkz: <http://www.turing.org.tr/tr/tarihcemiz.asp>.

⁵⁵ Türkiye Turing Kurumu'nun uluslar arası ehliyet verme yetkisi hakkında bkz:

Kurumu, uluslararası sürücü belgesi verilmesi hususunda doğrudan Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin⁵⁶ 80. maddesi ile yetkilendirilmişti. Söz konusu maddede bu belgenin Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu tarafından ve bu Kurumca tespit edilen esas ve usullere göre verileceği düzenlenmişti. Ancak bu maddede 25.05.2012 tarihinde yapılan değişiklikle, bu belgelerin uluslararası sözleşmeler dikkate alınarak İçişleri Bakanlığınca yetkilendirilen gerçek veya tüzel kişilerce verileceği ve bunların yetki ve sorumluluklarına ilişkin usul ve esasların Emniyet Genel Müdürlüğü'nce belirlenerek ilgili tarafla protokol yapılacağı düzenlenmiştir. Halihazırda Turing Kurumu'nun uluslararası sürücü belgesi verilmesine ilişkin yetkisi devam etmekle birlikte bu düzenleme ilerleyen zamanda başka özel hukuk kişilerinin de yetkilendirilebilmesini mümkün kılmıştır.

Üçüncü olarak, Kurum, Gümrük Yönetmeliği'nin 376/d maddesinde düzenlenmiş olan, taşıtları ile yurtdışına çıkan kişilerin yararlanması amacıyla, taşıtın kayıtlı olduğu ülkenin trafik, belediye veya diğer yetkili kuruluşlarınca verilen, taşıtın kime ait olduğunu ve üzerinde motor, şasi ve plaka numaraları ile diğer özelliklerini gösteren belgeyi ifade eden uluslararası taşıt belgesi verilmesi hususunda yetkili kılınmıştır.

Son olarak, Kurum, Gümrük Yönetmeliği'nin 376/j maddesinde, Türkiye Gümrük Bölgesi dışında yerleşik kişilerden Türkiye'ye belirli bir süre görev yapmak veya öğrenimde bulunmak için gelenler ile Türkiye'de geçici olarak oturma iznine haiz olan yabancıların ikamet yerlerinde adlarına kayıtlı özel kullanımlarına mahsus kara taşıtları için ulusal kefil kuruluş tarafından verilen ve yalnız Türkiye için geçerli olan teminat hükmünde belge şeklinde tanımlanan yabancı taşıtlar geçici giriş karnesini de vermeye yetkilidir. Başka bir deyişle bu belge yabancıların ikamet yerlerinde adlarına kayıtlı özel kullanımlarına mahsus taşıtlarını ülkemizde kullanabilmelerini sağlayan niteliğe sahiptir⁵⁷.

http://www.turing.org.tr/tr/uluslararasi_ehliyet.asp.

⁵⁶ RG: 18.07.1997/23053, mük.

⁵⁷ Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu'nun geçici giriş belgesi vermek yetkisi hakkında bkz: <http://www.turing.org.tr/tr/mavikarne.asp>.

Ancak, yukarıda Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu'nun yetkileri arasında saymış olduğumuz; triptik karnesi, gümrüklerden geçiş karnesi ve yabancı taşıtlar için geçici giriş karnesi düzenlenmesi işlemleri idare tarafından imtiyaz sözleşmesi yoluyla özel hukuk kişilerine gördürülmek istenmiş ve bu amaçla görüş bildirilmesi amacıyla 2009 yılında Danıştay 1. Dairesine başvurulmuştur. Danıştay kararında⁵⁸ öncelikle, İçişleri Bakanlığınca yapılan inceleme ve araştırma sonucunda, *“Gümrük Yönetmeliği uyarınca Türkiye Turing ve Otomobil Kurumuna verilen yetkilerin uluslararası sözleşmeler uyarınca Uluslararası Tur İttifakı (AIT) ve Uluslararası Otomobil Federasyonu (FIA) üyesi kulüpler tarafında yerine getirildiği, Ülkemizde bu iki yere üye olan Türkiye Turing ve Otomobil Kurumunun akredite olan kefil kuruluş olduğu, Türkiye Turing ve Otomobil Kurumunun kefil olduğu araçlarla ilgili geçici gümrük rejimine aykırılık olması halinde bu taşıtlara ait vergilerin bu kefil kuruluştan tahsil edildiği, Türkiye Turing ve Otomobil Kurumunca yürütülen hizmetlerde kayda değer bir aksaklığın meydana gelmediğinin”* tespit edildiği belirtilmiştir.

Kararın devamında ise Kurum'un sahip olduğu yetkilere ilişkin belirteceğimiz nitelermeler yapılmıştır. Danıştay öncelikle Gümrük Yönetmeliği ve Karayolları Trafik Yönetmeliği gereği Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu'na verilen yetkilerin kamu hizmetine ve imtiyaza ilişkin olduğunu kabul etmektedir. Fakat, Türkiye Turing ve Otomobil Kurumuyla imtiyaz sözleşmesi düzenlenmeden ve Danıştay'ın uygun görüşü alınmadan Yönetmeliklerle imtiyaz verilmiş ve bu nedenle hukuka aykırıdır. Bu kapsamda sunulan bir öneri ile, Gümrük Yönetmeliğinde değişiklik yapılarak bu Yönetmelik ile Türkiye Turing ve Otomobil Kurumuna verilen yetkilerin Gümrük Müsteşarlığına, Karayolları Trafik Yönetmeliğinde değişiklik yapılarak bu Yönetmelik ile Türkiye Turing ve Otomobil Kurumuna verilen yetkilerin Emniyet Genel Müdürlüğüne verilmesi gerektiği ile sürülmektedir. Kurum'un sahip olduğu yetkilerden olan ve ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler uyarınca gümrük konusunda düzenlenen belgelerle ilgili olarak kefil kuruluş tespiti ve bu kuruluşlara imtiyaz anlamına gelebilecek yetkiler verilmesi gereği kabul edilmekle birlikte, bunun için öncelikle ilgili mevzuat gereği bu işin

⁵⁸ Dan, 1.D, E.2009/556, K.2009/865, T.25.05.2009, Kazancı İçtihat Bankası.

hangi kuruluşça yürütüleceğine ilişkin tespit işlemi yapıp sonra da muhatap ile Anayasa ve Danıştay Kanunu uyarınca imtiyaz sözleşmesi düzenlenerek Danıştay'ın uygun görüşünden sonra imtiyaz devrinin gerçekleştirilmesi gerektiği ortaya konulmaktadır. Son olarak, Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu'na anılan Yönetmelikler uyarınca verilen yetkilerin başka bir dernek, vakıf veya kurumca yürütülmesinin mümkün olduğu da belirtilmektedir⁵⁹.

Danıştay, *“Türkiye Turing ve Otomobil Kurumunca triptik karnesi, gümrüklerden geçiş karnesi ve yabancı taşıtlar için geçici giriş karnesi düzenlenmesine ilişkin hukuki uygulamanın devamı ya da Ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler de dikkate alınmak suretiyle pozitif hukukta yapılacak değişikliklerle bu uygulamaya son verilmesi ve anılan hizmetlerin doğrudan kamu otoritesince veya imtiyaz sözleşmesiyle anılan hizmetlerin özel hukuk tüzelkişileri eliyle gördürülmesi konusunda bir irade ortaya konulmadan, Gümrük Müsteşarlığı Hukuk Müşavirliği ve Başbakanlık Hukuk Müşavirliğinin görüşleri de alınmadan, bu işlemlerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesine konu olup olamayacağı hususunda düşünülen duraksamanın giderilmesi istemi hakkında görüş bildirilmesine olanak bulunmadığı”* yönünde görüş bildirmiştir.

Tüm bu açıklamalar göz önüne alınarak Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu'nun yetkileri özetlemek gerekirse; Kurum öncelikle kendisine yapılan başvurularda gerekli belgelerin bulunup bulunmadığını inceleyerek istenilen belge için gerekli şartların mevcut olup olmadığına bakacaktır. Ardından vermeye yetkili olduğu belgeleri düzenlemesi halinde ise farklı bir işlev üstlenerek bu araçlara kefil durumuna gelerek gümrük rejimine aykırılık olması halinde taşıtlara ait vergiler kefil olan Kurum'dan tahsil edilecektir.

⁵⁹ Karayolları Trafik Yönetmeliği 80. maddesi değişiklik yapılmadan önce şu şekildeydi: “Uluslararası sürücü belgeleri, ülkemizde "Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu" tarafından ve bu Kurumca tespit edilen esas ve usullere göre verilir.”

Ancak 28303 sayılı Kanun ile 25.05.2012 tarihinde yapılan değişiklik sonucu şu şekilde düzenlenmiştir: “Uluslararası sürücü belgeleri, uluslararası sözleşmeler dikkate alınarak İçişleri Bakanlığınca yetkilendirilen gerçek veya tüzel kişilerce verilir.

Uluslararası sürücü belgelerinin verilmesi ile yetkilendirilenlerin yetki ve sorumluluklarına ilişkin usul ve esaslar Emniyet Genel Müdürlüğüne belirlenerek ilgili tarafla protokol yapılır.”

Danıştay istişari görüşünde yer alan tespitler incelendiğinde, Kurum'un sahip olduğu yetkilerin kamu hizmeti kapsamında kabul edildiği görülmektedir. Esasen, taşıtların ve sürücülerin gümrüklerden geçişleri için alması gereken bu belgelerin düzenlenmesi kolluk yetkilerine ilişkindir. Gümrüklerden geçiş için, hepsi artık zorunlu olmamakla birlikte, bu belgelere ya da bunlara karşılık gelen ve mevzuatta öngörülen diğer belgelere sahip olmak gerekecektir. Başka bir deyişle bu belgelerin düzenlenmesi izin usulü kapsamında düşünülebilecektir. Ancak uluslararası sözleşmeler gereği bu belgelerin bir kefil kuruluş aracılığıyla verilmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu yetkiler aslen idare tarafından yerine getirilmesi gereken nitelikte değildir. Bu doğrultuda, belgeleri düzenleyen kuruluş bunlara ilişkin olarak sorumluluğu da üstlenmiş olmaktadır. Belgelerin düzenlenmesi aşamasında idari bir işlev görüyor olsa da bunlara kefil olmakla birlikte belgeyi almış olan özel hukuk kişisiyle aynı hukuki kurallara tabi olmaktadır. Kurum'un düzenlemiş olduğu belgeler kamu hukuku alanında sonuç doğurur niteliktedir. Fakat idare elbette bu belgelerin hukuka uygun şekilde düzenlenip düzenlenmediğini inceleme yetkisine sahiptir. Ayrıca belirtilmelidir ki; bu belgelere ilişkin düzenlemeler incelendiğinde Kurum'un takdir yetkisinin olmadığı görülecektir, Kurum teknik bir işleve sahip kılınmıştır. Bununla birlikte Kurumca düzenlenen belgeler araçların gümrüklerden sorunsuzca geçişini sağlayan bir etkiye sahiptir.

Triptik karnesi, gümrüklerden geçiş karnesi ve yabancı taşıtlar için geçici giriş karnesi düzenlenmesi işlerinin imtiyaza konu olup olamayacağına ilişkin olarak ise Danıştay'ın da dikkat çektiği üzere bu belgelere ilişkin yetkilerin hangi idari kurum veya kuruluşa verildiği konusunda mevzuatta bir açıklık bulunmamaktadır. Başka bir deyişle bu belgelerin düzenlenmesi asli olarak bir idari kurum veya kuruluşun görevi olarak sayılmış değildir. Ancak böyle olsaydı dahi yukarıda kolluk yetkisine ilişkin olduğunu belirttiğimiz bu yetkilerin kar ve zararın özel hukuk kişisine ait olduğu imtiyaz usulüyle verilmesinin uygun olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Bu yetkiler halihazırda tekel olacak şekilde tek bir özel hukuk kişisi tarafından kullanılmaktadır. Bu nedenle ihale yapılarak özel hukuk kişisiyle imtiyaz sözleşmesi imzalanması ile mevcut durum arasında tekel olmak bakımından uygulamada büyük bir farklılık ortaya çıkmayacaktır. Öte yandan kolluk yetkisine ilişkin olan bu

yetkinin kar amacı güden bir özel hukuk kişisince imtiyaz kapsamında yerine getirilmesi faaliyetin doğasına aykırı düşebilecektir.

IV. İDARE İLE YAPILAN SÖZLEŞME VEYA İDAREDEN ALINAN İZİN KAPSAMINDA KOLLUK FAALİYETİNİN YERİNE GETİRİLMESİNE KATILANLAR

Bu başlık altında incelenecek olan özel hukuk kişileri kanunla öngörülmüş olmakla birlikte idareden ayrıca alınan izin veya idare ile akdedilen sözleşmeye dayalı olarak kolluk faaliyetini yerine getirmektedirler. Bu kapsamda, araç muayene istasyonları, Türkiye Jokey Kulübü, özel güvenlik şirketleri, yapı denetim kuruluşları ve trafik vakıfları incelenecektir.

A. Araç Muayene İstasyonları

1. Hukuki Süreç

Araç muayene, karayolunda seyreden motorlu ve motorsuz araçların teknik yeterliliklerinin muayene edilerek tespit edilmesidir. Günümüz itibarıyla imtiyaz sözleşmesi ile özel hukuk kişisi tarafından görülmekte olan araç muayene faaliyetine ilişkin olarak daha isabetli bir değerlendirme yapabilmek adına geçmiş döneme dair mevzuat ve yargı kararları da gözden geçirilmelidir. Araç muayene, ilk olarak, 6085 sayılı Trafik Kanunu⁶⁰ 8. maddesi gereğince Karayolları Genel Müdürlüğü, Emniyet Genel Müdürlüğü ve ilgili meslek teşekkülü temsilcilerinden oluşan bir komisyon tarafından gerçekleştirilmekteydi. Ardından 1985 yılında çıkarılan 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun⁶¹ 7/j maddesindeki “*tescile bağlı araçların muayenelerini yapmak veya yaptırmak*” şeklindeki düzenleme uyarınca araç muayene, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün (KGM) görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Kanun'un 35. maddesinde de araçların muayenelerinin KGM'ye ait istasyonlarda veya Müdürlükçe işletme belgesi ile yetki verilen gerçek veya tüzelkişilere ait muayene istasyonlarında gerçekleştirileceği belirtilmiştir. 2918 sayılı Kanuna dayanılarak 11.07.2002 tarihinde çıkarılan Araç Muayene İstasyonlarının Açılması, İşletilmesi ve Araç Muayenesi Hakkında Yönetmelik ile de işletme belgesi

⁶⁰ RG: 18.05.1953/8411.

⁶¹ RG: 18/10/1983/18195.

ile yetki verilecek araç muayene istasyonlarına dair usul ve esaslar belirlenmiştir⁶². Bu süreçte Yönetmelik ve dayanağı olan 2918 sayılı Kanun'un 35. maddesinin Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davasında Danıştay 8. Dairesi, Yönetmelik'te yer alan düzenlemelere göre araç muayenelerinin Karayolları Genel Müdürlüğü veya onun tarafından yetki verilen kişilerce yapılabileceği, istasyonların personel, işletme, çalışma ve denetleme usulleri ile muayene ücretlerinin idarece belirleneceğinin öngörüldüğünü belirtmiştir. Bunlara ek olarak, cihaz ve personelin yetersizliği karşısında özel kişilere muayene yaptırılmasının bir çözüm olarak öngörülmüş olduğu, denetimin idareye ait olduğu, bu durumun kamu hizmetinin özel sektöre devredildiği sonucunu doğurmayacağı gerekçelerine dayanarak düzenlemenin hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir⁶³.

Kanunun ve Yönetmeliğin ilgili maddelerinde düzenlenmiş olan yetki uyarınca araç muayene hizmetini özel kişilere gördürmek amacıyla Karayolları Genel Müdürlüğü 21.07.2002 tarih ve 24822 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan ilan ile ihale açmış ve bu ihaleyi Türk Avusturya Konsorsiyumu kazanmıştır ancak daha sonra ihale, Genel Müdürlük tarafından iptal edilmiştir⁶⁴. İptal işlemine karşı idari yargıda açılan davada, şirketlere yetki verilmesini takiben Bayındırlık ve İskan Bakanlığı müfettişlerince inceleme başlatıldığı ve bu inceleme sonucunda Teklif Verme Şartnamesinin, ortaklardan birinin cihaz üreticisi olması koşuluna yer vermesi nedeniyle teklifçiler arasında tam rekabeti sağlamaktan uzak olduğu, yabancı ortaklı söz konusu teklifçiye diğer teklifçilere göre üstünlük sağlandığının anlaşıldığı belirtilmiştir.

Danıştay 8. Dairesi ise buna karşılık:

“Olayların gelişmesinde görüldüğü gibi, dava konusu işlemin sebep unsuru, teklifçiler arasında tam rekabetin sağlanamamasından doğmaktadır. Araç muayenesi gibi teknik bir konuda, denetim standartlarının yüksek ve etkin tutulması kamu yararının gerçekleştirilmesi için önemlidir. Konuyla ilgili soruşturma raporlarının incelenmesinden

⁶² RG: 11.07.2002/24812 tarih ve sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan söz konusu Yönetmelik ile yetki verilmesine ilişkin düzenlemeler içeren 09.01.1989/20044 tarih ve sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan Araçların Muayeneleriyle Muayene İstasyonlarının Açılması ve İşletilmesi Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

⁶³ Dan, 8.D, E.2002/3788, K. 2004/2452, T.26.05.2004, Kazancı İçtihat Bankası.

⁶⁴ Sedat Çal, “Araç Muayene Hizmetinin Özelleştirilmesi”, **AÜHFD**, C. 57, S. 2, 2008, s. 65.

de, Karayolları Genel Müdürlüğünün gerekli cihaz ve tesisler ile donatılmadığı, personelin nicelik ve nitelik açısından yetersiz olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu konuda oluşan zorunluluk nedeniyle yönetmelikte "cihaz üreticisi olmak " koşuluna yer verilmesi suretiyle, cihaz temini, bakımı ve onarımı maliyetlerinin düşürülmesi, dolayısıyla bunun hizmet alanların ödeyeceği ücrete yansması ve ayrıca ücretin 2918 sayılı Yasanın 35./2. maddesi uyarınca oluşturulacak komisyonca tespit edileceği de dikkate alındığında, teklifçi sayısının kısıtlı tutulmasının kamu yararını zedelemeyeceği sonucuna varılmıştır."

Diyerek iptal kararının hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir⁶⁵. 28.02.2006 tarihinde kesin hükmün verildiği dava sürecinde ve sonrasında araç muayene hizmetinin özel kişiye gördürülmesi konusunda yeni işlemler yapılmaya devam edilmiştir. Ancak söz konusu ihale hukuk alanında varlığını sürdürdüğü zaman diliminde idarenin tesis ettiği işlemlerde pek çok kez gündeme gelmiş ve bunların iptali istemiyle açılan davalarda iptal gerekçesi oluşturmuştur. Karayolları Genel Müdürlüğü ise kararın hukuki ve fiili imkansızlık nedeniyle uygulanamayacağını belirterek yeni ihaleye ilişkin işlemlere devam etmiştir.

Karayolları Genel Müdürlüğü'nün ihaleyi iptal işlemine karşı idari yargıda açılmış olan dava devam ederken, araç muayene istasyonları 07.06.2003 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan Tebliğ ile özelleştirme kapsamına alınmış ve buna yönelik hazırlık işlemlerine başlanmıştır⁶⁶. Bunu takiben, Özelleştirme Yüksek Kurulu "Araç Muayene İstasyonları'nın / Hizmetinin mülkiyetin devri hariç kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni haklarının tesisi ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar yöntemlerinden biri veya birkaçının birlikte veya ayrı ayrı uygulanması suretiyle özelleştirilmesine, özelleştirme işlemlerinin 12 ay içerisinde tamamlanmasına" karar vermiştir⁶⁷.

⁶⁵ Dan, 8.D, E.2004/1805, K.2004/4808, T.10.12.2004, (karar yayımlanmamıştır). İlk derece mahkemesinin söz konusu karara uyma yönünde verdiği kararın ardından Karayolları Genel Müdürlüğü karar düzeltme kanun yoluna başvurmuştur, bu aşamada da karar onanmıştır, Dan, 8.D, E. 2005/4830, K.2006/776, T. 28.02.2006, (karar yayımlanmamıştır).

⁶⁶ Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 04.06.2003 tarih ve 2003/36 sayılı kararı, RG: 07.06.2003/25131.

⁶⁷ Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 22.09.2003 tarih ve 2003/64 sayılı kararı, RG: 25.09.2003/25240.

Bu süreçte, 31.07.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5228 sayılı Kanunla 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun muayeneye yetkili kuruluşları düzenleyen 35. maddesi değiştirilmiştir, maddenin ilk fıkrası ise şu şekilde düzenlenmiştir⁶⁸:

“Araçların muayeneleri, yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılır. Yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler, bu yetkilerini alt işleticilere aynı standartları sağlamak koşulu ile devredebilirler. Bu devir, yetki verilen gerçek ve tüzel kişilerin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Bu istasyonların yönetmelikler doğrultusunda aranan nitelik ve şartlara uygunluğunun saptanması sonucunda işletme belgesi Ulaştırma Bakanlığı tarafından verilir.”

Değişiklik sonucu Karayolları Genel Müdürlüğü'ne ait olan işletme belgesi verme ve istasyonları denetleme yetkisi Ulaştırma Bakanlığı'na verilmiş ve önceki düzenlemenin aksine idareye araç muayenesi yapmak şeklinde bir görev verilmemiştir. Ayrıca yetkinin alt işleticilere de devredilebileceği öngörülmüştür. Maddenin devamında muayene ücretleri, muayene gelirin idare ile paylaşım oranları, muayene istasyonu işletenler için aykırılık halinde öngörülen cezalar ile muayeneye gitmeyen araçlara uygulanacak cezalar belirlenmiştir⁶⁹.

Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Kanun'da yapılan değişikliği takiben araç muayene istasyonları hizmetini, “işin gereğine uygun sair hukuki tasarruf” yöntemi ve “pazarlık” usulü ile Türkiye'yi coğrafi olarak kuzey ve güney şeklinde 2 bölgeye ayırarak özelleştirmek üzere 24 Eylül 2004 tarihinde ihale açmıştır⁷⁰.

İhalenin ardından özelleştirme işlemine izin verilmesi için başvuru Rekabet Kurumu yaptığı değerlendirmede, özelleştirmeye ilişkin uygulamanın yalnızca bir firmanın faaliyet göstermesine yönelik olduğunu ve bu nedenle verilecek hizmetin imtiyaz niteliğinde olduğunu tespit etmiş ve. 05-07/55-22 sayılı kararıyla söz konusu işleme izin vermiştir⁷¹.

⁶⁸ 5228 Sayılı “Bazı Kanunlarda ve 178 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, RG: 31.07.2004/25539.

⁶⁹ 2918 sayılı Kanun'un 35. maddesinde yapılan değişikliğin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davasında, davaya konu maddenin 03.07.2005 tarihli 5398 sayılı Kanun'la değiştirilmiş olması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmiştir. AYM, E.2005/42, K.2005/109, T.28.12.2005, RG: 29.11.2006/26361.

⁷⁰ Özelleştirme İdaresi Başkanlığı (Çevirimiçi)
http://www.oib.gov.tr/duyuru/2004-09-23_arac_muayene_aciklama.htm.

⁷¹ RK Karar sayısı 05-07/55-22, T. 03.02.2005.

Özelleştirme Yüksek Kurulu, araç muayene hizmetinin I. ve II. Bölge'nin her biri için en yüksek teklifi veren Akfen-Doğuş-Tüv Súd Ortak Girişim Grubuna devredilmesine ilişkin 14.02.2005 tarih ve 2005/26 sayılı kararıyla ihaleyi sonuçlandırmıştır⁷². Ancak Rekabet Kurumu'nun bu hizmetin tekel niteliğinde olduğu ve bu nedenle de verilecek hizmetin imtiyaz niteliğinde olduğu yönündeki görüşü nedeniyle, 4046 sayılı Kanun'un 15. maddesi⁷³ uyarınca imtiyaz sözleşmesi hazırlanmıştır. Sözleşme hakkında görüş bildirmesi için 23.03.2005 tarihinde Danıştay 1. Daire'ye başvuruda bulunulmuştur⁷⁴. 1. Daire öncelikle faaliyetin niteliğini tespit ederek araçların teknik muayenelerinin yapılarak karayollarında can, mal ve güvenliğin sağlanmasının kamu güvenliği ve esenliğini korumayı amaçladığı ve bu nedenle kamu hizmeti niteliği taşıdığını ifade etmiştir. Buna karşılık imtiyaz sözleşmesi ile özel kişiye hizmetin gördürülmesi için, Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan *Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin idarenin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetleri* ifadesinden hareketle yasayla kamu hizmetini kurmak ve işletmekle görevlendirilmiş bir idarenin bulunması gerektiği, bunun yanında 4046 sayılı Kanun'un 15. maddesi gereğince de idare ile hizmet arasında organik bağlılığın olması gerektiği belirtilmiştir. Aksi halde imtiyaz sözleşmesiyle bu hizmeti gördürebilecek ve sözleşmenin tarafı olabilecek bir kamu tüzel kişisi olmayacaktır. Daire kamu hizmeti vasfı ile idareye görev olarak verilme hususlarını birbirinden ayrı şekilde değerlendirmiştir. Araç muayene istasyonları açısından ise yasal süreç özetlenmiş ve özelleştirme kapsamına alınmasının ardından 2918 sayılı Kanunda değişiklik yapılarak yetkili idare olan Karayolları Genel Müdürlüğü ve araç muayeneleri yapmak veya yaptıрма şeklindeki yetki tanımı hakkında değişiklik yapılarak

⁷² RG: 16.02.2005/25729.

⁷³ Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesinin Özelleştirilmesi

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

⁷⁴ Danıştay 1. Daire'ye görüş bildirmesi için başvurusunun öncesinde 31.07.2004 tarihinde 5228 sayılı Kanun'la 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda değişiklik yapılarak araç muayene istasyonu açmak isteyen kişilere yetki belgesi verme yetkisinin Ulaştırma Bakanlığı'na verilmiş, bununla birlikte Bakanlık araç muayenesi yapmak şeklinde bir yetki öngörülmemiştir.

Ulaştırma Bakanlığına sadece araç muayenesi yaptırmak ve bu işi denetlemek şeklinde yetki verildiği belirtilmiştir. Bu durumda 1. Daire'ye göre idare ile bağı koparılmış olan bu faaliyet kamu hizmeti niteliği taşısa dahi imtiyaz sözleşmesine konu olamayacaktır^{75,76}.

Bu kararın üzerine 5398 sayılı Kanun'la 2918 sayılı Kanun'un 8. maddesinin (c) bendinde yapılan değişiklikle Ulaştırma Bakanlığı'nın görevleri arasına tescile bağlı araçların muayenelerini yapmak görevi eklenmiştir. 35. maddede yapılan değişiklikle de yetki verilen gerçek ve tüzel kişilerin yetkilerini alt işleticilere devretmesi konusunda da Ulaştırma Bakanlığı'nın onayı şartı getirilmiştir⁷⁷.

Kanun'da yapılan değişiklikler ile özelleştirmeye imkan tanınmış olduğu ancak işletme veya varlık olmayan araç muayene kamu hizmetinin ancak özel hukuk sözleşmeleri ile özel kişilere gördürülebileceği bu nedenle Anayasa'nın 47. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmıştır. Mahkeme öncelikle kamu hizmetinin özel kişilere gördürülebilmesinin koşullarını ortaya koymuştur. Buna göre kamu hizmetlerinden *“özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeye elverişli bulunanların, tüm sorumluluk ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle”* özel kişilere yaptırılması mümkündür. Mahkeme'ye göre, Ulaştırma Bakanlığına bu hizmeti yürütme görevinin verilmiş olması ve gerçek veya tüzel kişilere yetki verilmemesi ya da verilen yetkinin iptali halinde de hizmetin Bakanlıkça yürütülecek olması karşısında araç muayene hizmetinin kamu hizmeti olduğu kuşkusuzdur. Ardından idare ile yetki verilen kişi arasındaki hukuki ilişki nitelendirilmiştir. Bakanlığın, yetki verdiği özel hukuk kişileri üzerinde denetim ve gözetim yetkisi devam etmektedir. Tüm bu veriler karşısında özel hukuk sözleşmesi olduğu yönünde

⁷⁵ Dan, 1.D., E.2005/307, K.2005/668, T. 18.05.2005, Kazancı İçtihat Bankası.

⁷⁶ Anılan karar İdari İşler Kurulu (E.2005/1, K.2005/1, T.15.06.2005) kararıyla oyçokluğuyla aynen kabul edilmiştir. İİK kararında yer alan karşı oya göre kanuni düzenlemede yer alan 'yaptırmak' ibaresini hizmet ile idare arasında organik bağın kesilmesi sonucunu doğurmayacaktır, idarenin işletme belgesi ile yetkilendirmesi olmadan özel kişiler bu hizmeti yerine getiremeyecektir ve özel kişilerin araç muayeneye ilişkin oluşturdukları belge de Ulaştırma Bakanlığı'na vekaleten verilen bir belge niteliğindedir.

⁷⁷ 5398 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG: 21.07.2005/25882.

özel bir düzenleme olmadığı da dikkate alınarak idare ile yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler arasındaki ilişkinin idari sözleşme ile kurulacağı tespit edilmiştir. Alt işleticilere yetki verilmesinin kamu hizmeti ile idare arasındaki bağı ortadan kaldırdığı iddialarına karşılık olarak ise Mahkemece, alt işleticiler tarafından hizmetin yürütülebilmesinin idari sözleşmenin varlığına bağlı oluşu, devirde Bakanlığın onayının gerekliliği ve esas olarak yetki verilen kişinin sorumluluğunun devam ediyor oluşu gerekçeleri ileri sürülmüştür. Davaya konu maddelerin belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 47. maddesine aykırı olmadığına karar verilmiştir⁷⁸.

İptal davasına konu edilen kanun maddelerinin Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğu iddiası gündeme getirilmemiştir. Bundan ziyade özelleştirme kapsamında değerlendirilmiştir. Oysa özelleştirme kamu hizmetlerini de kapsayan bir düzenleme alanına sahiptir. Özelleştirme ile faaliyetin kamu hizmeti niteliğini de kaybettiğini söylemek her zaman için doğru bir ifade olmayacaktır. Özelleştirme kapsamına alınmış olan araç muayene faaliyetinin hangi yöntemle özelleştirileceğinin belirsiz oluşu akla böyle bir ihtimali getirebilecek olsa da Kanunda yer alan “araçların muayenelerini yapmak veya yaptırmak” ifadesi kamu hizmetleri açısından aranan organik bağı ifade etmektedir. Bu faaliyetin kamu hizmeti niteliğini kaybetmesi için öncelikle kanun koyucunun bu yönde irade göstermesi gerekecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal istemini reddetmesinin ardından Danıştay 1. Dairesi imtiyaz sözleşmesi hakkında yapılan başvuruda sözleşmenin esasını inceleyerek olumlu yönde görüş bildirmiştir⁷⁹.

Tüm bu sürecin sonucunda, araç muayene hizmeti halihazırda, imtiyaz sözleşmesi hükümleri çerçevesinde Akfen-Doğuş-Tüv Súd Ortak Girişim Grubu üyeleri tarafından kurulmuş olan TÜVTURK Taşıt Muayene İstasyonları Yapım ve İşletim A.Ş. ile yetki verilen alt işleticiler tarafından yerine getirilmektedir⁸⁰.

Mevzuat hükümleri incelendiğinde görülmektedir ki 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bu hizmetin özel hukuk kişilerince

⁷⁸ AYM, E.2005/110, K.2005/111, T.29.12.2005, RG: 26.07.2006/26240.

⁷⁹ Dan. 1.D., E.2006/1161, K.2007/528, T.02.05.2007, Kazancı İçtihat Bankası.

⁸⁰ TÜVTÜRK Konsorsiyumu İnternet Sitesi (Çevirim içi), <http://www.tuvturk.com.tr/default.aspx>.

yerine getirilmesine imkan tanıyan hükümler içermiştir. Araçların teknik şartlara uygunluğunun denetlenerek trafikte can ve mal güvenliğini ve dolayısıyla kamu düzenini sağlamayı amaçlayan araç muayene hizmeti kolluk faaliyeti kapsamında yerine getirilen bir denetimdir. Araç muayene hizmetinin kamu hizmetlerinin görülüş usullerinden biri olan imtiyaz sözleşmesi kapsamında yerine getiriliyor oluşu özellik arz eden bir durumdur. İmtiyaz sözleşmesinde kural olarak sözleşmenin tarafı özel hukuk kişisi faaliyetin asli bir unsurunu ya da tamamını yerine getirir. Araç muayene hizmeti bu alandaki kolluk faaliyetinin tümü değil bir parçasıdır ve hazırlık işlemlerine ilişkin kısmıdır. Ayrıca imtiyaz sözleşmesinde özel hukuk kişisi kar ve zararı başka bir deyişle riski üstlenerek hizmeti yerine getirmektedir. Kolluğun bir parçası olan denetimin belirttiğimiz özelliklere sahip olan imtiyaz sözleşmesine konu edilmesi düşündürücüdür.

Belirtilmelidir ki, Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından iptal edilen ihaleye dair hukuki süreç devam ederken araç muayene özelleştirme kapsamına alınmış ve Kanun'da yapılan değişiklikle yetkili idare değiştirilerek Ulaştırma Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Karayolları Genel Müdürlüğü ise yetkili idarenin değişmesi nedeniyle ilk ihaleye ilişkin verilen Mahkeme kararının uygulanamayacağını ileri sürmüştür. Esasen, bir faaliyeti özelleştirme kapsamına almak hususunda idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak yaşanan hukuki süreç dikkate alındığında yeni bir ihale yapılmak istenmesinin de bu tercihin nedenleri arasında olduğu düşünülebilir⁸¹. Özelleştirme ihalesi “*işin gereğine uygun sair tasarruf*” yöntemiyle yapılmak üzere açılmıştır. İmtiyaz sözleşmesi de bu kapsamda değerlendirilecek olan araçlardan biridir. Ancak esas olarak Rekabet Kurulu'nun görüşü üzerine araç muayene istasyonları imtiyaz sözleşmesine konu olmuştur. Araç muayene hizmetini konu edinen kanuni düzenlemelerde gerçek ve tüzel kişilere yetki verilmesinden söz edilmekle birlikte bunun usulüne ilişkin açık bir ifade yer almamaktadır⁸². Başka bir ifadeyle tekel hakkı yaratacak şekilde bir sözleşmeye konu

⁸¹ Çal, “Araç Muayene Hizmetinin Özelleştirilmesi”, s. 66.

⁸² Yönetmeliğin 7. maddesi, 18.08.2007 tarihinde yapılan değişiklikle “6 ncı maddede belirtilen şartlara uygun faaliyet göstermek kaydıyla, işletme süresi İmtiyaz Sözleşmesi hükümlerine tabidir. Yetki iptaline ilişkin hükümler saklıdır” şeklinde düzenlenmiştir.

olacağına ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır⁸³. Esasen hizmetin tekel oluşturmayacak şekilde de özel hukuk kişilerince görülmesi öngörülebilirdi.

Bu konuda egzoz gazı emisyon ölçümü istasyonları araç muayene ile benzer özellikler taşıdığından örnek olarak gösterilebilir. Egzoz Gazı Emisyonu Kontrol Yönetmeliği⁸⁴ göre istasyon sahiplerinin başvurusu üzerine gerekli şartları taşıdıklarının tespiti yapılır ve bir protokol imzalanarak egzoz gazı emisyon ölçümü yapmak konusunda yetkilendirilirler. Her bir yetki belgesi yalnızca bir istasyon için geçerlidir. Araç muayene istasyonları da tekel oluşturacak şekilde imtiyaz sözleşmesi yerine her bir başvurunun ayrıca değerlendirilmesi suretiyle yaptırılabilirdi⁸⁵. Ancak bu durumda hizmetin daha nitelikli hale gelmesini amaçlayan idare açısından ortak bir standardı tutturmak zor olabilirdi.

Araç muayene istasyonları hukuki bir tekel niteliğindedir⁸⁶ ve esasen özelleştirme uygulamalarının da tekelleşmeye neden olabileceği kabul edilmektedir⁸⁷. Başka bir deyişle işin niteliğinden kaynaklanır şekilde doğal bir tekel değildir⁸⁸. Belirtildiği üzere, araç muayene hizmetinin tekel oluşturacak şekilde özel hukuk kişisine gördürülmek istenmesi üzerine Rekabet Kurulu buna imtiyaz sözleşmesi olma sonucunu bağlamıştır. Esasen, tekel olmakla birlikte imtiyaz olmayacak şekilde de özel hukuk kişisine gördürülmesi söz konusu olabilirdi. Bu nedenle tekel olmasından ziyade imtiyaz sözleşmesi olması hususu özellikle incelenmelidir.

İmtiyaz sözleşmesi sonucu olarak, kolluk faaliyeti olan araç muayene hizmetinin özel hukuk kişisince yerine getirilmesi bu alandaki yetkilerin de devredildiği ihtimalini gündeme getirmektedir. Araç muayene sonucunda ağır kusurlu ve emniyetsiz olduğu belirlenen araçlar, yetkili kamu görevlileri tarafından trafikten men edilebilmektedirler. Bu halde araç muayene raporu trafikten men

⁸³ Çal'a göre, faaliyetin tekel kısıtı içerisinde gerçekleştirilmesine yönelik hiçbir hüküm yer almamakta; idareye bu konuda bir yetki verilmesi veya takdir hakkı tanınması dahi söz konusu bulunmamaktadır. ("Araç Muayene Hizmetinin Özelleştirilmesi", s. 70.)

⁸⁴ RG: 04.04.2009/27190.

⁸⁵ Çal, "Araç Muayene Hizmetinin Özelleştirilmesi", s. 84.

⁸⁶ Dan, 13.D., E.2008/7958, K.2011/4918, T. 14.11.2011, Kazancı İçtihat Bankası.

⁸⁷ Yasin, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, s. 50.

⁸⁸ Çal, "Araç Muayene Hizmetinin Özelleştirilmesi", s. 94.

işleminin sebep unsurunu oluşturmaktadır. Aracın muayene sonucunun kusursuz veya hafif kusurlu olması hallerinde de araç muayene istasyonu yetkililerince yapılan onay idarece başka bir işlem tesis edilmesine gerek kalmaksızın aracın trafiğe uygunluğunu gösterir niteliktedir. Araç muayene sonucu hazırlanan rapor idarenin işleminin hazırlayıcısı konumunda olmakla birlikte onun esasını da oluşturmaktadır. Bu nedenle kamu gücü kullanma sonucu doğurup doğurmadığı da tartışılmalıdır.

Anayasanın 128. maddesine aykırılık iddiaları karşısında Danıştay 8. Dairesi araç muayene istasyonları üzerinde idarenin sahip olduğu denetim yetkisini göz önüne alarak aykırılık olmadığı sonucuna varmıştır. Araç muayene istasyonları yasal düzenlemeler ve idarenin düzenleyici işlemleriyle belirlenen çerçeve içerisinde bir denetim yapmakta ve bu denetimde bir takdir yetkileri de bulunmamaktadır. Buna ek olarak nihai işlem yapma yetkisi de idareye aittir. Bu şekildeki bir yaklaşım sonucu icrai işlemin hazırlayıcısı olan tüm işlemlerin özel hukuk kişilerine yaptırılması mümkün olacak, bunlar kamu görevlilerince yerine getirilmesi gereken asli ve sürekli görevlerden sayılmayacak ve Anayasaya aykırılık söz konusu olmayacaktır.

Egemenlik yetkilerine dayanan, özel hukuk kişilerinin doğrudan kamusal güç kullanmalarına izin veren kamu hizmetlerinin özelleştirilmesinin çeşitli sorunlara yol açabileceği gerekçesiyle özelleştirilmesinin doğru bir yaklaşım olmadığı savunulmaktadır⁸⁹.

2. Gerekçeleri

Araç muayene hizmetinin özel hukuk kişisine gördürülmesinin temel gerekçesi olarak idarenin bu hizmeti gereği gibi yerine getirememesi ileri sürülmektedir. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Danıştay 1. Dairesi'ne görüş almak için yaptığı başvuruda, araç muayene hizmetinin bina, cihaz ve sayı bakımından yetersiz olan istasyonlarda bir alet kullanılmaksızın gözle yapıldığı belirtilmiştir. Bu dönemde muayene edilmesi gereken araç sayısı 6,5 milyon iken bunların 2,7 milyonu muayeneye tabi tutulabilmiştir. Bundan hareketle bu alana yatırım yapılması gerektiği idarece tespit edilmiş ancak kamu kaynaklarının verimli kullanılması gereği

⁸⁹ Yasin, *Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi*, s. 206.

yatırımın özel sektör aracılığıyla yapılması öngörülmüştür⁹⁰. Muayenenin özel kişilere yaptırılması bir çözüm olarak düşünülmüştür.

Bu dönemde Maliye Bakanı tarafından yapılan açıklamada da araç muayene hizmetinin özel hukuk kişilerince gördürülmesiyle “*gelir temin etmenin yanı sıra hizmette etkinliğin sağlanması ve bugün ancak üçte biri muayene edilebilen trafikteki araçların tamamının muayene edilebileceği, Avrupa Birliği normlarına uygun şartların oluşturulması*”nın amaçlandığı belirtilmiştir⁹¹.

Bu konuda idare yetkililerince yapılan açıklamalar dikkate alındığında iki gerekçeyle hareket edildiği görülmektedir. Buna göre, hizmetin gereği gibi yerine getirilmesi ve bunun da idarenin kaynaklarını değil özel sektörün kaynaklarını kullanarak yapılması amaçlanmıştır. Kaynakların ne şekilde kullanılacağı hususu idarenin takdir yetkisinde olsa da söz konusu kolluk faaliyetinin özel hukuk kişisine gördürülmesiyle gelir elde edilmesinin amaçlanamayacağı düşünülmektedir.

Bunların yanında denetimin yaptırım uygulama yetkisini haiz olan idare dışında üçüncü şahıs tarafından gerçekleştirilmesinin bağımsızlık ve tarafsızlığı sağladığı düşünülebilir.

3. Sorumluluğun Esasları

Kamu hizmetlerinin özelleştirilmesiyle kamu hizmeti niteliğinin sona erdiğine ilişkin görüşler bulunmakla birlikte⁹² imtiyaz, ruhsat usulü gibi kamu hizmetinin görülmesine özgü usulleri de bünyesinde barındıran özelleştirmenin kamu hizmeti niteliğini değiştirmede⁹³ görüşüne katılmaktayız. Bununla bağlantılı olarak özel hukuk kişilerinin faaliyetleri yürütürken üçüncü kişilere verdiği zararlardan dolayı idarenin gözetim ve denetim yükümlülüğü devam ettiğinden sorumluluğu da gündeme gelecektir.

⁹⁰ Dan. 1.D, E. 2005/307, K.2005/668, T.18.05.2005, Kazancı İçtihat Bankası.

⁹¹ Maliye Bakanı Kemal Unakıtan'ın 2003 Yılı Özelleştirme Uygulamaları ve 2004 Yılı Özelleştirme Programına İlişkin Basın Toplantısı, http://www.oib.gov.tr/duyuru/11-02-2004_2004_YILI_PROGRAMI.htm.

⁹² İsmail Giritli vd., **İdare Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2008, s. 325.

⁹³ Gözler, İdare Hukuku, C. 2, s. 339; Yasin, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, s. 208.

Ancak, Danıştay 1. Dairesine araç muayene istasyonlarının imtiyazla gördürülmesine ilişkin başvuruya konu metnin, sorumluluğa ilişkin bir madde içerdiği görülmektedir. Buna göre sözleşmenin işleticinin tazmin sorumluluğunu düzenleyen 24. maddesi, *“Araç muayene istasyonlarında istihdam edilen işçilerin mevzuattan ve meydana gelebilecek iş kazalarından doğacak tazminat hakları ile üçüncü şahıslara veya araçlara verilebilecek zararlar ve doğabilecek tazminat yükümlülüğü İşleticiye aittir. İdare’nin bu konularda herhangi bir sorumluluğu ve yükümlülüğü yoktur”* kuralını içermektedir. 1. Daire verdiği görüşte bu düzenlemenin uygun olduğunu belirtmiştir⁹⁴. Üst paragraftaki açıklamalar karşısında, idarenin sorumsuzluğuna ilişkin sözleşme hükmünün geçerli olmayacağı kanaatindeyiz.

Araç muayene istasyonları açısından özellik arz eden başka bir husus alt işleticilerin faaliyetidir. Yetki verilen işleticiler bu yetkilerini Ulaştırma Bakanlığının onayı ile alt işleticiye devredebilmektedirler. Alt işletici ile Bakanlık arasında doğrudan bir ilişki kurulmamaktadır. Kanun’un 35. maddesinde de devrin yetki veren işleticinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı belirtilmektedir. Ancak idarenin sorumluluğuna dair bir hüküm bulunmamaktadır. Buna göre alt işleticinin üçüncü kişilere verdiği zararlar dolayısıyla da idarenin gözetim ve denetim yükümlülüğü ve dolayısıyla sorumluluğunun devam ettiği kabul edilmelidir.

4. Yetkileri

01.01.2005 tarihinde yürürlüğe girmek üzere çıkarılan ve halen yürürlükte olan Araç Muayene İstasyonlarının Açılması, İşletilmesi ve Araç Muayenesi Hakkında Yönetmelik ile araç muayenesi yapacak olan kişilere yetki verilmesi, istasyonlarda bulunması gereken makine, araç ve gereç, buralarda çalışacak personelin nitelikleri ve istasyonların denetlenmesi hususları düzenlenmiştir⁹⁵.

Araç muayene hizmeti, imtiyaz sözleşmesi kapsamında yetkilendirilen işleticiler ve onların Bakanlık onayıyla yetkilerini devredebilecekleri alt işleticiler tarafından yerine getirilmektedir. İstasyonlarda araç muayenesi, yola elverişlilik muayenesi, egzoz gazı emisyon ölçümü hizmetleri verilmektedir.

⁹⁴ Dan, 1.D., E.2006/1161, K.2007/528, T.02.05.2007, Kazancı İçtihat Bankası.

⁹⁵ Araç Muayene İstasyonlarının Açılması, İşletilmesi ve Araç Muayenesi Hakkında Yönetmelik, RG: 23.09.2004/25592.

Muayenede esas alınacak hususlar, hangi kontrollerin ve testlerin yapılacağı Yönetmelikte belirlenmiştir⁹⁶. Yapılacak muayene sonucu araçlarda belirlenen eksikliklerin hangi kusur grubuna girdiği Ulaştırma Bakanlığınca çıkarılan Yönetmelikle belirlenmiştir⁹⁷. Araç muayene sonuçlarına ilişkin olarak dört grup belirlenmiştir. Muayene edilen araçta herhangi bir kusur bulunmadığında yönetmelikteki ifadeyle *kusursuz* olarak tespit edildiğinde Araç Trafik Belgesine bir sonraki muayene tarihi yazılarak istasyon yetkililerince onaylanır. Buna karşın araç yeniden muayeneyi gerektirmeyecek eksikliklere sahipse bu durum Araç Muayene Raporunda gösterilir ve raporun bir örneği de eksiklikleri gidermesi için araç sahibine verilerek, Araç Trafik Belgesi imzalanır. Aracın tamire ihtiyaç duyacak şekilde eksikliklerinin olması halinde bu durum Araç Muayene Raporuna işlenir ve yeniden muayeneye gelmesi için süre verilir. Fakat Araç Trafik Belgesi onaylanmaz. En ağır eksiklik olan *emniyetsizlik* hali aracın can ve mal emniyeti ile trafik güvenliği açısından tehlike arz etmesini ifade etmektedir. Bu halde muayene onaylanmaz ve durum trafik zabıtasına bildirilir. Araçtaki eksikliklerin giderilmemesi halinde trafik zabıtasınca araç sürücüsüne idari para cezası verilir ve araç trafikten men edilir⁹⁸.

Muayene sonuçları bilgisayar ortamına işlenerek Ulaştırma Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü ağılarına da aktarılır.

Araç sahibi, araç muayenesi hizmeti karşılığında Bakanlıkça belirlenen ücreti ödeyerek bu denetimi yaptırmaktadır.

Araç muayene istasyonları Egzoz Gazı Emisyonu Kontrol Yönetmeliği kapsamında yetkilendirildikleri halde araçlara egzoz gazı emisyon ölçümü de yapmaktadırlar. Egzoz gazı emisyon ölçüm sonucu Yönetmelikte belirlenen değerlere uygun olan araçlara istasyon tarafından Bakanlıkça kendilerine verilmiş olan ölçüm pulu ve egzoz gazı emisyon ruhsatı verilir. Ölçüm yapılmayan ya da değerleri sağlamayan araçlara ölçüm pulu verilmez ve egzoz gazı emisyon ruhsatı

⁹⁶ Araç Muayene İstasyonlarının Açılması, İşletilmesi ve Araç Muayenesi Hakkında Yönetmelik Ek-1 ve Ek-2.

⁹⁷ Yola Elverişlilik Muayenesi ve Muayene Sonucu Belirlenen Eksikliklere İlişkin Kusur Grupları Yönergesi, <http://www.kugm.gov.tr/>.

⁹⁸ 2013 yılı Trafik Cezaları için bkz: http://www.trafik.gov.tr/Haberler/Sayfalar/2013_ceza.aspx.

onaylanmaz. Bu durumda denetime yetkili kamu görevlileri taşıt sahibine Çevre Kanunu'nun 20/a maddesi uyarınca idari para cezası verirler⁹⁹.

İmtiyaz usulüyle görülmekte olan araç muayene trafikte can ve mal güvenliğini sağlamak amacıyla yapılan bir denetimdir. Bu denetimle kamu düzeninin güvenlik, sağlık, dirlik ve esenlik unsurlarının korunması amaçlanmaktadır. Ayrıca yapılan denetim sonucu istasyon yetkilileri tarafından oluşturulan rapor idarenin, araçlar ve sürücüler hakkında tesis edecekleri işlemlerin sebep unsurunu oluşturmaktadır. Bu yönüyle özel hukuk kişileri araç muayene istasyonları aracılığıyla kolluk faaliyetinin yerine getirilmesine katılmaktadırlar.

B. Yapı Denetimi

İmar kolluğu kapsamında öngörülmüş olan yapı denetimi ve bu faaliyeti yerine getirmek hususunda yetkili olan yapı denetim şirketlerine ilişkin açıklamalardan önce yine imar kolluğu alanında yetkilendirilmiş olan diğer özel hukuk kişilerinden söz etmek gerekecektir. Bu kapsamda yeminli özel teknik bürolar ile yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına değinilecektir.

1. Yeminli Özel Teknik Bürolar

İmar hukuku kapsamında özel hukuk kişilerinin yetkilendirilmesinin ilk örneklerinden birini de yapı denetimiyle doğrudan ilgili olmamakla birlikte, yeminli özel teknik bürolar oluşturmaktadır. 2981 sayılı İmar Kanunu ile getirilen imar affi niteliğindeki düzenleme gereğince kişilerin hak sahipliğini belgeleyebilmek adına tapuya esas teşkil edecek “tapu tahsis belgesi” alabilmesi için gerekli tespit ve değerlendirmeleri yapmak üzere yemin özel teknik bürolar yetkilendirilmiştir¹⁰⁰. Hak sahipliğini belirleme yetkisi idarede olmakla birlikte yapılara ilişkin tespit ve

⁹⁹ İdari Nitelikteki Cezalar

Madde 20- (Değişik: 5491 - 26.4.2006 / m.14) İdari nitelikteki cezalar şunlardır:

a) Ek 4 üncü madde uyarınca emisyon ölçümü yaptırmayan motorlu taşıt sahiplerine 842 Türk Lirası, yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyonu sebep olan motorlu taşıt sahiplerine 1.689 Türk Lirası idari para cezası verilir.

¹⁰⁰ Murat Erdoğan,/ Uğur Ömürgönülşen, “Yeminli Özel Teknik Bürolar: Gecekondu Sorunu, İmar Affı ve Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi Açısından Bir Değerlendirme”, **HÜİİBFD**, C.7, S.1-2, 1999, s.180.

değerlendirme işlemlerinin özel hukuk kişisi olan bürolarca yapılması öngörülmüştür.

Bürolar öncelikle yapının yapım tarihi açısından yasa kapsamına girip girmediğini incelemek, ikinci olarak yapının “ıslahı ya da muhafazası mümkün olan” yapılardan olup olmadığını değerlendirmekle yükümlü kılınmışlardır. Bunlara ilave olarak yapının giderilemeyecek bir tehlike arz etmemesi halinde kanuni düzenlemede belirtilen şekle göre bir dosya hazırlamak durumundadırlar.

Büroların, belediyelerdeki teknik eleman eksikliği ve süratin sağlanması amacıyla düşünüldüğü ifade edilmiştir¹⁰¹. Af uygulamasının hazırlayıcısı olan teknik nitelikteki işlemleri yapan büroların kamusal nitelikte yetkiler kullanmadığı bu nedenle faaliyetlerinin kamu hizmetlerinin devri olarak düşünülemeyeceği belirtilmiştir¹⁰². Ancak bizce yeminli teknik büroların faaliyeti kolluk kapsamında değerlendirilmelidir. Büroların işlevi kişilerin hak sahipliğini belirlemek adına tespit ve değerlendirme yapmak şeklindedir. Bununla birlikte, büroların hazırlık işlemi niteliğinde ve teknik bir içeriğe sahip olan yetkileri icrai işlem niteliğinde değildir. Bu nedenle kolluk faaliyetinin devri şeklinde değerlendirilmemelidir.

2. Yeminli Serbest Mimarlık ve Mühendislik Büroları

3194 sayılı İmar Kanunu’nun 21. maddesi ile yapı ruhsatı verme yetkisi yerel idareler yanında özel hukuk tüzel kişileri olan yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına da tanınmıştır. Aynı madde kapsamında serbest büroların görevlerinin ruhsat verilmesi ile sınırlı olduğu; bürolara inşaatın durdurulması ve yıktırılması görevinin verilemeyeceği, fenni sorumluluk, müşavirlik ve müteahhitlik işlerini üstlenemeyecekleri düzenlemesi yer almıştır. Ayrıca büro elemanlarının bu görevlerini yerine getirirken devlet memuru sayılacakları ve cezalandırılırken devlet memuru gibi cezalandırılacakları belirtilmiştir.

Ancak söz konusu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra Anayasa’nın 128. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptal davası açılmıştır. Dava kapsamında Anayasa Mahkemesi öncelikle yeminli büro elemanlarının “diğer kamu

¹⁰¹ Erdoğan/ Ömürgönülşen, “Yeminli Özel Teknik Bürolar”, s. 192.

¹⁰² Erdoğan/ Ömürgönülşen, “Yeminli Özel Teknik Bürolar”, s.198.

görevlisi” olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bunun için de öncelikle yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni vermenin hukuki niteliğini belirleme yoluna gitmiştir. Ruhsat verme idaresinin kolluk yetkileri arasında yer almaktadır ve dolayısıyla asli ve sürekli bir kamu görevidir. Bu nedenle bu hizmet de ancak kamu görevlileri tarafından yürütülebilecektir. Yeminli büro görevlileri bu görevlerini yerine getirirken devlet memuru sayılacak ve işledikleri suçlar dolayısıyla devlet memuru gibi cezalandırılacaktır. Görev sürelerinin tespiti ve denetimi ise Bakanlığa aittir. Buna göre bürolar serbest meslek icra etmektedir ve idare içinde yer alan bir birim değildir. Büro görevlilerinin bu görevlerini yerine getirirken devlet memuru sayılacakları ve işledikleri suçlar dolayısıyla devlet memuru gibi cezalandırılacakları hususu bu görevlileri memur veya diğer kamu görevlisi olarak kabulüne olanak vermeyecek ve bu büroların kamu kuruluşu olduğu anlamına gelmeyecektir. Büro görevlileri ile idare arasında statüer bir ilişki de söz konusu değildir.

Mahkeme sonuç olarak “*ister ‘bağlı yetki’ ister ‘takdir yetkisi’ şeklinde kullanılsın ‘ruhsat verme’ idaresinin, kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Bu nedenle ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, asli ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur*” diyerek ruhsat vermenin kolluk faaliyetlerine dahil olduğuna dikkat çekmiş ve genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerinden olan ruhsat verme faaliyetinin Anayasa’nın 128. maddesine göre kamu görevlisi olmayan yeminli büro elemanlarınca yerine getirilmesinin Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.¹⁰³.

Ruhsat verme yetkisine sahip olması öngörülen serbest bürolar kamu gücünü kullanma yetkisi ile donatılmışlardır. Yapacakları işlem idari işlem niteliğinde olacağından hukuka uygunluk karinesi gibi pek çok hukuki korumadan da yararlanabilecektir. Öte yandan büro elemanlarının görevlerini yerine getirirken devlet memuru sayılmaları üçüncü kişiler ve ruhsat verme şeklindeki yetkinin kullanımına ilişkin birtakım güvenceler getirmeyi amaçlamakla birlikte idari işlem yapma yetkisini haiz olan ve çalışanları devlet memuru sayılan bir özel hukuk kişisi modeli yaratılarak kamu hukukundan kaynaklanan kimi yükümlülüklerin bertaraf edilmek istendiği düşünülebilir. Bu nedenlerle yerel idarelerin imar konusundaki

¹⁰³ AYM, E.1985/11, K.1986/29, T.11.12.1986, RG: 18.04.1987/19435.

önemli bir yetkisine sahip olmaları öngörülen serbest bürolara ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılmaktayız.

3. Yapı Denetim Kuruluşları

Yapı denetimi, kişilerin can ve mal güvenliğini korumak amacıyla yapıların imar mevzuatına uygun olarak projelendirilmesi ve yapılmasını sağlamak üzere gerçekleştirilen denetim ve alınan tedbirleri ifade etmektedir. Günümüzde 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun¹⁰⁴ kapsamında yapı denetim kuruluşlarınca gerçekleştirilmekte olan denetim önceki kanuni düzenlemeler kapsamında idareye ve fenni mesullere görev olarak verilmiş olan bir faaliyettir.

a. Fenni Mesul

Yapı denetimi konusunda öncelikle 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun yürürlüğe girmeden önce hangi esas ve usullere göre bu denetimin gerçekleştirildiğine değinmek gerekecektir. Bunun için de halen yürürlükte olan 1985 yılında çıkarılmış olan 3194 sayılı İmar Kanunu hükümleri irdelenmelidir. 3194 sayılı Kanun ile yapı denetiminin, proje denetimi ve yapım işinin denetimi şeklinde iki farklı aşamada gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Yapı yaptırmak isteyen kişiler yapı ruhsatı almak durumundadır. İmar Kanunu'nun 22. maddesine gereğince, ruhsat alabilmek için *tapu, mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları ve kroki* ile belediye veya valiliğe başvurulur. Belediye veya valilik bu belgeleri inceleyerek eksik veya yanlış bulunmaması halinde ruhsat verir. Böylece proje denetimi aşamasının kanunda belirtilmiş olan yetkili idarelerce gerçekleştirilmesi öngörülmüştür¹⁰⁵.

Yapı ruhsatının alınması üzerine yapının inşaatına başlanabilecektir. Bu aşamada da inşaatın denetimi İmar Kanunu'nda ayrıca düzenlenmiştir. Kanunun 28. maddesine göre yapıda inşaat ve tesisat işleri ile kullanılan malzemelerin kamu adına

¹⁰⁴ RG: 29.06.2001/24461.

¹⁰⁵ Projenin hangi kıstaslara göre kimler tarafından inceleneceğinin belirsiz oluşu eleştirilerek, bu durumun idareye sınırsız bir takdir yetkisi verdiği belirtilmiştir. **3194 Sayılı İmar Kanunu ve Yönetmeliklerinin Yeni Bir Yapı Kontrol Sistemi ve Afetlere Karşı Dayanıklılığı Sağlayacak Önlemleri İçermek Üzere Revizyonu Araştırması Müşavirlik Hizmetleri, Ön Rapor**, Der. Polat Gürkan/ Bengü Duygu, ODTÜ Deprem Mühendisliği Araştırma Merkezi, Ankara, 1998, s. 3-3.

denetimi fenni mesuller tarafından gerçekleştirilecektir. 38. maddede yapılan düzenlemeye göre serbest mühendis ve mimarlar ile yetki ve sorumlulukları ilgili yönetmelik¹⁰⁶ kapsamında belirlenmiş olan fen adamları fenni mesuliyet yetkisini kullanabilecek olan kişilerdir. 28. maddedeki düzenlemede fenni mesullerin yapı sahibi ve idareye karşı sorumlu olmaları öngörülmüştür. Kanunun 42. maddesinde de ruhsat alınmaksızın ya da ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere ve imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapılarla ilgili olarak altı işgünü içinde idareye bildirimde bulunmayan fenni mesule uygulanacak idari yaptırımlar düzenlenmiştir.

İnşaatin devamı süresince fenni mesulün bulunması zorunludur. Fenni mesuller denetim görevleri kapsamında yapının mevzuata, imar planlarına, ruhsata aykırı yapıldığını tespit etmeleri halinde bu durumu idareye bildirmekle yükümlüdürler. Bu bildirim üzerine idare, şartların oluşması halinde 28. maddenin ikinci fıkrasına göre *ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak başlanan yapılar* kenar başlıklı 32. madde uyarınca yaptırım uygulamak durumundadır. Fenni mesuller icrai işlem yapma yetkisini haiz olmamakla birlikte yapacakları denetimler idarenin tesis edeceği işlemin sebep unsuru ve hazırlayıcısı niteliğindedir.

Fenni mesullerin tarafsız olmalarını sağlayabilmek adına denetimini yaptıkları yapı ile ilgili olarak yapı müteahhitliği, şantiye şefliği, taşeronluk ve malzeme satıcılığı yapamayacakları belirtilmiştir.

Fenni mesuller serbest meslek sahibidirler ve yapı sahibi ile akdedilen sözleşme kapsamında görevlendirilirler. Fenni mesule ilişkin düzenlemeler, fenni mesulün inşaatı hangi yöntemle denetleyeceğinin belirsizliği ve idarenin fenni mesulleri denetlemesine ilişkin yasal düzenleme olmayışı gerekçeleriyle eleştirilmiştir¹⁰⁷.

b. Gerekçeleri

Yapı denetim şirketlerin ilişkin bilgi vermenin öncesinde, daha önce fenni mesullerce yerine getirilmekte iken neden bu şirketlerin öngörülmüş olduğunun

¹⁰⁶ İmar Kanununun 38 inci Maddesinde Sayılan Mühendisler, Mimarlar Ve Şehir Plancıları Dışında Kalan Fen Adamlarının Yetki Görev Ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik, RG: 02.11.1985/18916.

¹⁰⁷ **Ön Rapor**, s.3-4.

incelemesi gerekecektir. Türkiye’de yapı denetim sisteminin neden yapı denetim kuruluşları aracılığıyla gerçekleştirilmesinin tercih edildiği konusunda ODTÜ Deprem Mühendisliği Araştırma Merkezi’nin raporu dikkat çekicidir. Raporda yer alan değerlendirmeler şu şekildedir:

“Türkiye’de etkin bir yapı denetimi sistemi olmadığı saptanmıştır. Bu konuda uygulamayla sorumlu kuruluşlar belediyeler, valilikler ve Bayındırlık ve İskan Bakanlığı’dır. Türkiye’de mevzuat yapı ile ilgili tarafların sorumluluklarının tanımlanması açısından son derece dağınık ve zayıf hükümler içermektedir. İmar Kanunu da yapı denetimi sağlamada yetersizdir. Belediyeler etkin bir yapı denetimi uygulamakta kendilerine yönelik bir yarar görmemektedirler. Yapı denetimi yapmadıkları için zaten bir kanuni yükümlülük altına girmemektedirler. Ayrıca yeterli teknik eleman kapasitesine sahip değildir. Valiliklerin denetlemekle yükümlü oldukları alan çok dağınıktır. Araç, gereç, ödenek, eleman yetersizliği ve bürokratik engeller nedeniyle valilikler etkin yapı denetimi yapamamaktadırlar. İmar Kanunu’nun yapı denetimiyle doğrudan ilgili 28 ve 38. maddeleri son derece yetersiz ve zayıftır ve değişmelidir.”¹⁰⁸

Yetkili idareler nezdinde denetim hususunda yeterli teknik elemanın bulunmayışı ve buna bağlı olarak yapı denetiminin gerekli belgelerin şekli kontrolünden öteye geçmemesi işlevsiz bir denetim mekanizmasının ortaya çıkmasına neden olmuştur¹⁰⁹.

¹⁰⁸ **Ön Rapor**, s. 3-22,23.

¹⁰⁹ Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Konut Özel İhtisas Komisyonu Raporu ülkemizde yapı denetim sisteminin uygulanamamasının sebeplerini şu şekilde açıklamaktadır:

- İmar Kanunu ve Yönetmeliklerinde proje denetimi yapılması gereği açık şekilde belirtilmemiştir. Belediyelerde ve valiliklerde (Bayındırlık ve İskan Müdürlükleri) proje denetimi yapabilecek yeterli sayıda ve nitelikte teknik eleman bulunmamaktadır.
- Zorluk derecesine ve büyüklüğüne bakılmaksızın tüm projeleri kontrol yetkisi belediyelere ve valiliklere verilmiştir.
- Olağan tipteki binalar için belediye veya valiliklerin proje denetiminde kullanabilecekleri yöntemler ve standartlar geliştirilmemiştir.
- Proje denetimi yapmakla sorumlu idarenin görevini ihmal etmesi durumunda bu ihmali tespit eden ve yasal yaptırım uygulama yetkisine sahip olan bir üst teknik otorite bulunmamaktadır.
- İleride proje kusurlarından doğabilecek zararlardan dolayı proje müellifinin ve projeyi onaylayan idarenin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır.
- İmar Kanunu ve Yönetmeliklerinde Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmeliğin (Deprem Yönetmeliğinin) uygulanması konusunda yeterli ve açık hükümler bulunmamaktadır.
- Belediyeler denetim yapma konusunda kendilerine dönük kısa dönemli bir fayda görmemekte, aksine seçmenine yaptırım uygulayan siyasi kurum durumuna düşmek istememektedirler.
- Fenni mesul olacak kişilerde diploma dışında bir nitelik aranmamaktadır.

c. Yapı Denetim Kuruluşları

Yapılara ruhsat verilmesi ve bunun öncesinde yapı denetiminin yapılması idarenin asli ve sürekli nitelikteki hizmetlerinden olan kolluk faaliyetleri arasında yer almaktadır. Bu faaliyetler kamu düzeninin güvenlik, sağlık, dirlik ve esenlik unsurlarının korunmasına yöneliktir. Önceki kanuni düzenlemelerle yapı denetimi faaliyetinin idare tarafından yerine getirilmesi öngörülmüştür. Ancak idarenin bu görevi gereği gibi yerine getirememesi ve yaşanan depremlerde de bu eksiklik nedeniyle çok sayıda can ve mal kaybının yaşanması üzerine yapı denetiminin bu alanda uzmanlaşmış olan özel hukuk kişilerine yaptırılması öngörülmüştür.

Buna göre ruhsat verme yetkisi idarede kalmaya devam etmekte ancak ruhsat alabilmenin şartları arasında yer alan yapı denetimi özel hukuk kişisi tarafından gerçekleştirilmektedir. Kuruluşlar yapının imar planı ve hukuk kurallarına uygunluğunu denetlemektedirler¹¹⁰.

-
- Belirli büyüklüğü aşan inşaatlarda şantiye şefi bulundurma zorunluluğu yoktur.
 - Fenni mesuliyet ücretleri bir esasa bağlı bulunmamakta, ücreti yapı sahibi veya müteahhit, yani denetlenen kişi tespit etmekte ve ödemeyi yapmaktadır.
 - Fenni mesulün bazı sorumlulukları olmasına karşın, tespit ettiği hususları ilgili belediyeye ihbar etme dışında hiçbir yaptırım yetkisine sahip değildir.
 - Fenni mesule 42.madde uyarınca para cezası verilmesi halinde genellikle bu cezayı ödeyebilecek güce sahip değildir.
 - Fenni mesulün yaptığı kontrol veya işbaşında bulunması belediye veya valilik tarafından denetlenmemektedir.
 - Müteahhitlere 42. madde uyarınca verilen para cezalarının tahsil edilmesi uzun zaman almakta ve ceza parasal değerini yitirmektedir.
 - Ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapılan binalara belediye veya valiliklerin imarla ilgili oluru alınmaksızın diğer idareler tarafından altyapı hizmetleri bağlanabilmekte ve bu durum ilgili idareye yasal bir sorumluluk getirmemektedir.
 - Belediye veya valilikler ihbar yöntemi dışında ruhsatsız yapılara tespit edebilecek bir imkân veya mekanizmaya sahip bulunmamaktadır.
 - Ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapıların yıkılması için izlenmesi gereken yasal süreç oldukça uzundur (asgari bir yıl) ve yasada bu süreçle ilgili uyulması gereken süreler belirtilmemiştir.
 - Yıkım kararı kesinleşen ruhsatsız ve ruhsata aykırı yapıların yıkımını yapma konusunda belediye veya valilikler araç, gereç, eleman ve güvenlik bakımlarından yetersizdir.
 - Yapım kusurları sonucunda ileride doğabilecek zararlardan dolayı, müteahhit ve fenni kontrolün hiçbir yasal yükümlülüğü bulunmamakta, ortaya çıkabilecek maddi zararın tazmininde pay sahibi olmamaktadırlar. (Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Konut Özel İhtisas Komisyonu Raporu, <http://ekutup.dpt.gov.tr/konut/oik606.pdf>, s. 111-112.)

¹¹⁰ Yılmaz, **Yapı Denetimi ve Yapı Denetim Kuruluşları**, s.137.

1999 yılında yaşanan ve yıkılan binalar nedeniyle çok sayıda insanın ölmesine neden olan depremin ardından yapı denetim sisteminin gözden geçirilmesi gereği ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine 2000 yılında yapı denetimine ilişkin olarak bugünkü düzenlemeye büyük ölçüde paralel nitelikte 595 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname¹¹¹ çıkarılmıştır. Söz konusu KHK ile proje ve inşaat denetiminin bağımsız yapı denetim kuruluşları tarafından gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Bu kuruluşlar Bayındırlık ve İskan Bakanlığı bünyesinde yer alan komisyonca yetkilendirilecek ve denetleneceklerdir.

Ancak çok kısa bir süre sonra, yapı denetimine ilişkin esas ve usulleri düzenlemek üzere çıkarılmış olan 595 sayılı KHK'nin Anayasa'nın 91,127 ve 128. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesince *“yapı denetimine ilişkin kurallar, arazi üzerinde yapılan inşaat ve inşaatın sürecine ilişkin olması nedeniyle mülkiyet hakkıyla doğrudan ilgilidir. Yapının zorunlu olarak denetime bağlı tutulması, kullanılması için denetim sonucuna göre faaliyetlerin her aşamasında tutanak ve gerektiğinde rapor düzenlenmesi koşulu getirilmesi, asgari haddi kararnamede belirtilen parasal yükümlülüklerin öngörülmesi gibi hususlar gayrimenkul mülkiyetinin kullanılmasına ait düzenlemeler”* olduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ve kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesi olanaklı bulunmayan mülkiyet hakkıyla ilgili olan düzenlemelerin iptaline karar verilmiştir^{112,113}.

Bunun ardından 2001 yılında halen uygulanmakta olan 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun yürürlüğe konmuştur. Kanun; *can ve mal güvenliğini teminen imar planına, fen, sanat ve sağlık kurallarına, standartlara uygun kaliteli yapı yapılması için proje ve yapı denetimini sağlamak amacıyla* çıkarılmıştır.

¹¹¹ RG: 10.04.2000/24016.

¹¹² AYM, E.2001/35, K.2001/90, T.24.05.2001, RG: 17.01.2002/24643.

¹¹³ Karşıoy yazısında ise: *“Maddelerin birlikte incelenmesinden, 3194 sayılı İmar Kanunu'na göre ruhsata bağlanan yapı yapılması ve kullanılması için bir denetim sistemi oluşturulduğu anlaşılmaktadır. Bu denetimin mülkiyet hakkı ile doğrudan bir ilişkisi bulunmamaktadır. Çünkü yapı yapmayı ve kullanmayı ruhsat adı altında izne bağlayarak mülkiyet hakkına sınırlama getiren 3194 sayılı Yasa'dır. Ruhsat verilebilmesi için yapılacak denetimin yeni bir mülkiyet hakkı düzenlemesi olduğu kabul edilemez. Tersine bir anlayış mülkiyet hakkı kapsamının Anayasa'nın 35. maddesinin ve 91. maddesinin öngörmediği biçimde genişletilmesi sonucunu doğurur. Ayrıca bu kadar geniş yorumlandığında idarenin KHK ile yaptığı her düzenlemenin, yasak alan içinde kalan bir hak ve özgürlükle ilişkilendirilmesi olanaklıdır.”*

Kanunun 2. maddesinde yapı denetim kuruluşlarının nama yazılı ödenmiş sermayelerinin tamamının mimar veya mühendislere ait olması zorunluluğu düzenlenmiştir, buna göre yapı denetim kuruluşları özel hukuk tüzel kişisidirler¹¹⁴ ve açıkça belirtilmemiş olsa da sermaye şirketi oldukları söylenebilecektir¹¹⁵.

Ancak, yerel yönetimlere tanınmış olan kamu hizmeti niteliğindeki görevlerin ancak kamu görevlilerince yürütülebileceği gerekçesiyle, yapı denetimi görevinin özel hukuk kişisi olan yapı denetim kuruluşlarına verilmesini düzenleyen 4708 sayılı Kanun'un Anayasa'nın 127 ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptal davası açılmıştır. Mahkeme kararında,

“Maddede belirtilen yerinden yönetim ilkesi yerel yönetimlerin özerkliğini vurgulamakta, mahalli müşterek ihtiyaç kavramı da herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özel çıkarlarını değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan eylemli durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve güncelleştirdiği, özünde yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak ihtiyaç ve beklentileri ifade etmektedir.

İmar kolluğu 3194 sayılı İmar Yasası ile yerel yönetimlerin görev ve yetki alanında kabul edilerek özel idari kolluk şeklinde düzenlenmiştir.

Dava konusu kurallarla, 3194 sayılı İmar Kanunu'nda yer alan fenni mesul müessesesinin yerine tüzelkişiliğe sahip 'yapı denetim kuruluşları' ikame edilmektedir. Bu kuruluşlar merkezi yönetimden aldıkları izin belgesi ile faaliyet gösterecekler, faaliyetleri merkezi yönetim tarafından denetlenecektir. Kamu güvenliği ve kamu yararı amacıyla yapılan bu düzenleme ile yapı denetim kuruluşlarına yerel yönetimlerin yerine geçme ve karar alma yetkisi verilmemiş, mahalli nitelikteki müşterek ihtiyaçların karşılanması için teknik destek sağlanmış, 3194 sayılı İmar Kanunu'nda var olan yapı denetim yetkileri de kaldırılmamıştır.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir.

¹¹⁴ Ali Erten, **Borçlar Kanunu ve Yapı Denetimi Hakkında KHK Açısından Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2000, s. 74.

¹¹⁵ Halil Kalabalık, **İmar Hukuku**, C. II, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 1857.

İmar kolluğu faaliyetleri içinde yer alan ve yapı ruhsatı verme, vermeme ya da yapıyı durdurma, yıkma işlemleri yerel yönetimlerin yetkisinde olup, dava konusu düzenlemeyle yapı denetim kuruluşlarına idari işlem yapma yetkisi verilmiş değildir. Başka bir anlatımla, yapı denetim kuruluşları, kamu gücü kullanmadan teknik inceleme yapmak ve bu konuda ilgili yerlere rapor, görüş ve bilgi vermekle görevlendirilmişlerdir.”

Şeklinde değerlendirmede bulunarak yapı denetim kuruluşlarının hizmetlerinin Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler arasında bulunmadığına karar vererek iptal istemini reddetmiştir¹¹⁶.

Mahkeme değerlendirmesinde yapı denetim kuruluşlarına idari işlem yapma niteliğinde bir yetki verilmediği, sahip oldukları yetkinin teknik inceleme yapmak, rapor ve görüşlerle bilgilendirmede bulunmak şeklinde düzenlendiği ve bu kuruluşların idarenin denetimi altında faaliyet gösterdiği hususlarını göz önünde bulundurmıştır. Serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına ilişkin kararında ise bu büroların sahip olduğu ruhsat verme şeklindeki yetkisini göz önüne alarak Anayasa’ya aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkemenin hazırlık safhasındaki işlemlerle hak ya da borç doğurucu nitelikteki nihai işlemleri birbirinden ayırmakta ve hazırlık işlemlerini asli ve sürekli kamu hizmetleri kapsamında değerlendirmemektedir. Başka bir deyişle bunların özel hukuk kişilerince yerine getirilebileceğini kabul etmektedir.

Yapı denetim kuruluşları kamu hukuku tüzel kişisi değildir, bununla bağlantılı olarak görevlileri kamu görevlisi değildir ve işlemleri de idari işlem niteliğinde değildir. Sahip oldukları yetki çerçevesinde tesis ettikleri işlem icrai niteliği haiz değildir. Buna karşılık ruhsat verilmesinde esas teşkil edecek olan denetimin ayrılarak özel hukuk kişisince gerçekleştirilmesine imkan verilmesinin hukuka uygun olup olmadığı tartışılmalıdır. Kamusal bir yetki olan ruhsat verme yetkisi ile yapı denetimi birbirinden ayrı olarak düşünülemeyecektir ve buna bağlı olarak yapı denetimi de kamusal özellikler taşıyan bir yetkidir¹¹⁷. Yapı denetim kuruluşu denetim faaliyetini idare adına gerçekleştirmektedir. Bu kuruluşlar icrai nitelikte işlem

¹¹⁶ AYM, E.2001/377, K.2002/59, T.26.06.2002, RG: 09.11.2002/24931.

¹¹⁷ Yılmaz, **Yapı Denetimi Ve Yapı Denetim Kuruluşları**, s. 207.

yapmıyor olsa da yapı denetiminin özel hukuk kişilerince yapılabiliyor oluşu kolluk yetkisinin özel sektöre devri şeklinde nitelenebilmektedir¹¹⁸.

d. Yapı Denetim Şirketlerinin Yetkileri

Yapı denetim kuruluşları yapıya ilişkin projeyi mevzuata göre incelemek, yapım aşamasında yapının ruhsat ve eklerine uygun yapılmasını denetlemek, malzemelerin kontrolünü yaptırmak ve iş güvenliği ve işçi sağlığı konusunda tedbirlerin alınmasını sağlamakla yükümlüdür.

Yapı denetim kuruluşunun proje denetimi, yapı ruhsatı alınması ve yapım aşaması olmak üzere üç farklı aşamada yetkileri öngörülmüştür.

Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği'nin¹¹⁹ 5. maddesinin ikinci fıkrasına göre yapı denetim şirketleri; yapının inşa edileceği parseli ilgilendiren imar durum belgesi gibi gerekli belgelerin, proje müelliflerince hazırlanan uygulama projeleri ve hesaplarının, elektrik, telefon ve doğalgaz tesisat projelerinin mevzuata ve diğer düzenlemelere uygun olup olmadığını kontrol etmek, proje müellifinin meslek odası üyeliğini ve mesleki kısıtlılığının olmadığını tespit etmek, zemin ve temel raporuna ilişkin uygunluk görüşü vermek yetkilerine sahiptir. Şirket denetçi mimar ve mühendisleri bu aşamada inceledikleri projeleri uygun görmeleri halinde imzalayarak tasdik etme yetkisine sahiptirler.

Yapı denetim şirketleri, yapı ruhsatının alınması aşamasında ise yönetmelikte sayılan; yapıya ilişkin bilgiler, projede eksiklik olmadığını gösteren proje kontrol formu, yapı sahibi ile akdedilen sözleşme gibi belgeleri idareye sunmakla yükümlüdür.

Yapım aşamasında ise esas olarak yapının ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun olarak yapılmasını denetlemek, kullanılan malzemelerin uygun olduğunu tespit etmek, iş yerinde iş güvenliği ve işçi sağlığı konusunda gerekli tedbirlerin alınmasını sağlamakla görevlidirler. Denetim görevini yerine getiren yapı denetim kuruluşu aykırılık tespit ettiği durumlarda yapı müteahhidini uyarmak ve aykırılığın

¹¹⁸ Aydın Gülan, “İdare Hukuku Açısından Deprem Hukuksal Sonuçları” başlıklı sempozyum değerlendirme kısmı, **Deprem ve Hukuk**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2000, s. 196.

¹¹⁹ RG: 05.02.2008/26778.

giderilmemesi halinde bunu yetkili idareye bildirmek durumundadır. Yapım işi ruhsat ve eklerine uygun olarak bitirildiğinde ise bunu tutanakla tespit edecektir. Malzemelerin uygunluğunun tespiti laboratuvarlarda yapılan muayene ve deneyler kapsamında tespit edilmektedir.

Belirtilen düzenlemelere göre yapı denetim kuruluşları öncelikle yapı ruhsatı alınması aşamasında rol sahibi olmaktadır. Bu kapsamda, ruhsatı vermeye yetkili idare¹²⁰ yapı denetim kuruluşunun projeye ilişkin uygun olduğu yönünde görüş verdiği belgeleri inceleyerek eksik veya yanlış bulunmaması halinde yapı ruhsatı verir.

Yapı denetim şirketleri, yapının inşasına başladıktan sonra ise yapımda kullanılan malzemelerin laboratuvarlarda muayenesini yaptırır ve sonuçların ilgili standartlar ile şartnamelere uygun olmaması halinde buna ilişkin raporları yetkili idareye bildirir. İdare, aykırılık giderilinceye kadar yapıdaki imalatı durdurur. Yapının ruhsat ve eklerine aykırı şekilde yapıldığının tespit edilmesi halinde bu durumu fotoğrafla tespit ederek yapı müteahhidini uyararak aykırılığı gidermesi için süre verir. Süre sonunda aykırılığın giderilmemesi halinde idareye bildirimde bulunur. Bu durumda yetkili idarece İmar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca yapı mühürlenerek inşaat durdurulur.

Yapım işinin bitmesinin ardından yapı kullanma izni alınabilmesi için yapı denetim kuruluşunca yapının ruhsat ve eklerine uygun yapılmış olduğunun tutanakla tespit edilmesi gerekmektedir. Bu tutanak incelenerek eksiklik olmaması halinde yetkili idarece onaylanacaktır.

Yapı denetimi, yapı denetim kuruluşlarında istihdam edilen proje ve uygulama denetçisi mimar, mühendis ve onların sevk idaresi altında görev yapan kontrol elemanı ile yardımcı kontrol elemanları tarafından gerçekleştirilir. Denetim konusunda yetkili personelin görevinden herhangi bir sebeple ayrılması halinde otuz işgünü içinde yeni bir personel istihdam edilmediği takdirde denetimini yaptıkları

¹²⁰ Yönetmeliğin 3/1-c maddesinde ilgili idare, *Belediye ve mücavir alan sınırları içindeki uygulamalar için büyükşehir belediyeleri ile diğer belediyeler, bu alanlar dışında kalan alanlarda valilikler, yapı ruhsatı ve kullanma izin belgesi verme yetkisine sahip diğer idareler* şeklinde tanımlanmıştır.

yapıya ilişkin olarak yapı tatil tutanağı düzenlenerek yapının devamına izin verilmez. Bu da denetime atfedilen önemi göstermektedir. Buna paralel olarak yapı denetim kuruluşu asgari istihdam etmesi gereken kadar personel istihdam etmediği takdirde yapı denetim faaliyetine devam edemeyecektir.

Yapı denetiminin tarafsız ve bağımsız şekilde yerine getirilmesini teminen yapı denetim kuruluşunun başka bir ticari faaliyette ve burada istihdam edilen personelin de başkaca mesleki ve inşaat işleri ile ilgili ticari faaliyette bulunamayacağı düzenlenmiştir.

e. Yapı Denetim Şirketlerinin Denetlenmesi

Yapı denetim kuruluşlarının denetimi kuruluşun idare tarafından denetlenmesi ve kuruluşta görev alan personelin ortak mimar ve mühendisler tarafından denetlenmesi şeklinde iki farklı şekilde ortaya çıkmaktadır.

Buna göre, kuruluşun ortağı olan mimar ve mühendisler, personelin görevlerini ilgili mevzuata uygun şekilde yerine getirmesini sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu, özel hukuk hükümleri kapsamında öngörülmüş bir yetkidir. Buna aykırı davranılması halinde kuruluş ortağı mimar ve mühendislerin sorumluluğu gündeme gelecektir.

Özel hukuk tüzel kişisi olmakla birlikte tesis ettiği işlemler kamusal alanda sonuç doğuran yapı denetim kuruluşları üzerinde denetim yetkisine sahip olan Çevre ve Şehircilik Bakanlığının bu yetkisi vesayet türü bir denetime benzetilmektedir¹²¹. Buna karşılık sınırları yasal düzenlemelerle belirlenmiş bu denetimin yoğunluğu üzerinde durulması gerekmektedir. İdare tarafından tesis edilecek icrai işlemlerin hazırlık aşamasının oluşturan yapı denetimi doğrudan kamu gücü kullanımı anlamına gelmese de bunun bir parçasını oluşturmaktadır. Denetimin nitelendirilmesi ne şekilde yapılırsa yapılsın yapı denetim kuruluşları açısından ortak bir standardı ve yapıların güvenliğini temin etmeyi sağlayacak yoğunlukta olması gereği kabul edilmelidir.

¹²¹ Halil Yılmaz, **Yapı Denetimi Ve Yapı Denetim Kuruluşları**, Ankara, Yetkin, 2007, s. 205.

4708 sayılı Kanun'un 10. maddesinde Çevre ve Şehircilik Bakanlığının yapı denetim kuruluşlarını denetim yetkisi olduğu düzenlenmiştir. Bakanlık bu yetkisini Merkez ve İl Yapı Denetim Komisyonları aracılığıyla kullanır¹²². Kanunun 4. maddesinde yapı denetimi konusunda mevzuatta öngörülen yetkileri kullanmak üzere Merkez Yapı Denetim Komisyonu ve İl Yapı Denetim Komisyonu kurulması öngörülmüştür. Komisyonlar Bakanlık bünyesinde bir birim şeklinde örgütlenmişlerdir, üyeleri de Bakanlık personeli arasından belirlenen kişilerden oluşmaktadır. Yapı denetim kuruluşları Merkez Yapı Denetim Komisyonu tarafından verilen izin belgesiyle faaliyete başlayabileceklerdir. Yapı denetim kuruluşlarının görevlerinin mevzuatta öngörülen esaslara göre yerine getirmediklerinin anlaşılması halinde yapı denetim komisyonunun teklifi üzerine Bakanlıkça faaliyetleri durdurulur ve üç defa durdurma cezası alan kuruluşun izin belgesi iptal edilir. Bunun sonucu olarak faaliyeti durdurulan yapı denetim kuruluşunca denetlenen yapıların devamına izin verilmemektedir.

Bunlara paralel şekilde, malzemelerin muayene ve deneylerinin yapıldığı laboratuvarlar da Merkez veya İl Yapı Denetim komisyonunca denetlenir.

f. Yapı Denetim Hizmet Sözleşmesi

4708 sayılı Kanunun 5. maddesine göre yapı denetimi, yapı sahibi ile yapı denetim kuruluşu arasında imzalanan yapı denetimi hizmet sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Sözleşme yapı sahibi veya tayin edilen vekil ile yapı denetimi kuruluşu arasında akdedilir. Ancak yasal düzenlemeye göre yapı müteahhidi yapı sahibinin vekili olamayacaktır. Sözleşmede yer alması gereken hususlar Kanun'un 5. maddesinde sayılmıştır. Buna göre sözleşmede; taahhüt edilen hizmetin konusu, yeri, inşaat alanı, süresi, yapının fiziki özellikleri, yapı denetimi hizmet bedeli, yapı denetiminde görev alacak teknik personel listesi ve diğer yükümlülükler yer alacaktır.

Yapı denetimi hizmet sözleşmesi bir özel hukuk sözleşmesidir. Taraflar, Yönetmelik ekinde verilen örnek sözleşme metnine uygun bir sözleşme yapmak durumundadırlar. Bu metnin asgari şartları ifade ettiği tarafların bunlar dışında yer

¹²² Kalabalık, **İmar Hukuku**, C. II, s. 1878.

alan hükümleri de kararlaştırabileceği kabul edilmektedir¹²³. Sözleşmenin hizmet sözleşmesi şeklinde nitelenebileceğini söyleyen görüş¹²⁴ yanında kendine özgü bir sözleşme olduğu görüşü de mevcuttur¹²⁵. Yapı denetimi hizmet sözleşmesi kanuni düzenlemeler ve düzenleyici işlemlerle belirlenmiş sınırlamalar dahilinde hükümler içerecektir. İdarenin ruhsat verme işleminin bir parçasını teşkil eden, bireylerin can ve mal güvenliğini korumayı amaçlayan dolayısıyla kolluk yetkisini de ilgilendiren yapı denetiminin ve buna ilişkin sözleşmelerin çerçevesi yasama ve idare tarafından belirlenmektedir. Buna bağlı olarak da sözleşme serbestisinin sınırları daralmaktadır. Bununla birlikte taraflar arasındaki ilişki özel hukuk sözleşmesidir ve özel hukuk sözleşme tipleri arasından da genel olarak hizmet sözleşmesi özelliklerini taşıdığı söylenebilir. Buna karşılık yapı denetim kuruluşu yapı sahibinin emir ve direktiflerine göre hareket etmek durumunda değildir, hakları ve yükümlülükleri kanuni düzenlemelerle belirlenmiştir¹²⁶.

Yapı denetimi hizmet sözleşmesinde denetimi yapan kuruluşa ödenecek ücret de belirlenmektedir. Ödenecek asgari oran yasal düzenlemelerle tespit edilmektedir. Denetimi yapan kuruluşun ücreti denetime tabi olan yapının sahibince ödenmektedir. Bu konuda özellik arz eden husus, kuruluşa ödenecek bedelin idare adına açılacak olan hesaba yatırılarak, idarenin denetimde eksiklik veya yanlışlık olmadığına dair onayının ardından yapı denetim kuruluşuna ödenecek oluşudur. Bu şekilde yapı denetimi üzerinde idarenin denetimi sağlanmış olmaktadır¹²⁷. Yapı sahipleri tarafından ödenen ücretin toplandığı hesap üzerine haciz ve tedbir konulamayacaktır. Sözleşmenin tarafı olmayan idare adına açılan hesaptaki alacağını elde edemeyen yapı denetim kuruluşunun kime karşı hangi hukuki kuruma dayanabileceği sorunu

¹²³ Erten, **Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk**, s.105; Yılmaz, **Yapı Denetimi Ve Yapı Denetim Kuruluşları**, s.223.

¹²⁴ Erten, **Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk**, s. 106.

¹²⁵ Yılmaz, **Yapı Denetimi Ve Yapı Denetim Kuruluşları**, s. 227; Kalabalık, **İmar Hukuku**, C. II, s. 1894. Bu görüşe göre yapı denetimi hizmet sözleşmesi kamu hukukuna özgü kurallar da taşımaktadır. Sözleşme serbestisi idari işlemlerle sınırlandırılmıştır, örneğin taraflar anlaşsalar dahi yapıyı ruhsat ve eklerine aykırı şekilde yapamazlar. Öte yandan kanaatimizce 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 26. maddesinde yer alan sözleşme hükümlerinin kanunu emredici hükümlerine aykırı olamayacağı yönündeki düzenlemesi göz önüne alınarak yapı denetimi sözleşmesine yönelik sınırlandırmalar da bu kapsamda değerlendirilmelidir.

¹²⁶ Yılmaz, **Yapı Denetimi Ve Yapı Denetim Kuruluşları**, s.225.

¹²⁷ Yılmaz, **Yapı Denetimi Ve Yapı Denetim Kuruluşları**, s. 224.

ortaya çıkmaktadır. Yapı sahibi bedeli ödemiş fakat idare ödemeyi yapmıyor ise idareye karşı sözleşmeden doğan sorumluluk hukuku kuralları uygulanamayacaktır¹²⁸. Bu durumda sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılabilir.

Tarafların sözleşmeye aykırı davranışları halinde idare tarafından ne yönde işlem yapılacağı da ayrıca öngörülmüştür. Sözleşme hükümlerine yapı sahibinin uymaması halinde yapı tatil tutanağı düzenlenerek inşaat durdurulur, yapı denetim kuruluşunun aykırı davranışlarının olması durumunda ise yapı denetim komisyonuna bildirimde bulunulur. Bu düzenleme ile tarafların arasında akdedilmiş olan özel hukuk sözleşmesine aykırı davranışlar halinde sözleşme tarafı olmayan idare yaptırım uygulama hakkına sahip olmaktadır. Özel hukuk sözleşmelerine aykırılık halinde bu durum taraflar arasında sonuç doğurur ve sözleşme ilişkisinde üçüncü kişi konumunda olan idarenin sahip olduğu yetkiler ancak sözleşmenin konusu ile açıklanabilecektir.

g. Sorumluluğun Esasları

Yapı denetim kuruluşlarına ilişkin olarak değerlendirilmesi gereken başka bir husus ise verdikleri zararlardan ötürü kimin sorumlu olacağına ilişkindir. Çünkü yapı denetim kuruluşlarının yetkili kılınmaları sonucu olarak neden oldukları zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu yoluna gidilmemesinin amaçlandığı ve böylece doğal afetler nedeniyle ortaya çıkan zararın üçüncü kişiler üzerinde bırakılmak istendiği belirtilmektedir¹²⁹.

Kamusal bir yetkinin parçasını oluşturan yapı denetimi faaliyetinden doğan zararlardan dolayı idarenin de sorumluluğunun kabul edilmemesi eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Böyle olmakla birlikte idarenin gözetim ve denetim yükümlülüğü nedeniyle sorumluluğunun mevcut olduğu kabul edilmelidir.

¹²⁸ Erten, **Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk**, s. 106.

¹²⁹ Gülan, **Deprem ve Hukuk**, s.195.

C. Türkiye Jokey Kulübü

At yarışlarının düzenlemesi ile yurtiçinden ve yurtdışından müşterek bahis kabul edilmesi hususları 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun'da düzenlenmiş ve bu kanun kapsamında Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı¹³⁰ yetkili kılınmıştır. Aynı kanunun 5. maddesinde ise Bakanlığın söz konusu hak ve yetkilerinin at yetiştirme ve ıslahını teşvik amacıyla kurulmuş olan kamuya yararlı derneklerden bir veya birkaçına devredebileceği öngörülmüştür. Bakanlar Kurulu kararıyla at yarışları düzenlemek ve müşterek bahisler tertip etmek yetkisi kamuya yararlı dernek statüsünde bulunan Türkiye Jokey Kulübü'ne¹³¹ devredilmiştir¹³².

At Yarışları Düzenleme ve Yarışlar Üzerine Müşterek Bahis Kabul Etme Hak ve Yetkisinin Türkiye Jokey Kulübüne Devrine İlişkin Esaslar çerçevesinde Bakanlığın TJK üzerinde sahip olduğu yetkiler ve aralarındaki ilişki düzenlenmiştir¹³³. Bakanlığa TJK'nin her türlü işlem, kayıt ve hesaplarını denetleme yetkisi ve bu konularda direktif verme yetkisi verilmiştir. TJK tarafından hazırlanan bütçe de Bakanlığın onayına tabidir.

Bakanlığın At Yarışı Kanunu kapsamındaki yetkileri TJK'ye yukarıda da belirtildiği üzere Bakanlar Kurulu kararıyla devredilmiş olmasının yanında Esaslar çerçevesinde TJK ile Bakanlık arasında sözleşme akdedilmesi öngörülmüştür¹³⁴.

¹³⁰ RG: 15.07.1953/8458. 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun'un 1. maddesinde "Tarım ve Köyişleri Bakanlığı" demektir.

¹³¹ Türkiye Jokey Kulübü, <http://www.tjk.org/TR/Kurumsal/Static/Page/Tarihce>.

¹³² 7/7373 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla at yarışları yapmak ve müşterek bahisler düzenlemek hak ve yetkisinin 20 yıl süreyle Türkiye Jokey Kulübü'ne verilmesi kararlaştırılmıştır. RG 21.11.1973/14719. 93/5043 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla Ankara, İstanbul, İzmir, Adana, Konya illerinde 20 yıl süreyle Türkiye Jokey Kulübüne yetki verilmiştir RG 9/12/2012/21783 98/10873 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla Şanlıurfa, Elazığ, Samsun ve Gaziantep illerinde Türkiye Jokey Kulübüne yetki verilmiştir. Rg 17/05/1998/23316. Son olarak 2008/13260 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla 22/11/2013 tarihine kadar Türkiye sınırları içerisinde at yarışları düzenlemek, yurt içinde ve yurt dışında müşterek bahis yapmak yetkileri Türkiye Jokey Kulübü'ne devredilmiştir.

¹³³ RG: 02.03.2008/26804.

¹³⁴ Bu konuda Danıştay 3. Dairesi tarafından 1973 verilmiş olan bir karar dikkat çekicidir. Söz konusu kararda At Yarışları Kanununa göre Tarım Bakanlığının hak ve yetkilerini derneğe devretmesi hususunda Bakanlar Kurulu Kararının yeterli olduğu, ayrıca anlaşma yapılmasının devir işleminin tamamlanması için gerekmediği belirtilmiştir. Buna ek olarak o tarihte TJK'nin yarışları fiilen düzenlemeye başlamış olmasının da tarafların iradesinin bu yönde olduğunu gösterdiği belirtilmiştir. Dan, 3.D, E.1973/330, K.1973/331, T. 22.6.1973, Kazancı İhtihat Bankası.

Mevzuata ve sözleşme hükümlerine ve Bakanlıkça verilecek direktiflere aykırı davranılması halinde sözleşme feshedilebilecektir.

At Yarışları Kanunu ve At Yarışları Yönetmeliği kapsamında öngörölmüş olan Yüksek Komiserler Kurulu at yarışları hususunda karar organı niteliğindedir. Yönetmeliğin 7. maddesinde sahip olduğu görev ve yetkiler ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olan Yüksek Komiserler Kurulu mevzuatta öngörölen hususlarda lisans vermek, kontrolleri gerçekleştirmek, izin vermek, at yarışlarını düzenlemek, kanunda belirtilen hususlarda para cezaları ve yasaklamaya ilişkin cezaları vermek, itiraz edilebilir olan kararlara karşı başvuruları değerlendirmek, yarış takvimini tespit etmek gibi icrai nitelikte olan yetkileri haizdir.

Üyeleri Bakan tarafından seçilen Yüksek Komiserler Kurulu'nun TJK'nin bir organı olup olmadığı sorunu gündeme gelmektedir. Kurul, 639 sayılı Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'nin¹³⁵ 24. maddesi ile Bakanlığın sürekli kurulu olarak öngörölmüştür. Bu düzenleme gereğince Kurul idari teşkilat içerisinde yer alan bir birim olarak kabul edilmelidir.

Yarıştta kazanan atları belirlenmesine ilişkin Komiserler Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada Uyuşmazlık Mahkemesi Bakanlığın yetkisini sözleşme ile TJK'ye devrettiği, at yarışlarının düzenlenmesi, at sahipleri, binici, seyisler ve atlarla ilgili her türlü düzenleme, denetim, yönetim ve kararlar konusunda yetkinin de At Yarışları Yasası kapsamında kurulmuş olan Komiserler Heyetine ait olduğu belirtilmiştir. Komiserler Heyeti üyelerinin de Bakanlıkça seçilen kişilerden oluştuğu bu halde kulübün yönetiminin seçiminde de Bakanlığın yetkisi olduğuna değinilmiştir. Bu verilerden hareketle Komiserler Heyeti'nin idari bir kurul ve işlemlerinin de idari bir nitelik taşıdığı gerekçesiyle söz konusu davanın idari yargıda görölmesi gerektiğine hükmetmiştir¹³⁶.

Buna karşılık, yarıştta birinci geldiği ancak yarışın iptal edilmesi nedeniyle birincilik ödölünü alamadığı iddiasıyla tazminat istemiyle açılan davada Yargıtay 13.

¹³⁵ RG: 08.06.2011/27958, mük.

¹³⁶ UYM, E.1995/2, K.1995/1, T. 13.02.1995, RG: 20.03.1995/22233. Aynı yönde bkz: Yarg. 4. HD, E. 2001/1808, K. 2001/3939, T. 17.4.2001, Kazancı İçtihat Bankası.

Hukuk Dairesi davalı derneğin eylem ve işlemlerinde özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu bu nedenle davanın da adli yargı yerinde görülmesi gerektiğine hükmetmiştir¹³⁷.

At Yarışları Müşterek Bahisler Yönetmeliği'ne göre müşterek bahisler yarış müessesesinin açtığı gişeler veya uygun gördüğü bayiler ve sanal bayiler tarafından yapılacaktır. Buna göre TJK, gişe açmak veya müşterek bahis oynatmak üzere bayilerle sözleşme yapmak konusunda yetkilidir. TJK ile bayiler arasında özel hukuk kurallarına tabi bir ilişki söz konusudur.

Bu halde üçlü bir ilişkiden söz etmek mümkün olacaktır. At yarışlarına dair düzenlemeleri yapmak, kararları almak konusunda Yüksek Komiserler Kurulu yetkilidir. Bu kurul mevzuat ve yargı kararları çerçevesinde idari bir yapıda öngörülmüştür. İşlemleri de idari işlem olarak kabul edilmektedir. Bunun yanında ise at yarışlarını düzenlemek hususunda yetkili olan TJK ile müşterek bahislerin oynatılması hususunda TJK'nin yetkilendirdiği özel hukuk kişileri söz konusudur. Bu ise esas olarak bayilik sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bakanlık, TJK ve onun işlemleri üzerinde oldukça yoğun yetkilere sahiptir.

At yarışları sonucunun belirlenmesine ilişkin Komiserler Yüksek Kurulu kararına karşı açılan davada mahkeme şöyle bir tespitte bulunmaktadır: *“6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun uyarınca yurt içinde müşterek bahis tertip etme yetkisi Tarım ve Köyişleri Bakanlığına ait olup anılan yasanın 5. maddesi uyarınca bu yetki 22.11.1993 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca Türkiye Jokey Kulübüne devredilmiştir. Çıkarılan yönetmeliğe göre yarışlarla ilgili her türlü mali hak ve sorumluluk davalı kulübe ait bulunmaktadır”*¹³⁸. Yönetmelikte belirtilmiş olan bu hususun Anayasaya aykırılığı sorunu gündeme gelebilir. Faaliyeti özel hukuk kişisi olan dernek görüyor olsa da bu durum idarenin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmamalıdır.

At yarışları düzenlemek hususunda Bakanlığın yetkisini özel hukuk kişisine devretmesinin gerekleri üzerinde de durulmalıdır. Kanunda yetkilerin *“Tarım*

¹³⁷ Yarg. 13. HD, E. 2005/946, K. 2005/6004, T.11.04.2005, Kazancı İçtihat Bankası.

¹³⁸ Yarg. 4. HD, E. 2001/1808, K. 2001/3939, T.17.04.2001, Kazancı İçtihat Bankası.

Vekâtinin birinci maddede yazılı hak ve selâhiyetleri at yetiştirme ve ıslahını teşvik gayesi ile kurulmuş ve amme menfaatine çalıştığı usulen onanmış derneklerden uygun görülecek bir veya bir kaçma muayyen şartlarla ve 30 seneyi geçmemek üzere” devredebileceği belirtilmektedir. At yarışları uzmanlık gerektiren bir alan olması bu tercihin sebeplerinden biri olabilir. Bunun yanında TJK’nin bu alanda yıllardır faaliyet gösteriyor oluşu ve tarihsel olarak sahip olduğu tecrübe de gerekçe olarak gösterilebilir. Öte yandan idare halihazırda yapılmakta olan at yarışlarının düzenleme ihtiyacı hissetmiş ve bunu kanuni düzenlemeyle kendisine görev olarak ihdas etmiştir. Sonradan dahil olduğu uzmanlık gerektiren bu alanda da yine bu alanda ihtisaslaşmış özel hukuk kişilerinden yararlanmayı seçmiştir.

D. Özel Güvenlik Şirketleri

“Özel Güvenlik” kavramı ülkemizde ilk defa 1981 yılında çıkarılan 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun¹³⁹ ile hukuki düzenlemelerde yerini almıştır. Bu tarihten önce 4081 sayılı Çiftçi Mallarını Koruma Hakkında Kanun¹⁴⁰ kapsamında istihdam edilen çiftçi mallarını koruma kolluğu ile 442 sayılı Köy Kanunu’nda yer alan geçici köy korucuları ile benzerlik kurulabilirse de “özel güvenlik” kavramının kullanılarak, güvenlik ve koruma alanında istihdam edilebileceklerini öngören ilk kanuni düzenleme 2495 sayılı Kanun’dur.

1. Gerekçeleri

Kolluk faaliyetinin konusu kapsamında yer alan ve kamu düzeninin ana unsurlarından biri olan güvenliğin sağlanmasında idari teşkilat bazında örgütlenen kolluk güçleri yanında neden özel hukuk kişilerinin de yetkilendirildiği hususunda tarihsel süreci ve dolayısıyla 2495 sayılı Kanun’u değerlendirmeye almak gerekecektir. 1980 askeri darbesinin ertesinde çıkarılmış olan 2495 sayılı Kanun’un gerekçesinde, Devleti yıkmaya ve zayıflatmaya yönelmiş yıkıcı faaliyetlere karşı daha etkin güvenlik formüllerinin bulunmasının zorunlu görüldüğü, kalkınmakta olan ülkenin kurum ve kuruluşlarının yıkıcı eylemlerin hedefi haline geleceği bu

¹³⁹ RG: 24.07.1981/17410.

¹⁴⁰ RG: 10.07.1941/4856.

nedenlerle koruma hizmetlerinin yeniden düzenlenmesi gereği sonucu olarak Devletçe alınan güvenlik önlemlerine ek olarak özel güvenlik görevlilerinden de yararlanılmasının gerekli olduğu belirtilmiştir¹⁴¹. Bu döneme ilişkin olarak 1970-1980 yılları arasında ortaya çıkan terör eylemleriyle mücadele etmiş olan jandarma ve polis güçlerinin yüklerinin hafifletilmesi amaçlanmıştır. 2495 sayılı Kanun'un amaç maddesinde *“Milli ekonomiye veya Devletin savaş gücüne önemli ölçüde katkısı bulunan, kısmen veya tamamen yıkılmaları, hasara uğratılmaları veya geçici bir zaman için dahi olsa çalışmadan alıkonulmaları, ülke güvenliği, ülke ekonomisi veya toplum hayatı bakımından olumsuz neticeler yaratacak, kamuya veya özel kişilere ait kurum ve kuruluşların”* güvenliklerinin sağlanmasının amaçlandığı ve bu kapsamda baraj, enerji santralleri, rafineri, enerji nakil hatları, akaryakıt nakil, depolama, yükleme tesisleri ve benzeri yerler ile sivil trafiğe açık Devlet eliyle işletilen hava meydanları ve limanlar, tarihi eserler, ören yerleri, sitler, açık ve kapalı müzeler, sanayi ve ticari ve turistik tesislerin korunacağı belirtilmiştir.

Ancak 2495 sayılı Kanun'un bireylerin özel korunması ile ilgili düzenlemeler içermemesi, Kanun'da sayılanlar dışındaki kurum ve kuruluşların özel güvenlik teşkilatı kuramaması, Kanun kapsamına alınan kurum ve kuruluşların ise özel güvenlik teşkilatını kurmalarının zorunlu olması, bu zorunluluğa uymayanların yaptırımlara maruz kalması nedeniyle uygulamada sıkıntılar yaşanmıştır. Yine 2495 sayılı Kanun kapsamına girmediği halde, ortaya çıkan ihtiyaç nedeniyle birçok kurum ve kuruluş, özel güvenliğini bir şekilde sağlamaya başlamıştır. Piyasada ortaya çıkan talebi karşılamak üzere birçok şirket izinsiz ve denetimsiz olarak özel güvenlik hizmeti vermeye başlamıştır¹⁴². Örnek vermek gerekirse, bu dönemde kimi özel güvenlik şirketleri başlangıçta temizlik veya danışmanlık şirketi olarak kurulmuş, daha sonra temizlik veya işini yaptığı kurum veya kuruluşun özel güvenlik ihtiyacı üzerine güvenlik işini de alarak, özel güvenlik alanında faaliyet göstermeye başlamıştır. Bu sakıncaları gidermek amacıyla İstanbul Valiliğince çıkarılan 1999/1

¹⁴¹ Milli Güvenlik Konseyi 1.Dönem 4. Cilt, 63. Birleşim- Sayfa 105.

http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/td_v2.goruntule?sayfa_no_ilk=83&sayfa_no_son=103&sayfa_no=105&v_meclis=51&v_donem=1&v_yasama_yili=&v_cilt=4&v_birlesim=063.

¹⁴² 5188 sayılı Kanun gerekçesi için bkz:

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss467m.htm>

sayılı Güvenlik Tebliği ile Kanun kapsamında sayılmayan yerlerin de özel güvenlik uygulamasından yararlanması imkanı getirilmiş ve bu amaçla istihdam edilen personelin giriş-çıkış kontrolü yapmaları ve genel kolluk ile irtibat halinde olmaları öngörülmüştür¹⁴³.

2495 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen eksiklikleri ve bu eksiklikler nedeniyle oluşan fiili durum göz önüne alınarak 2004 yılında 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun çıkarılmıştır¹⁴⁴. Bu düzenleme ile hizmetten yararlanacaklar arasında ayırım yapılmayarak, can ve mal güvenliğini ayrıca korumak isteyen herkesin özel güvenlik uygulamasından yararlanılmasının önü açılmış olmaktadır. Güvenliği sağlamak şüphesiz devletin görevleri arasında yer almaktadır ancak artan güvenlik ihtiyacına karşılık devletin istihdam ettiği kolluk görevlilerinin sayıca az oluşu ve tali işler konusunda kolluk görevlileri yerine özel güvenlik görevlilerinden yararlanılmasının bir sakınca oluşturmayacağı aksine verimlilikle ilişkilendirilebileceği, dahası özlük hakları bakımından kamu görevlileri kadar güvenceye sahip olmayan özel güvenlik görevlilerinin istihdamının mali olarak daha az külfetli oluşu bu kurumun tercih edilmesinin sebepleri arasında gösterilebilir. Güncel verilere göre mevcut güvenlik görevlisi sayısı 238.767'dir¹⁴⁵. Bu da özel güvenlik konusunda ne kadar büyük bir sektörün oluşmuş olduğu ve bu uygulamaya olan talebi göstermektedir.

Özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri ile kamu kurum ve kuruluşları 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun kapsamında özel güvenlik hizmetlerinden yararlanabileceklerdir. Bu kapsamda, özel hukuk gerçek kişileri Kanun'dan özel güvenlik görevlisi istihdam etmek suretiyle yararlanabileceklerdir. Bu konuda da ikili bir ayrıma gidilmektedir. Bu kişilerin kendilerini, taşınır ve taşınmaz mallarını korumak üzere istihdam edecekleri silahsız kişiler bu Kanun kapsamında değildir,

¹⁴³ RG: 16.03.1999/23641.

¹⁴⁴ Ayaydın'a göre oluşan fiili durum karşısında yapılması gereken özel güvenlik görevlilerine kamusal görevler ve yetkiler tanımak değil, mevcut esaslara göre faaliyette bulunacak özel güvenlik şirketlerinin ve özel güvenlik personelinin hukuki statüsünü açıkça düzenleyen bir kanun çıkarmak olmalıydı. Cem Ayaydın, "5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun", **Galatasaray Üni. Hukuk Fak. Dergisi, Prof.Erden Kuntalp'e Armağan**, C. 2, S. 2, s. 265.

¹⁴⁵ 31.05.2013 tarihi itibarıyla güncellenmiş Emniyet Genel Müdürlüğü Özel Güvenlik Dairesi Başkanlığı istatistik tablosuna göre sertifika almış özel güvenlik görevlisi sayılı ise 1.022.880'dir. <http://www.ozelguvenlik.pol.tr/Sayfalar/istatistikbilgiler.aspx>.

başka bir deyişle Kanunla öngörülmüş olan usullere tabi olmadan bu kişiler istihdam edilebilecektir.

Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurum ve kuruluşları ise kendi bünyelerinde özel güvenlik birimi kurabilir ya da bu hizmeti özel güvenlik şirketinden alabilirler. Kamu kurum ve kuruluşlarının özel güvenlik şirketinden hizmet satın alma yoluna gitmeyi tercih etmesi halinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu¹⁴⁶ kapsamında ihale yapması ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na göre şirket ile özel hukuk sözleşmesi imzalaması gerekecektir.

2. Özel Güvenlik Hizmetinden Yararlanılması Usulü

5188 sayılı Kanun'un 3. maddesi gereğince, yine bu Kanun'da öngörülmüş olan usullere göre özel güvenlik hizmetinden yararlanılabilmesi için özel güvenlik izni alınması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki özel güvenlik hizmetinden yararlanma konusunda kişi veya kurumların talebi olmalıdır, idare özel güvenlikten yararlanma hususunda resen karar verememektedir¹⁴⁷. İlgililerin özel güvenlik hizmetinden yararlanması özel güvenlik komisyonunun kararı üzerine valinin iznine bağlıdır. Ancak; toplantı, konser, sahne gösterileri ve benzeri etkinliklerde, para veya değerli eşya nakli gibi geçici veya acil hallerde; komisyon kararı aranmaksızın, valilik tarafından özel güvenlik izni verilebilmektedir. Kanuni düzenlemede özel güvenlik komisyonu kararının vali açısından bağlayıcı olduğu yönünde açık bir düzenleme yer almazken Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte¹⁴⁸ komisyonun olumlu görüşü olmadan valinin izin veremeyeceği düzenlenmiştir. Öğretide, kanunda açıkça öngörülmemiş olan bu durumun düzenleyici işlemle getirilmesinin mümkün kabul edilmeyeceği ve bu nedenle hazırlık işlemi niteliğindeki komisyon kararının işlemin yetki değil usul unsuruna ilişkin olduğu görüşü¹⁴⁹ karşısında, Kanun'da geçen “özel güvenlik komisyonunun kararı” ifadesinden hareketle bunun görüş niteliğinde olmadığı ve vali

¹⁴⁶ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 4. maddesinde “koruma ve güvenlik” hizmet ifadesi kapsamında sayıldığından kamu kurum ve kuruluşları yapacakları ihalelerde bu Kanun'un öngördüğü usullere uyacaklardır.

¹⁴⁷ Cem Ayaydın, “5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun”, 147.

¹⁴⁸ RG: 07.10.2004/25606.

¹⁴⁹ Ayaydın, “5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun”, s. 147.

için bağlayıcı olduğu savunulmakta ve Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik de buna dayanak gösterilmektedir¹⁵⁰.

Söz konusu düzenlemeye ilişkin olarak yapılan başka bir değerlendirmede ise, Yönetmeliğin 5. maddesinde özel güvenlik komisyonunun olumlu kararı olmadan vali tarafından özel güvenlik izni verilemeyeceğinin düzenlenmiş olması ve kanun koyucu tarafından görüş ifadesine yer verilmemesi karşısında Komisyon kararının vali için bağlayıcı nitelikte olduğu kabul edilmekle birlikte bağlayıcılık konusunda ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, Vali tarafından talepte bulunan kişi ve kuruluşlara özel güvenlik izni verilebilmesi için özel güvenlik komisyonunun olumlu karar vermiş olması gerekir. Özel güvenlik komisyonu olumsuz karar vermiş ise vali talepte bulunan kişi ve kuruluşlara özel güvenlik izni veremez. Ancak komisyonun olumlu kararına rağmen vali haklı gerekçelere dayanmak kaydıyla özel güvenlik izni vermeme yetkisine sahip olabilecektir¹⁵¹.

Buna karşılık valinin görevlendireceği vali yardımcısının başkanlığında il emniyet müdürlüğü, il jandarma komutanlığı, ticaret ve sanayi odası başkanlığı temsilcilerinden oluşan komisyonun yapısı incelendiğinde¹⁵² komisyon ile vali arasında görüş farklılığı olması pek mümkün gözükmemektedir¹⁵³. Bu halde komisyon görüşünün bağlayıcı olup olmaması uygulamada farklılık yaratmayabilecektir.

Güvenlik izni hususunda yapılan incelemede talepte bulunan kişi, kurum ya da kuruluşun koruma ve güvenlik ihtiyacı dikkate alınacak ve Yönetmelikte yer alan düzenlemeye göre genel güvenlik kapsamında korunmanın mümkün olduğu ya da

¹⁵⁰ Nur Karan, “Özel Güvenlik”, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 50, 2007, s. 435.

¹⁵¹ Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 215.

¹⁵² 5188 sayılı Kanun:

Özel güvenlik komisyonu

MADDE 4.- Özel güvenlik komisyonu, bu Kanunda belirtilen özel güvenlikle ilgili kararları almak üzere valinin görevlendireceği bir vali yardımcısının başkanlığında, il emniyet müdürlüğü, il jandarma komutanlığı, ticaret odası başkanlığı, sanayi odası başkanlığı temsilcisinden oluşur. Sanayi odasının bulunmadığı illerde komisyona ticaret ve sanayi odası başkanlığının temsilcisi katılır. Özel güvenlik izni verilmesi ya da bu uygulamanın kaldırılması için başvuran kişi ya da kuruluşun temsilcisi ilgili komisyon toplantısına üye olarak katılır. Komisyon, kararlarını oy çokluğu ile alır; oyların eşitliği halinde başkanın bulunduğu taraf çoğunluk sayılır; çekimser oy kullanılamaz.

¹⁵³ Karan, “Özel Güvenlik”, s. 435.

özel koruma ve güvenlik uygulamasının kamu hürriyetlerinin korunması açısından sakıncalı görüldüğü hallerde gerekçesi belirtilmek suretiyle özel güvenlik izni verilmemesine karar verilecektir¹⁵⁴.

Komisyon ayrıca hangi yöntemle ve hangi şartlarda özel güvenliğin sağlanacağına karar verme yetkisine de sahiptir. Bu kapsamda, koruma ve güvenlik hizmetini yerine getirecek personelin, bulundurulabilecek veya taşınabilecek silah ve teçhizatın azami miktarını ve niteliğini, gerekli hallerde diğer fiziki ve aletli güvenlik tedbirlerini belirlemeye yetkili kılınmıştır.

Özel güvenlik hizmetinden yararlanmanın sona erdirilmesi de izin verilmesine paralel bir usulle gerçekleştirilmektedir. Geçici haller dışındaki özel güvenlik uygulaması ilgilinin talebi üzerine komisyon kararı ve valinin onayıyla sona erdirilebilmektedir¹⁵⁵. Yetkili idareler resen özel güvenlik hizmetinin sona ermesine karar verememektedir. Buna karşılık özel güvenlik uygulamasının sona erdirilmesi konusunda idarenin takdir yetkisi olup olmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Sona erdirmeye hususunda yapılan başvurular koruma ve güvenlik ihtiyacı dikkate alınarak inceleneceği ve kişilerin sona ermesine yönelik istemine rağmen özel güvenlik uygulamasının devam etmesi yönünde karar alınabileceği görüşüne¹⁵⁶ karşılık Özel Güvenlik Hizmetleri Birleştirilmiş Genelgesi¹⁵⁷ ile özel kanunlarında aksine bir düzenlemenin olması halinde uygulamanın sona erdirilmesi hususunda takdir hakkının ilgili kuruluşa ait olduğu, komisyonların ve valiliklerin özel güvenlik uygulamasının sürdürülmesinde ısrar etme yetkisi bulunmadığı düzenlenmiş bulunmaktadır. Genelgede yer alan düzenleme gereğince idarenin ilgilinin talebini reddetme imkanı bulunmamaktadır¹⁵⁸.

Özel güvenlik hizmetinin sona erdirilmesinin yararlanan kişilerin iradesine bağlı olmağını savunan görüşe göre bu durum devletin güvenliği sağlama

¹⁵⁴ 5188 sayılı Kanun, madde 3.

¹⁵⁵ Geçici hallerde verilen özel güvenlik izni, sözkonusu halin sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkacağından, ayrıca sona erdirmeye hususunda karar verilmesine gerek bulunmamaktadır.

¹⁵⁶ Ayaydın, “5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun”, s. 155.

¹⁵⁷ Genelge için bakınız: <http://www.ozelguvenlik.pol.tr/Sayfalar/MEVZUAT.aspx>.

¹⁵⁸ Karan, “Özel Güvenlik”, s. 436.

yükümlülüğü ve sözleşme özgürlüğüne aykırılık teşkil etmektedir¹⁵⁹. Kanunla getirilen bir düzenlemenin genelgeyle değiştirilmesi mümkün olmadığından anayasaya aykırılık giderilmiş olmamaktadır¹⁶⁰.

Buna karşılık kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa da özel güvenlik izninin valinin kararıyla tek yanlı olarak sona erdirilmesinin de mümkün olduğu kabul edilmelidir. Bu kapsamda özel güvenliğe izin verilmeme gerekçeleri olarak düzenlenmiş bulunan genel güvenlik kapsamında korunmanın mümkün olduğu ya da özel güvenlik uygulamasının kamu hürriyetlerinin korunması açısından sakıncalı görüldüğü hallerin sonradan ortaya çıkması halinde özel güvenlik izninin valinin tek yanlı işlemiyle sona erdirilebilmesi gerekir¹⁶¹. İl sınırları dahilinde bütün özel ve genel kolluk teşkilatının amiri konumunda bulunan valinin bu yetkiyi de haiz olduğu kabul edilmelidir.

Son olarak belirtilmelidir ki, 5188 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile Komisyon toplantılarına kendisi hakkında karar alınacak olan kişinin de üye sıfatıyla katılması öngörülmüştür. Komisyon kararı hazırlık işlemi niteliğinde olmakla birlikte bu durum tarafsızlık ilkesiyle bağdaşmamaktadır, idare hukukunda örneğin disiplin soruşturmasında soruşturmacı nihai kararın verileceği toplantılara katılamamaktadır.

Kanun ve yönetmelikte bir açıklık olmaması nedeniyle başvuru sahibinin oy hakkı olmadığı görüşü karşısında¹⁶² karşısında bu kişinin toplantıya dinleyici ya da gözlemci sıfatıyla değil üye olarak katılması karşısında oy hakkının bulunduğu ileri sürülmektedir¹⁶³. Bu da başvuru sahibinin oy hakkı olması ise idari kurulların kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olması nedeniyle Anayasa'nın 128. maddesi gereğince ancak kamu görevlileri eliyle yürütülebileceği gerekçeleriyle eleştirilmektedir¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Ayaydın, "5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun", s. 155.

¹⁶⁰ Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 220.

¹⁶¹ Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 221.

¹⁶² Karan, "Özel Güvenlik", s. 435.

¹⁶³ Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 217.

¹⁶⁴ Ayaydın, "5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun", s. 167.

Esasen başvuru sahibinin verdikleri kararlar hazırlık işlemi niteliğinde olan komisyon toplantılarına katılımı idarenin tek yanlılığı ve tek yanlı işlemlerdeki esneklik çerçevesinde değerlendirilebilecektir. Kişinin katıldığı kısım hazırlık safhası olduğundan kendisinin görüşüne başvurulması olarak değerlendirilebilir.

3. Özel Güvenlik Görevlilerinin Personel Statüsü

Güvenlik hizmetinin bu hizmetten yararlanacak olan gerçek kişiler tarafından doğrudan istihdam edilen personel, kurum ve kuruluşlar bünyesinde kurulacak özel güvenlik birimi veya özel güvenlik şirketleri aracılığıyla alınabileceğini yukarıda belirtmiştik. Güvenlik hizmetinin şirketler aracılığıyla sağlanması halinde bu şirketin çalışanlarının işçi niteliğinde olduğunda bir duraksama olmamakla birlikte Kanun'da açık bir düzenleme yer almaması nedeniyle kamu kurum ve kuruluşları bünyesinde kurulan özel güvenlik birimlerinin çalışanlarının kamu görevlisi olup olmadığı değerlendirilebilecektir. Özel güvenlik birimlerinde istihdam edilen güvenlik görevlilerinin memur, sözleşmeli personel veya işçi statüsünde olmasının mümkün olabileceği görüşüne karşılık¹⁶⁵ 5188 sayılı Kanun'a dayanılarak istihdam edilen özel güvenlik görevlileri sayılan her üç usulden hangisi kapsamında olduğu fark etmeksizin, İş Kanunu hükümlerine tabi işçi statüsünde kabul edilmelidir. Özel güvenlik şirketi personelinin farklı olarak idarelerin bünyesinde kurulan güvenlik birimlerinde çalışan kişiler ile idare arasında doğrudan bir hukuki ilişki kurulmaktadır. Ancak Kanun'un lafzından yola çıkılarak yapılan yorum¹⁶⁶ ve özlük haklarına ilişkin konularda İş Kanunu hükümlerine yapılan atıflardan¹⁶⁷ yola çıkılarak aralarındaki ilişkinin kamu hukukuna tabi bir ilişki olmadığı dolayısıyla bu kişilerin işçi olduğu söylenebilecektir.

Cezai sorumluluk açısından ise işçilerden farklı bir düzenlemeye tabi tutularak görevleriyle ilgili işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları

¹⁶⁵ Çiğdem Sever, "Kolluk Yetkilerinin Devredilmezliği Açısından Özel Güvenlik", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C. III, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011, s. 3286.

¹⁶⁶ Kanun'un 3. maddesinde yer alan "istihdam" ifadesi, 11. maddede yer alan "çalışma izni" ifadesi ve 15. maddesinde yer alan "iş sözleşmesi" ve "toplu iş sözleşmesi" ifadeleri bu kişilerin özel hukuk hükümlerine tabi olarak iş sözleşmesine göre istihdam edildiğini göstermektedir. (Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik** s. 237.)

¹⁶⁷ Ayaydın, "5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun", s. 173. 5188 sayılı Kanun'un tazminat kenar başlıklı 15. maddesindeki düzenleme de özel güvenlik görevlilerinin İş Kanunu hükümlerine tabi olduğunu belirtmektedir.

öngörülmüştür. Buna paralel şekilde görevleri nedeniyle kendilerine karşı suç işleyenlerin de kamu görevlisine karşı suç işlenmiş gibi cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Cezai sorumluluk hususunda ayrıca yapılan bu düzenleme de özel güvenlik görevlilerinin kamu görevlisi olmadığı düşüncesini destekler niteliktedir.

İş Kanunu'na tabi işçi niteliğinde olduğunu belirttiğimiz özel güvenlik görevlileri kimi yönleriyle işçilerden farklılıklar arz etmektedir. Somutlaştırmak gerekirse, özel güvenlik görevlileri için silahlı veya silahsız görev yapacaklar için birtakım farklılıklar söz konusu olmakla birlikte, yerine getirdikleri görevin niteliği gereği bazı şartlar¹⁶⁸ ve kısıtlamalar öngörülmüştür¹⁶⁹.

Bunlardan biri de güvenlik soruşturmasıdır. Güvenlik soruşturması¹⁷⁰ devletin milli güvenliği ile ilgili bazı meslekler için öngörülmüştür, silah taşıyacak özel güvenlik görevlileri için de öngörülmüş olması yaptıkları faaliyetin polisler tarafından yürütülen kamusal faaliyete ne kadar yakın olduğunu gösterir niteliktedir.

Özel güvenlik görevlileri ayrıca Kanunla getirilmiş olan yasaklama gereği işçi statüsünde bulunanların yararlanabildiği grev hakkından yararlanamamaktadırlar.

¹⁶⁸ Özel güvenlik görevlilerinde aranacak şartlar

Madde 10- Özel güvenlik görevlilerinde aşağıdaki şartlar aranır:

a) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak.

b) (Değişik: 21/4/2005 – 5335/23 md.) Silahsız olarak görev yapacaklar için en az sekiz yıllık ilköğretim veya ortaokul; silahlı olarak görev yapacaklar için en az lise veya dengi okul mezunu olmak.

c) 18 yaşını doldurmuş olmak.

d) (Değişik: 23/1/2008 – 5728/545 md.) Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, (...) ⁽¹⁾ zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık veya fuhuş suçlarından mahkûm olmamak. (...)

f) Görevin yapılmasına engel olabilecek vücut ve akıl hastalığı ile engelli bulunmamak.

g) 14 üncü maddede belirtilen özel güvenlik temel eğitimini başarıyla tamamlamış olmak.

¹⁶⁹ Ayaydın'a göre bunlar Devlet Memurları Kanunu 48. maddesinde memur olmak için aranan şartlarla büyük oranda benzerlik göstermektedir. ("5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun", s. 175.)

¹⁷⁰ Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Yönetmeliği'ne göre, güvenlik soruşturması, kişinin kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığının kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerinde ilişigi ile adli sicil kaydının ve hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığının, yıkıcı ve bölücü faaliyetlerde bulunup bulunmadığının ahlâki durumunun, yabancılar ile ilgisinin ve sır saklama yeteneğinin mevcut kayıtlardan ve yerinden araştırılmak suretiyle saptanması ve değerlendirilmesidir.

İşçilere ve kamu görevlilerine tanınmış olan bir diğer hak olan sendika kurma ve üye olma hakkı özel güvenlik görevlilerine tanınmamış idi, yapılan kanuni düzenleme sonrasında artık bu haktan yararlanabilmektedirler. Belirtilen düzenlemeler sonucu memur statüsünden yararlanamayan özel güvenlik görevlileri işçilere sağlanan haklardan da yararlanamamaktadırlar¹⁷¹.

4. Özel Güvenlik Görevlilerinin Yetkileri

Özel güvenlik görevlilerine kolluk faaliyetinin içerdiği yetkilerden biri olan zor kullanma yetkisi de tanınmıştır. 5188 sayılı Kanun'da belirtildiği üzere Türk Medeni Kanunu'nun 981. maddesine, Borçlar Kanunu'nun 64. maddesine, Türk Ceza Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerine göre zor kullanma yetkisini kullanmaları mümkün kılınmıştır.

Medeni Kanun'un 981. maddesi zilyedin¹⁷² malına karşı her türlü gasp ve saldırıyı kuvvet kullanarak defetmesini düzenlemektedir. Bu, kanunda bahsedilen şartların gerçekleşmesi halinde zilyet olan kişi tarafından kullanılabilir, başka bir ifadeyle kolluğa özgü olmayan bir haktır. 5188 sayılı Kanun'daki düzenleme gereğince özel güvenlik görevlileri zilyet olmadıkları halde, korunmasını üstlendikleri kişi ya da kurumların mallarını her türlü gasp ve saldırıdan kuvvet kullanmak suretiyle koruyabileceklerdir.

Borçlar Kanunu 64. maddesi ise kişinin kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak amacıyla kuvvet kullanmasını düzenlemektedir. Özel güvenlik görevlileri bu yetkileri ölçülülük ilkesini ihlal etmeyecek şekilde kullanmaları halinde doğacak zararlardan sorumlu olmayacaklardır.

Meşru savunma hakkı Ceza Kanunu'nun 25. maddesinde de düzenlenmiştir ve bu kapsamda kişiye, kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı önlemek amacıyla işlediği fiillerden dolayı ceza verilmeyecektir.

¹⁷¹ Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 239.

¹⁷² Zilyetlik, bir şeyde fiili hakimiyeti ele geçirmiş ve onu kaybetmemiş olmak şeklinde ifade edilmektedir. (Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, 15. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2012, s. 54.)

Özel güvenlik görevlilerine zor kullanma hakkı tanıyan bu düzenlemeler esasen kolluk kuvvetlerine özgü olmayıp, şartların gerçekleşmesi halinde herkes tarafından kullanılabilir olan yetkililerdir. Ancak özel güvenlik görevlisi olmayan kişiler için bunlar hak niteliğindeki, özel güvenlik görevlileri için görev niteliğindedir. Başka bir deyişle korudukları kişi ya da kurumu korumak amacıyla kendilerine verilmiş olan yetkiyi kullanmak durumundadırlar. Bu halde özel güvenlik görevlileri ancak saldırı ile orantılı olacak şekilde kuvvet kullanabileceklerdir. Aksi halde hukuki ve cezai sorumlulukları gündeme gelecektir.

Özel güvenlik görevlilerine ayrıca Ceza Kanunu'nun 24. maddesi kapsamında zor kullanma yetkisi tanınmıştır. Söz konusu maddenin ilk fıkrası kanun hükmünü yerine getiren kişiye ceza verilmeyeceğini düzenlemektedir. Bu halde özel güvenlik görevlilerinin 5188 sayılı Kanun ile diğer kanuni ve genel düzenleyici işlemlerle kendilerine verilen görevleri yerine getirirken gerçekleştirdikleri fiiller hukuka uygun kabul edilecektir¹⁷³.

24. maddenin devamında ise yetkili merciin görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olan emirlerinin yerine getirilmesi halinde sorumlu olunmayacağı düzenlenmiştir. Bu kapsamda özel güvenlik görevlilerinin 5188 sayılı Kanun 6. maddesi gereğince genel kolluk amirlerinin vereceği emirlerin yerine getirilmesi nedeniyle sorumlulukları gündeme gelmeyecektir¹⁷⁴. Özel güvenlik görevlileri amirin emrini ifa ederken herhangi bir vatandaş sıfatıyla değil genel kolluk birimlerine yardımcı olan bir görevli olarak bunu yerine getirmektedir¹⁷⁵. Unutmamalıdır ki, bu durumda da konusu suç teşkil eden emir yerine getirilmeyecek, aksi halde emir veren ve emri uygulayan sorumlu olacaktır.

Bu hallerde ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmesi kaydıyla özel güvenlik görevlileri zor kullanabilecek ve bu durum ceza hukuku anlamında hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir¹⁷⁶.

¹⁷³ Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 256.

¹⁷⁴ 5188 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliğinde özel güvenlik birimlerinde yer alan özel güvenlik amirlerinin yetkilerine ilişkin bir düzenleme yer almadığından, onlar tarafından verilen emirler bu kapsamda değerlendirilemeyecektir.

¹⁷⁵ Ayaydın, "5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun", s. 218.

¹⁷⁶ Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 256.

Özel güvenlik görevlilerine silah bulundurma ve taşıma yetkisi de tanınmıştır. Hangi güvenlik ve koruma hizmeti için ve hangi miktar ve özellikte ateşli silah bulundurulabileceği konusunda karar verme yetkisi Komisyona aittir. Buna göre tüm özel güvenlik görevlileri bu hakka sahip olamayacaktır¹⁷⁷. Silahlı özel güvenlik görevlilerinin görev yapacağı yerler açısından da bir sınırlama öngörülerek eğitim ve öğretim kurumlarında, sağlık tesislerinde, talih oyunları işletmelerinde, içkili yerlerde silahlı özel güvenlik görevlisi çalıştırılmasına izin verilmeyeceği ve özel güvenlik görevlilerinin, özel toplantılarda, spor müsabakalarında, sahne gösterileri ve benzeri etkinliklerde silahlı olarak görev yapamayacakları kabul edilmiştir.

Özel güvenlik görevlilerine hangi hallerde silah bulundurma ve taşıma izni verileceğine dair Yönetmeliğin 24. maddesinde bir düzenleme bulunmakla birlikte yetkinin sınırlarının belirlenmesi açısından bu yetkinin yeterli olmadığı söylenebilecektir. Söz konusu hükme göre, fiziki önlemlere ve güvenlik cihazlarına öncelik verilmesi esastır. Buna karşılık Komisyon, orantılılık ilkesine uygun olarak canlılar üzerinde kalıcı etkisi olmayan kimyasalların kullanılmasına izin verebilmektedir. Bu tedbirlerin yeterli olmayacağı durumlarda ateşli silahların kullanımı gündeme gelebilecek, bunların bulundurulmasına ve taşınmasına, sayı ve niteliğine ise Komisyon karar verecektir.

Buna karşılık özel güvenlik görevlilerinin silah kullanması hususunda yukarıda belirtilen hüküm dışında bir sınırlama olmayışı karşısında 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda polisler için öngörülmüş olan düzenlemeye tabi olmalarının kabulü gerektiği savunulmaktadır¹⁷⁸. 2559 sayılı Kanun'un silah ve zor kullanma kenar başlıklı 16. maddesinde polislerin; (a) meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında, (b) bedenî kuvvet ve maddi güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde ve (c) hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde, silah kullanmaya yetkili oldukları düzenlenmiştir. Ayrıca (c)

¹⁷⁷ Silahlı özel güvenlik görevlileri için eğitim ve çalışma izni konusunda daha sıkı şartlar öngörülmüştür. Silahsız olarak görev yapacaklar hakkında yalnızca arşiv araştırması yapılırken, silahlı özel güvenlik görevlileri hakkında güvenlik soruşturması yapılmaktadır.

¹⁷⁸ Ayaydın, “5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun”, s. 229.

bendi kapsamında silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde “dur” çağrısında bulunabileceği, kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebileceği ancak kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebileceği düzenlenmiştir.

Buna karşılık, Kanun’da silah kullanmak değil bulundurma ve taşıma yetkisinin düzenlenmiş olduğuna dikkat çekilmekte ancak yine de özel güvenlik görevlilerinin kendilerine verilen görevleri yerine getirmek amacıyla özellikle de zor kullanma yetkisi çerçevesinde silah kullanma yetkisine sahip olduklarının kabulü gerekeceği belirtilmektedir¹⁷⁹. Kendilerine zor kullanma yetkisi tanınmış olan özel güvenlik görevlilerinin saldırıları uygun bir vasıta ile defetmesi gerekecektir, bu kapsamda diğer tedbirlerin yetersiz kalması ve silah kullanmanın zorunlu olduğu hallerde kendilerine verilmiş olan bu yetkiyi kullanabileceklerdir.

Özel güvenlik görevlilerinin sahip olduğu yetkilerden biri de aramadır. Özel güvenlik görevlilerine kanuni düzenlemelerde hem önleme araması şeklinde adlandırılan idari kolluk yetkileri kapsamında sayılan arama yetkisi hem de adli arama yetkisi tanınmıştır. Buna göre özel güvenlik görevlileri Yönetmeliğin önleme araması kenar başlıklı 14. maddesinde yer alan düzenleme gereğince; görev alanlarında, can ve mal güvenliğinin ve kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasaklanmış her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilmesi amacıyla arama yapabileceklerdir. Arama yetkisinin kullanılacağı yerler ve hangi vasıtalarla gerçekleştirileceği Kanun’da ve Yönetmelik’te düzenlenmiştir. Bu kapsamda, özel güvenlik görevlileri, Kanun’un 7. maddesinin (a) fıkrası gereğince koruma ve güvenliğini sağladıkları alanlara girmek isteyenleri, (b) fıkrasına göre toplantı, konser, spor müsabakası, sahne gösterileri ve benzeri etkinlikler ile cenaze ve düğün törenlerinde, (d) fıkrasına göre ise hava meydanı, liman, gar, istasyon ve terminal gibi toplu ulaşım tesislerinde kişileri duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle arama, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme yöntemlerini kullanarak, ancak elektronik aletler aracılığıyla arama yapabileceklerdir. Buna karşılık

¹⁷⁹ Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 258.

Yönetmelik'te detektörle, x-ray cihazından geçirerek veya Kanunda belirtilen durumlarda gerektiğinde üst araması yapılabileceği düzenlenmiştir.

5188 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde kamuya açık alanlarda yapılacak üst aramasının, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği¹⁸⁰ hükümlerine göre ve genel kolluğun gözetim ve denetiminde yapılacağı düzenlenmiştir. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 21. maddesinde ise özel güvenlik görevlilerinin kişileri duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle kontrol etme, eşyaları X- ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme yetkileri olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenlemede de Kanun'a paralel şekilde elektronik aletler yardımıyla arama yapılabileceği kabul edilmiştir.

5188 sayılı Kanun ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği hükümleri incelendiğinde özel güvenlik görevlilerinin önleme araması yapabilmesi için arama emri ya da kararı gerektiği yönünde bir hüküm bulunmadığı görülmektedir¹⁸¹. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 25. maddesi gereğince giriş ve çıkışın belli kurallara tâbi tutulduğu kamu hizmetine özgülenmiş bina ve tesislere girenlerin üstlerinin ve eşyalarının aranmasında, sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaların, uçakların, gemilerin ve her türlü deniz ve kara taşıtlarının, giren çıkan yolcuların X-ray cihazından geçirilerek, gerektiğinde üstünün ve eşyasının aranması ile buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin, üstlerinin, araçlarının ve eşyalarının aranmasında, hakîmden önleme araması kararı alınmasına gerek yoktur. Özel güvenlik görevlilerinin bu nitelikteki yerleri korumaları halinde, arama yapmaları için arama emri veya kararına gerek bulunmamaktadır. Maddenin son fıkrasında esasen özel güvenlik görevlileri tarafından korunan umuma açık veya açık olmayan özel işletmelerin, kurumların veya teşebbüslerin girişlerindeki kontrollerde arama emir veya hakim kararı gerekmediği düzenlenmiştir¹⁸². Belirtmek gerekir ki, güvenlik görevlilerine elle arama yetkisi verilmediğinden, ancak elektronik araçlarla arama yapabileceklerdir.

¹⁸⁰ RG: 01.06.2005/25832.

¹⁸¹ Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 245.

¹⁸² Zaten Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 18. maddesinin (1) bendinde elektromanyetik aygıtlarla yapılacak tarama şeklindeki aramaları, kolluğun kendiliğinden yapabileceği

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğine göre, umuma açık veya açık olmayan özel işletmelerin, kurumların veya teşebbüslerin girişlerindeki yapılacak kontroller buraya girmek isteyen kişilerin rızasına bağlıdır ve kişiler buna rıza göstermemeleri halinde buralara giremeyeceklerdir, bunun dışında özel güvenlik görevlilerinin kişileri zorla aramak şeklinde yetkileri söz konusu değildir.

Ancak 5188 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (b) bendinde belirtilen diğer etkinlik ve törenlerde özel güvenlik görevlileri üst aramasını ancak detektörle yapabilirler. Detektörle yapılacak aramalar için de herhangi karara ihtiyaç bulunmamaktadır.

Özel güvenlik görevlileri spor müsabakalarının yapılacağı spor alanlarının iç güvenliğini sağlamak hususunda da yetkili kılınmışlardır. Bu kapsamda sahip oldukları yetkiler 6122 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun ile düzenlenmiştir. Buna göre, müsabaka güvenliğinin sağlanması amacıyla, genel kolluk görevlileri ile bunların gözetiminde olmak üzere özel güvenlik görevlileri, mülki amirin yazılı emrine istinaden, spor alanına girişte izleyicilerin üstünü ve eşyasını teknik cihazlarla ve gerektiğinde el ile kontrol edebilir ve arayabilir. Kanun ile getirilmiş düzenleme gereğince özel güvenlik görevlileri mülki amirin yazılı izni olması kaydıyla elle arama yapabileceklerdir.

5188 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (d) bendinde ise adli arama olarak nitelendirilen, haklarında yakalama emri ya da mahkumiyet kararı bulunan kişilerin yakalanması halinde aranmaları düzenlenmiştir. Özel güvenlik görevlilerinin bu yetkilerini kullanabilmeleri için arama emri ya da kararı verilmiş olması gerekmez. Çünkü, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8.maddesinin (a) bendinde hakkında yakalama emri ya da mahkûmiyet kararı bulunan biri yakalandığında, yapılacak arama için ayrıca arama emri ya da kararı aranmayacağı düzenlenmiştir. Elle arama yapmak hususunda bir kısıtlama olmamakla birlikte, özel güvenlik görevlileri elektronik cihazlara öncelik vermeli, ancak gerektiğinde elle arama yapmalıdır¹⁸³.

düzenlenmiştir. Kolluğa verilen bu yetkinin özel güvenlik görevlilerine de verildiği söylenebilir. (Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 245.)

¹⁸³ Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s.247

Özel güvenlik görevlilerine tanınmış olan yetkilerden bir diğeri de yakalama yetkisidir¹⁸⁴. Buna göre öncelikle, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90. maddesi kapsamında yakalama yetkisine sahip olmaları öngörülmüştür. Söz konusu hüküm, herkes tarafından yapılabilecek yakalama ile yalnızca kolluk görevlileri tarafından yapılabilecek yakalamayı ayrı ayrı düzenlemiştir. Kişiyi suçu işlerken rastlanması ya da suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması halinde herkes tarafından ve 5188 sayılı düzenleme gereğince özel güvenlik görevlilerince yakalama yapılabilecektir. Kolluk görevlilerine tanınmış olan yakalama yetkisinin şartları ise 90. maddenin devamında düzenlenmiştir. Buna göre, kolluk görevlileri tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde¹⁸⁵; Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler. Özel güvenlik görevlileri de sayılan şartların gerçekleşmesi halinde yakalama yetkisini kullanacak ancak durumu mümkün olan en kısa sürede genel kolluk görevlilerine bildirecektir.

Özel güvenlik görevlilerine tanınan bir diğeri yakalama yetkisi, görev alanlarında, haklarında yakalama emri veya mahkûmiyet kararı bulunan kişilerin yakalanması şeklindedir¹⁸⁶. Bu bir adli kolluk yetkisidir ve esasen kolluk görevlilerinin yetkilerinden biridir. 5188 sayılı Kanun'daki düzenleme gereği bu yetki özel güvenlik görevlilerince de kullanılabilir ancak özel güvenlik görevlileri bu yetkiyi yalnızca görev yaptıkları alanlarda kullanabileceklerdir.

Özel güvenlik görevlileri ayrıca olay yerini ve delilleri koruma, bu amaçla Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 168. maddesine göre yakalama yetkisine sahip

¹⁸⁴ Yakalama: Kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözetimine veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasını, ifade eder. (Yakalama Ve Gözetimine Alma Yönetmeliği/Madde 4, RG: 01.06.2005/25832)

¹⁸⁵ Gecikmesinde sakınca bulunan hâl: Derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâlini ifade eder. (Yakalama ve Gözetimine Alma Yönetmeliği/Madde 4)

¹⁸⁶ Özel güvenlik görevlilerinin kişilerle ilgili olarak bu tür kararların varlığını ne şekilde bileceklerinin ve arama yetkisinin kapsamının belirsizliği nedeniyle sözkonusu düzenleme eleştirilmektedir. (Çiğdem Sever, "Kolluk Yetkilerinin Devredilmezliği Açısından Özel Güvenlik", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C. III, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011, s. 3292.)

kılınmışlardır. Esasen adli kolluk görevlilerine tanınmış olan bu yetki kapsamında özel güvenlik görevlileri olay yerini ve delilleri koruma amacıyla, burada yapılmakta olan işlemlere engel olan veya tedbirlere uymayan kişileri yakalama yetkisine sahip olacaktır¹⁸⁷.

Son olarak özel güvenlik görevlilerine Kanun'un 7. maddesinin (1) bendiyle, idari kolluk kapsamında değerlendirilebilecek olan, kişinin vücudu veya sağlığı bakımından mevcut bir tehlikeden korunması amacıyla yakalama yetkisi verilmiştir.

Bunlara ek olarak özel güvenlik görevlilerinin, genel kolluk kuvvetlerine derhal bildirmek şartıyla, aramalar sırasında suç teşkil eden veya delil olabilecek ya da suç teşkil etmemekle birlikte tehlike doğurabilecek eşyayı emanete alma ile terk edilmiş ve bulunmuş eşyayı emanete alma yetkileri bulunmaktadır.

Özel güvenlik görevlileri Kanun'un 9. maddesi gereğince, yukarıda belirtilen, kişileri yakalama ya da eşyayı emanete alma yetkilerini kullandıklarında durumu en seri şekilde genel kolluğa bildirerek kişi ya da eşyayı genel kolluğa teslim etmek durumundadır. Bu düzenlemenin özel güvenliğin genel kolluğu tamamlayıcı nitelikte oluşunun bir sonucu olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁸. Güvenliğin sağlanmasında esas sorumlu olan genel kolluktur ve özel güvenlik görevlilerinin yetkilendirilmiş oluşu genel kolluğun yetkisini sona erdirmemektedir. Özel güvenliğe tanınmış olan yetkiler genel kolluk gelene kadar durumu muhafaza altına alma şeklinde de değerlendirilebilecektir. Yönetmeliğin 16. maddesinde de ifade edildiği üzere, özel güvenlik görevlileri suçla karşılaştığında suça el koymak, suçun devamını önlemek, sanığı tespit ve yakalama ile olay yerini ve suç delillerini muhafaza ve yetkili genel kolluğa teslim etmekle görevli ve yetkilidir. Genel kolluğun olaya el koymasıyla birlikte özel güvenliğin yetkileri sona ermekle birlikte genel kolluğun talebi üzerine araştırma ve delil toplama faaliyetlerine de yardımcı olmaları hüküm altına alınmıştır.

Özel güvenlik görevlilerine 5188 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (b) ve (f) bentleri ile toplantı, konser, spor müsabakası, sahne gösterileri ve benzeri etkinlikler

¹⁸⁷ Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 250.

¹⁸⁸ Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 251.

ile cenaze ve düğün törenlerinde ile hava meydanı, liman, gar, istasyon ve terminal gibi toplu ulaşım tesislerinde kişilere kimlik sorma yetkisi de tanınmıştır. Buna karşılık, 2559 sayılı Kanunla polise tanınmış olan güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlere kimlik sorma yetkisi, özel güvenlik görevlilerine tanınmamış olmakla birlikte uygulamada özel güvenlik görevlilerinin koruma ve güvenliğini sağladıkları alana girmek isteyenlerin de kimliklerini sordukları durumlar olmaktadır¹⁸⁹.

Kanunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, karşı tarafın kimliğini göstermemesi halinde özel güvenlik görevlisi, kişiyi görev alanına almayabilecektir¹⁹⁰, ancak kimlik tespiti amacıyla tutma ya da gözaltına alma yetkileri yoktur¹⁹¹.

Buna karşılık, özel güvenlik görevlilerince, kimlik gösteren kişinin hakkında yakalama emri ya da mahkûmiyet kararı olduğunun anlaşılması halinde, 5188 sayılı Kanun'un 7.maddesinin (d) bendi gereğince kişi hakkında yakalama işlemi yapılacaktır.

5188 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre özel güvenlik görevlileri kendilerine tanınmış olan yetkileri ancak görevli oldukları süre içinde ve görev alanlarında kullanabileceklerdir¹⁹². Silahlarını da görev alanları dışına çıkarmalarına izin verilmemektedir. Buna karşılık, işlenmiş bir suçun sanığı veya suç işleyeceğinden kuvvetle şüphe edilen kişinin takibi, dışarıdan yapılan saldırılara karşı tedbir alınması, para ve değerli eşya nakli, kişi koruma ve cenaze töreni gibi güzergah ifade eden durumlarda güzergah boyunca yetkilerini kullanabileceklerdir. Örnek vermek gerekirse üniversite kampüsünde görevli olan güvenlik görevlileri kampüs çevresinde üniversiteye yapılan saldırılar karşısında kampüs dışında olan bu alanlara da yahut kampüs içinde başlayarak dışında da devam eden bir arbedeye müdahale

¹⁸⁹ Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 252.

¹⁹⁰ Ayaydın, "5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun", s. 233

¹⁹¹ Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 252.

¹⁹² Buna karşılık polislerin görevli oldukları yer ve zaman dışında yetkilerini kullanabilmeleri 2559 sayılı Kanun ile mümkün kılınmıştır:

Ek Madde 4 - (Ek: 3233 - 16.6.1985 / m.7) Polis, görevli bulunduğu mülkî sınırlar içinde, hizmet branşı, yeri ve zamanına bakılmaksızın, bir suçla karşılaştığında suça el koymak, önlemek, sanık ve suç delillerini tespit, muhafaza ve yetkili zabıtaya teslim etmekle görevli ve yetkilidir

edebilecektir. Buna karşılık, kampus yakınında olan işlenmiş bir suça özel güvenlik görevlisi sıfatıyla müdahalede bulunarak yetkilerini kullanamayacak, bu halde Ceza Kanunu'nun herkese tanımış olduğu yetkileri kullanabilecektir. Bunlara göre görev alanları dışında ancak, Kanunlarda herkese tanınmış olan zor kullanma yetkilerini vatandaş sıfatıyla kullanabileceklerdir.

Özel güvenlik görevlileri ikincil nitelikte bir yetkiye sahip olmalarıyla bağlantılı olarak aynı maddede öngörüldüğü üzere zor kullanma ve yakalama yetkisini gerektiren olayları derhal genel kolluğa bildirmek durumundadırlar.

Kanun'un 12. maddesi ile özel güvenlik görevlilerine adı ve soyadı ile silahlı ya da silahsız olduğu bilgilerini içeren kimlik kartı takma yükümlülüğü getirilmiştir ve yetkilerine kullanabilmeleri için de bu kartı taşıyor olmaları gerekmektedir.

İkinci olarak 13. madde gereğince görev alanı içinde ve süresinde üniforma giyme zorunlulukları bulunmaktadır¹⁹³. Ancak üniformaların ve üniformayı tamamlayan diğer unsurların, Türk Silahlı Kuvvetleri ve genel kolluk kuvvetleri ile kanunlarla kurulan özel kolluk kuvvetlerinde kullanılan renkte, biçim ve motifte olamayacağı düzenlenmiştir. Bu durum özel güvenlik görevlilerinin asli yetkiye sahip olan kolluk görevlilerinden sayılmadığına bir vurgu olarak düşünülebilir.

Kanunun 6. maddesi ile Yönetmeliğin 13. maddesi arasında farklılık bulunmakta ve mülki idare amirlerinin denetim yapma yetkisi kanunda belli yerler için öngörülmüşken yönetmelikte herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır, yönetmelik kanuni dayanaktan yoksundur, bu nedenle hukuka aykırıdır.

5. Özel Güvenlik Görevlilerinin Genel Kolluk ile İlişkileri

Özel güvenlik görevlileri ile ilgili olarak tartışılması gereken bir başka husus genel kolluk ile olan ilişkileridir. Özel güvenlik görevlileri kimi zaman şirketler vasıtasıyla olsa da esasen korudukları kişi ya da kurumlarca istihdam edilmektedirler. 5188 sayılı Kanun gereği olarak, İş Kanunu hükümleri kapsamında istihdam edilen işçiler iş akdinin unsurlarından olan bağımlılık unsurunun sonucu olarak işverenin

¹⁹³ 5188 sayılı Kanun, Kıyafet Madde 13.-(...) Görevin ve işyerinin özelliği nedeniyle gerekli görülen hallerde sivil kıyafetle görev yapılmasına komisyon izin verebilir.

talimatlarına göre iş görmek durumundadır¹⁹⁴. Buna karşılık özel güvenlik görevlilerinin yerine getirdikleri görevin niteliği bu kuraldan sapmalara yol açmaktadır. Çünkü özel güvenlik görevlilerinin görevlerini hangi kurallara göre yerine getireceği ilgili kanuni düzenlemelerle belirlenmiştir.

Bununla bağlantılı olarak, kolluk teşkilatıyla aralarında doğrudan bir hukuki ilişki bulunmamaktadır. Ancak aralarında statüter ya da sözleşmesel bir ilişki olmamasına rağmen, yerine getirdikleri görevin niteliğiyle alakalı olarak genel kolluğun özel güvenliğe emir ve talimat verme yetkisi gündeme gelmektedir. Bu konuda öncelikle 5188 sayılı Kanun'un ek önlemleri düzenleyen 6. maddesi incelenmelidir. Söz konusu maddenin ilk fıkrası ile mülki idare amirlerinin havalimanı, liman, gümrük, gar ve istasyon gibi yerler ile spor müsabakalarının, sahne gösterilerinin ve benzeri etkinliklerin yapıldığı yerlerdeki özel güvenlik tedbirlerini denetlemeye ve kamu güvenliğinin gerektirdiği hallerde ek önlemler aldirmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir. İkinci fıkra ise, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu ile vali ve kaymakamlara verilen yetkilerin saklı olduğu ve bu yetkilerin kullanılması durumunda özel güvenlik görevlilerinin mülki idare amiri ve genel kolluk amirinin emirlerini yerine getirmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Birinci fıkra da yer yönünden bir sınırlama yapıldığı görülmektedir, ikinci fıkra ise mülki idare amirlerinin il sınırları içinde sahip olduğu kolluk yetkisinin ortadan kalkmadığı belirtilerek özel güvenlik görevlilerinin de onları emrine uymak durumunda olduğu belirtilmiştir. Esasen, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesinde belirtildiği üzere il sınırları içinde idari kolluk yetkilerinin kullanılması valinin ödev ve görevleri arasında yer almakta ve vali il sınırları içinde bulunan tüm kolluk görevlilerinin amiri konumunda bulunmaktadır. İlçelerde ise bu yetkiyi 5442 sayılı Kanun'un 32. maddesi gereğince kaymakamlar kullanmaktadırlar. Bunlara bağlı olarak, 5188 sayılı Kanun bu düzenlemeyi yapmamış dahi olsaydı, özel güvenliğin yetkili kılınması genel kolluğun yetkilerini sona erdirmeyeceğinden, kolluk amirlerinin kamu güvenliğinin gerektirdiği hallerde bu alanlarda gerekli önlemleri almaya yetkili oldukları kabul edilecekti. Ancak 5188 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemede dikkat

¹⁹⁴ Sarper Sözek, **İş Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009, s. 213-214.

edilmesi gereken husus özel güvenlik görevlilerinin bu hallerde genel kolluğun emrine uymakla yükümlü olmasıdır.

Kanundaki hükme benzer olmakla birlikte genel kolluğa daha geniş yetkiler¹⁹⁵ veren başka bir düzenleme Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 13. maddesinde yer almaktadır. Belirtilen madde kapsamında yer bakımından bir belirleme yapılmaksızın, mülki idare amirlerinin özel güvenlik görevlilerinin yetkisini aşan uygulamaları kaldırma ve alınan güvenlik tedbirlerinin değiştirilmesini veya ilave tedbirler alınmasını isteme yetkisi olduğu belirtilmiştir. Oysa Kanunda hem yer bakımından bir belirleme yapılmış hem de sadece ek önlemler alma yetkisinden bahsedilmiştir. Maddenin devamında görev alanlarında kamu düzeninin bozulduğu hallerde durumu derhal genel kolluğa bildirecekleri ve bunun yanında özel güvenlik görevlileri tarafından korunan yerlerde can ve mal güvenliğinin ciddi şekilde tehlikeye düştüğü veya düşeceği anlaşıldığında, mülki idare amirleri genel kolluğu görevlendireceği ve bu halde özel güvenlik görevlilerinin genel kolluk amirinin emrine gireceği düzenlenmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kolluk amirlerinin yukarıdaki maddelerde belirtilen ek önlemler kaldırma yetkileri, 5442 sayılı Kanun'da öngörülen kolluk faaliyetine ilişkin yetkilerini ortadan kaldırmamaktadır. Başka bir ifadeyle kolluk kuvvetleri kamu güvenliğinin sağlanması amacıyla gerekli önlemleri bizzat da alabileceklerdir. Bu halde de özel güvenlik görevlileri, görevli oldukları alanlarla sınırlı olmak kaydıyla, genel kolluk amirinin vereceği emirleri yerine getirmek durumundadır¹⁹⁶.

İkinci olarak, mülki idare amirlerinin 6. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen kolluk yetkilerini kullanmaları halinde özel güvenliğin genel kolluğun emirlerini uygulama zorunluluğuyla ilgili olarak yer açısından bir sınırlama olup olmadığı tartışılabilir. Belirtildiği üzere Kanun'un 6. maddesinin ilk fıkrasında, örnek teşkil edecek şekilde kamuya açık alanlar sayılmışken Yönetmelik'te bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Temel olarak, kamu güvenliğini tamamlayıcı nitelikte görev yapmakta olan özel güvenlik görevlilerinin görev alanlarında genel kolluğun yetkilerini

¹⁹⁵ Ayaydın, "5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun", s. 259

¹⁹⁶ Ayaydın, "5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun", s. 251.

kullanması halinde onların emirlerine göre hareket etmek durumunda oldukları kabul edilmelidir¹⁹⁷. Çünkü kamu düzeninin sağlanması konusunda asli yetki idarenin kolluk teşkilatına aittir. Bununla bağlantılı olarak kamu düzeninin bozulması ya da bozulma ihtimalinin ortaya çıkması halinde özel güvenlik görevlilerine durumu genel kolluğa bildirme yükümlülüğü öngörüldüğünü yukarıda belirtmiştik. Tüm bu düzenlemeler ile özel güvenlik görevlileri önleyici nitelikte yetkilere sahip kılındığı görülmektedir. Genel kolluk amirleri ise ya özel güvenliğin almış olduğu önlemlere müdahale etmek ya da kamu düzeninin bozulduğu hallerde kolluk faaliyeti kapsamında var olan yetkilerini bizzat kullanarak bu alanlarda görevli olan özel güvenlik görevlilerinin de emir ve talimatlarına uygun olarak hareket etmesini sağlamak yetkilerine sahiptir.

6. Özel Güvenlik Görevlilerinin ve Şirketlerinin Denetimi

Güvenlik hizmetinin özel hukuk kişilerine izin usulü ile gördürüldüğü durumlarda idarenin hizmetin asli sorumlusu olmasından dolayı geniş bir denetim ve gözetim yetkisi vardır.

Özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilen özel güvenlik uygulamasının denetlenmesi hususu kolluk faaliyetine ilişkin birtakım yetkilere sahip olmaları nedeniyle ayrıca önem arz etmektedir. Buna bağlı olarak kanuni düzenlemede yer alan denetimin faaliyetinin iki farklı boyutundan söz edilebilecektir. Bunlardan biri, Kanunda belirtilen faaliyet izni, sigorta yaptırılması, hizmetten yararlananlarla yapılan sözleşme gibi yükümlülüklerin hukuka uygun olarak yapılıp yapılmadığı denetlenmesine ilişkindir¹⁹⁸. Bu denetim özel güvenlik şirketleri, özel güvenlik

¹⁹⁷ Genel kolluğun özel güvenliğe emir verme yetkisinin özel güvenlik görevlilerinin birinci fıkradaki belirtilen havalimanı, liman, gümrük, gar ve istasyon gibi yerler ile spor müsabakalarının, sahne gösterilerinin ve benzeri etkinliklerin yapıldığı yerlerde görev yapıyor olmaları halinde mümkün olabileceği de ileri sürülmektedir. (Ayaydın, “5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun”, s. 254.)

¹⁹⁸ Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik Denetimin Kapsamı

Madde 44- Denetim sırasında, faaliyet izninin ve personelin çalışma izinlerinin geçerli olup olmadığı; özel güvenlik görevlileri için mali sorumluluk sigortasının yaptırılıp yaptırılmadığı; üçüncü kişilere verilen koruma ve güvenlik hizmetlerine ilişkin sözleşmelerin usulüne uygun düzenlenip düzenlenmediği ve bu sözleşmelerin zamanında valiliğe bildirilip bildirilmediği; görev

birimleri ile özel güvenlik hizmetinden yararlananları kapsamaktadır. Denetimi yapmak konusunda İçişleri Bakanlığı ve valiliklerin yetkili olduğu düzenlenmiştir ve bu yetkilerini her zaman kullanabileceklerdir. Denetim sonucu eksikliklerin tespit edilmesi halinde şirketlere eksikliğin niteliğine göre en az yedi gün süre verilerek bunların tamamlanması istenecek, aksi halde kanunda öngörülen yaptırımlar uygulanacaktır. Ayrıca, amacı dışında faaliyet gösteren ya da suç kaynağına dönüştüğü tespit edilen özel güvenlik şirketlerinin faaliyet izni iptal edilecektir.

İkinci olarak ise özel güvenliğin genel kolluk ile ilişkileri kapsamında değinilmiş olan, özel güvenlik görevlilerinin güvenliği sağlama faaliyeti kapsamında yaptığı işlemlerin ve aldığı tedbirlerin denetimi söz konusu olacaktır. Bu konuda aynı zamanda kolluk amiri sıfatını da haiz olan vali ve kaymakamların yetkili olacağı öngörülmüştür. Bu düzenleme, kolluk faaliyeti kapsamında mülki idare amirlerine tanınan yetki ile paralellik arz etmektedir.

Görüldüğü üzere denetimde yetkili olan makamlar hususunda farklılıklar söz konusudur. Özel güvenlik şirket ve birimlerini denetlemeye Bakanlık ve valilik yetkili kılınmış ancak kaymakamlara bu yetki verilmemişken, özel güvenlik tedbirlerini denetleme yetkisi mülki idare amirlerine verilmiştir. Bu da denetimin iki farklı yönü olduğunu destekler niteliktedir.

Bunlara karşılık özel güvenlik görevlilerinin kanuni düzenlemelerde belirtilen hususlara aykırı davranmalarına ilişkin olarak da bazı yaptırımlar öngörülmüştür. Örnek vermek gerekirse, 5188 sayılı Kanunun 20. maddesi ile; grev yasağına uymayan, ateşli silahını kanuna aykırı şekilde ve görev alanı dışında kullanan veya özel güvenlik kimlik kartını başkasına kullandıran özel güvenlik görevlisine idari

alanına uyulup uyulmadığı; silah ve teçhizatın ruhsatlı olup olmadığı ve bunların usulüne uygun korunup korunmadığı; kayıt ve defterlerin usulüne uygun tutulup tutulmadığı; eğitim hizmetlerinin bu Yönetmelik hükümlerine uygun yürütülüp yürütülmediği, Kanun ve bu Yönetmeliğin diğer hükümlerinin uygulanıp uygulanmadığı ve amaç dışında faaliyet gösterilip gösterilmediği incelenir.

para cezası verilmesi ve bir daha özel güvenlik görevlisi olmamak üzere çalışma izninin iptal edilmesi, mülki idare amirince verilen tedbirleri uygulamayan özel güvenlik görevlisine idari para cezası verilmesi öngörülmüştür. Fakat, bilhassa özel hukuk tüzel kişileri ve kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan özel güvenlik görevlilerinin disiplin hukukuna aykırılık teşkil edebilecek davranışları hakkında açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna ilişkin olarak genelge ile düzenleme yapılmış ve özel güvenlik görevlilerinin işleyecekleri disiplin suçları hakkında çalıştıkları kurumun mevzuatı ve iş hukukuna göre işlem yapılacağı belirtilmiştir¹⁹⁹. Ancak bu, kanuni temelden yoksun ve yetersiz olan bir düzenlemedir. İşçi niteliğinde oldukları kabul edilen özel güvenlik görevlileri disiplin suçu işlediklerinde çalıştıkları kurumda işçiler için uygulanan disiplin hükümlerine tabi olacaklardır. Bu halde İş Kanunu ile varsa toplu iş sözleşmeleri ve iç yönetmeliklerde yer alan kurallara tabi olacaklardır²⁰⁰. Özel güvenlik birimlerinde istihdam edilen özel güvenlik görevlileri açısından bir duraksama bulunmamaktadır, çünkü onlar güvenliğini sağladıkları kurum ile aralarında akdedilen iş sözleşmesi kapsamında çalıştırılmaktadırlar. Ancak güvenlik hizmetinin özel güvenlik şirketleri vasıtasıyla alınması hali disiplin hukuku ile ilgili olarak tereddütlere yol açabilecektir. Çünkü bu halde özel güvenlik görevlileri güvenliğini sağladıkları kurumlar tarafından değil şirketler tarafından istihdam edilmektedirler. Bu durumda da Genelge ile yapılan düzenleme gereğince kurum ve kuruluşlar İş Kanunu kapsamında istihdam ettikleri personele hangi disiplin kurallarını uyguluyor iseler özel güvenlik görevlilerine de bu kuralları uygulayacaklardır.

7. Sorumluluğun Esasları

Özel güvenlik görevlilerinin kendilerine verilen görevleri yerine getirirken

¹⁹⁹ Özel Güvenlik Hizmetleri Birleştirilmiş Genelge,
<http://www.ozelguvenlik.pol.tr/Sayfalar/default.aspx>.

²⁰⁰ Sarper Süzek, “İş Hukukunda Disiplin Cezaları”, s. 10-11,
<http://calismatoplum.org/sayi28/suzek.pdf>.

üçüncü kişilere verdikleri zararlar olabileceği gibi kendileri de zarara uğrayabileceklerdir. Bu zararların tazmini hususunda kimin hangi esaslara göre sorumlu olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

Özel güvenlik görevlilerinin kendilerinin uğradıkları zararlar hususunda esasen, işçi statüsünde bulunmaları sonucu olarak İş Kanunu hükümlerine gidilmesi söz konusu olacaktır. Ancak, 5188 sayılı Kanun özel güvenlik görevlilerinin görevleri sırasında yaralanmaları halinde kendilerine veya ölmeleri halinde kanuni mirasçılarına ödenecek olan tazminat ile ilgili olarak özel bir düzenleme içermektedir. Kanun'un 15. maddesinin ilk fıkrasına göre bu kişilere, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen esaslar çerçevesinde tazminat ödenecektir²⁰¹. İkinci fıkrada ise belirtilen çerçevede ödenen tazminatın 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında ödenmesi gereken diğer tazminatlarla ilişkilendirilemeyeceği düzenlenmiştir. Buna göre denilebilir ki bu düzenlemede yer alan tazminat 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan tazminatlardan farklıdır ve buna bağlı olarak koşulları varsa ayrıca İş Kanunu kapsamında tazminat ödenebilecektir²⁰².

Buna karşılık, zarar gören özel güvenlik görevlisi kamu kurum veya kuruluşlarında çalışıyorsa; iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerinde belirtilen miktarlardan hangisi yüksek ise o miktarda tazminat ödenecektir. Görüldüğü üzere, özel güvenlik görevlileri yerine getirdikleri tehlikeli faaliyet nedeniyle uğradıkları zararların tazmini hususunda kolluk görevlileri gibi ele alınmışlardır²⁰³.

Belirtildiği üzere özel güvenlik görevlilerinin görevlerini yerine getirirken üçüncü kişilere verdikleri zararlar da söz konusu olacaktır. Bunların tazminine ilişkin olarak öncelikle özel güvenlik görevlilerinin özel hukuk kişileri ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından istihdam ediliyor oluşuna göre ayırım yapılması gerekecektir. İkinci olarak ise, özel güvenlik hizmetinin bir şirket aracılığıyla sağlanıp sağlanmamasına göre farklı değerlendirmeler yapmak gerekecektir.

²⁰¹ Ancak 15. madde de belirtildiği üzere, genel hükümlere göre daha yüksek miktarda tazminat ödenmesine mahkemelerce hükmedilmesi halinde, iş sözleşmesine veya toplu iş sözleşmesine dayanılarak ödenen tutarların mahsup edilecektir.

²⁰² Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 294.

²⁰³ Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 295.

5188 sayılı Kanun'un 21. maddesi ile özel hukuk kişilerine ve özel güvenlik şirketlerine, istihdam ettikleri özel güvenlik görevlilerinin üçüncü kişilere verecekleri maddi zararların tazmini için mali sorumluluk sigortası yaptırılması zorunluluğu getirilmiştir²⁰⁴. Bu durumda, özel hukuk kişilerinin özel güvenlik görevlilerini kendilerinin istihdam etmesi veya bu hizmeti özel güvenlik şirketinden almaları hallerinin her ikisinde de zararlar sigorta şirketi tarafından karşılanacaktır. Böyle bir hüküm kabul edilmemiş olsaydı zarar gören kişiler, adam çalıştıranın sorumluluğu kapsamında özel güvenlik görevlilerini istihdam eden kişinin ya da haksız fiil hükümlerine dayanılarak özel güvenlik görevlilerinin sorumluluğu yoluna gidebilecek idi. Nitekim sigorta kapsamında olmayan manevi zararlar bu şekilde tazmin edilebilecektir. Öte yandan özel hukuk kişilerinin güvenliğini sağlayan özel güvenlik görevlilerinin verdikleri zararlardan ötürü hizmetin asli sahibi olan idarenin sorumluluğu yoluna gidilmesi gerektiği ileri sürülmektedir²⁰⁵. Buna ilişkin olarak, idarenin genel olarak güvenliği sağlamak şeklinde bir görevi bulunmaktadır ve tehlike altında olan kişilerin korunması için de kolluk görevlileri ayrı bir koruma sağlayacaktır. Ancak 5188 sayılı Kanun'un öngördüğü sistemin bazı farklılıkları mevcuttur. Örnek vermek gerekirse, apartman veya site sakinleri buraların güvenliğinin sağlanması amacıyla özel güvenlik hizmetinden yararlanmak isteyebileceklerdir, ancak normal şartlar altında yani açık ve yakın bir tehlike söz konusu olmadığı sürece idarenin kolluk görevlilerinin apartman veya siteleri özel güvenlik görevlilerinin yaptığı şekilde koruma görevi bulunmamaktadır. Kolluk görevlileri genel güvenliğin korunması hususundaki görevleri gereği olarak zaten şehirlerde güvenliği sağlamaya devam etmektedirler. Bu halde apartman veya siteyi korumakta olan özel güvenlik görevlisinin vereceği zararlardan ötürü hizmetin asli sahibi olarak idarenin sorumluluğu yoluna gidileceği düşünülemeyecektir. Ayrıca, bu durumlarda özel güvenlik hizmetinden yararlanma ihtiyari niteliktedir. Bu nedenle özel hukuk kişilerini koruyan özel güvenlik görevlilerinin verecekleri zararlar hususunda idare ancak denetim ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle sorumlu tutulacaktır, bunun dışında hizmetin asli sahibi olarak sorumlu

²⁰⁴ Mali sorumluluk sigortasına ilişkin olarak genel esasların düzenlendiği "Özel Güvenlik Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları" için bkz: RG: 26.02.2005/25739.

²⁰⁵ Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 302.

olmayacağı kanaatindeyiz.

Kamu kurum ve kuruluşlarının güvenliğini sağlayan özel güvenlik görevlilerinin verdikleri zararların tazmini konusunda ise ikili bir ayırım yapmak gerekecektir. Güvenliğin özel güvenlik şirketlerince sağlanması halinde, Kanun ile bu şirketlere maddi zararlar konusunda mali sorumluluk sigortası yapma zorunluluğu getirilmiş olduğundan, ortaya çıkan zararlar sigorta şirketince karşılanacaktır. Bu halde idare hizmetin asli sahibi olarak sorumlu olmakla birlikte²⁰⁶ zararı idare değil sigorta şirketi ödeyecektir. Ancak manevi zararların tazmini için doğrudan idareye başvurulması gerekecektir. Buna karşılık kamu kurum ve kuruluşlarının bünyesinde kurulmuş olan özel güvenlik birimlerinde istihdam edilen görevlilerin verdikleri zararların tazminine ilişkin olarak mali sorumluluk sigortası yapma zorunluluğu getirilmemiştir. İdare ile aralarında iş sözleşmesi akdedilmiş olan bu kişilerin vereceği zararlardan ötürü doğrudan idarenin sorumluluğu yoluna gidilecektir.

Ancak özel güvenlik görevlisinin neden olduğu zarar hizmetle ilgisi olmayan, kişisel kusurlu davranışlarından kaynaklanıyorsa elbette haksız fiil hükümleri kapsamında doğrudan özel güvenlik görevlisinin kişisel sorumluluğuna gidilecektir²⁰⁷. Görevin yerine getirilmesiyle bağlantılı olarak ortaya çıkan zararlarda ise idarenin kusurlu sorumluluğu esasına dayanılabileceği gibi güvenlik faaliyetinin bünyesinde taşıdığı risk nedeniyle kusursuz sorumluluk da gündeme gelebilecektir²⁰⁸.

E. Trafik Vakfı

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve Yönetmeliği hükümlerine aykırılığı nedeniyle trafikten men edilen²⁰⁹ veya muhafaza altına alınması gereken araçlar çekici veya kurtarıcı araçları kullanılarak otoparklara çekilmektedir. Araçların trafikten meni veya muhafaza altına alınması kolluk yetkileri kapsamında uygulanan

²⁰⁶ Karan, “Özel Güvenlik”, s. 440.

²⁰⁷ Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 297.

²⁰⁸ Yıldız, **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, s. 302.

²⁰⁹ Karayolları Trafik Kanunu’nun 1. maddesinde verilen tanıma göre, trafikten men: trafik zabıtasınca, bu Kanunda belirtilen hallerde araçla ilgili belgelerin alınması ve aracın belirli bir yere çekilerek trafikten alıkonulmasıdır.

idari yaptırımlardır²¹⁰. Kanuni düzenleme gereğince bu yaptırımları uygulama yetkisi trafik zabıtalara verilmiştir.

Araçların çekilmesi bilhassa, taşıt yolu üzerinde bulunan yasaklanmış yerlere park edilen araçlar nedeniyle gündeme gelmektedir. Karayolları Trafik Kanunu'nun 61. maddesine göre aracını hatalı park eden kişiye idari para cezası uygulanacak ve yasalara aykırı park etmiş araçlar trafik zabıtasınca kaldırılabilir. Kanun metninde yasalara aykırı park etmiş olan araçların kaldırılması her halde bir zorunluluk olarak öngörülmemiş, yönetmelikte belirtilen şartların varlığı halinde bu yaptırımın uygulanacağı düzenlenmiştir²¹¹. Araçların kaldırılması hususunda karar verme yetkisi trafik zabıtalara, onların görev almadığı ya da bulunmadığı yerlerde genel zabıtaya aittir. Yerleşim birimleri dışındaki karayollarında yolun yapım ve bakımından sorumlu olan kuruluşlara da bu yetki tanınmıştır.

²¹⁰ Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 125/f ve devamı bentlerinde hangi hallerde trafikten men veya muhafaza altına alma yaptırımının uygulanacağı düzenlenmektedir.

²¹¹ Parketme Yasaklarına Uymayan Araçlardan Hangilerinin Kaldırılacağı ve Kaldırmaya Yetkililer, Madde 119- Yasaklanmış yerlerde ve hallerde park edilen araçlardan aşağıda sayılan yerlerde parketmiş olanlar esas ve usullerine uyularak yetkililerce kaldırılır.

- a) Duraklamanın yasak olduğu yerlerde,
- b) Geçiş yolları önünde ve üzerinde,
- c) Belirlenmiş yangın musluklarına her iki yönden 5 metrelik mesafe içinde,
- d) (Değişik:RG-09/09/1997-23105) Kamu hizmeti yapan yolcu taşıtlarının duraklarını belirten işaret levhalarına 15 metrelik mesafe içinde,
- e) Üç veya daha fazla taşıt yolu olan karayolunda ortadaki taşıt yolunda ve üç veya daha fazla şeritli yollarda aksine bir düzenleme veya işaretleme yapılmadıkça sağ şerit dışındaki şeritlerde,
- f) (Değişik: RG-02/11/2000-24218) Kurallara uygun şekilde park etmiş araçların çıkmasına engel olacak yerlerde,
- g) (Ek:RG-09/09/1997-23105) Geçiş üstünlüğü olan araçların giriş ve çıkışının yapıldığının belirlendiği işaret levhasından 15 metrelik mesafe içinde,
- h) Kamunun faydalandığı yerlerin giriş çıkış kapılarının önünde ve her iki yönünde 5 metrelik mesafe içinde,
- ı) Belirli kişilerin ve tatil günleri dışında, kurum ve kuruluşların araçları için ayrılmış ve bir işaretle belirlenmiş park yerlerinde,

Parkedilmiş araçlar ile yukarıda sayılan yerler dışında kalan fakat belirgin şekilde trafik düzenini ve trafik güvenliğini etkilediği görülen ve sahibi bulunmayan ve yasak yerde olması bile genel güvenlik bakımından tehlike yarattığı anlaşılan araçlar trafik zabıtasınca, trafik zabıtasının görev almadığı veya bulunmadığı yerlerde genel zabıta tarafından kaldırılır.

Yerleşim birimleri dışındaki karayollarında taşıt yolu üzerinde mecburi haller dışında ve gerekli önlemleri almadan parketmiş araçları yolun yapım ve bakımından sorumlu olan kuruluşlar da kaldırmaya yetkilidir.

Trafikten men edilen ya da muhafaza altına alınmasına karar verilen araçlar özel tertibatlı olan çekici veya kurtarıcılar aracılığıyla çekilmektedir. Yönetmeliğin 122. maddesi ile araçların çekilmesinde öncelikle trafik kuruluşları ile kamu kurum veya kuruluşlarına ait çekici veya kurtarıcı araçların kullanılacağı ihtiyaç duyulması halinde ise şartıyla büyükşehirlerde ulaşım koordinasyon merkezlerince, diğer il ve ilçelerde ise il ve ilçe trafik komisyonlarında karar alınmak suretiyle araç çekme, kurtarma ve götürme hizmetlerinin gerçek veya tüzel kişilere de yaptırılabilceğı düzenlenmiştir. Bu hizmetin özel hukuk kişilerine yaptırılabilmesi için yerine getirilecek hizmetin ücret, usul ve esaslarının belirlenmiş olması şartı aranmaktadır.

Çekiciler tarafından bulundukları yerden kaldırılan araçlar, Büyükşehirlerde Ulaşım Koordinasyon Merkezlerince, diğer il ve ilçelerde ise il ve ilçe trafik komisyonları tarafından yetkilendirilmiş bir park yerine, yetkilendirilmiş park yeri bulunmaması halinde ise varsa trafik kuruluşlarının yoksa mülki idare amirliklerince belirlenecek diğer kamu kurum veya kuruluşlarına ait park yerlerine çekilir. İlgili idareler tarafından yetkilendirilen park yerleri özel hukuk kişilerinince işletilen otopark alanlarıdır.

Yukarıda belirtildiğı üzere araçların çekilmesine, kurtarılmasına veya götürülmesine karar vermek konusunda yetki trafik zabıtasına aittir. Ancak trafik zabıtasınca yapılan işlemin icra edilmesi başka bir deyişle araçların çekilmesi ve çekilen araçların belli bir yerde muhafazası aşamalarında özel hukuk kişileri yetkilendirilebilmektedirler.

Araçların çekilmesi ve çekilen araçların konulacağı otoparklar konusunda Trafik Vakıfları tarafından kurulmuş olan iktisadi işletmeler yetkilendirilmektedir. Bu kapsamda Ankara Trafik Vakfı ile İstanbul Trafik Vakfı ve bunların ticari faaliyetlerini yürütmek üzere kurduğı şirketler değerlendirilmelidir. Ankara Trafik Vakfı, Medeni Kanun hükümlerine göre kurulmuş olan bir tüzel kişidir. Vakıf genel olarak trafik hizmetlerinde çalışan birimlere ve görevlilere yardımcı olmayı amaçlamaktadır²¹². Vakıf senedine göre Ankara Valisi vakfın başkanı, Vali

²¹² Ankara Trafik Vakfı internet sitesi: <http://www.ankaratrafikvakfi.org/tr/>.

Yardımcısı ise ikinci başkandır²¹³. Vakfın ticari faaliyetlerini sürdürmek için %99 hissesine sahip olduğu ATESTAŞ (Ankara Eğitim ve Sağlık Hizmetleri Ticaret A.Ş.) Şirketini kurmuştur ve araç çekme faaliyetini de bu şirket tarafından yerine getirmektedir²¹⁴. Özel hukuk tüzel kişisi olan Atestaş'ın yönetim kurulu başkanı, Ankara Trafik Vakfını temsilen Vali Yardımcısı'dır²¹⁵. Ankara Trafik Vakfı'na benzer bir şekilde İstanbul Trafik Vakfı Kurucuları Kurulu üyeleri arasında İstanbul Valisi, Defterdarı, Sanayi ve Ticaret İl Müdürü, İl Sağlık Müdürü, İl Milli Eğitim Müdürü bulunmaktadır. Vakıf Başkanı da İstanbul Valisi'dir. Başka bir deyişle Vakfın organlarında pek çok kamu görevlisi yer almaktadır. İstanbul'da araçların çekilmesi işi Vakfın kurduğu Taşıma ve Çekiciler İktisadi İşletmesi tarafından gerçekleştirilmektedir. Vakıf ve kurdukları iktisadi işletmeler özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş olan birer özel hukuk tüzel kişisidirler. Ancak diğer özel hukuk kişilerinden farklılık gösteren yönleri bulunmaktadır. Organlarında yer alan kamu görevlileri ve üstlendikleri kamusal nitelikteki görevler nedeniyle bu kişiler "kamu kesiminde yer alan özel hukuk kişileri" olarak nitelendirilmektedirler²¹⁶. Bu kişiler kamu tüzel kişisi olmadığı gibi tipik birer özel hukuk kişisi de değildir.

Uygulamada ayrıca Trafik Denetleme Şube Müdürlüğü ile yetkilendirilen şirkete ait çekicilerin yetersiz kaldığı durumlarda şirket ile başka özel hukuk kişileri arasında hizmet sözleşmesi imzalanarak bu hizmet yerine getirilebilmektedir²¹⁷.

²¹³ Ankara Trafik Vakfı internet sitesi: <http://www.ankaratrafikvakfi.org/tr/>.

²¹⁴ Trafik Vakfı'nın internet sitesinde şu bilgiler yer almaktadır: "Ankara İl hudutları içerisindeki çekme-kurtarma fiyat kargaşasını ortadan kaldırmak, çekilen araçlara zarar vermemek, şayet zarar verilirse zararın sigorta tarafından karşılanmasını sağlamak için Vakıf olarak Ankara Emniyet Müdürlüğü Trafik Denetleme Şube Müdürlüğü'nün 10 adet çekme aracına takviye olarak 12 adet çekme aracı ile yasak yere park eden araçları 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununun 61. maddesi ve buna bağlı olarak çıkartılan Uygulama Yönetmeliğinin 121 ve 122. maddelerine dayanarak Trafik polislerince yerinden kaldırılarak Yed-i Emin Otoparklarına götürülmektedir. Araçları Trafikten men etmek, men edilen aracın parktan çıkartılması Trafik Polisinin yetki ve görevidir. Vakfımızın bu konuda herhangi bir yetkisi yoktur. Araç çekme ücretleri İl Trafik Komisyonunca belirlenir ve ilan edilir. (İl Trafik Komisyonunun 19.04.2004 tarih ve 2004/55 sayılı kararı). (<http://www.ankaratrafikvakfi.org/tr/>)

²¹⁵ Atestaş Ankara Trafik Eğitim Ve Sağlık Hizmetleri Ticaret Anonim Şirketi Ana Sözleşmesi, 7. madde, <http://www.ankaratrafikvakfi.org/tr/>.

²¹⁶ Prof. Dr. Aydın Gülan'ın görüşü:

http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/newsDetail_getNewsById.action?newsId=33942.

²¹⁷ İstanbul Trafik Vakfı Çekiciler İşletmesi onyediyedi adet İlçe Emniyet Müdürlüğüne bağlı Polis Hizmetleri Dernekleri İktisadi İşletmeleri arasında imzalanmış olan hasılat paylaşımı sözleşmesi kapsamında bu işletmeler de araç çekme işinde görev almaktadırlar.

Hizmet sözleşmesi kapsamında, belirlenen alanlarda yetkili şirket dışında başka özel hukuk kişileri araçların çekilmesi faaliyetinde görev almaktadırlar. Kanuni düzenlemede yetkilendirilen özel hukuk kişinin başka bir kişiye bu hizmeti gördürebileceğine dair açık hüküm bulunmamaktadır. Ancak şirketler araç çekme işinin tamamını başka bir kişiye devretmemekte ihtiyaç duyulan yer ve zamanda sözleşme tarafı kişilerin çekicilerinden yararlanılacağı öngörülmektedir.

Kanun ve yönetmeliğe aykırılıkları nedeniyle araçların trafikten men veya muhafaza altına alınması kararı trafik zabıtasınca alınmakta ve araçlar vakıflarca kurulmuş olan şirketlere ait çekiciler aracılığı ile otoparka çekilmektedir. Öncelikle, zabitanın yaptığı yanlış tespit nedeniyle trafikten men ya da muhafaza altına alınmasına karar verilen ve bu nedenle de idari para cezası, araç çekme ve otopark ücreti ödemek durumunda kalan kişi zararının tazminini idareden talep edebilecektir. Çekici ve otopark işleticisi kişilerin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Yönetmeliğin 121. maddesinde araçların çekilmesi sırasında görevlilerin ve araç sahiplerinin sorumluluğunun kapsamı düzenlenmiştir. Görevliler aracın zarar görmemesi için gereken dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdürler. Araçlar bulundukları yerlerden en az zarar görecektir şekilde kaldırılmalıdır. İlgili düzenlemede ayrıca araç sahiplerinin görevlilerin kusurundan meydana gelmemiş olan zararları, araçlarının kaldırma ve çekmeye uygun olmayan yapılarından dolayı kabullenmiş sayılacakları belirtilmektedir. Bu düzenlemeler uyarınca gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi gerekçesiyle araçlarda meydana gelecek zararlardan ötürü kusur sorumluluğu gündeme gelebilecek ancak kusursuz sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

Araçların kaldırılması sırasında trafik zabıtası ve araç çekme işini yapan şirketin çalışanları görev almaktadır. Bu durumda, araca verilen zararlardan ötürü trafik zabıtası ile şirket görevlileri aynı sebepten dolayı fakat farklı esaslara göre sorumlu olacaklardır.

(<http://www.trafikvakfi.org.tr/default.asp?x=23>).

Ankara Trafik Vakfı'nın iktisadi işletmesi olan Atestaş tarafından yetersiz kalınan yerlerde çekme kurtarma ihtiyacını karşılamak amacıyla ihale yapılarak ortaklık sözleşmesi imzalanan firmalar araç çekme faaliyetini yerine getirmektedirler. (<http://www.ankaratrafikvakfi.org.tr/>).

Trafik zabıtasının sorumluluğu gündeme gelecek olursa bunun tazmini için idareye hizmet kusuru kapsamında başvurulabilecektir. Buna karşılık şirket görevlilerinin gereken dikkat ve özeni göstermemesi halinde şirkete karşı adam çalıştırmanın sorumluluğuna dayanılarak başvurulabileceği gibi haksız fiil sorumluluğu kapsamında görevlilere de başvurulabilecektir.

Sorumluluk konusunda üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise araçların otoparkta muhafazası süresince meydana gelebilecek zararlar ve bunların tazminidir. Çekilen araçlar, ulaşım koordinasyon merkezleri veya trafik komisyonlarınca yetkilendirilen otoparklara götürülmektedirler. Bu otoparkların bir kısmı vakıfların kurmuş olduğu şirketlerce işletilmekte, bir kısmı ise şirketler ile imzalanan ortaklık sözleşmeleri kapsamında başka özel hukuk kişilerince işletilmektedir²¹⁸. Otoparkların sahip olmaları gereken özellikler ve buralarda alınması gereken tedbirler Yönetmelikle düzenlenmiştir²¹⁹. Bu düzenlemeler kapsamında otoparkta 24 saat süreyle bekçi veya görevli bulundurulması öngörülmüştür. Buna göre güvenliği otoparkı işleten kişinin istihdam edeceği görevlilerin sağlayacağı düşünülecektir. Ancak Atestaş'ın işlettiği ve ortağı olduğu

²¹⁸ Ankara Trafik Vakfı: <http://www.ankaratrafikvakfi.org/tr/>; İstanbul Trafik Vakfı: <http://www.trafikvakfi.org.tr/default.asp?x=51>.

²¹⁹ MADDE 122 - (...) Araçların çekilmesi, kurtarılması, götürülmesi ve muhafazası işlemlerinin gerçek veya tüzel kişilerce yapılması hususunda ulaşım koordinasyon merkezlerince ve trafik komisyonlarınca yetki verilebilmesi için aşağıdaki şartlar aranır:

- a) Otoparkın etrafının duvar veya tel örgü gibi fiziki engellerle çevrili olması,
- b) Otoparkın geceleri yeterince aydınlatılması,
- c) Giriş ve çıkışları ile içerisi ve etrafının 24 saat süreyle kamera sistemiyle izlenmesi ve kayıtların belirlenecek sürelerde saklanması,
- ç) Yeterli yangın söndürme tüpü veya sistemi bulundurulması,
- d) Sabit telefon hattının olması,
- e) İş ve işlemlerin yürütülebileceği yeterli büyüklükte kapalı alanın bulunması,
- f) Otopark ve müştemilatının yangın, sel, deprem ve benzeri afetlere karşı sigortalı olması,
- g) Otoparkta güvenliği sağlamak amacıyla 24 saat süreyle bekçi veya görevli bulundurulması,
- ğ) İşletici, otopark çalışanları, çekici/kurtarıcı sahip ve şoförlerinin; mal varlığına, topluma, kamu güvenliğine, kamunun sağlığına, kamu barışına, ulaşım araçları veya sabit platforma, genel ahlaka, millete ve devlete, devletin güvenliğine, anayasal düzen ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar başta olmak üzere belirlenecek diğer suçlardan hüküm giymemiş olmaları,
- h) Çekici ve kurtarıcı hizmeti vermek üzere yetkilendirilenlerin hizmetin devamlılığını sağlayacak şekilde gece ve gündüz istendiğinde özel tertibatlı araç bulundurmaları.

Ulaşım koordinasyon merkezlerince ve trafik komisyonlarınca il veya ilçenin özelliğine göre yukarıda belirtilen şartlara ek olarak başkaca şartlarda belirlenebilir. (...)

otoparklarda Vakıf ve Şirket personeli ile polis memurunun birlikte görev yaptığı belirtilmektedir²²⁰. Kimlerin hangi esasa göre sorumlu olacağı belirlenirken bunun da göz önünde bulundurulması gerekecektir. Ancak yasal düzenlemeye göre trafik zabıtasının otoparkın güvenliği sağlamak hususunda bir görevi bulunmamaktadır. Bu nedenle şahsen neden oldukları haller dışında sorumlulukları gündeme gelmemelidir. Bununla bağlantılı olarak idarenin sorumluluğu yoluna da ancak yönetmelikte belirtilen şartları taşımayan bir otopark işleticinin yetkilendirilmesinden dolayı gidilebilecektir.

Yönetmelik kapsamında, otoparklara doğal afetlere karşı sigorta yaptırılması zorunluluğu getirilmiştir. Hırsızlık gibi durumlara karşı ise otoparkta gerekli güvenlik önlemlerinin alınması öngörülmekle birlikte sigorta yaptırma zorunluluğu getirilmemiştir. Ankara Trafik Vakfı'nın kurmuş olduğu Atestaş'ın işletmekte olduğu otoparklarda terör ve hırsızlık gibi durumlara karşı da sigorta yaptırılmış olduğu belirtilmektedir²²¹. Bu halde araçların otoparkta bulundukları süre içerisinde uğrayacakları zararlardan otoparkı işleten kişi tarafından haksız fiil hükümlerine²²² dayanılarak tazmin edilecektir. Sigorta kapsamında tazmini öngörülen zararları sigorta şirketi ödeyecektir. İdarenin yetki verdiği Şirketler diğer özel hukuk kişileri ile ortak olarak işlettiği otoparklarda meydana gelen zararlardan ötürü ortak olarak işleten kişiler müteselsilen sorumlu olacaklardır.

Kanuna veya Yönetmeliğe aykırılığı nedeniyle trafikten men veya muhafaza altına alınması kararı verilen araç sahibi veya sürücüsüne hem idari yaptırım

²²⁰ <http://www.ankaratrafikvakfi.org/tr/>.

²²¹ Otoparklar hakkında bkz: <http://www.ankaratrafikvakfi.org/tr/>.

²²² Otopark işleticisi ile araç sahibi arasında sözleşmesel bir ilişki kurulmadığı hakkında, "(...) dosyada mevcut tutanaklara göre araç üçüncü bir kişinin kullanımında iken Trafik Denetleme Ekipleri tarafından trafikten men edilip davacı şirkete ait otoparka teslim edilmiştir. Bu durumda yanlar arasında Borçlar Kanunu'nun 463.maddesinde tanımlanan şekilde bir saklama sözleşmesi bulunmamaktadır. Davacı, yediemin sıfatıyla aracı otoparkta muhafaza ettiğini ileri sürmüş, mahkemece de trafikten men edilen araçlar için otopark ücretlerini belirleyen tarife göre hüküm kurulmuştur. Ancak, araç 1023 gün boyunca otoparkta tutulmuş olup, davalı bundan haberdar olmamıştır. Aracın emniyet görevlileri tarafından davacıya ait otoparka bırakılması, davacı ile davalı arasında bir sözleşme bağı kurmaz.

Taraflar arasında bir sözleşme kurulmadığı sürece davacı "otopark tarife ücreti" talep edemez.

Davacının talep hakkı ancak vekaletsiz iş görme hükümlerine dayandırılabilir. Yapılan iş, işyapanın menfaatine yapılmış olması itibarıyla davacı ancak BK'nun 414.maddesine göre talepte bulunabilir. Bu yönde bilirkişi incelemesi yapıp, sonucuna göre hüküm kurulmalıdır. (...)” Yarg 3.D., E.2010/19449, K.2011/72, T.17.01.2011, Kazancı İçtihat Bankası.

uygulanmakta hem de bu kişinin arabasının geri alabilmek için araç çekme ve otopark ücreti ödemesi gerekmekte olup bu masraflar ödenmeden araç iade edilmemektedir. Bu ücretler çekme işini yapan ve otopark işleten özel kişiye ödenmektedir. Araçların çekilmesi nedeniyle ödenen ücretler ulaşım koordinasyon merkezlerince ve trafik komisyonlarınca belirlenmektedir. Ancak bu ücretlerin idari yaptırım düzeyinde olması ve bununla bağlantılı olarak kişiler tarafından ayrı bir yaptırım olarak algılanıyor oluşu hususları da eleştirilmektedir²²³.

Eleştiri konusu edilen başka bir husus ise araç çekme işinin yaptırılacağı kişilerin ve otoparkların belirlenmesi aşamalarının belirsizliğidir, bu aşamada ihale yapılması gerekliliği ortaya konulmaktadır²²⁴.

V. GÖNÜLLÜLÜK ESASINA DAYALI OLARAK KOLLUK FAALİYETİ İÇİNDE YER ALABİLENLER

İdari kolluk faaliyetinin özel hukuk kişilerince yerine getirilmesinin başka bir görünümünü ise kişilerin gönüllülük esasına dayalı olarak yaptıkları görevler oluşturmaktadır. Gönüllü katılımın söz konusu olabilmesi için mevzuatta buna dair düzenleme bulunması gerekmektedir. Başka bir deyişle gönüllü olan kişilerin yapacakları iş ve işlemlerin hukuki olarak sonuç doğurabilmesi için kanuni bir temele ihtiyaç bulunmaktadır. Kişilerin vatandaş sıfatıyla bir ihlali yahut bir suçu ihbar etme ve Kanun'da öngörülmüş olan hallerde canlarına ve mallarına gelecek saldırıları önlemek adına zor kullanma yetkileri bulunmakla birlikte kolluk faaliyetine gönüllü olarak katılan kişilerin daha farklı yetki ve sorumlulukları söz konusudur.

Yürürlükte olan kanuni düzenlemelerde de gönüllü katılıma imkan veren pek çok düzenleme bulunmaktadır. Kolluk faaliyetine gönüllü kişilerin katılımına ve bunun hukuki rejimine dair bir değerlendirme yapabilmek adına öncelikle buna ilişkin kanuni düzenlemelere kısaca değinmek gerekecektir. Bunlardan mevzuatımıza girdiği tarih itibarıyla en eski olanı gönüllü köy korucularıdır. Köy Kanunu'nun 74.

²²³ http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/newsDetail_getNewsById.action?newsId=33942.

²²⁴ Prof. Dr. Aydın Gülan'ın görüşü:

http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/newsDetail_getNewsById.action?newsId=33942.

maddesinde, köy muhtarı ve ihtiyar meclisi mahsul zamanlarında çapulcular ve eşkiya türemiş ise yağmadan köy halkını korumak için köylünün eli silâh tutanlarından lüzumu kadarını gönüllü korucu ayırarak bunların isimlerini bir kâğıda yazıp kaymakama götüreceği düzenlenmiştir. Kaymakamın müsaade etmesi halinde bu gönüllü korucular asıl korucularla beraber yağmacılara ve eşkiyaya karşı köy ve köylüyü korurlar. Gönüllü köy korucuları ateşli silah taşıma yetkisini de sahiptirler²²⁵. Bu kişilerin yaptıkları iş karşılığında bir ücret alıp almadıklarına dair mevzuatta açıklık bulunmamakla birlikte, Danıştay 1. Dairesi'nin gönüllü köy korucularının da diğer bekçiler gibi belirli bir ücretle çalıştığı yönündeki tespitinden hareketle ücret aldıklarının kabulü gerekecektir²²⁶. Ücret alıyor olmalarının gönüllülük esası ile bağdaşmayacağı düşünülebilecektir. Ancak Köy Kanunu'nda köy korucuları için üç farklı kategori öngörülmüştür. Gönüllü köy korucuları, belirtildiği üzere, köyü ve köylüyü mahsul zamanlarında korumak üzere görevlendirilmektedirler. Aslında, dönemsel bir ihtiyaç nedeniyle bu kurum düzenlenmiştir. İdare ile aralarında iş akdi de bulunmamaktadır²²⁷, aksine

²²⁵ 6136 sayılı Ateşli Silahlar Ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanun, Geçici Madde 9 ile gönüllü köy korucularına görevleri süresince geçerli olacak silah bulundurma ve taşıma ruhsatı verileceği düzenlenmiştir.

²²⁶ “(...) Her ne kadar Kanunun adı ‘Memurlar ve İşçiler ile Bunların Emeklilerine Konut Edindirme Yardımı Yapılması Hakkında Kanun’ ise de genel gerekçe de açıkça vurgulandığı üzere asıl amaç, sabit gelirli vatandaşların konut edinmesine ön olanak sağlamayı gerçekleştirmek için konut edindirme yardımı sisteminin kurulmasıdır(...)

Adı ister köy korucusu, ister gönüllü korucu veya geçici korucu olsun bütün korucular ve mevzuata göre köyde görevlendirilebilen bütün bekçiler kaynağı ne olursa olsun hiç şüphesiz belirli bir ücretle çalışan sabit gelirli vatandaşlardandır. (...)

Bu durumda, köy tüzel kişiliği emrinde korucu, bekçi imam ve katip olarak çalışanların farklı statüde olsalar bile belli ve sınırlı bir ücret karşılığı çalıştıkları ve bu nedenle de 3320 sayılı Yasanın (a) bendindeki Kanunla veya Kanunların verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kuruluşlarda çalışanlar cümlecisi kapsamında bulunduğu açıktır.

Sonuç olarak, köy tüzel kişiliği emrinde korucu, bekçi, imam ve katip olarak çalıştırılan personelin. 3320 sayılı Memurlar ve İşçiler ile bunların Emeklilerine Konut Edindirme Yardımı Yapılması Hakkında Kanununun 1 inci maddesinin (a) trendi kapsamında tutulmaları gerektiği düşüncesiyle dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 13.11.1991 gününde oybirliğiyle karar verildi.” Dan, 1.D., E.1991/213, K.1991/392, T.13.11.1991, Kazancı İçtihat Bankası.

²²⁷ “(...) Davacı; her ne kadar jandarma ve mülki idare amirliği tarafından gönüllü köy korucusu adı altında görevlendirilmiş ise de; davacının, köy korucuları gibi köy sınırı içinde herkesin ırzını, canını ve malını korumak; gönüllü korucuları gibi ürün zamanlarında eşkiya ve çapulcuların türemesi nedeniyle köy halkını yağmadan korumak için köy korucusuna yardım ve destek olmak; geçici köy korucuları gibi, terör eylemleri nedeniyle güvenlik güçlerinden ve jandarma karakollarından uzak yerleşim birimlerinde yaşamını sürdüren bireylerin mal ve can güvenliğinin korunmasında güvenlik güçlerine destek ve yardımcı olmak, anında müdahaleyi gerçekleştirmek işlerinde çalışmadığı gibi, bu gibi görevlerinin de bulunmadığı belirgindir.

kaymakamın kararıyla görevlendirilebilmektedirler. Bu aşamada, Danıştay 1. Dairesi'nin gönüllü köy korucularının personel statüsüne ilişkin olarak, kamu hizmetlerine geçici ve arızı olarak katıldıkları gerekçesiyle kamu görevlisi olmadıkları yönündeki kararını da belirtmek gerekecektir²²⁸. Bunlara ek olarak görevlerini yerine getirirken uğramış oldukları zararların tazminine ilişkin olarak Terörle Mücadele Kanunu'nun 21/g maddesi ile 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun kapsamında malullük aylığı almaları öngörülmüştür.

İkinci olarak, Çevre Kanunu 2. maddesi; Bakanlıkça, uygun niteliklere sahip kişiler arasından seçilen ve bu Kanun ve Kanuna göre yürürlüğe konulan düzenlemelere aykırı faaliyetleri Bakanlığa iletmekle görevli ve yetkili olan çevre gönüllüsünü düzenlemektedir. Yaptıkları görev karşılığı olarak kendilerine herhangi bir ücret ödenmeyeceği belirtilen çevre gönüllüsü olabilmek için de bazı şartlar öngörülmüştür²²⁹ ve bunların arasında Bakanlık tarafından hazırlanan çevre mevzuatı eğitimine katılmak ve bu eğitim sonunda açılacak sınavda da başarılı olmak şartları da yer almaktadır. Çevre gönüllüsünün görevi çevre mevzuatına aykırı faaliyetleri Bakanlığın merkez veya taşra teşkilatına iletmek şeklindedir. Ancak onlara tesis ve faaliyetlere giderek denetleme yapma yetkisi verilmemiş, aykırılığa

Somut uyuşmazlıkta davacının; T ...'nin gözetim ve denetimi altında, arama ve üretim sahalarının güvenliğinin sağlanması işinde çalıştığı, hizmet ve mesaisinin tamamını davalının idareye hasrettiği, davalı idarenin sağladığı servis aracı ile görev yerine gidip-geldiği, kendisine ücretinin davalı tarafından ödendiği anlaşılmaktadır. (...)

Açıklanan yasal düzenlemeler ve maddi olgular dikkate alındığında, davacı ile davalı idare arasında hizmet akdinin unsurlarının oluştuğu, 506 sayılı Kanun kapsamında zorunlu sigortalı olarak kabulü gerektiğinin anlaşılmasına göre (...)" Yarg. 10.HD, E.2008/13629, K.2009/2493, T.03.03.2009, Kazancı İçtihat Bankası.

²²⁸ Dan, 1.D., E.1996/131, K.1996/242, T.19.12.1996, Kazancı İçtihat Bankası.

²²⁹ Çevre Denetimi Yönetmeliği, RG: 21.11.2008/27061.

Çevre Gönüllüsünün Nitelikleri ve Görevleri

Çevre gönüllüsünde aranacak nitelikler

MADDE 17 – (1) Çevre gönüllüsünün:

- a) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması,
- b) Kamu hizmetlerinden yasaklı olmaması,
- c) En az dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olması,
- ç) Kurum, kuruluş ve işletmelerde en az beş yıl süreyle çevre konularında çalışmış olması,
- d) Bakanlık tarafından düzenlenecek çevre mevzuatı eğitimine katılmış olması,
- e) Bakanlık tarafından açılacak sınavda başarılı olması gerekmektedir.

ilişkin bildirim yapma yetkisi verilmiştir. Ayrıca görevlerini kötüye kullandığı tespit edilen çevre gönüllülerinin bu görevlerinin bir daha çevre gönüllüsü olamamak üzere sona erdirileceği düzenlenmiştir.

Kara Avcılığı Kanunu 20. maddesinde de, av ve yaban hayvanlarının doğal yaşam ortamları ile birlikte korunması amacıyla av koruma ve kontrollerinde Bakanlık görevlilerine veya güvenlik güçlerine destek sağlamak üzere Bakanlıkça belirlenecek kişilere fahri av müfettişliği görevinin verilebileceğini düzenlenmiştir. Bu kişiler yasak avlanma sayılan fiilleri işleyenler hakkında işlem yapılması amacıyla tutanak düzenleyerek en geç bir hafta içinde en yakın orman idaresine teslim etmek durumundadırlar. Kişilerin fahri av müfettişleri olabilmek için avcı eğitimi almış ve ardından da yapılan sınavda başarılı olması gerekmektedir. Bunun dışında kişilere yönelik gerekli şartlar da ilgili yönetmelikte ayrıca belirtilmiştir²³⁰. Yönetmeliğin 12. maddesine göre, fahri av müfettişleri yetkili kamu görevlileri ile veya onların olmadığı hallerde en az iki müfettiş olması ve yaka kokartlarını takmak ve kimliklerini göstermek suretiyle denetim yapmaya yetkisine sahiptir. Yapılan bu denetimler sonucu tespit edilen aykırılıkların bir tutanağa geçirilmesi gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken başka bir düzenleme ise Yönetmeliğin 16. maddesinde belirtilen, yetkili idarelerce tutanaklarda av suçunun işlendiğinin delilleri ile birlikte sabit görülenler hakkında doğrudan kanun hükümlerine göre işlem yapılacağı yani yaptırım uygulanacağı hususudur. Bu durumda fahri av

²³⁰ Fahri Av Müfettişlerinin Seçimi, Eğitimi, Görev Ve Yetkileri İle Çalışma Esas Ve Usullerine Dair Yönetmelik, RG: 03.07.2004/25511.

Aranacak Şartlar

Madde 5- Müfettiş olacaklarda aşağıdaki şartlar aranır:

- a) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak,
- b) En az otuz yaşında olmak,
- c) En az lise ve dengi okul mezunu olmak,
- d) Avcı eğitimi kurslarına katılmış olmak,
- e) Av ve yaban hayatı konusunda faaliyet gösteren avcı kuruluşu veya gönüllü kuruluşlardan en az birisine üye olmak,
- f) Kamu hizmetlerinden yasaklı olmamak,
- g) Av suçu işlememiş olmak ve taksirli suçlar ve aşağıda sayılan suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere, ağır hapis cezası veya altı aydan fazla hapis veya affa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırmaya, Devletin sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak...

müfettişlerinin yaptıkları denetimler sonucu tuttuğu tutanak tek başına icrai bir işlem olmamakla birlikte yetkili idarelerin yaptığı idari işlemin esasını oluşturmaktadır. Aykırılığın delillerle birlikte sabit olduğunun tespiti halinde de idare başkaca bir araştırma yapmadan yaptırım uygulayabilmektedir.

Aynı maddede ayrıca, müfettişlere, avlalarda şüphelileri takip ve gözlem altında bulundurma, kişilerin av suçu işlemesine mani olmak veya hukuka uygun şekilde avcılık yapmalarını sağlamak konusunda uyarılarda bulunmak, olay yerinde bulunan delil teşkil edecek şeyleri tespit etmek veya alıkoymak ve durumla ilgili tutanak düzenleyerek, kişilerin yakalanmalarını sağlamak amacıyla yetkili makamlara bildirimde bulunmak yetkileri de tanınmış bulunmaktadır. Buna karşılık yapamayacakları birtakım işlemler de öngörülmüştür. Bu kapsamda, konut, üst araması ve araç içi araması yapamayacakları, suç araç ve gereçleri ile av hayvanlarını zapt edemeyecekleri, bunun gerekliliği halinde yetkili makamlara bildirimde bulunmalara gerektiği düzenlenmiştir. Denilebilir ki, söz konusu yetkiler kamu gücüne ilişkin ve icrai nitelikte yetkililerdir. Öte yandan, kolluk faaliyeti kapsamında yer alan ve kişilerin temel hak ve özgürlükleriyle yakından ilgili olan bu yetkilerin idarenin genel düzenleyici işlemlerinden olan yönetmelik ile değil kanunla düzenlenmesi gerekirdi.

Dördüncü olarak, Karayolları Trafik Kanunu Ek Madde 6 ile, sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadığını denetlemekle sorumlu olan yetkililere yardımcı olmak üzere valilerce görevlendirilecek fahri trafik müfettişlerine değinmek gerekecektir. Bu kişiler Karayolları Trafik Kanunu'nun suç saydığı fiilleri işleyenler hakkında işlem yapılması amacıyla tutanak düzenleyerek bunu en geç bir hafta içerisinde trafik kuruluşlarına teslim etmek durumundadır. Kanun'a göre ücretsiz olarak bu görevi yerine getirecek olan fahri trafik müfettişleri görevlerini kötüye kullanmaları halinde hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Bu kişilerin, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen Fahri Trafik Müfettişliği Görev ve Çalışma Yönetmeliği müfettiş olacaklarda aranacak şartları ve almaları gereken eğitimi de düzenlemektedir²³¹.

²³¹ Fahri Trafik Müfettişliği Görev ve Çalışma Yönetmeliği
Aranacak Şartlar
Madde 5 - Müfettiş olacaklarda aşağıdaki şartlar aranır.

Fahri trafik müfettişleri belirtildiği üzere, kural ihlali tespit ettiği halde buna ilişkin tutanak düzenleyecek ve trafik birimlerine teslim edecektir, ancak araç durdurmak, sürücülerle muhatap olmak ve belge veya evrak kontrolü yapmak şeklinde yetkileri bulunmamaktadır. Sahip oldukları yetkileri kullanabilmek açısından yer ve zaman sınırlamasına da tabi değillerdir. Yönetmeliğin 13. maddesinde ayrıca, fahri trafik müfettişleri tarafından tutularak trafik birimlerine iletilen tutanaklar hakkında Karayolları Trafik Kanunu'nun araçların tescil plakasına göre verilecek cezaları düzenleyen 116. maddesine²³² göre işlem yapılacağı belirtilmiştir. Buna göre, fahri trafik müfettişinin tutmuş olduğu tutanak başkaca bir delile gerek olmaksızın ceza verilmesi için yeterli olabilmektedir. Fahri trafik müfettişlerince tutulmuş olan tutanak hazırlık işlemi olmakla birlikte idari bir makam tarafından yapılmış olmadığından idari işlem değildir. Ancak kendilerine verilen trafik cezaları nedeniyle menfaati ihlal edilmiş olan kişiler bu cezalara karşı açacakları iptal davalarında tutanağın da iptalini talep edebileceklerdir, kaldı ki cezanın hukuka uygun olup

-
- a) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak,
 - b) En az kırk yaşında olmak,
 - c) (Değişik - R.G.: 24.11.1999 - 23886) En az yüksekokul mezunu olmak,
 - d) En az on yıllık sürücü belgesi sahibi olmak,
 - e) (Değişik - R.G.: 27.11.2001 - 24596 / m.1) Asli kusurlu olarak ölümlü veya yaralamalı trafik kazasına sebebiyet vermemiş olmak
 - f) Müracaat tarihinden geriye doğru toplam beş yıl içerisinde, hakkında 100 ceza puanı uygulaması sonucu sürücü belgesinin geri alınmamış olması,
 - g) Kamu hizmetlerinden yasaklı olmamak,
 - h) Taksirli suçlar ve aşağıda sayılan suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere, ağır hapis veya 6 aydan fazla hapis veyahut affa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak.

²³² Karayolları Trafik Kanunu

Tescil Plakasına Göre Tutanak Düzenlenmesi, Madde 116 - (Değişik 1. fıkra: 3692 - 31.10.1990) Trafiki tehlikeye düşürecek, engel olacak şekilde veya yasaklanmış yerlerde park etmiş araçlara veya trafik kural ve yasaklarına aykırı davranışları belirlenmiş bulunan, kara- yolları ağırlık kontrol mahallerinde işaret, ışık, ses veya görevlilerin ikazına rağmen tartı sistemine girmeden seyrine devam eden ve sürücüsü tespit edilemeyen araçlara tescil plakalarına göre ceza veya suç tutanağı düzenlenir.

Para cezasının ödenmesi gerektiği hallerde trafik kaydında araç sahibi olarak görülen kişiye cezayı (Değişik ibare: 5228 - 16.7.2004 / m.59/8-c) "ödemesi için posta yoluyla tebligat yapılır, bu şekilde tebliğ edilemeyen tutanaklar ilgili tahsil dairesinin ilan asmaya mahsus yerinde liste halinde ilan edilir, ilan tarihini takip eden otuzuncu gün tebligat yapılmış sayılır ve bu cezalar 114 ve 115 inci maddelerde belirtilen şekilde takip ve tahsil olunur.

olmadığının tespiti için işlemin sebep unsuru olan tutanağın da göz önüne alınması gerekmektedir²³³.

Trafiğin düzenlenmesi ile ilgili olarak fahri trafik müfettişlerinden başka, Karayolları trafik yönetmeliği 178. maddesi ile okul geçidi görevlileri öngörülmüştür. İlk ve orta dereceli okullarda görev yapan istekli öğretmenler, veliler ve 12 yaşını doldurmuş öğrenciler arasından seçilen bu kişiler, ilk ve orta dereceli okul öğrencilerinin okul önlerinde ve geçitlerinde güvenli şekilde okula giriş ve çıkışlarını sağlamak amacıyla bu yerlerde trafiği sevk ve idare etmeye görevli yetkili kılınmışlardır.. İstekli olan kişilerin arasında seçim yapılırken verilen eğitimden başarılı olma şartı aranmaktadır. Okul geçidi görevlileri öğrencilerin karşıdan karşıya geçişlerini ve okula giriş ve çıkışlarını sağlamak amacıyla taşıt trafiğini durdurma ve verecekleri talimata uymayan sürücüler hakkında trafik kuralını ihlal ettiği gerekçesiyle yetkili makamların gerekli işlemleri yapmasını sağlamak amacıyla trafik kural ihlali tespit tutanağı düzenleme yetkilerine sahiptir. Herhangi bir ücret almayan bu kişiler, görev yaptıkları süre içerisinde Yönetmelikle belirlenmiş olan kıyafetleri giymek ve trafiği düzenlerken kullanmak üzere trafik işaretleri taşımak durumundadırlar.

Gönüllü katılımın öngörülmüş olduğu bir diğer düzenleme Belediye Kanunu'dur. Kanun'un 77. maddesi; sağlık, eğitim, spor, çevre, sosyal hizmet ve yardım, kütüphane, park, trafik ve kültür hizmetleriyle, yaşlı, kadın ve çocuklara yönelik hizmetlerin gerçekleştirilmesinde gönüllülerin katılımına yönelik programların uygulanacağını düzenlemektedir. Esasen bizim konumuzu ilgilendiren kısım kolluk faaliyeti kapsamında yer alan denetime ilişkin hizmetlerde gönüllü

²³³ “...idari ceza kapsamına girmekle birlikte, fahri trafik müfettişince araç tescil plakasına göre düzenlenen ve 2918 sayılı Yasa'nın 116. maddesine göre işlem gören para cezalarına karşı itiraz yolu açık tutulmuş olup, Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten beri bu şekilde verilen idari para cezaları ile ilgili ve sınırlı olarak, tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde yapılacak olan itirazları incelemekle adli yargı yeri görevli kılınmıştır.

Olayda, uyuşmazlığa konu edilen idari para cezasının fahri trafik müfettişince 2918 sayılı Yasa'nın 116. maddesine göre düzenlenmiş bulunması karşısında, bu cezaya karşı yapılan itirazın görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunmaktadır.

Kaldı ki, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren, 30.3.2005 gün ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun belirlediği ilke ve esaslara uyan diğer kanunlardaki idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırımlar ile ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlere karşı yapılacak itirazlarda, sulh ceza mahkemesi genel görevli kılınmıştır.” UYM Hukuk Bölümü E.2006/79, K.2006/108, T.10.07.2006, Kazancı İçtihat Bankası.

kişilerin katılımına yönelik düzenlemelerdir. Bu konuda, Belediye Zabıta Yönetmeliği 49. maddesi ile zabıta teşkilatı kurulmamış veya kurulmuş olmakla birlikte zabıta hizmetlerinin desteklenmesine ihtiyaç duyulan yerlerde belediyelerin gönüllü zabıta teşkilleri kurulmasını teşvik edeceği düzenlenmiştir. Bu kişiler, gönüllü katılımın usul ve esaslarını düzenlemek üzere çıkarılmış olan İl Özel İdaresi ve Belediye Hizmetlerine Gönüllü Katılım Yönetmeliği hükümlerine göre görev yapacaklardır. Söz konusu yönetmelik ile görevlerini yerine getirmek hususunda hangi yetkilere sahip olduklarına ilişkin olarak bir açıklık bulunmamakla birlikte gönüllülere gerektiğinde eğitim verileceği ve gerekli kıyafet, araç gereç ve mekanın sağlanacağı öngörülmüştür. Uygulamada belediyeler yönetmelikte öngörüldüğü üzere gönüllü zabıtalara ilişkin esasları düzenlemek amacıyla yönerge çıkarma yoluna gitmektedirler²³⁴. Belirtilen düzenlemeler de göz önüne alınarak denilebilir ki, gönüllü zabıtalara karşılaştıkları ihlalleri tutanak tutmak suretiyle belediye zabıtasına bildirebilecek ve onlarla birlikte denetime gidebilecektir. Ancak tek başlarına denetim yapamayacakları kabul edilmelidir. Son olarak, Yönetmeliğin 10. maddesinde gönüllülerin katılımı ile yapılan işlerden doğan sorumluluğun idareye ait olduğu düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere mevzuatımız kişilerin kolluk faaliyetine gönüllü olarak katılımına izin veren pek çok yasal düzenleme öngörmekte ve zaman içinde buna ilişkin düzenlemeler de artış göstermektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki gönüllü olarak nitelendirilen bu kişiler ne kamu hukuku kurallarına göre istihdam edilen kamu görevlisi ne de iş sözleşmesi kapsamında görev yapan işçi statüsünde yer almaktadır. Ancak bu kişiler fahri ajan statüsünde yer almaktadırlar.

²³⁴ Örnek vermek gerekirse; Kırklareli Belediyesi Gönüllü Zabıta Yönergesi için bkz: http://www.kirklareli.bel.tr/site/index.php?md=haber_detay&id=824; Amasra Belediyesi Gönüllü Zabıta ve Çevre Denetmenliği Yönergesi için bkz: <http://www.amasra.bel.tr/yonetmelikler/87-goenuellue-zabita-ve-cevre-denetmenl-yoenerges.html>.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN YER ALDIĞI KOLLUK FAALİYETLERİNİN MEVZUAT VE YARGI KARARLARI ÇERÇEVESİNDE, OLAN ve OLMASI GEREKEN HUKUKİ REJİMİ HAKKINDA DÜŞÜNCELER

I. MEVZUATA VE YARGI KARARLARINA GÖRE ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN YER ALDIĞI KOLLUK FAALİYETLERİNİN ORTAK ÖZELLİKLERİ

Çalışmamızın ikinci bölümünde ayrı ayrı değerlendirmiş bulunduğumuz kanuni düzenlemelerde yer alan kolluk faaliyetinin özel hukuk kişilerince yerine getirilebildiği durumlara ilişkin olarak daha genel bir değerlendirme yapılması da gerekmektedir. Birbirinden farklılaşan yönleri bulunmakla birlikte gün geçtikçe artan bir şekilde kolluk faaliyeti alanında özel hukuk kişilerinin yetkilendirilmesine ilişkin kanuni düzenlemeler yapılmakta olduğundan bunlara dair ortak özelliklerin belirlenmesi gerekmektedir. Tespit edilen bu ortak özellikler tabi olacakları genel bir hukuki rejimin oluşturulması açısından da önem arz etmektedir.

Ancak, ortak özelliklerinin tespitinin amaçlandığı bu bölümde kimi zaman farklılıkların daha baskın olabileceği de belirtilmelidir. Bu nedenle, yapılacak değerlendirmelerde önceki bölümde yapılan açıklamaları tekrarlamaktan ziyade mümkün olduğunca bütüne ilişkin bir bakış açısının ortaya konmasına dikkat edilmelidir. Bu kapsamda üzerinde durulması öngörülmüş olan başlıklar; usul ve esasların kanunla belirlenmesi gerekliliği, özel hukuk kişilerince yerine getirilen faaliyetlerden doğacak zararların hangi esasa göre tazmin edileceği, yaptıkları işlemlerin niteliği, kolluk faaliyeti içinde yer alan özel hukuk kişilerinin personel

olarak niteliği, idarenin bunlar üzerindeki denetim yetkisinin kapsamı ve özel hukuk kişileri ile hizmetten yararlananlar arasındaki hukuki ilişki şeklinde olacaktır.

A. Usul Ve Esasların Kanunla Belirlenmiş Bir Temel Gerektirmesi

Özel güvenlik görevlilerinin yetkilendirilmesi ve bu yetkilere ilişkin usul ve esasların belirlenmesinde hangi hukuki araçların kullanılmasının gerektiğini başka bir deyişle bu konuya ilişkin olarak her halde kanunla düzenleme yapılmasının gerekip gerekmediğini değerlendirmek gerekecektir. Bunun içinde öncelikle yürütmenin düzenleme yetkisinin niteliği ve yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin olarak Anayasa’da yer alan hükümler incelenecektir.

Anayasa’nın 8. maddesi ile Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı belirtilmiş olan yürütme yetkisi ve görevinin niteliğine ilişkin olarak öğreti ve yargı kararlarıyla yapılan değerlendirmelere değinmek gerekecektir. Genel kabul gören görüşe göre yürütmenin düzenleme yetkisi türevsel yani ikincil ve tamamlayıcı niteliktedir¹. Bunun yanında Anayasa’nın 7. maddesinde yer almakta olan yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi gereği de kanunla düzenlenmesi öngörölmüş olan bir konunun doğrudan genel düzenleyici işlemlerle düzenlenmesi mümkün olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi yürütmenin düzenleme yapmasına ilişkin ölçüyü şu şekilde ifade etmektedir:

“Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörölen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa’da öngörölen ayırık durumlar dışında, kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda, kanun ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin

¹ Tan, **İdare Hukuku**, s. 67; Bülent Tanör/ Necmi Yüzbaşıoğlu, **Anayasa Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2005, s. 348-355.

düzenlemesine bırakmaması gerekir. Bununla birlikte, kanun koyucu, gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir.”²

Ancak bir konuya dair temel ilkelerin ve sınırların kanunla belirlenmiş olma şartının hangi hallerde sağlanmış olacağı hususu Mahkeme’nin her somut duruma göre yapacağı değerlendirmeye belirlenmektedir³. Bununla birlikte, yürütmenin düzenleme yetkisine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi’nin son yıllarda vermiş olduğu kararlarda daha esnek bir yorum tarzı benimsediği de söylenebilecektir⁴. Mahkeme’ye göre ayrıca,

“Farklı koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğunun bulunduğu alanlarda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağı gibi yürütme organının yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda ve değişen koşullara uyum

² AYM, E. 2012/129, K.2013/40, T.07.03.2013, RG: 18.04.2012/28622.

³ Tan, **İdare Hukuku**, s. 69.

⁴ “Dava dilekçesinde, hiçbir ölçü getirilmeden ve çerçevesi çizilmeden Bakanlar Kuruluna mahallî idarelere ait bir görev olan planlama hizmetlerini Bakanlığa devretme yetkisi verilmesinin, yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu belirtilerek kuralların, Anayasa’nın 7. ve 87. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralların da yer aldığı 644 sayılı KHK’nin 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinde, Çevre ve Şehircilik Bakanlığına, Bakanlar Kurulunca yetkilendirilen alanlar ile mülkiyeti kamuya ait arsa ve araziler üzerinde yapılacak her türlü yapı, milli güvenliğe dair tesisler, askerî yasak bölgeleri, genel sığınak alanları ve özel güvenlik bölgelerine ilişkin etütleri, harita, her tür ve ölçekte çevre düzeni, nazım ve uygulama imar planlarını, parselasyon planlarını ve değişikliklerini resen yapma, yaptırma, onaylama, başvuru tarihinden itibaren iki ay içinde yetkili idarelerce ruhsatlandırma yapılmaması halinde resen ruhsat ve yapı kullanma izni verme görev ve yetkisi verilmiştir.

Anayasa’nın 7. maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir. Öte yandan, Anayasa’nın 87. maddesinde “kanun koyma” yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait bir görev olduğu açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, Anayasa’da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir.

Farklı koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğunun bulunduğu alanlarda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.

Dava konusu kuralları da içeren (ç) bendinde, Bakanlığın, Bakanlar Kurulunca belirlenen alanlarda ne tür yetkiler kullanabileceği açıkça düzenlenmek suretiyle konunun çerçevesi çizilmiştir. Bakanlığın, bu yetkileri kullanılacağı alanların belirlenmesi, idari ve teknik bir mesele olup gelişen koşul ve durumlar dikkate alınarak süratli bir şekilde karar alınabilmesini sağlamak amacıyla bu konudaki yetkinin Bakanlar Kuruluna bırakılması yasama yetkisinin devri anlamına gelmez.” AYM, E. 2011/106, K.2012/192, T.29.11.2012, RG: 02.04.2013/28606 mük.

sağlayabilecek esnekliğe sahip kriterlere uygun olarak, genel nitelikte hukuksal tasarruflarda bulunması, hukuk devletin belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmaz.”⁵

Yürütmenin düzenleme yetkisinin niteliği ve yasama yetkisinin devredilmezliği hususlarına ilişkin olarak yukarıda genel hatlarıyla vermiş olduğumuz değerlendirmeler esas itibarıyla kolluk faaliyetinin yerine getirilmesine ilişkin olarak özel hukuk kişilerine verilecek yetkilerin hangi hukuki araçlarla düzenlenmesi gerektiğini belirlemek açısından önem arz etmektedir. Öncelikle özel hukuk kişilerinin yetkilendirilmesi hususunda kanun koyucu yanında idarenin hangi ölçüde düzenleme yetkisinin olabileceğini belirlemek gerekecektir. Mahkeme kararlarından yola çıkılarak, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde özel kişilerden yararlanılabilmesi için istisnaları olmakla birlikte kanunda açık bir düzenlemenin yer alması gerektiği belirtilmektedir⁶. Özel hukuk kişilerinin kolluk faaliyeti alanında yetkilendirilmesine ilişkin olarak da yargı kararlarında buna paralel bir şekilde kanunla öngörülmüş olma şartının arandığını söyleyebiliriz. Bununla ilgili olarak ilgili kanunla idareye verilmiş olan denetim yetkisinin idarenin genel düzenleyici işlemlerinden olan yönetmelikle özel hukuk kişilerine devredilebileceğinin öngörülmüş olması karşısında Danıştay 13. Dairesi şu şekilde karar vermiştir:

“Yönetmeliğin dava konusu edilen 4. maddesinin (a)bendinde: "Bağımsız yatırım denetim şirketi: Kurumca belirlenecek şartları yerine getiren ve dağıtım şirketlerince yapılan yatırımların fiziki gerçekleştirmelerini denetlemekle görevlendirilecek olan şirketleri" ifade eder denilmiş; 6. maddesinde, yatırım planlarındaki gerçekleştirmelerin izlenmesi ve denetlenmesi konusu düzenlenerek, denetim şirketlerince yapılacak denetimin usul ve esasları belirtilmiştir. (...)

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 2. maddesinin (c)bendinde: "... Özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım planlaması ve uygulamasında onay, değişiklik ve denetim Kurula aittir. ..." hükmü yer almış, anılan Kanunun 4. ve 5. maddelerinde Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ve Kurulunun görev ve yetkileri sayma suretiyle belirlenmiştir.

Görüldüğü gibi, ilgili mevzuat uyarınca özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım planlaması ve uygulamasında onay, değişiklik ve denetim yetkisi Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'na verilmiş, ayrıca

⁵ AYM, E.2012/65, K.2012/128, T.20.09.2012, RG: 18.04.2013/28622.

⁶ Tan, **İdare Hukuku**, s. 365. Dan 1.D, E.1995/194, K.1995/197, T. 29.09.1995.

Kanun'da bu denetim yetkisinin devredilebileceğine ilişkin herhangi bir kural öngörülmemiştir.

Bu durumda, aslı ve sürekli kamu hizmeti niteliği taşıyan denetim yetkisinin düzenleyici işlemlerle özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesi söz konusu olamayacağından, elektrik piyasasında dağıtım şirketlerinin yatırımlarının gerçekleştirmelerinin denetlenmesi yetkisinin bağımsız yatırım denetim şirketlerine devrini öngören düzenlemede hukuka uygunluk bulunmamaktadır.”⁷

Danıştay kararında yapılan değerlendirme de göz önüne alındığında özel hukuk kişilerine kolluk faaliyetine ilişkin olarak bir yetkinin tanınabilmesi ancak kanunla yapılacak bir düzenlemeyle mümkün olacaktır. Mahkeme kararında denetim yetkisinin asli ve sürekli idari faaliyet niteliği taşımasından yola çıkarak bunun düzenleyici işlemle özel hukuk tüzel kişilerine devredilemeyeceğine karar vermiştir. Ayrıca belirtilmelidir ki, yönetmelikle yapılan bu düzenlemeyi ve buna ilişkin olarak verilen kararı anayasal temelde değerlendirecek olursak; Anayasa'nın 7. maddesi ile öngörülmüş olan yürütmenin düzenleme yetkisinin ikincilliği ile 123. maddesinde öngörülen idarenin kanuniliği ilkelerini göz önüne almak gerekecektir.

Bu başlık altında değerlendirilmesi gereken başka bir husus ise kanunla yetkilendirilmiş özel hukuk kişinin yetkilerine ilişkin usul ve esasların da kanunla düzenlenmesinin gerekip gerekmediğidir. Mahkeme kararlarıyla yapılan değerlendirmelerden yola çıkılarak denilebilir ki, özel hukuk kişisine verilen yetkilere ilişkin temel ilkelerin de kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Bununla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi yakın zamanda Elektrik Piyasası Kanunu'nda yer alan, aslen DSİ'nin yetkileri arasında yer alan suyla ilgili yapıların projeye ve fenni icaplara uygun bir şekilde yapılıp yapılmadığının incelenmesi ve denetiminin yetkilendirilecek denetim şirketlerine de yaptırılabilmesi ve denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların DSİ tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğine ilişkin hükmün iptali istemiyle açılan davada vermiş olduğu karara değinmek gerekecektir:

“Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak

⁷ Dan, 13.D, E.2007/4056, K.2009/5656, T. 22.5.2009, Kazancı İçtihat Bankası.

tanımlanan kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idarenin kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır.

Elektrik enerjisi üretmek için yapılacak olan üretim tesislerinin su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının incelenmesi ve denetlenmesi işlemlerinin kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. Nitekim itiraz konusu kuralda bu inceleme ve denetlemenin DSİ tarafından yapılacağı veya gerektiğinde DSİ tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılabilceği belirtilmiştir.

Denetim şirketlerine yaptırılacak denetimde, bu şirketlerin yetkilerinin sınırları, söz konusu denetim sonuçlarının DSİ yönünden bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı ve bu aşamada DSİ'nin denetim yetkisinin ayrıca devam edip etmediği, inceleme ve denetimlerde denetlenen şirket ile denetleyen şirketin yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmedeğinin ya da usulsüzlük yapıldığının tespiti halinde uygulanacak yaptırım ve sonuçları, denetimin tekrarlanabilirliği hususlarında dava konusu kuralda bir açıklık bulunmamakta, denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların bakanlıkların görüşü alınmak kaydıyla DSİ tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğinin belirtilmesi ile yetinilmektedir.

Denetim şirketlerinin yetkileri ve nitelikleri ile bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkeler belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturur. (...)

Denetim şirketlerince yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkelerin belirlenmemesi, itiraz konusu kuralın belirsizliğine de yol açmakta ve bu belirsizlik, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturduğu gibi dava konusu kural yönünden Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini öngören Anayasa'nın 128. maddesi yönünden yapılacak denetime de engel oluşturmaktadır.”⁸

⁸ AYM, E.2012/6, K.2012/131, T.27.09.2012, RG: 13.02.2013/28558.

Kararda yer alan karşı oy şu şekildedir; “Nitekim 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Danışmanlık hizmetleri başlıklı 48. maddesinde; “ÇED raporunun hazırlanması, etüt ve proje, harita ve kadastro, plân, imar uygulama, tasarım, teknik şartname hazırlanması, denetim gibi teknik, malî, hukuki veya benzeri alanlarda niteliği itibarıyla kapsamlı ve karmaşık olan, özel uzmanlık ve deneyim gerektiren danışmanlık hizmetlerinin hizmet sunucularından alınabileceği, danışmanlık hizmet ihalelerinin 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacağı, yine 4735 sayılı Kanunun 32. maddesine göre; danışmanlık hizmetlerinde; uygulama yanlışlığı, denetim eksikliği, işlerin yürürlükteki mevzuata uygun olarak yapılması, meslek ahlakına uygun davranılmaması, bilgi ve deneyimin idarenin yararına kullanılmaması ve benzeri nedenlerle meydana gelen zarar ve ziyandan hizmet sunucusunun doğrudan, sorumlu olacağı belirtilmektedir. Görüldüğü üzere

Kararda görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, şirketin yetkilerinin sınırları, denetim sonuçlarının ne ölçüde bağlayıcılık taşıdığı, DSİ'nin şirket üzerindeki denetim yetkisi konularında kanunla bir belirleme yapılmamış olmasını eksiklik olarak nitelemiştir.

Yukarıdaki karara konu kanun hükmüyle paralellik taşımakla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin daha farklı yönde bir değerlendirme yaptığı kararına da değinmek gerekecektir. Elektrik Piyasası Kanunu'nda yapılan değişiklikle Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından yapılan elektrik dağıtım şirketlerinin denetiminin hizmet satın almak suretiyle özel hukuk tüzel kişisi olan şirketlere de yaptırılabilmesi öngörülmüştür. Bu kapsamda düzenlenecek denetim raporları Kuruma bildirilecek ve denetim raporu sonucuna göre gerekli yaptırım ve işlemler Kurul tarafından karara bağlanacaktır. Maddenin devamında ise denetim şirketlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, seçimi, yetkili denetim şirketleri ve denetime tabi şirketlerin hak ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kanun hükmünün iptali istemiyle açılan davada şu şekilde karar vermiştir:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 48. maddesinde, denetim faaliyeti, danışmanlık hizmeti olarak kabul edilmiş ve bu suretle denetim faaliyetinin danışmanlık hizmeti satın alınması yoluyla üçüncü kişilere gördürülmesine olanak tanınmıştır. Anılan Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre, genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihalelerin bu Kanun hükümlerine göre yürütülmesi zorunlu olduğundan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının denetim hizmeti satın alması da anılan Kanun hükümleri uyarınca yerine getirilecektir. Dolayısıyla denetim şirketlerinin niteliklerinin belirlenmesi, seçimi ve yetkilendirilmesinin, 4734 sayılı Kanun'da yer alan hükümler çerçevesinde gerçekleştirileceği anlaşılmaktadır.

denetim şirketlerinin yetkileri, denetimle yetkilendirilmeleri, bunların yapacağı denetimin kapsamı, bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esasları, denetime ilişkin temel ilkeler 4734 ve 4735 sayılı kanunlarında, bu kanunlarda öngörülen idari ve teknik şartnamelerde belirlenmiş ve itiraz konusu kuralda çıkarılması öngörülen yönetmelikle belirlenmesi hedeflenmiştir. DSİ ile denetim şirketleri arasındaki sözleşmelerde bu mevzuat hükümleri yanında diğer mevzuat hükümlerinin de gözetilmesi zorunludur. Bu itibarla DSİ ile denetim şirketleri arasında imzalanacak anlaşmaların yasal çerçevesinin çizilmediğini söylemek de mümkün değildir. Anılan yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net ve anlaşılabilir düzenlemeler olduğu görülmektedir."

Öte yandan, dağıtım şirketlerini denetmekle yetkilendirilecek şirketlerin Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulmuş şirketler olacaklarında kuşku bulunmamaktadır. Ayrıca Bakanlığın bu şirketlerden hizmet satın alması bir özel hukuk sözleşmesiyle olacağından, şirketlerin hak ve yükümlülükleri ile sözleşmeye aykırılık durumunda uygulanacak yaptırımlar, 4734 sayılı Kanun, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca belirlenecektir.

Konunun genel çerçevesi, 4734 sayılı Kanun, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu ile belirlendikten sonra denetim şirketlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, seçimi, yetkili denetim şirketleri ve denetime tabi şirketlerin hak ve yükümlülükleriyle ilgili idari ve teknik ayrıntılara ilişkin usul ve esasların düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılması yasama yetkisinin devri anlamına gelmez.”⁹

Mahkeme yapılacak ihalenin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre yapılacak olması, ayrıca şirketin hak ve yükümlülükleri ile şirket ile Bakanlık arasında yapılacak özel hukuk sözleşmesine aykırılık halinde de Kamu İhale Kanunu, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanacak oluşunu yeterli bularak Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırılık olmadığına hükmetmiştir. Ancak hatırlanacağı üzere Mahkeme, DSİ'nin su yapılarının denetimini özel hukuk kişilerine yaptırmasına ilişkin düzenlemede bu hususları göz önüne almayarak temel ilkelerin belirlenmemiş olması nedeniyle aykırılık olduğu yönünde karar vermiş idi. İki düzenleme arasındaki tek fark ise elektrik dağıtımı yapacak olan şirketlerinin denetimi yapacak olan şirketin buna ilişkin olarak bir rapor hazırlayacağı ve yetkili idarenin bu rapor doğrultusunda gerekli işlemleri yapacak oluşunun belirtilmiş olmasıdır. Şirketin yaptığı denetim sonucu hazırlayacağı raporu yetkili idareye sunacak oluşu da bu denetimin hazırlık işlemi olduğunu vurgular niteliktedir. Öte yandan DSİ'nin yetkilendirdiği şirketin sahip olduğu denetim yetkisi açısından bu şekilde bir düzenleme yapılmamış, yetkinin hazırlık işlemi kapsamında kalıp kalmadığı belirlenmemiştir. Ancak her iki düzenlemede de Kamu İhale Kanunu, Borçlar ve Ticaret Kanunu hükümleri uygulanabilecekken bu kanunlarda yer alan düzenlemelere ilişkin olarak farklı yaklaşımlarda bulunulmuştur ve bu da kararlar arasında çelişki olduğunu düşündürmektedir.

⁹ AYM, E.2012/102, K.2012/107, T.27.12.2012, RG: 02.04.2013/28606, mük.

Yine de her iki karar da göz önüne alınarak denilebilir ki, kolluk faaliyetinin yerine getirilmesinde kendilerine yetki verilmiş olan özel hukuk kişilerinin bu yetkilerine ilişkin temel ilkelerin kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Buna karşılık idari ve teknik ayrıntılara ilişkin usul ve esaslar genel düzenleyici işlemlerle belirlenebilecektir. Temel ilkelerin neler olduğu konusunda ise özel hukuk kişinin sahip olduğu yetkilere göre bir ayırım yapmak gerekecektir. Çünkü özel hukuk kişilerinin sahip oldukları kimi yetkiler yapı denetimi veya araç muayenesinde olduğu gibi daha ziyade teknik bir boyut taşımaktayken; kimisi de, özel güvenlik görevlilerinin arama yapma yetkisinde olduğu gibi temel hak ve özgürlüklerle yakından ilgilidir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan yetkilerin mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Fakat yürürlükte olan düzenlemeler göz önüne alındığında bilhassa özel güvenlik görevlilerinin kanunda öngörülen temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan kimi yetkilerinin düzenleyici işlemlerle genişletildiği görülmektedir.

B. İdarenin Sorumluluğunun Asliliği

Kolluk faaliyeti kapsamında özel hukuk kişilerinin yerine getirdiği faaliyetler dolayısıyla, bu faaliyette bizzat görevli olanların, hizmetten yararlananların ve üçüncü kişilerin uğradıkları zararlar söz konusu olabilecektir. Bu zararların tazmini hususunda kimin hangi esaslara göre sorumlu olacağının belirlenmesi gerekmektedir.

İdari faaliyetler arasında yer alan kolluk faaliyetinin idarece yerine getirilmesinde ortaya çıkacak olan zararlar nedeniyle idari sorumluluk kuralları çerçevesinde idareye başvurulması gerekmektedir. Anayasa'nın 125. maddesi gereği idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. Ancak, idari sorumluluk özel hukuktaki sorumluluk kurallarından farklı olarak kendine özgü kurallara sahiptir. Bu farklılık ise, burada özel hukuk alanında olduğu gibi eşit kişilerin ve menfaatlerin değil, kamu gücü ve yararı ile özel hukuk kişilerinin çıkarlarının bağdaştırılması gerekliliğinin olması ile açıklanmaktadır¹⁰. Anayasada yer alan düzenleme de özel hukukta yer almayan kamu gücünün sorumluluğunu

¹⁰ Lütfi Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Ankara, TODAİE Yay, 1974, s.10.

ilkesini ortaya koymaktadır¹¹. Bu farklılık nedeniyle kolluk faaliyeti kapsamında özel hukuk kişilerinin yerine getirdiği hizmetlerden kaynaklanan zararların tazmininde hangi sorumluluk esasına dayanılacağı belirlenmesi gerekmektedir. Ortaya çıkan zararlardan idarenin sorumluluğunun doğabilmesi için zarara neden olan davranışın idare tarafından ya da idare adına yapılmış olması şartı aranmaktadır¹². Buna karşılık, idari bir faaliyetin özel hukuk kişilerince yerine getirilmesi halinde idarenin sorumluluğu yoluna gidilip gidilmeyeceği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, kamu hizmetinin imtiyaz yolu ile özel hukuk kişilerince yürütülmesi halinde özel hukuk kişinin verdiği zararın kural olarak idareye bağlanamayacak, ancak imtiyaz sahibinin aczi halinde idare sorumlu tutulabilecektir¹³. Dahası kamu hizmetinin imtiyaz sözleşmesi ile özel hukuk kişilerine gördürülmesi halinde üçüncü kişilerin hizmetin yerine getirilmesi sırasında uğradıkları zararlardan ötürü imtiyazlı şirketi hasım göstererek idari yargıda dava açabilecekleri belirtilmektedir¹⁴. Bu görüşün özel hukuk kişilerince yerine getirilen tüm faaliyetler için söz konusu olabileceği düşünülebilir.

Buna karşılık başka bir görüşe göre ise, imtiyazlı şirket kamu hizmetini yürüttüğü, yüklenici konumundaki müteahhit ise idarenin ajanı sıfatıyla hareket ettiği için verecekleri zararlardan ötürü idarenin sorumluluğu yoluna gidilebilecektir. Aslında bu durumda idarenin yapacağı hizmeti onun adına müteahhit yürüttüğü için idarenin sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁵. Bu görüş doğrultusunda, özel hukuk kişisince yerine getirilen hizmetin iyi işlememesi idarenin gözetim ve denetim görevini gereği gibi yerine getirmediğini ortaya koymaktadır ve bu nedenle idare hizmetin asli sahibi olarak sorumlu olmaya devam edecektir¹⁶.

Danıştay’a göre de “*idarenin yapmak zorunda olduğu kamu hizmetini özel ve tüzel kişilere yaptırması ve zararın bu hizmetin yürütümü sırasında meydana gelmesi*

¹¹ Lütfi Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, s. 12.

¹² Gözübüyük/ Tan, **İdare Hukuku**, C. I, (Genel Esaslar), s. 891.

¹³ Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargısı**, 26. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 316.

¹⁴ Gözübüyük/ Tan, **İdare Hukuku**, C. I, (Genel Esaslar) s. 744’ten naklen: Dan, DDDK, E.976/456, K. 977/254, T. 13.05.1977.

¹⁵ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 356.

¹⁶ Günday, **İdare Hukuku**, s. 352.

yürütülen hizmetin kamu hizmeti niteliğini değiştirmeyecek idarenin tazmin sorumluluğunu” ortadan kaldırmayacaktır¹⁷.

Buna karşılık Yargıtay, idare ile kamu hizmetini yerine getiren özel hukuk kişisi arasındaki ilişkinin özel hukuk hükümlerine tabi olması halinde zararın tazmini amacıyla idare aleyhine açılacak davanın adli yargıda görülmesi gerektiğine hükmetmektedir:

“Kamu hizmeti vermekle yükümlü olan davalı belediyenin, kamu hizmetini doğrudan kendisinin verdiği sırada, hizmet kusurundan dolayı açılan davaların idari Yargılama Usulü Hakkındaki Kanunu'nun 2.maddesi hükmü uyarınca tam vargı davası olarak idari yargı yerinde açılması gerekir. Ancak davalı belediyenin kamu hizmetini "bizzat kendisinin yapmadığı" özel hukuk ilişkisine girdiği diğer davalı yüklenici şirkete özel hukuk sözleşmesi ile yaptırdığı durumda ise, bu sözleşmenin yerine getirilmesi sırasında sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilere verilen zararların giderilmesi amacıyla açılan davaların adli yargıda görülmesi gerekir.”¹⁸.

Esasen idarenin faaliyetlerinden dolayı meydana gelen zararlardan ötürü her durumda idari yargıda dava açılmamaktadır. Doğrudan idare tarafından yerine getiriliyor olsa dahi endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi nedeniyle bu hizmetlerden yararlananların zarar görmesi halinde de adli yargıda dava açılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁹. Bu tür kamu hizmetlerinde hizmetten yararlananlar ile hizmeti sunanlar arasında özel hukuk hükümlerine tabi abonman sözleşmesi yapılmakta ve bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar da adli yargıda dava konusu edilmektedir²⁰.

¹⁷ Dan 10.D., E.2002/7475, K.2003/5193, T.16.12.2003, Kazancı İçtihat Bankası.

¹⁸ Yarg. 7. HD, E.2010/2718, K.2010/5273, T.28.09.2010, Kazancı İçtihat Bankası.

¹⁹ Gözübüyük/ Tan, **İdare Hukuku**, C. I, (Genel Esaslar), s. 565.

²⁰ *Kamu hizmeti vermekle yükümlü olan davalı belediyenin, kamu hizmetini "doğrudan kendisinin verdiği" sırada, hizmet kusurundan dolayı açılan davaların İdari Yargılama Usulü Hakkındaki Kanun'un 2. maddesi hükmü uyarınca tam yargı davası olarak idari yargı yerinde açılması gerekir. Ancak davalı belediyenin kamu hizmetini "bizzat kendisinin yapmadığı" özel hukuk ilişkisine girdiği diğer davalı yüklenici şirkete özel hukuk sözleşmesi ile yaptırdığı durumda ise, bu sözleşmenin yerine getirilmesi sırasında sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilere verilen zararların giderilmesi amacıyla açılan davaların adli yargıda görülmesi gerekir. (...)*

Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu'nun 18. maddesi hükmünde, kendi kuruluş kanunları gereğince hususi hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, vilayet, belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulan teşekkül ve müesseselerin dahi tacir sayılacakları belirtilmiş, aynı kanunun 12/11. maddesi hükmünde de; su, gaz, elektrik dağıtım,

Kamu hizmetlerinin ya da kolluk faaliyetinin özel kişilerce yerine getirilmesi halinde hizmetin asli sahibi konumunda olan idarenin bu kişiler üzerinde denetim ve gözetim yetkisi söz konusu olmaktadır. Bu yetki kolluk denetimini aşar şekilde faaliyetin işleyişine ilişkin içten bir denetimi ifade etmektedir ve kamu hizmetinin ilkelerine uygun bir şekilde yerine getirilmesine yöneliktir²¹. Bu durumda idare gözetim ve denetim yetkisini gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkacak zararlardan sorumlu olacaktır. Danıştay kararlarında da bu yaklaşımı görmek mümkündür:

“Davalı idarenin işi bizzat yapmayıp imtiyazı bir şirket veya şahsa ihale veya emanet usulü ile gördürmesi, hizmetin kamu hizmeti niteliğini ve davalı idarenin yakın gözetim ve denetim görevini ortadan kaldırmaz.

Bu itibarla incelenen dava dosyası münderecatından binanın yıktırılması sırasında cami duvarının yıkılmaması için, müteahhit tarafından, gerekli tedbirlerin alınmadığı, davalı idarenin de yakın gözetim ve denetim görevinin iyi işlemediği, bu suretle hizmetin kötü ifa edildiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere, hizmet kötü ifa edildiğine göre davalı idarenin hizmet kusurunun mevcudiyeti açıktır.”²²

Sonuç olarak, idarenin aslen kendisinin yerine getirmesi gereken faaliyet ve işleri özel hukuk kişileri aracılığıyla yerine getirmesi halinde de hizmetin asli sahibi olmaya devam etmekte ve bununla bağlantılı olarak özel hukuk kişileri üzerinde gözetim ve denetim yetkisine sahip olmaktadır. Faaliyet ile idare arasındaki ilişki

telefon, radyo ile haberleşme ve yayın yapma gibi işlerle uğraşan müesseselerin ticarethane sayılacakları hükme bağlanmıştır.

Somut olaya gelince, davalı İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin kamu hizmetini özel hukuk ilişkisine girdiği diğer davalı yüklenici şirkete özel hukuk sözleşmesi ile yaptırdığı görülmektedir. İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne bağlı, müstakil bütçeli, kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluş olarak kanunla kurulmuş olan davalı İSKİ ve İETT Genel Müdürlüklerinin, özel hukuk hükümlerine göre idare edilen bir kamu kuruluşları oldukları, tacir sayıldıkları ve faaliyetlerini özel hukuk hükümlerine göre yürüttükleri, bu nedenle anılan davalılar aleyhine açılacak davaların adli yargı yerinde görülmesi gerektiği kuşkusuzdur. Verilen hizmetin kamu hizmeti olması bu olguyu değiştirecek bir neden değildir.” Yarg, 7. HD, E.2011/1520, K.2011/4217, T.21.06.2011, Kazancı İçtihat Bankası.

²¹ Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, s. 150.

²² Kazım Yenice/Yüksel Esin, **Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü**, Ankara, 1983, s. 120'den naklen: Dan, 6.D, K.1970/713, T.18.03.1970.

devam etmekte ve özel hukuk kişisi de bu faaliyeti idare adına yerine getirmektedir²³. Bu çerçevede özel hukuk kişinin yapmakta olduğu faaliyet dolayısıyla vereceği zararlardan ötürü idarenin sorumluluğu yoluna gidileceği kural olarak kabul edilmelidir.

Buna karşılık sorumlulukla ilgili olarak zarar görenler açısından bir tasnif yaparak idarenin sorumluluğunun devam edip etmeyeceğini ayrı ayrı değerlendirmek gerekecektir. Öncelikle hizmeti yürüten kişilerin zarar görmesi kimin hangi esasa göre sorumlu olacağının belirlenmesi gerekecektir. Bu durumda bu kişilerin kime, hangi hukuki ilişki çerçevesinde hizmet sunmakta olduğuna göre farklı değerlendirmeler yapılması söz konusu olacaktır. Örneğin, kolluk faaliyetinin yerine getirilmesinde görev alan kişiler kimi zaman idare ile kurulan hukuki ilişki çerçevesinde idare bünyesinde yer almaktadırlar. Bunlara geçici ve gönüllü köy korucuları ile kamu kurum ve kuruluşları bünyesinde kurulun özel güvenlik birimleri örnek olarak gösterilebilecektir. Bunlardan geçici ve gönüllü köy korucularının uğrayacakları zararlara ilişkin olarak daha önce de belirtildiği üzere Köy Kanunu'ndaki düzenleme gereğince 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun uygulanacaktır. İdare tarafından istihdam edilen özel güvenlik görevlilerinin uğradıkları zararlar ise aralarındaki iş sözleşmesinin tabi olduğu kanuni düzenlemeler kapsamında tazmin edilecektir. Buna karşılık idare hizmet alımı yöntemine de başvurabilmektedir. Bu durumda idare özel güvenlik ve zabıta örneklerinde olduğu gibi hizmeti şirketler aracılığıyla sağlamak ve şirketin elemanlarını doğrudan kendisi istihdam etmemektedir. Ancak yine de idarenin asıl işveren sıfatıyla işçi niteliğinde olan şirket elemanlarının uğrayacakları zararlar dolayısıyla şirketle birlikte sorumlu olduklarının kabulü gerekecektir²⁴. Son olarak,

²³ Melikşah Yasin, “Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, 2007, s. 254.

²⁴ 4857 sayılı İş Kanunu

Madde 2- Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.

belirtilmelidir ki, kolluk faaliyetinin yerine getirilmesine görevleri olmadığı halde gönüllü olarak katılanların uğradıkları zararlar karşısında da idarenin sorumluluğuna gidileceği ve hizmet kusuruna dayanılması gerektiği Danıştay tarafından kabul edilmektedir²⁵.

Bunların yanında kolluk kapsamında yetkilendirilmiş olmakla birlikte serbest faaliyet yerine getirmekte olan kişi ya da kurumların uğrayacakları zararlardan ötürü idarenin sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Bu kişiler kamusal bazı yetkilere sahip olmakla birlikte özel hukuk hükümleri kapsamında kendi nam ve hesaplarına iş görmektedirler, idareye organik olarak bir bağlılıkları bulunmamaktadır. Yeminli mali müşavirler, yapı denetim şirketleri ya da araç muayene istasyonları buna örnek olarak gösterilebilecektir.

İkinci olarak hizmetten yararlananların ile üçüncü kişilerin zarar görmesi halinde idarenin ne ölçüde sorumlu olacağının belirlenmesi gerekecektir. Kamu görevlisi olmamakla birlikte idarenin doğrudan ya da şirketler aracılığıyla istihdam ettiği kişilerin yerine getirdikleri görev dolayısıyla zarar gören kişiler bu zararların tazmini için idarenin sorumluluğu yoluna gidebilecektir. Çünkü bu kişiler idare adına hareket etmektedirler. Ancak bunlar dışındaki özel hukuk kişilerinin görevlerini yerine getirirken verecekleri zarardan ötürü idare ancak gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmediği hallerde sorumlu olacaktır. Buna ilişkin Danıştay kararı da şu şekildedir:

“Uyuşmazlığın davalı idarelerin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı yönünden incelemeye gelince, uyuşmazlık konusu yapı için 1993 yılında zemin+4 normal kat için dönemin yetkili idaresi olan Diyarbakır Belediye Başkanlığı tarafından inşaat ruhsatı verildiği, ancak on yılı geçkin bir süre boyunca her hangi bir kontrol veya denetim yapılmadığı ve 2006 yılında yıkım tehlikesi altında bulunduğu anlaşıldığı üzerine binanın tahliyesi yolunda işlem tesis edilmiş ise de, sözü edilen yapının ruhsata aykırı olarak 4 kat yerine 8 kat ve fenn ve inşaat tekniklerine aykırı yapıldığı, davalı idarelerin uzunca bir süre denetim yükümlülüklerini yerine getirmediği, böylece hizmetin geç işlemesi nedeniyle zararın doğmasına sebep oldukları tartışılmazdı. Diğer taraftan, gerek yapıyı yapanın ruhsata, fenne ve inşaat tekniklerine aykırı bina yapması ve fenni mesulün de gerekli gözetimi yaparak durumu yetkili idareye bildirmemesi ve davacının da bu tür bir yapıyı

²⁵ Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, C. I, (Genel Esaslar), s. 887.

satın alması nedenleriyle kusurlarıyla zararın doğmasında etkin oldukları da kuşkusuzdur. Sonuç olarak birden fazla tarafın ihmal ve kusurlarıyla zararın doğmasına sebep olduğu açık olduğuna göre İdare Mahkemesince, gerekirse yerinde keşif ve bilirkişi veya dosya üzerinden bilirkişi incelemesi yaptırılarak, gerek tarafların gerek üçüncü kişilerin zararın oluşumundaki kusur oranları belirlenmek suretiyle uyuşmazlık hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.”²⁶

Danıştay kararı incelendiğinde zarardan ötürü idarenin asli sorumlu konumunda olmadığı görülmektedir. Çünkü kolluk yetkisini kullanmakta olan fenni mesulün sorumluluğu ile gözetim ve denetim yapmakla yükümlü olan idarenin sorumlulukları ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Başka bir deyişle idare, fenni mesulün görevini gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmamıştır. Bu ise bölümün başında açıklamış olduğumuz idarenin hizmetin asli sahibi olarak doğacak zararlardan sorumlu olacağı görüşü ile tam olarak örtüşmemektedir.

C. Özel Hukuk Kişilerinin İdare Adına ve İdari Açidan Kesin İşlem Tesis Edememesi

Özel hukuk kişileri kolluk faaliyeti kapsamında kendilerine tanınmış olan yetkileri yerine getirirken birtakım işlemler tesis etmektedirler. Bu kişilerin yapmış olduğu işlemlerin niteliğinin belirlenmesi kolluk faaliyetinin yerine getirilmesinde ne ölçüde yetkili olduklarının başka bir ifadeyle kamu gücünü kullanıp kullanamadıklarının saptanmasında da önem taşımaktadır. Özel hukuk kişilerinin işlemlerinin bir kısmı hazırlık işlemi niteliğindeyken bir kısmı ise üçüncü kişilerin hukuki durumunda değişiklik yapabilecek şekilde icraidir. Bu nedenle bu işlemler ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

1. Hazırlık İşlemi İşlevinde Olanlar

Özel hukuk kişilerinin yapmakta oldukları işlemlerin bir kısmı doğrudan üçüncü kişilerin hukuki durumunda bir değişiklik yapmamakla birlikte idarenin yapacağı işlemin sebep unsurunu ve hazırlık safhasını oluşturmaktadır. Hazırlık işlemleri kesin ve nihai işlem olan idari-icrai işlemi ortaya çıkarmak amacıyla

²⁶ Dan, 6.D, E.2008/10988, K.2010/9590, T.19.10.2010, Kazancı İçtihat Bankası.

yapılan ve üçüncü kişilerin hukuksal durumları üzerinde tek başına bir sonuç doğurmayan işlemler olarak tanımlanmaktadır²⁷. Hazırlık işlemlerinin idari işlemin oluşturulması safhasını oluşturmak yanında ayrı bir süreç olan inceleme prosedürünün de bir parçasını oluşturduğu belirtilmektedir²⁸. Fahri trafik müfettişlerince trafik denetimlerinde tutulan tutanaklar, araç muayene istasyonlarının yaptığı kontroller veya idarece denetimin hizmet satın almak suretiyle şirketlere yaptırılması buna örnek teşkil eden durumlar olarak değerlendirilebilecektir. Bu hallerde özel hukuk kişisi yaptığı denetimin sonucunu idareye bildirmekte ve idare bunu da esas alarak icrai nitelikte bir idari işlem tesis etmektedir.

Anayasa Mahkemesi de özel hukuk kişilerince yapılan ve hazırlık işlemi niteliği taşıyan denetim yetkisini şu şekilde değerlendirmektedir:

“Genel olarak kurum ve kuruluşların işlemlerinin ve bu işlemleri yapanların veya iktisadi faaliyet ve olaylarla ilgili olarak ileri sürülen iddiaların önceden belirlenmiş standartlara, ölçütlere ve kurallara uygun olup olmadığını tarafsızca kanıt toplayarak araştıran, değerlendiren ve ilgililere raporlayan sistematik bir süreç olarak tanımlanan denetim faaliyeti, başlı başına icrai sonuç doğuran bir işlem veya karar niteliğinde değildir. Denetim sonucu düzenlenen raporlar idari işlem kuramı uyarınca hazırlık işlemi niteliğinde olup bu raporların hazırlanması, denetlenen kişinin hukukunda değişiklik yaratmamaktadır. Asıl icrai işlem, denetim sonucunda yetkili makamlarca alınan cezai ve idari kararlar ile başvuru diğer hukuki tedbirlerdir. İcrai kararları almakla yetkili idari makam, hazırlık işlemi niteliğindeki denetim raporundaki tespit ve değerlendirmelerle bağlı değildir. Bu nedenle kural olarak denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi Anayasa’ya aykırı olmaz.

Dava konusu kuralla, Bakanlığın, elektrik dağıtım şirketlerinin her türlü denetimini yetkilendireceği denetim şirketlerine, hizmet satın almak suretiyle yaptırmasına olanak tanınmakla birlikte bu kapsamda düzenlenecek denetim raporlarının EPDK’ya bildirilmesi ve denetim raporu dikkate alınarak gerekli yaptırım ve işlemlerin Kurul tarafından karara bağlanması öngörülmüştür. Denetim sonucu Kanun’da öngörülen hukuki, cezai ve idari tedbirleri uygulama yetkisi EPDK’da kalmaya devam ettiğinden, teknik destek sağlamaktan ibaret, hazırlık işlemi niteliğinde bir görev olduğu anlaşılan dağıtım şirketlerinin

²⁷ Celal Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990, s. 139.

²⁸ Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, s. 139.

denetlenmesi görevinin memur ve diğer kamu görevlisi niteliğinde olmayan üçüncü kişilere gördürülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.”²⁹

Kararda da görüldüğü üzere Mahkeme, idarenin özel hukuk kişisince yapılan denetim sonucu ile bağlı olmayışı ve nihai işlemin yapma yetkisine sahip olması karşısında düzenlemeyi hukuka uygun bulmuştur. Kararda ayrıca denetimi yapan özel hukuk kişinin tarafsızlığı üzerinde durulmuştur. Bu durumda aslında denetimin idare ve denetlenen kişiden bağımsız olarak bir üçüncü kişi tarafından yapılarak tarafsız olması sağlanmaktadır.

Bunlara karşılık, özel hukuk kişinin yaptığı işlemler hazırlık işlemi niteliğinde olmakla birlikte idarenin tesis edeceği işlemin de esasını oluşturmaktadır. Hukuksal düzenlemelerde de özel hukuk kişinin yapmış olduğu işlemin denetiminin ne şekilde yapılacağına dair bir açıklık bulunmamaktadır. İdare özel hukuk kişinin yapmış olduğu işlemle bağlı olmamakla birlikte özellikle trafik ihlalleri gibi geçmişte olup bitmiş durumlara ilişkin olarak yeni bir denetimin zorluğu ortadadır. Bir itiraz ya da açık hukuka aykırılık olmadığı sürece de idare özel hukuk kişinin işleminin hukuka uygun olduğu önkabulüyle bu doğrultuda işlem tesis edebilecektir. Buna karşılık, menfaatleri etkilenen kişiler idareye veya yargıya başvurarak nihai işlemle birlikte hazırlık işlemlerinin de iptalini talep edebileceklerdir.

İkinci bölümde de belirtildiği üzere özel hukuk kişilerine hazırlık işlemi tesis etme yetkisi veren pek çok düzenleme bulunmakta ve bunlar hukuka uygun kabul edilmektedir. Başka bir ifadeyle özel hukuk kişilerinin bu yetkileri Anayasa'nın 128. Maddesinde yer alan genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir hizmetler kapsamında değerlendirilmemektedir. Bunun sonucunda da özel hukuk kişisi idare adına, idari açıdan kesin ve icrai nitelikte bir işlem tesis etme yetkisine sahip olmamaktadır.

²⁹ AYM., E.2012/102, K.2012/207, T.27.12.2012, RG: 02.04.2012/28606, mük.

2. İcrai Görünümde Olanlar

Özel hukuk kişilerinin hazırlık işleminin ötesinde hukuk düzeninde değişiklik meydana getirecek nitelikte bir takım işlemleri de söz konusu olabilecektir. Bunların idari bir karaktere sahip olup olmadıklarını belirlemek için ise öncelikle idari işleme ilişkin kısa bir açıklama yapmak gerekecektir. İdari işlem, idari organ ve makamların kamu gücü faaliyeti sonucunda oluşan ve yöneldikleri kişilerin iradelerinden bağımsız olarak hukuki değer ifade etmekte olan irade açıklamaları şeklinde tanımlanabilir³⁰. İdari işlemler, idare işlevine yöneliktirler³¹ ve dolayısıyla idari faaliyetlerin yerine getirilmesinde söz konusu olmaktadır. Ayrıca idari işlemler açısından; tek yanlılık, kamu yararı amacına yönelik olma ile icrailik özellikleri söz konusudur³². Bunun yanında iptal edilinceye kadar hukuka uygun varsayılmaları sonucunu doğuran hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadırlar. Belirtilmelidir ki, istisnai olarak özel hukuk kişilerinin de idari işlem yapabileceği kabul edilmektedir³³.

Özel güvenlik görevlilerinin sahip olduğu arama, yakalama gibi yetkiler, Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu'nun düzenlediği belgeler, yeminli mali müşavirlerin tasdik yetkisi hukuk düzeninde değişiklik yaratan işlemlere örnek olarak gösterilebilecektir. Ancak bunların idare adına yapılan kamu gücünün kullanılması sonucu oluşan birer idari işlem olup olmadığının belirlenmesi gerekecektir. İdarenin bu işlemlerin hukuka uygunluğunu kontrol etme ve gerektiğinde yeniden tesis edilmesini sağlama yetkileri elbette mevcuttur. Ancak idare bu şekilde bir müdahalede bulunmadığı sürece bu işlemler hukuki sonuç

³⁰ Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, s. 14. Özay, **Günlükte Yönetim**, s. 418.

³¹ Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, s. 11.

³² Tan, **İdare Hukuku**, s. 227.

³³ “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.

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 itibarıyla kamusal alana taşmakta; lojman tahsisi konusunda Vakıf Konut Talimatında belirtilen yetkili komisyonlarca tesis edilen işlemler diyanet hizmetiyle birlikte yürüten ve ona bitişik idari nitelik taşımaktadırlar.” Dan 5.D., E.2000/624, K.2003/1085, T.01.04.2003, Kazancı İçtihat Bankası.

doğurmaya devam edeceklerdir. Öncelikle özel güvenlik görevlileri açısından bir değerlendirme yapacak olursak, sahip oldukları arama, yakalama, zor kullanma gibi yetkiler şüphesiz icrai niteliktedir. Ancak özel güvenlik görevlilerinin tesis ettiği işlemler üçüncü kişiler açısından sürekli olarak bir hak ya da borç doğuracak nitelikte değildir. Kamu düzenini bozan ya da tehlikeye düşüren bir durum olduğunda da asıl yetkili olan genel kolluk olaya müdahale edinceye kadar gereken önlemleri almakla yükümlüdürler.

Bunun yanında; yeminli mali müşavirlerin tasdik yetkisi, Tübing Kurumu'nun uluslararası belgeleri verme yetkisi, yapı denetim kuruluşlarının gerçekleştirdiği denetimler sonucu hazırlamış olduğu raporlar gibi örneklerin de idari işlem niteliğinde olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu kişilerin tesis etmiş olduğu işlemler esasen idarenin görev alanı içindedir ve kamu hukuku alanında sonuç doğurmaktadır. Bu kişilerin işlemleri idarece denetlenmekle birlikte idare tarafından kaldırılmadıkça hukuka uygun sayılmakta ve hukuki sonuç doğurmaktadırlar ve bu yönleriyle icraidirler. Buna karşılık, özel hukuk kişileri, işlemlerinin hukuka aykırı olması halinde idare karşısında, hizmet sundukları kişi ile birlikte sorumlu olmaktadır. Bu nedenle tesis etmiş oldukları işlemler, denetimini gerçekleştirdikleri kişilerin hukuki durumunu idareye karşı taahhüt etmek şeklinde de düşünülebilecektir. Buna bağlı olarak doğrudan idare adına işlem yaptıklarını söylemek güçtür.

II. KOLLUK FAALİYETLERİ İÇİNDE YER ALAN ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN PERSONELİNİN KAMU HUKUKU BAKIMINDAN HUKUKİ STATÜSÜ

Kolluk faaliyetlerinin özel hukuk kişilerince görülmesi bağlamında değerlendirilmesi gereken başka bir husus da özel hukuk kişilerinin personelinin idare karşısındaki durumudur. Bunun önemi ise; Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili hukuki düzenlemeleri, kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yerine getirmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini düzenleyen Anayasa hükmüne uygunluk bakımından incelemesinden ileri gelmektedir.

Kolluk faaliyetlerinin yerine getirilmesinde yetki sahibi olan özel hukuk kişilerinin personel bakımından statüsünü belirlemek için öncelikle memurları da kapsayacak şekilde kamu görevlilerine dair açıklamalar yapmak gerekecektir. Belirtilmelidir ki, kanuni düzenlemeler kamu görevlisine dair bir tanım içermemekte, ancak yerine getirdikleri görevlerden yola çıkarak bir belirleme yapmaktadır³⁴. Bu aşamada Anayasa'nın 128. maddesinde geçen –üst paragrafta da yer verdiğimiz– genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli hizmetler üzerinde durulması gerekecektir. Söz konusu düzenleme nedeniyle asli ve sürekli görev yapıp yapmamak “kamu görevlisi” sayılmanın bir şartı olarak kabul edilebilir³⁵.

Genel idare esaslarından anlaşılması gereken kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usulleridir, bu da kamu gücü kullanarak idari işlemler tesis etmek şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bir faaliyet için kamu gücü kullanılarak tek yanlı işlemler tesis ediliyorsa o faaliyete genel idare esaslarının uygulandığı söylenebilir³⁶.

Görevin asli ve sürekli niteliği kadro tahsisi ile ortaya çıkmaktadır. Bu da kanunlar ya da düzenleyici işlemlerle önceden belirlenmiş bir statüyü ifade etmektedir. Bunun sonucu olarak Anayasa'nın 128. maddesinin devamında belirtildiği üzere nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

Konumuzla ilgili olarak verilmiş olan Anayasa Mahkemesi kararlarında da Mahkeme'nin idare ile personel arasındaki hukuki ilişkiye göre bir değerlendirme yaptığı görülmektedir. Mahkeme, İmar Kanunu'nda öngörülmüş olan yeminli teknik serbest büro elemanlarının diğer kamu görevlisi olmadığına hükmettiği kararında onların serbest meslek icra ettikleri, merkezi idarenin gözetimi ve denetimi altında onun bir birimi durumunda olan kuruluşlar olmadıkları ve merkezi idare ile aralarında statüer bir ilişki de olmadığı gerekçelerini ileri sürmüştür³⁷.

³⁴ Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, C. I, (Genel Esaslar), s. 925.

³⁵ Yayla, **İdare Hukuku**, s.274.

³⁶ Günday, **İdare Hukuku**, s. 582

³⁷ AYM, E.1985/11, K.1986/29, T.11.12.1986, RG 18.04.1987/19435.

Buna karşılık Mahkeme yeminli mali müşavirlere ilişkin olarak daha farklı bir sonuca varmıştır. Bu sefer yerine getirdikleri görevin niteliğinden yola çıkarak³⁸ kamu yetkisi kullandıkları ve kamu hizmeti yerine getirdikleri, bunun sonucu olarak görev itibarıyla idarenin bütünlüğü içerisinde yer aldıklarına karar vermiştir. Yetkilerinin da kanunla verilmiş olması karşısında diğer kamu görevlisi olduklarına hükmetmiştir³⁹.

Kamu görevlisi statüsünün tespitinde ilk olarak şüphesiz kamu tüzel kişileri tarafından istihdam edilme şartı aranacaktır. Bu durumda doğrudan idare tarafından istihdam edilmeyip özel hukuk kişisi olan şirketin idare ile kurmuş olduğu hukuki ilişki çerçevesinde görev ifa edenler zaten bu ilk şartı yerine getirmemektedirler. Bu kişiler kamu görevlisi olmadığı gibi doğrudan idarenin özel hukuk hükümleri çerçevesinde istihdam ettiği işçi niteliğinde de değildir. Bunun sonucu olarak bu kişiler idari hiyerarşiye tabi değildir ve idarenin bu kişilerle ilişkileri kanun ya da düzenleyici işlemler çerçevesinde belirlenmektedir.

Buna karşılık geçici köy korucuları, kamu kurum ve kuruluşları bünyesinde kurulmuş olan özel güvenlik birimlerinde çalışan görevliler arasında idare arasında doğrudan bir hukuki ilişki söz konusudur. Bu kişiler kamu görevlisi değildir ancak idari hiyerarşiye tabidir. Belirtildiği üzere geçici köy korucuları işçi olarak da kabul edilmemektedir. Buna karşılık idare şirketlerden hizmet satın almak yoluna da gidebilmektedir. Bu durumda da şirket çalışanları ile idare arasında doğrudan bir ilişki kurulmamakla birlikte idare asıl işveren sıfatıyla çalışanlar üzerinde kimi hak ve yetkilere sahip olabilecektir.

³⁸ Sait Güran, “Anayasa Mahkemesi’nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 6, s. 51.

³⁹ AYM, E.1986/5, K.1987/7, T.19.03.1987, RG 12.11.1987/19632.

III. ÖZEL HUKUK KİŞİSİ İLE HİZMETTEN YARARLANANLARIN ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Aralarında Kurulan Sözleşmesel İlişki

Kolluk faaliyeti kapsamında yetkilendirilmiş olan özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilen hizmetler kimi zaman kişilerin bireysel olarak yararlanabileceği nitelikte olabilmektedir. Bu durumda da hizmetten yararlananlar ile yetkili özel hukuk kişisi arasında hukuki bir ilişkinin kurulması söz konusu olmaktadır. Ancak bu niteleme özel hukuk kişilerin yerine getirilmesi öngörölmüş olan tüm hizmetler açısından geçerli olmadığı gibi bir hukuki ilişkinin varlığı halinde de sunulan hizmetin niteliğine göre bu ilişkinin niteliği de farklılık gösterebilmektedir. Örnek vermek gerekirse, geçici köy korucuları ile güvenliği sağladıkları köy halkı arasında ya da trafik ihlali yapan araçları çeken trafik vakfı ile araç sahibi arasında doğrudan bir hukuki ilişki kurulmamaktadır. Buna karşılık araç muayene, yapı denetimi, yeminli mali müşavirlik hizmetlerinden yararlanılması halinde bir sözleşme ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle kolluk faaliyeti kapsamında yetkilendirilen özel hukuk kişilerinin bir kısmı doğrudan idare tarafından istihdam edilmekte ve yetkilerini kullanmak için üçüncü kişilerle sözleşmesel bir ilişki kurmaya ihtiyaç duymamaktadır. Diğer bir kısmı ise doğrudan hizmet sunduğu kişilerle sözleşmesel bir ilişki kurmaktadır.

Hizmetten yararlananlar ile hizmeti sunanlar arasında kurulmuş olan sözleşmenin türü konusuna göre değişiklik gösterebilmekle birlikte her durumda borçlar hukukuna tabi bir özel hukuk sözleşmesi olarak ortaya çıkmaktadır. Sözleşmenin konusu kolluk faaliyetinin yerine getirilmesine ilişkin olsa da tarafların özel hukuk kişisi olması nedeniyle idari sözleşme söz konusu olamamaktadır.

Özel hukuk sözleşmelerinin başlıca özellikleri tarafların eşit konumda olması ve irade serbestisinin söz konusu olmasıdır. Borçlar hukukunda hakim olan irade serbestisi ilkesi kişilere sözleşme yapma ve sözleşmenin konusunu belirleme özgürlüğü tanımaktadır⁴⁰. Sözleşme yapma özgürlüğünün sonucu olarak kişi dilediği

⁴⁰ Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 24-28.

kimse ile dilediği sözleşmeyi yapabilmektedir. Buna karşılık istisnaen sözleşme yapma mecburiyetinin olduğu durumlar olabilecektir ve kolluk faaliyeti kapsamında yetkilendirilmiş özel hukuk kişileri ile hizmetten yararlanacaklar arasında yapılacak sözleşmelerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekecektir. Hizmetten yararlanan kişiler açısından kanunda öngörülen hükümlere bağlı olarak kimi zaman sözleşme yapma zorunluluğu doğmaktadır. Örnek vermek gerekirse bir yapı inşa ettirmek isteyen kişi yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni alabilmek için bir yapı denetim şirketi ile anlaşarak ondan yapının gereken şartları taşıyıp taşımadığının tespiti amacıyla hizmet almak zorundadır. Verilen örnekte de görüldüğü üzere bir haktan yararlanmak isteyen kişilerin bazı şartları yerine getirmesi gerekmekte ve özel hukuk kişilerince yapılan denetim de bu şartlar arasında yer almaktadır. Haktan yararlanmak isteyen kişi özel hukuk kişisi ile sözleşme yaparak şart koşulan hizmeti almak durumundadır. Buna karşılık sunulan hizmet tekel niteliğinde olmadığı sürece sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüne sahiptir.

Hizmeti sunan kişiler açısından ise öncelikle hizmetin tekel niteliğinde olup olmamasına göre ayırım yapılması gerekecektir. Faaliyet alanında tekel durumunda olanlar kendilerine başvuran kişilerle sözleşme yapmak durumundadır⁴¹. Örneğin bir il veya ilçede bir adet araç muayene istasyonu var ise bu istasyonu işleten kişiler kendilerine başvuran kişilere hizmet vermeyi reddetme imkanına sahip olmayacaktır. Hizmetten yararlanmak isteyenlerin birden fazla seçeneğinin olması halinde ise hizmet sunanlar açısından kural olarak böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır.

İrade serbestisinin başka bir boyutunu ise sözleşmenin konusunu belirleme ve düzenleme özgürlüğü içermektedir. Bu serbestinin sınırlarından biri de Borçlar Kanunu'nun 26. maddesinde yer alan kanunun emredici hükümlerine aykırı şekilde düzenleme yapma yasağıdır. Kanun kavramı ile sadece Borçlar Kanunu değil hukuk

⁴¹ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 196. Bu aşamada ayrıca abonman sözleşmelerine değinmek gerekecektir. Endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinden yararlananların bu hizmeti görmekte olan kamu kurum ve kuruluşları veya yetkilendirilmiş özel hukuk kişileriyle yaptıkları özel hükümlerine tabi sözleşmeye abonman sözleşmesi denilmektedir. Tan, **İdare Hukuku**, s. 294. Bu hizmetleri görmekte olan kamu kurum ve kuruluşları ile imtiyaz sözleşmesi kapsamında yetkilendirilmiş özel hukuk kişilerinin kendilerine başvuran kişilerle sözleşme yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 195-196.

Buna karşılık hizmetten yararlananlar açısından sözleşme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır.

düzenindeki emredici tüm kurallar kastedilmektedir⁴². Yapı denetim şirketleri ve yeminli mali müşavirleriyle yapılan sözleşmelerde olduğu gibi kimi zaman sözleşmede yer alması gereken şartlar, ödenmesi gereken ücret dair esaslar önceden kanunla düzenlenebilmektedir. Kanunlarla getirilmiş olan bu sınırlamalar irade serbestisine aykırılık oluşturmamaktadır çünkü Borçlar Kanunu kanuni düzenlemelerin sözleşme özgürlüğünün sınırlarından birini teşkil ettiğini zaten düzenlemiş bulunmaktadır. Kanunlarla öngörülmüş olan sınırlamalar da kamusal yetkiler içeren kolluk faaliyetinin özellikleri ile açıklanabilecektir. Özel hukuk kişinin yapacağı denetime ilişkin esaslar yapılan sözleşmeyle somutlaşmaktadır, denetimin gereği gibi yapılmasını sağlamak adına da sözleşmeye ilişkin belirlemelerin kanun koyucu tarafından yapılması doğal karşılanmalıdır.

Hizmetten yararlananlar ile hizmeti sunan kişiler arasında yapılan özel hukuk sözleşmelerinin türü ise faaliyetin niteliğine göre değişiklik gösterebilmektedir. Örnek vermek gerekirse araç muayene, yapı denetimi, yeminli mali müşavirlik faaliyetleri hizmet sözleşmesine⁴³ konu olabilirken, özel güvenlik görevlilerinin istihdam edilmesi halinde iş sözleşmesi⁴⁴ söz konusu olmaktadır. İdarenin denetim veya güvenlik hizmetlerini ihale açarak özel hukuk kişilerine yaptırması halinde de özel hukuk hükümlerine tabi bir sözleşme imzalanmaktadır⁴⁵. Konusu bir hizmetin satın alınması olan bu sözleşmelere Kamu İhale Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. Konumuz açısından özellik arz eden husus ise bu sözleşmeler kapsamında hizmeti yerine getiren kişinin sözleşmenin karşı tarafının emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğünün olup olmadığıdır. Borçlar Kanunu'nda öngörülen hizmet sözleşmesi ile İş Kanunu'nda öngörülmüş olan iş sözleşmesi hizmeti yerine getiren kişinin bağımlılık unsuru gereği olarak karşı tarafın

⁴² Oğuzman,/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 87.

⁴³ 6098 sayılı Borçlar Kanunu, Madde 393- Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.

⁴⁴ 4857 sayılı İş Kanunu, Madde 8 - İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.

⁴⁵ 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4. maddesine göre bu kanuna göre yapılan sözleşmelerin tarafları eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir ve 36. maddeye göre de bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde borçlar kanunu hükümleri uygulanacaktır.

emir ve talimatlarına uymasını gerekli kılmaktadır⁴⁶. Ancak kolluk faaliyeti kapsamında yetkilendirilmiş özel hukuk kişileriyle hizmetten yararlanan arasındaki ilişki bu açıdan farklılık göstermektedir. Hizmeti sunmakta olan özel hukuk kişinin yetkileri, hakları ve borçları kanunla ve düzenleyici işlemlerle belirlenmiş olmaktadır. Ayrıca bu kişiler idare adına işlem yapmaktadırlar. Bunun sonucu olarak bu kişilerin yetkilerini nasıl kullanacakları hakkında emir ve talimat verilmesi söz konusu olamayacaktır. Örneğin işveren istihdam ettiği özel güvenlik görevlisine koruduğu alana girmek isteyenlerin üstünü araması yönünde bir emir veremeyecektir, bu konuda sahip olunan yetkiler kanun hükmüyle düzenlenmiştir. Bunun dışında kalan örneğin teknik hususlarda ise yetkinin varlığının kabulü gerekir.

Yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında görülmektedir ki aradaki ilişki özel hukuka tabi olmakla birlikte faaliyetin kamusal niteliği gereği diğer özel hukuk sözleşmelerinden bazı farklılıklar arz etmektedir. Kamu hukukunda yer alan kurallar, irade serbestisi ve hizmet sunmakla yükümlü kişinin karşı tarafa bağımlılık unsurlarını başkalaştırmaktadır. Bu durum sözleşmenin hukuki niteliğini değiştirmemektedir.

B. Hizmetten Yararlananların Karşılık Ödemesi

Birinci bölümde belirtildiği üzere kolluk faaliyetinin gelir sağlama aracı olarak kullanılması kural olarak kabul edilmemektedir. Ancak kolluk faaliyeti kapsamında yetkilendirilmiş olan özel hukuk kişileri sundukları hizmet karşılığında bu hizmetten yararlananlardan bir ücret almaktadırlar. Bu ücrete dair belirlemeler de araç muayene, yapı denetimi, trafik ihlali yapan araçların otoparka çekilmesi veya yeminli mali müşavirlerde olduğu gibi yetkili idareler tarafından yapılmaktadır. Özel hukuk kişilerinin hiçbir ücret almadan hizmet sunmaları elbette beklenmeyecektir. Ancak özellik arz eden husus ücreti kendilerini denetledikleri kişilerden alıyor olmalarıdır⁴⁷.

⁴⁶ Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri** (Özel Hükümler), İstanbul, Beta Yayınevi, 2012, s. 385; Süzek, **İş Hukuku**, s. 213-215.

⁴⁷ Buna karşılık, halihazırda özel hukuk kişilerince yapılan araç muayenesi gibi kimi denetimlerin idare tarafından yapılması halinde de yararlanan kişilerden bir ücret alındığı bunun sadece özel hukuk kişilerine özgü bir durum olmadığı görüşü de ileri sürülebilecektir. Ancak iki durum arasında şöyle bir fark bulunmaktadır, denetimi idare yaptığında ödenen ücret denetimi

Yapılan denetimin sonucu olarak kişiler kimi zaman bir haktan yararlanabilmekte ya da kişiye yaptırım uygulanması gündeme gelmektedir. Başka bir deyişle, özel hukuk kişilerinin işlemleri idarenin tesis edeceği işlemlerin hazırlayıcısı niteliğinde olmaktadır. Bunların da objektif bir şekilde yapılması gerekmektedir. Bu nedenle denetimi yapma yetkisine sahip olan kişinin bunun karşılığında ücretinin de denetlenen tarafından ödenmesi bu objektifliğe gölge düşürebilecektir. Bu durumun ortaya çıkarabileceği sakıncayı gidermek adına yeminli mali müşavirler ve yapı denetim şirketlerinin ortaya çıkacak olan hukuka aykırılıklara ilişkin olarak denetledikleri kişi ile müteselsilen sorumlu olmaları öngörülmüştür. Buna ilişkin başka bir önlem de yapı denetim şirketleri hakkında düzenlenmiştir. Buna göre yapı denetimi şirketlerine ödenecek olan ücretler öncelikle idarenin hesabına yatırılmakta ve idare yapı denetim raporlarını inceledikten sonra şirketlere ödeme yapmaktadır. Bu uygulamanın uygun düştüğü ölçüde, özel hukuk kişilerinin denetim yapmakla yetkilendirildiği başka alanlarda da benimsenmesi düşünülebilecektir.

Sonuç itibarıyla yetkilendirilmiş olan özel hukuk kişilerinin sundukları hizmet karşılığı olarak denetledikleri kişilerden ücret alıyor oluşları kolluk faaliyetinin niteliğiyle uyuşmuyor gözükmeyle birlikte kanun koyucu ve düzenleme yapma yetkisine sahip olan idarelerin bunun doğuracağı sakıncaları giderecek önlemler alması gerekmektedir.

gerçekleştiren kamu görevlisine değil idareye yapılmakta, özel hukuk kişilerinin yetkili olduğu hallerde ücret de doğrudan denetimi yapan kişiye ödenmektedir.

SONUÇ

Kolluk faaliyetinin özel hukuk kişilerince yerine getirilmesine ilişkin olarak yaptığımız değerlendirmeler sonucunda öncelikle denilebilir ki kolluk faaliyetlerinin çeşitli türlerinin yerine getirilmesinde görülen özel hukuk kişilerinin sahip olduğu yetkiler kolluk faaliyetinin onlara devredilmesi anlamına gelmemektedir. Başka bir deyişle, özel hukuk kişilerinin sahip olduğu yetkiler kimi zaman idare tarafından tesis edilecek olan nihai işlemin sebep unsurunu ve hazırlık aşamasını teşkil etmekte, kimi zamansa kolluk faaliyetinin yerine getirilmesinde sunulan bir hizmet veya edim olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunların yanında özel hukuk kişilerinin icrai nitelikte olan işlem yapma yetkisini haiz oldukları da ileri sürülebilecektir. Bunlardan ilk akla gelen özel güvenlik görevlilerinin kullanmış olduğu yetkiler kişiler açısından uzun vadede hak ya da yükümlülük doğurmamaktadır. Çünkü kamu düzenini bozan bir durum olduğunda esas olarak yetkilerini genel kolluk müdahale edinceye kadar kullanabilmektedirler. Ancak icrai nitelikte görülen diğer yetkilerin de hizmet sundukları kişiler bakımından onların idare karşısında bir haklardan yararlanabilmesi için durumlarını belirleme ya da taahhüt etme işlevi yerine getirdiği söylenebilecektir. Özel hukuk kişilerinin yetkilendirilmiş olması idarenin o alana ilişkin yetkilerini sona erdirmemektedir. Yetkilendirilmiş olan özel hukuk kişisi idare karşısında hizmet sunduğu kişi ile birlikte sorumlu olmaktadır. Her halde bu kişilerin yaptığı işlemler idarenin denetimine tabi olup idare tarafından tekrarlanmak suretiyle de ortadan kaldırılmaları mümkündür. Bu nedenle özel hukuk kişilerinin yaptıkları işlemler bir karine gibi de düşünülebilecektir.

Üst paragrafta yapmış olduğumuz açıklamalarla bağlantılı özel hukuk kişilerine yetki verilmesine dair hukuki düzenlemelerin Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olup olmadığını da değerlendirmek gerekecektir. Kolluk faaliyeti kamusal usullere tabi olarak yerine getirilen bir faaliyettir, bunun anlamı kolluk yetkilerinin özel hukuk kurallarına göre yerine getirilemeyeceğidir. Özel hukuk kişileri ve onların işlemleri de özel hukuk kurallarına tabi olacaktır. Bu nedenle bu kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülmesine gerektiren asli ve sürekli kamu hizmetlerini yerine getiremeyecekleri kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi de bununla bağlantılı olarak özel hukuk kişilerine idarenin kullandığı kamu gücünü içeren icrai yetkileri

vermekte olan kanuni düzenlemeleri iptal etmektedir. Buna karşılık örneğin işlemin hazırlık aşamasında yer alan denetimler asli ve sürekli kamu hizmetlerinden sayılmamakta ve bunlar tali nitelikte yetkiler olarak görülmekte olduğundan özel hukuk kişilerinin bu alanlarda yetkilendirilmesi de hukuka aykırı bulunmamaktadır. Ancak yürürlükte olan düzenlemeler dikkate alındığında özel hukuk kişilerinin sahip olduğu icrai nitelikte pek çok yetkinin de olduğu görülebilecektir.

Aslında bu denli farklı alanlarda yetkilendirilmiş olan özel hukuk kişilerinin icrai yetkilere sahip olmaması da düşünülemeyecektir. Ancak dikkat edilecek olursa özel hukuk kişilerinin yetkileri kapsamında tesis etmiş olduğu işlemler yetkili idare tarafından kaldırılabilir ve gerektiğinde yenilenebilir niteliktedir. İdare aslen yapması gereken ve sahip olduğu hiçbir yetkiden de vazgeçmemektedir.

Denetim, özel güvenlik gibi alanlarda özel hukuk kişilerinden yararlanılmasının sağlamış olduğu pek çok faydadan da söz etmek mümkündür. Denetim teknik bir yön ihtiva etmektedir ayrıca uzmanlık isteyen bir konudur. Yapı denetimi, araç muayene alanlarında olduğu gibi idare kimi zaman yeterince kalifiye elemana sahip olamamaktadır. Bunun için bu alanda uzmanlaşmış olan özel hukuk kişilerinden hizmet satın alınması yoluna gidilmesi rasyonel bir çözüm yoludur. Ayrıca bu tür hizmetleri yerine getiren özel hukuk kişileri idare ile kolluk faaliyetinin muhatabı olan kişiler arasında aracılık görevi de görmektedir. Gerekli denetimleri yaparak idarenin nihai işlemi yapmasına zemin hazırlamaktadır.

Kolluk faaliyetinin özel hukuk kişilerinince görülmesine ilişkin öngörülere yer vermek gerekirse, bu alana dair yapılan düzenlemelerin artacağı aşıkardır. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde de takip edilen özelleştirme politikaları bu alana da sirayet etmektedir. Bu durum idarenin düzenleyen ve denetleyen konumuna geçmesiyle de açıklanabilecektir. Kolluk faaliyetinin yerine getirilmesinde üçüncü kişilere hak veya borç yaratmayan nitelikteki tüm işlemlerin özel hukuk kişilerine yaptırılması mümkündür.

Bu durumda yetki sahibi özel hukuk kişilerinin denetiminin ne denli bir öneme sahip olduğu ortaya çıkmaktadır. Bunun için gerekli tüm düzenlemelerin kanun ve

düzenleyici işlemlerle öngörölmüş olması bu denetimin önemli unsurlarından birini oluşturmaktadır.

Son olarak belirtmek isteriz ki, yargının iptali yönünde vermiş olduğu kararlar olsa da kanun koyucu ve düzenleyici işlemler yapma yetkisini haiz olan idare kolluk alanında da özel hukuk kişilerini yetkilendirme eğilimini göstermeye devam etmektedir. Bu da yargı ve öğretinin bu konuya ilişkin hukuki ilke ve esasları belirlemesini zorunlu kılmaktadır. Ortak bir ölçüt bulmak kimi zaman zor olmakla birlikte asgari ilkelerin varlığına duyulan ihtiyaç ortadadır.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin: İmar ve Yönetim Hukuku, **AİD**, C.19, S.2.
- Akyılmaz, Bahtiyar/
Sezginer, Murat /
Kaya, Cemil: **Türk İdare Hukuku**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Ayaydın, Cem: “5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun”, **GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Erden Kuntalp’e Armağan, Cilt II, Yıl 3, S. 2, 2004, s.113-268.
- Ayaydın, Cem: “Özel Hukuk Kişilerinin Kamu Kudreti Kullanması Sorunu ile 4708 Sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun’a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında Düşünceler”, **Yıldızhan Yayla’ya Armağan**, İstanbul, GSÜ Yayınları, 2003, s.125-158.
- Berkarda, Kemal: “Amerika’da İdare Hukuku Var mı?”, **İHİD** (Pertev Bilgen’e Armağan), C. 13, S.1-3, 2000.
- Çal, Sedat: “Araç Muayene Hizmetinin Özelleştirilmesi”, **AÜHFD**, C. 57, S. 2, 2008.
- Duran, Lütfi: “Anayasa Mahkemesi’ne Göre Türkiye’nin Hukuk Düzeni (II)”, **AİD**, C.19, S. 2, 1986.
- Duran, Lütfi: “Bağımsız İdari Otoriteler”, **AİD**, C. 30, S. 1.
- Duran, Lütfi: **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Duran, Lütfi: **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Ankara, TODAİE Yay, 1974.

- Duran, Lütfi: "Yap-İşlet-Devret", **AÜSBFD**, Cilt 46, S. 1-2, s.147-170, 1991.
- Erkut, Celal: **İptal Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, Danıştay Yayınları No:51, 1990.
- Erdoğan, Murat /
Ömürgönülşen, Uğur "Yeminli Özel Teknik Bürolar: Gecekondu Sorunu, İmar Affı ve Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi Açısından Bir Değerlendirme", **HÜİİBFD**, C.7, S.1-2, 1999.
- Erten, Ali: **Borçlar Kanunu ve Yapı Denetimi Hakkında KHK Açısından Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2000.
- Giritli, İsmet/
Bilgen, Pertev/
Akgüner, Tayfun: **İdare Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2008.
- Gözler, Kemal: **İdare Hukuku**, Cilt I, 2. bs., Bursa, Ekin Kitabevi, 2009.
- Gözler, Kemal: **İdare Hukuku**, Cilt II, 2.bs., Bursa, Ekin Kitabevi, 2009.
- Gözübüyük, Şeref: **Yönetsel Yargı**, 26. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.
- Gözübüyük, Şeref /
Tan, Turgut: **İdare Hukuku, Cilt I, (Genel Esaslar)**, 7. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.

- Gölan, Aydın /
Berkarda, Kemal: “İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler”, in İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- Gölan, Aydın: “Kamu Hizmeti ve Görölüş Usulleri”, İstanbul, 1987, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi.
- Gölan, Aydın: “Kamu Hizmeti Kavramı”, **İHİD**, Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı, S. 1-3, 1988.
- Gölan, Aydın: **Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri**, İstanbul, Lamure, 2008.
- Günday, Metin: **İdare Hukuku**, 10. bs., Ankara, İmaj Yayınları, 2011.
- Kalabalık, Halil: **İmar Hukuku**, C. II, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Karahanogulları, Onur: **Kamu Hizmeti, (Kavram ve Hukuksal Rejim)** 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.
- Karan, Nur: “Özel Güvenlik”, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 50, Şubat 2007, s. 427-441.
- Kıratlı, Metin: **Koruyucu İdari Hizmetler**, Ankara, TODAİE, 1973.
- Oğurlu, Yücel: **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçölülük İlkesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Oğuzman, Kemal /
Öz, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Oğuzman, Kemal/
Seliçi, Özer/

- Oktay-Özdemir, Saibe: **Eşya Hukuku**, 15. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2012.
- Onar, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, İstanbul, İsmail Akgün Matbaacılık, 1966.
- Oder, Burak: “Regülasyon Kavramı Üzerine Bir Deneme”, **Ali Ülkü Azrak 75. Yaş Armağanı**, İstanbul, Çizgi Basım Yayın, 2008.
- Özay, İl Han: **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- Özbudun, Ergun: **Anayasa Hukuku**, 8. bs. Ankara, Yetkin yayınları, 2004.
- Özcan, Elvin Evrim: **İdare Hukuku Açısından Türkiye’de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları**, Ankara, Turhan Yayınevi, 2010.
- Sever, Çiğdem: “Kolluk Yetkilerinin Devredilmezliği Açısından Özel Güvenlik”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C. III, İstanbul, Beta Yayınları, 2011.
- Şahin, Cenk: **Amerikan Federal İdare Hukukunda “Regülasyon” ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları**, İstanbul, XII Levha, 2010.
- Tan, Turgut: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 8.
- Tan, Turgut: “Ekonomi, <Regülasyon> ve Bağımsız İdari Otoriteler”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, Ankara, Danıştay, 2005.
- Tan, Turgut: **Ekonomik Kamu Hukuku**, Ankara, TODAİE Yayınları, 1984.

- Tan, Turgut: **İdare Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.
- Tan, Turgut: “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap- İşlet-Devret Modeline” **AÜSBFD**, C. 47, S. 3-4.
- Tanör, Bülent /
Yüzbaşıoğlu, Necmi: **Anayasa Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2005.
- Ulusoy, Ali: “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görüş Usulleri Kavramları”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Ed. Ali Ulusoy, Ankara, Liberte Yayınları, 2001, s. 1-22.
- Yavuz, Cevdet: **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2012.
- Yasin, Melikşah: “Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, 2007.
- Yasin, Melikşah: **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, 2. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2007.
- Yayla, Yıldızhan: **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009.
- Yıldırım, Turan/
Melikşah Yasin/
Karan, Nur vd. **İdare Hukuku**, 2. bs., İstanbul, XII Levha, 2011.
- Yenice, Kazım/
Esin, Yüksel **Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü**, Ankara, 1983.
- Yıldız, Şerife: **İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.

Yılmaz, Halil:

Yapı Denetimi Ve Yapı Denetim Kuruluşları,
Ankara, Yetkin, 2007.

Elektronik Kaynaklar

4708 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi,

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss732m.htm>.

Araç muayene hizmetlerinin özelleştirilmesi çerçevesinde imzalanan imtiyaz sözleşmesinin Danıştay Birinci Dairesinin 06.07.2007 tarih ve 2007/7-8 sayılı yazıları ekinde verdiği görüş doğrultusunda hazırlanarak imzalanması,

http://www.oib.gov.tr/2007_Yili_Faaliyet_Raporu.pdf.

Danıştay Bilgi Bankası, (Çevrimiçi)

<http://www.danistay.gov.tr/>

Derdiman, Cengiz, Özel Güvenlik Anlayışı ve 5188 Sayılı Kanunun Uygulanmasından Doğan Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler,

<http://kutuphane.uludag.edu.tr/~sbmyo/08-sosyalce/rcd-5188.doc>

İstanbul Valiliği 1999/1 sayılı Güvenlik Tebliği, <http://www.istanbul.gov.tr/?pid=79>.

Kararlar Bilgi Bankası, (Çevrimiçi)

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=search&id=24

Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı, (Çevrimiçi)

<http://www.kazanci.com/>

Özay, İl Han. “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri”,

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg19/ozay.pdf>.

Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun Teklifi TBMM görüşme tutanakları,
<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil2/bas/b100m.htm>.

Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Genel Gerekçesi,
<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss467m.htm>.

Özelleştirme İdaresi Başkanlığının araç muayene hizmetlerinin gördürülmesine ilişkin imtiyaz sözleşmesi imzalandığına ilişkin basın açıklaması,
http://www.oib.gov.tr/duyuru/2007-08-15_arac_muayene_imza.htm.

Sarper Süzek, “İş Hukukunda Disiplin Cezaları”,
<http://calismatoplum.org/sayi28/suzek.pdf>.

Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Konut Özel İhtisas Komisyonu Raporu,
<http://ekutup.dpt.gov.tr/konut/oik606.pdf>.