

# İDARENİN DENETİM YETKİSİNİN ÖZEL KİŞİLERE DEVİRİNE ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YAKLAŞIMI\*

Yrd. Doç. Dr. Elvin Evrim DALKILIÇ\*\*

---

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

\*\* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi.



## ÖZ

*Bir tür idari faaliyet olarak idari denetim yetkisi kamu hizmeti ya da kolluk faaliyeti kapsamında incelenebilir. Eğer idari denetim yetkisi kolluk faaliyeti olarak değerlendirilirse, bu yetkinin özel kişilere devri meselesinin tartışılması gerekmektedir. Çünkü kolluk faaliyetinin Anayasa'nın 128 inci maddesi kapsamında idarenin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler arasında yer aldığı genellikle kabul edilmektedir. İdarenin denetim yetkisinin özel kişilere devri mevzuatımıza göre mümkündür. Dolayısıyla öncelikle idarenin denetim yetkisinin hukuki niteliği ve özellikleri ortaya konulmaya çalışılmalıdır. Ardından Anayasa Mahkemesi'nin idari denetim yetkisinin özel kişilere devrine olanak sağlayan kanunlar karşısındaki tutumu ilgili kararlara yer verilerek değerlendirilmelidir.*

**Anahtar Kelimeler:** İdari denetim, kolluk, kamu hizmeti, Anayasa Mahkemesi, denetim yetkisinin özel kişilere devri



## TURKISH CONSTITUTIONAL COURT'S APPROACH TO THE TRANSFER OF ADMINISTRATIVE CONTROL TO PRIVATE LAW PERSONS

### ABSTRACT

*Administrative control might be examined in the scope of public service or police activity. If administrative control is assessed as a police activity, the transfer of this competence to private law persons should be discussed due to the fact that it is considered as one of the fundamental and permanent functions of the administration carried out within the principles of general administration according to the article 128 of Turkish Constitution. In Turkish positive law the transfer of administrative control to private law persons is legally assignable. Thus legal and structural characteristics of this activity should be analyzed firstly. Then Constitutional Court's approach to the laws providing the transfer of this activity should be examined within the related judgments.*

**Keywords:** Administrative control, police activity, public service, Constitutional Court, transfer of control authority to private law persons.

## I. GİRİŞ

İdare hukuku doktrinde idari faaliyet türleri, kamu hizmeti ve kolluk olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Her ne kadar kamu hizmetlerinin görülme yöntemlerinden biri olan izin yönteminde de idarenin denetim yetkisinden söz edilebilirse de, idarenin denetim yetkisi daha çok kolluk faaliyeti çerçevesinde değerlendirilmektedir diyebiliriz. İdarenin denetim yetkisi, hem genel hem de özel idari kolluk faaliyeti için söz konusu olabilmektedir. Nitekim polis veya jandarmanın gerçekleştirdiği denetim genel idari kolluk faaliyetinin kapsamında yer alırken; belli bir hizmet bünyesindeki denetim özel idari kolluk faaliyetinin kapsamına girmektedir.

Burada asıl üzerinde durulması gereken konu, özellikle birtakım özel hukuk kişilerine kamu gücünü kullanma ayrıcalığını da bahşeden idarenin denetim yetkisinin devri meselesidir. Türkiye'de 1980 yılından sonra başlayan özelleştirme uygulamalarıyla, ardından 1999 yılında Anayasa'nın 47 nci maddesiyle özel hukuk lehine kamu hizmetlerinin hukuki rejimindeki değişiklikten aşağıda da görüleceği üzere hem genel hem de özel idari kolluk faaliyeti etkilenmiştir. Kolluk faaliyetinin münhasıran idare tarafından yürütülmesi kabul edilmekle birlikte bugün, birtakım yasal düzenlemelerle özel hukuk kişilerinin de kolluk faaliyetine dahil edilmesi söz konusudur. Gerçekten hukukumuzda, özel idari kolluk faaliyeti yanında, genel idari kolluk yetkilerinin de özel kişilere devrine olanak sağlayan yasal düzenlemeler bulunmaktadır.

Mevzuatımızda idarenin denetim yetkisine izin veren yasal düzenlemeler bulunmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu yasal düzenlemelerin iptali istemiyle açılan davalardaki yaklaşımı farklılık arz edebilmekte, bu da mahkemenin yaklaşımının irdelenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle idarenin denetim yetkisinin niteliği ve devri meselesi mevzuattan örneklerle ortaya konulmaya çalışılacak; ardından Anayasa Mahkemesi'nin konuya yaklaşımı gerekçeleriyle değerlendirilecektir.

## II. İDARENİN DENETİM YETKİSİNİN NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

İdare hukukunda idare kavramı, hem bir tür faaliyet, hem de bu faaliyeti yürüten kuruluşlar anlamına gelmektedir<sup>[1]</sup>. Faaliyet olarak idare karşılığında maddi (işlevsel) idare; faaliyeti yürüten kuruluşlar karşılığında ise, organik (yapısal) idare kavramları kullanılmaktadır. Bu çerçevede idare işlevi ise doktrinde,

[1] GÖZÜBÜYÜK Şeref – TAN Turgut, İdare Hukuku Cilt I, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 8. Bası, Ankara, 2011; s. 11.

“devletin yasama ve yürütme erklerinin saptadığı siyasi yönde ve hukuki çerçevede içerisinde, toplumun düzenli ve uygarca yaşammasını sağlamak ve sürdürmek için (esas itibarıyla) kamu gücü ve usulleri kullanılarak doğrudan devamlı ve ahenkli surette kamusal faaliyetlerin yürütülmesi” şeklinde ifade edilmektedir<sup>[2]</sup>.

İdari faaliyet türleri, kamu hizmeti ve kolluk olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir<sup>[3]</sup>. Kamu hizmeti, toplumun ortak gereksinimlerinin karşılanması için doğrudan idare ya da idarenin denetimi ve gözetimi altında kamu yararı amacıyla yürütülen faaliyetler olarak tanımlanabilir. Kolluk faaliyeti ise idare ve bireyleri temel hak ve özgürlüklerin daha çok kısıtlanması yönünde karşı karşıya getiren bir idari faaliyet<sup>[4]</sup> olup, idari ve adli kolluk faaliyeti olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İdari kolluk kamu düzeninin korunmasına yönelik kolluk faaliyeti iken; adli kolluk suç işlenmesi halinde suçun ortaya çıkarılması, suçluların ve suç delillerinin bulunarak adli makamlara teslim edilmesine yönelik kolluk faaliyeti olarak tanımlanmaktadır<sup>[5]</sup>. İdari kolluk faaliyeti ise, yürütülen kolluk faaliyetinin kapsamı dolayısıyla genel idari kolluk ve özel idari kolluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Genel idari kolluk, kamu düzeninin korunmasına yönelik “*bütün faaliyetler hakkında yetkili iken; özel idari kolluk sadece belirli bir tür faaliyet hakkında yetkilidir*”<sup>[6]</sup>.

İdarenin genel olarak denetim yetkisi kolluk faaliyeti çerçevesinde ele alınabilir. Nitekim bu yetki, faaliyetin kapsamına göre genel veya özel idari kolluk kavramları ile açıklanabilir. Buna göre, özellikle idari kolluk faaliyeti çerçevesinde kişilerin davranışları, faaliyetleri düzenlenmekte; denetlenmekte ve ilgili mevzuat uyarınca bunlara yaptırım uygulanabilmektedir. Polis veya jandarma tarafından gerçekleştirilen denetim genel idari kolluk yetkisinin kapsamına girerken; av, orman veya turizm gibi belli bir hizmete yönelik gerçekleştirilen denetim özel idari kolluk yetkisinin kapsamına girmektedir<sup>[7]</sup> diyebiliriz. 3201 sayılı Emniyet

[2] DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982; s.10.

[3] DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982; GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, 2011; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Cilt II, Ekin, Bursa, Ekim 2009. Kolluk faaliyetinin “*sosyal hayatın farklı alanlarında kamu düzeninin sürekliliğini sağlamak amacıyla yürütülen kendine özgü ve çok özel yöntemlerle gerçekleştirilen bir kamu hizmeti etkinliği*” olduğuna ilişkin olarak ayrıca bkz. ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009; s. 627-628.

[4] GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, s. 289.

[5] GÖZÜBÜYÜK Şeref – TAN Turgut, İdare Hukuku Cilt I, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Ankara, 2011, s. 652.

[6] GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Cilt II, İkinci Baskı, Ekin, Bursa, Ekim 2009, s. 494.

[7] GÖZÜBÜYÜK Şeref – TAN Turgut, İdare Hukuku Cilt I, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Ankara, 2011, s. 656-657; “... kamu düzenini oluşturan güvenlik, sağlık ve özellikle esenlik sadece olağan kolluk personeli ve yöntemleriyle sağlanamamaktadır. Çünkü, bir kısım kamu düzeni ihlallerini önlemek ve bundan doğan

Teşkilatı Kanunu<sup>[8]</sup>'nin 3 üncü maddesinde de kolluk teşkilatının genel ve özel olmak üzere ikiye ayrılacağı, genel kolluğun polis ve jandarma; özel kolluğun ise genel kolluk dışında özel kanunlarına göre kurulan ve belirli görevleri olan kolluk kuvvetleri olduğu hüküm altına alınmaktadır.

Burada asıl üzerinde durulması gereken konu, özellikle birtakım özel hukuk kişilerine kamu gücünü kullanma ayrıcalığını da veren idarenin denetim yetkisinin devri meselesidir. Özellikle ülkemizde 1980'li yılların başlarında başlayan özelleştirme hareketiyle idari faaliyetlerin hukuki rejiminde özel hukuk lehine yaşanan genişleme aşağıda da görüleceği üzere hem genel hem de özel idari kolluk faaliyetini etkilemiştir.

Bilindiği üzere 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 47 nci maddesine eklenen 4 üncü fıkra hükmü ile, bugün kamu hukuku rejiminin kamu hizmetlerinin ayırdedici özelliği olduğunu söylemek mümkün değildir. Söz konusu hükümlerle, devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinin yürüttüğü kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile özel kişilere de gördürülebilmesinin yolu açılmış ve bu konudaki takdir yetkisi kanun koyucuya bırakılmıştır. Bu noktada iki sorunun ele alınması gerekmektedir. Bunlardan ilki, bütün kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından yerine getirilip getirilemeyeceği; diğeri ise, özel kişiler tarafından yerine getirilen bu hizmetlerin tamamının özel hukuk rejimine tabi olup olamayacağıdır.

Türk idare hukuku doktrininde bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, Anayasa'nın 47 nci maddesindeki değişiklikten sonra artık bütün kamu hizmetlerinin doğrudan devlet tarafından yürütülmesi mümkün olmamakla birlikte bu, kamu hizmetlerinin tamamında özel hukuk rejiminin uygulanacağı şeklinde anlaşılmamalıdır. Buna göre, devlet kamu hizmetlerinin yürütülmesini özel kişilere devretse de, bunlar üzerindeki gözetim ve denetim yetkisini koruyacaktır<sup>[9]</sup>. Bir diğer görüş ise, bazı kamu hizmetlerinin özelleşti-

---

*tehdit ve tehlikeleri ortadan kaldırmak uzmanlık ister. Bazı ihlaller ise, zararlı sonuçları ancak uzun vadede görülecek eylemlerdir. Bunları da uzman kadrolarca hazırlanmış ve uygulanan tedbirlerle önlemek mümkündür. Farklı bilgi ve örgütlenme isteyen bu faaliyeti genel ve olağan idari kolluktan ayırmak gerekir: ormanların korunması, erozyonun önlenmesi, gümrüklerin denetlenmesi, kültür ve tabiat varlıklarının korunması, imar ve iskan işlerinin denetim altına alınması, bankaların faaliyetleri, sigortacılık, spor karşılaşmaları, kara ve deniz avcılığı, radyo-televizyon yayıncılığı gibi pek çok konu özel idari kolluk kapsamındadır. Bu noktada, genel idari kolluk içinde yer alan bazı işbölümü birimlerini özel idari kolluktan ayrı tutmak gerekir. Gerçekten de emniyet teşkilatı personelinden bir kısmı trafik işleriyle, bir kısmı uyuşturucularla ya da mali suçlarla meşgul olur.” YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta, 1. Bası, İstanbul, Eylül 2009, s. 44.*

[8] Resmi Gazete Tarih: 12/06/1937- Sayı: 3629.

[9] “..., anayasada kamu hizmeti olarak yürütülmesi zorunlu tutulan hizmetlerin mutlaka devlet veya diğer idari birimlerce bizzat yürütüleceğini söylemek pozitif hukukumuz açısından mümkün görünmemektedir. Örneğin en birincil kamu hizmetlerinden sayılabilecek ulusal

rilemeyeceğini ileri sürmekte ve buna örnek olarak da sosyal kamu hizmetleri alanını vermektedir<sup>[10]</sup>.

Bununla birlikte kolluk faaliyetinin özel kişilere gördürülmesi meselesini kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinden ayırmak gerekmektedir. Şöyle ki, her şeyden önce kolluk faaliyetinin yerine getirilmesi kamu gücünün kullanılmasıyla mümkündür. Doktrinde de haklı olarak, “*işin özü, kamu düzeninin korunması amacıyla hak ve hürriyetlere sınırlamalar getirilmesidir. Böyle olunca, kolluk teşkilatı da, personeli de, genel olarak idare içinde yer alacaktır. Bu nedenle genel idari kolluk yetkileri ve görevleri Devlet ve yerel idareler arasında ve kanunların öngördüğü şekilde paylaşılmıştır. Bunların dışında kalan kuruluşların güvenliğini de, esas itibarıyla Devlet ve yerel idareler sağlar*”<sup>[11]</sup> şeklinde ifade edilmektedir.

Kolluk faaliyetinin kamu gücünün kullanılmasını gerektirmesi nedeniyle münhasıran idare tarafından yürütülmesi kabul edilmekle birlikte, birtakım yasal düzenlemelerle özel hukuk kişilerinin de kolluk faaliyetine dahil edildiği görülmektedir. Gerçekten hukukumuzda, özel idari kolluk faaliyeti yanında, genel idari kolluk yetkilerinin de özel kişilere devrine olanak sağlayan yasal düzenlemeler bulunmaktadır.

*güvenlik, kamu düzeninin sağlanması ve adalet hizmetlerini zorunlu tutan anayasal hükümlerden bile, devletin bu hizmetleri mutlaka bizzat yerine getireceği yönünde bir hüküm çıkarmak mümkün görünmemektedir. (...) Belirli bir hizmete ilişkin idari teşkilat kurulmasının öngörülmesi, o hizmetin bütünüyle bizzat idarece işletilmesi gerektiği anlamına gelmemelidir. İdare, öngörülen bu teşkilatla hizmeti düzenleyip denetlemekle yetinerek, hizmetin yürütülmesini özel kişilere bırakabilir. Bazı hizmetlere ilişkin olarak anayasa hükümlerinin idari teşkilat kurulmasını öngörmesi, nihai sorumluluğun idari birimlerde kalması ve etkin bir denetim yapmaları koşuluyla, hizmetin özel kişilerce yürütülmesine engel teşkil etmeyecektir.”* ULUSOY Ali, “*Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramlar*”, Ali ULUSOY (editör), Liberte, HUKUK ve EKONOMİ PERSPEKTİFİNDEN ULUSLARARASI TAHKİM VE KAMU HİZMETİ, Ankara, Ekim 2001, s. 11-12.

[10] “... sosyal kamu hizmetlerinin özelleştirme amacıyla ortadan kaldırılmasına olanak yoktur. Sosyal kamu hizmetleri, Anayasa'nın 2 nci, 5 inci, 41 inci, 55 inci, 56 ncı, 57 nci, 60 ıncı maddeleri uyarınca kurulmuştur. Anayasa, sosyal kamu hizmetlerini yerine getirmek ve sosyal devlet ilkesini gerçekleştirmek üzere, devlete ödevler vermekte, görevler yüklemektedir. Devletin bu konuda etkin olması, kimi edimlerde bulunması ve sosyal devlet ilkesini gerçekleştirmesi gerekir. ... bu nedenle kimi KİT'lerin önce bir kanunla iktisadi alanda ticari esaslara göre etkinlik göstermek üzere kurulmuş bir KİT olarak nitelendirilmesi ve daha sonra da özelleştirilmesi hukuksal açıdan olanaklı değildir. Çünkü, sosyal kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi, Anayasa'nın 2 nci ve 46 ncı maddelerine aykırıdır. Anayasa'nın 47 nci maddesinde özelleştirilmenin kabul edilmesi durumu değiştirmez.” GİRİTLİ İsmet – BİLGİN Pertev – AKGÜNER Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, İstanbul, 2006, s. 325.

[11] YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta, 1. Bası, İstanbul, Eylül 2009, s. 45. Aynı yönde bkz. GÖZÜBÜYÜK Şeref – TAN Turgut, İdare Hukuku Cilt I, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 8. Bası, Ankara, 2011; s. 568.

Genel idari kolluk yetkilerinin özel kişilere devrine olanak sağlayan düzenlemelerden biri, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun<sup>[12]</sup>; diğeri ise, 442 sayılı Köy Kanunu<sup>[13]</sup>'nun 3175 sayılı Kanun'la değişik 74 üncü maddesi ile getirilen geçici köy koruculuğudur. Söz konusu düzenlemelerle özel hukuk kişilerinin de kamu düzeninin güvenlik unsurunun korunmasıyla görevlendirilmesi imkanı getirilmiştir.

5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un amacı, 1 inci maddesinde de belirtildiği üzere, kamu güvenliğini tamamlayıcı mahiyetteki özel güvenlik hizmetlerinin yerine getirilmesine ilişkin esas ve usulleri belirlemektir. Kanun, özel güvenlik hizmetinin yerine getirilmesini idareden alınacak izin usulüne bağlarken, bu izin çerçevesinde hizmeti yerine getirebilecek kişi ve şirketlere ilişkin hükümler yanında bunlara özel hukuk kurallarının uygulanabileceğine ilişkin hükümler de öngörmektedir. Ancak kolluk faaliyetinin Anayasa'nın 128 inci madde hükmü uyarınca genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetlerinden olduğu kabul edilecek olursa, yine bu kanunla özel güvenlik hizmetini yerine getirecek kişilere özel hukuk kurallarının uygulanması olanağının tanınması anayasaya uygunluk açısından tartışılabilir bir konu olarak değerlendirilmektedir<sup>[14]</sup>.

Benzer sayılabilecek bir diğer düzenleme ise, 442 sayılı Köy Kanunu'nun değişik 74 üncü madde hükmü ile getirilen geçici köy koruculuğudur. Bu hükme göre, "*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 hükümle de yine genel idari kolluk yetkilerinin özel kişiler tarafından kullanılması olanağı getirilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi 10.12.1985 tarihinde geçici köy koruculuğunun genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken sürekli görev niteliğinde olmadığını, dolayısıyla 442 sayılı Kanun'da değişiklik yapan 3175 sayılı Kanun'un Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir<sup>[15]</sup>.

[12] Resmi Gazete Tarih: 26/06/2004- Sayı: 25504.

[13] Resmi Gazete Tarih: 07/04/1924- Sayı: 68.

[14] Daha ayrıntılı bilgi için bkz. AYAYDIN Cem, "5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Erden Kuntal'p'e Armağan, Cilt 2, 2004.

[15] Anayasa Mahkemesi; 10.12.1985; E. 1985/5- K. 1985/23; Resmi Gazete Tarih: 21/01/1986- Sayı: 18995. "Anayasa'nın 15. maddesi yönünden inceleme : Dava dilekçesinde, iptali istenilen Yasa kuralının üstü kapalı olarak yeni bir olağanüstü hal yönetimi oluşturduğu, böylece Anayasa'nın 15. maddesinde belirtildiği üzere, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabilmesine veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesine olanak tanındığı, oysa yeni olağanüstü hal yönetimleri ihdasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür. Yasanın amaç ve kapsamı bölümünde açıklandığı gibi,



Yeri gelmişken denetim yetkisinin devri kapsamında vurgulanması gereken bir husus vardır. Bu da, kanunda öngörülmele kaydıyla özel hukuk kişilerine genel idari kolluk yetkilerinin kullanılmasının devrinin mümkün olduğu ancak, bunlar üzerinde merkezi idarenin gözetim ve denetim yetkisinin devam ettiği<sup>[16]</sup>.

*iptali istenilen Yasa maddesi; köylerde mevcut köy korucularının, kimi koşulların gerçekleşmesi durumunda, geçici köy korucuları ile takviye edilmesini amaçlamaktadır. Maddede yer alan "... Olağanüstü hal ilanını gerektiren sebeplere ve şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin köyde veya çevrede ortaya çıkması veya ne sebeple olursa olsun köylünün canına ve malına tecavüz hareketlerinin artması..."* ibareleri, bu yola başvurunun bir koşuludur. Öte yandan bu düzenleme, olağanüstü hallerde Anayasa'nın 15. maddesinin öngördüğü, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabilmesine veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesine imkan veren hükümler içermemektedir. Bu itibarla, 3175 sayılı Kanunun 1. maddesinin Anayasa'nın 15. maddesine aykırı olduğuna ilişkin iddia yerinde görülmemiştir. 2–Anayasa'nın 119., 120. ve 121. maddeleri yönünden inceleme: Dava dilekçesindeki Anayasa'ya aykırılık savlarının bir bölümü de, dava konusu Yasa maddesinin yeni olağanüstü hal durumunun tesbiti ve bu duruma ilişkin yöntemin oluşturulmasına yönelik bulunmaktadır. İddiaya göre, olağanüstü hal ilanına ilişkin usule uyulmamış, Milli Güvenlik Kurulunun görüşü alınmadan ve Bakanlar Kurulunun kararına gerek görülmeden, valinin önerisi ve İçişleri Bakanlığının onayı ile yeni bir sistem oluşturulmasına imkan tanınmıştır. Bu yönlerden Yasa maddesi Anayasa'nın 119., 120. ve 121. maddeleriyle çelişmektedir. Bundan önceki bölümlerde, dava konusu maddenin geçici köy korucularının görevlendirilme koşullarını ve bunlara ilişkin kimi özlük haklarını düzenlediği, yeni bir olağanüstü hal yönteminin ihdasının söz konusu olmadığı açıklanmıştı. Bu durumda konunun, olağanüstü yönetim usullerini düzenleyen, tabii afet ve ağır ekonomik bunalım sebebiyle olağanüstü hal durumuna ilişkin 119., şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması sebebiyle olağanüstü hal ilanı ile ilgili 120. ve olağanüstü hallerle ilgili düzenleme başlıklı 121. maddesiyle ilişkisi bulunmadığı fazla açıklamaya gerek bırakmayacak kadar açıktır. 3–Anayasa'nın 128. maddesi yönünden inceleme: Davacılar, 3175 sayılı Kanunun 1. maddesinde; özel bir kolluk kuvveti olarak oluşturulan geçici köy korucularının niteliklerinin, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin belirtilmediğini, bu durumun Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri... kanunla düzenlenir*" hükmüne aykırı bulunduğunu öne sürmüşlerdir. (12 Şaban 1342) 18 Mart 1340 günlü, 442 sayılı "*Köy Kanununun Köy Korucuları ve Göreceği İşler*" başlıklı 8. Faslında yer alan 68. ve takip eden maddelerinde köy korucularının atanmaları, nitelikleri, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerine ilişkin hükümler mevcuttur. 442 sayılı Köy Kanununun 74. maddesine 3175 sayılı Kanunla eklenen dava konusu hükümlere göre köylerde görevlendirilecek olan geçici köy korucularının bu yönden köy korucularına ilişkin hükümlere tabi olacaklarında kuşku yoktur. Kaldı ki, geçici köy korucularının yerine getirecekleri görevler, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken sürekli görev niteliğinde de değildir. Bu nedenlerle; Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık süresi de yerinde görülmemiştir."

[16] Burada yeri gelmişken doktrinden dikkate değer bir görüşe de yer vermek gerekmektedir: "5188 sayılı Kanunla öngörülen kolluk, yani "özel güvenlik" genel idari kolluk niteliğindedir. Bunun faaliyet alanı yer itibarıyla sınırlanmış olsa da kolluk yetkisi geneldir. "Özel güvenlik" in "özel kolluk" ile bir alakası yoktur. "Özel güvenlik", genel kolluğun yardımcı ve tamamlayıcısıdır. Özel güvenlik görevlileri, ücret, mali ve sosyal haklar (özlük hakları) bakımından, bağlı buldukları kuruluşun tabi olduğu hukuka tabidir. Dolayısıyla, özel güvenlik görevlileri

Özel idari kolluk yetkisinin diğer bir deyişle belli bir hizmete yönelik denetim yetkisinin özel kişilere devrine olanak sağlayan düzenlemelerden biri, 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun<sup>[17]</sup>'dur. 6132 sayılı Kanun'un 5 inci maddesine göre, at yarışlarını, at yarışlarının müşterek bahislerini düzenlemek yetkisi Tarım Bakanlığı'na (Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı) ait olmakla birlikte, Bakanlık bu yetkisini bu alanda faaliyette bulunan derneklere Bakanlar Kurulu kararı ile devredebilecektir. Nitekim Bakanlığın söz konusu yetkileri Bakanlar Kurulu kararı (93/5043)<sup>[18]</sup> ile Türkiye Jokey Kulübüne devredilmiştir.

Özel hukuk kişilerine özel idari kolluk faaliyetine ilişkin yetkilerin kullanılmasını devreden bir diğer düzenleme ise, 29.06.2001 tarih ve 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun<sup>[19]</sup>'dur. Kanun'un özellikle 2 nci madde hükmü konumuz bakımından önemlidir. Bu maddeye göre, 4708 sayılı Kanun kapsamına giren her türlü yapının denetimi Bakanlıktan aldığı izin belgesi ile çalışan ve münhasıran yapı denetimi ile uğraşan tüzel kişiliğe sahip yapı denetim kuruluşlarına ait olup; denetim yetkisinin kapsamı yine aynı maddede ayrıntılı olarak hüküm altına alınmıştır<sup>[20]</sup>.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu<sup>[21]</sup>'nin 5228 sayılı Kanun'la değişik 35 inci maddesi de yine konumuzla ilgili benzer bir örnektir. Maddeye göre, *"Araçların muayeneleri Ulaştırma Bakanlığına ait muayene istasyonlarında veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi ile yetki verilmesi halinde ise, yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılır. Yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler, bu yetkilerini Ulaştırma Bakanlığının onayı ile alt işletmecilere aynı standartları sağlamak koşulu ile devredebilirler"*.

Görüldüğü üzere, kolluk yetkilerinin kullanılmasının özel kişilere devri yukarıda yer verilen yasal düzenlemeler karşısında hukukumuzda mümkündür.

---

hizmet akdiyle özel hukuka tabi olarak istihdam edilebilirler. Ancak aksini düşünenler varsa da, kanımızca özel güvenlik görevlilerinin istihdam bakımından özel hukuka tabi olması, özel güvenliğin "kolluk" ve özel güvenlik görevlilerinin birer "kolluk personeli" olmadığı anlamına gelmez. Çünkü bunların kullandığı yetkiler, tipik kolluk yetkileridir ve bunlar kamu hukuku rejimine tabidir. Nitekim özel güvenlik alanında faaliyette bulunulması ve özel güvenlik görevlilerinin işe alınması vb. konularında, özel güvenlik, merkezi idarenin izin ve denetimine tabidir. Nasıl kamu hizmetlerinin yürütülmesi görevi idarenin izni ve denetimi altında özel kişilere devredilebiliyorsa, kolluk hizmetinin yerine getirilmesi de, kanunla öngörülmüş olması kaydıyla, yine idarenin izni ve denetimi altında özel kişilere devredilebilir". bkz. GÖZLER Kemal- KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin, Düzeltilmiş ve Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Bursa, Ekim 2012, s. 590.

[17] Resmi Gazete Tarih: 15/07/1953- Sayı: 8458.

[18] Resmi Gazete Tarih: 09/12/1993- Sayı: 21783.

[19] Resmi Gazete Tarih: 13/07/2001- Sayı: 24461.

[20] 4708 sayılı Kanun'un bazı maddelerinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş; Anayasa Mahkemesi iptal istemini reddetmiştir. İlgili karar çalışmanın devam eden bölümlerinde benzer kararlarla birlikte ele alınacaktır.

[21] Resmi Gazete Tarih: 18/10/1993- Sayı: 18195.

Ancak söz konusu devrin kapsamı, bu yetkilerin devredilebileceği kişilerde bulunması gereken özellikler gibi hususlarda yargı yerlerinin yaklaşımları oldukça dikkat çekicidir. Aşağıda özellikle özel idari kolluk faaliyetinin özel kişilere devri ile ilgili Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları, tartışmaya çalıştığımız idari denetim yetkisinin özel kişilere/şirketlere devri ekseninde irdelenmeye çalışılacaktır.

### III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İDARİ DENETİM YETKİSİNİN DEVRİNE İLİŞKİN YAKLAŞIMI

İster kolluk ister kamu hizmeti olarak değerlendirilsin, idari faaliyet kapsamında olan idarenin denetim yetkisinin belli başlı özellikleri bulunmaktadır. Bu özellikleri idari faaliyetin hukuki rejimini 1982 Anayasası'nın konuyla ilgili maddelerinden çıkarabiliriz. Söz konusu maddelerden ilki şüphesiz Anayasa'nın 128 inci madde hükmüdür<sup>[22]</sup>. Buna göre, kamu hizmetlerinin hukuki rejiminin temelinde genel idare esasları, diğer bir deyişle idare hukuku ilke ve kuralları yer almaktadır ve bu hizmetler memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülür. Anayasa'nın 47 inci madde hükmü<sup>[23]</sup> ile birlikte değerlendirildiğinde genel idare esaslarına göre yürütülmesi zorunlu bir kamu hizmeti alanı var mıdır ya da özelleştirilemeyecek kamu hizmeti var mıdır?

Bir önceki bölümde de yer verdiğimiz gibi, 1999 yılında değiştirilen Anayasa'nın 47 nci madde hükmüyle artık, kamu hizmetinin kurulması kadar kaldırılması yanında, hukuk rejiminin özel hukuk rejimine dönüştürülmesi de kanun koyucunun yetkisindedir. Ancak bunun da belli sınırlarının olduğu kabul edilmektedir. Özellikle kolluk faaliyeti ile ilgili yetkilerin kullanılmasının devrinde bu sınırlar daha belirgin hale gelmektedir. Kolluk faaliyeti, kamu gücünün kullanılmasını gerektirdiğinden münhasıran idare tarafından yürütülmelidir ancak bugün hukukumuzda birtakım yasal düzenlemelerle

[22] 1982 Anayasası Madde 128- Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.

[23] 1982 Anayasası Madde 47- .....  
(Ek fıkra: 13/8/1999-4446/1 md.) Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.  
(Ek fıkra: 13/8/1999-4446/1 md.) Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilir veya devredilebileceği kanunla belirlenir.

özel hukuk kişilerinin de kolluk faaliyetine dahil edildiği görülmektedir. Her ne kadar özel kişilere kolluk faaliyetine ilişkin birtakım yetkilerin kullanılması devredilse de idarenin bunlar üzerindeki gözetim ve denetim yetkisinin devam ettiği de unutulmamalıdır.

Bu durumda ilgili mevzuat yanında özellikle Anayasa Mahkemesi'nin idarenin denetim yetkisinin devrine olanak sağlayan düzenlemeler karşısındaki tutumunun ortaya konulması büyük önem arz etmektedir. Gerçekten Anayasa Mahkemesi'nin özellikle özel idari kolluk yetkisinin de kapsamında bulunan denetim yetkisinin özel kişilere devri konusundaki yaklaşımı önemli ölçüde değişmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin idari denetim yetkisinin özel kişilere devrine ilişkin son 25 yıl içinde verdiği kararlarındaki değişim dikkat çekicidir. Hatta yüksek mahkemenin konumuzla ilgili yakın tarihlerde verdiği kararlarda kullandığı gerekçeler dahi birbirinden oldukça farklıdır.

Anayasa Mahkemesi, 1986 yılında bazı maddelerinin iptali istenilen 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 21 ve 22 nci maddelerinde yer alan yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına ilişkin ibareler ile bunların kuruluşu, yetkileri ve sorumluluklarını düzenleyen 24 ve 25 inci maddelerinin Anayasa'nın 128 inci maddesine aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir<sup>[24]</sup>. Yüksek mahkeme, "... Uygulamada ve öğretide de kabul edildiği gibi; ister "bağlı yetki" ister "takdir yetkisi" şeklinde kullanılsın "ruhsat verme" idarenin, kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Bu nedenle ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, aslı ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur. Bu durum karşısında, bu hizmetin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekir. Esasen Anayasa'nın 128. maddesi ile benimsenen ilke de bu doğrultudadır. (...) Yasanın 24. maddesine göre, gerektiğinde belediye ve valiliklerin yanı sıra yapı ruhsatı ile ilgili görevleri yürütmek üzere kurulacak olan yeminli bürolar ve görevlilerinin imar planı ve proje hazırlayamayacakları, fennî sorumluluk üstlenemeyecekleri, müşavirlik ve müteahhitlik yapamayacakları belirtilmektedir. Bu büro elemanlarının görevlerini yerine getirirken Devlet memuru sayılacakları ve işledikleri suçlar dolayısıyla Devlet memuru gibi cezalandırılacakları, görev sürelerinin tespiti ve denetiminin ise Bakanlığa ait olduğu hüküm altına alınmaktadır. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı gibi bürolar esas itibarıyla serbest meslek faaliyet icra etmekte, ancak görevlerini kötüye kullanmaları olasılığına karşı bir önlem olarak bazı cezai yaptırımlarla karşı karşıya bırakılmaktadırlar. Yeminli bürolar, bu özellikleri nedeniyle merkezi idarenin gözetim ve denetimi altında onun bir birimi durumunda olan kuruluşlar

[24] Anayasa Mahkemesi; 11/12/1986; E. 1985/11- K. 1986/29; Resmi Gazete Tarih: 18/04/1987- Sayı: 19435.

değildir. Sözü edilen kanun maddesinde yer alan büro elamanlarının, “*bu görevlerini ifa ederken Devlet memuru sayılacakları*” ve “*işledikleri suçlar dolayısıyla da Devlet memuru gibi cezalandırılacakları*” biçimindeki hükmü de, yalnız başına bu elemanlara “*memur*” veya “*Anayasa'nın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen kamu görevlisi*” sıfatını ve bu bürolara da kamu kuruluşu niteliğini kazandıramaz. Bu durumda, büro elemanları ile merkezi idare arasında statüer bir ilişki de yoktur. (...) Yukarıda yapılan açıklamalardan, yapı ruhsatı ve buna bağlı olarak yapı kullanma izni vermenin, belediyelerin ve valiliklerin genel idare esaslarına göre, yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerden olduğu, bu itibarla yeminli büro elemanlarının, Anayasa'nın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen “*kamu görevlileri*” deyimine kapsamına girmediği anlaşılmaktadır.” diyerek iptal kararı vermiştir. Bu yetkinin o tarihte özel kişiler tarafından kurulacak yeminli serbest mimarlık ve mühendislik büroları tarafından kullanılmamasının gerekçesi olarak Anayasa'nın 47 nci maddesinde değişiklik yapılmamış olması gösterilebilir. Ancak bu kararda asıl dikkat çeken, geniş anlamda yapı denetiminin içine giren ruhsat verme yetkisinin, her şeyden önce kolluk faaliyeti olarak değerlendirilmiş ve ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülebileceğinin belirtilmiş olmasıdır.

Anayasa Mahkemesi 1986 yılında yukarıda yer verilen kararından 16 yıl sonra inceleme konumuzla ilgili 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun hakkında bir karar vermiştir<sup>[25]</sup>. 4708 sayılı Kanun'un inceleme konumuzla ilgili iptali istenen maddeleri 2 ve 4 üncü madde hükümleridir. Kanun'un iptali istenen 2 nci maddesinde, bu kanun kapsamına giren her türlü yapının, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı' (Çevre ve Şehircilik Bakanlığı)ndan aldığı izin belgesi ile çalışan münhasıran yapı denetimi görevi yapan, tüzelkişiliği haiz yapı denetim kuruluşlarının denetimine tabi olduğu; bu denetimin gerçekleştirilebilmesi için yapı sahibi veya vekili ile hizmet sözleşmesi yapılması gerektiği ve yapı denetim kuruluşlarının görevleri düzenlenmektedir. Kanun'un 4 üncü maddesinde ise, yapı denetim komisyonunun yapı denetim kuruluşlarına izin belgesi vereceği, bunların faaliyetlerini denetleyeceği, kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıkları inceleyip görüşünü bildireceği, yasa hükümlerine aykırı hareket eden yapı denetim kuruluşu hakkında denetim faaliyetlerinin durdurulması ve izin belgesinin iptali için Bakanlığa teklifte bulunacağı; bu komisyonun çalışma usul ve esaslarının Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikle düzenleneceği düzenlenmektedir. Anayasa Mahkemesi 2 ve 4 üncü maddeler hakkındaki iptal istemlerinin reddine karar vermiştir.

[25] Anayasa Mahkemesi; 26/06/2002; E. 2001/377- K. 2002/59; Resmi Gazete Tarih: 09/11/2002- Sayı: 24931.

Mahkeme, “imar kolluğu 3194 sayılı İmar Yasası ile yerel yönetimlerin görev ve yetki alanında kabul edilerek özel idari kolluk şeklinde düzenlenmiştir. (...) Dava konusu kurullarla, 3194 sayılı İmar Kanunu'nda yer alan fenni mesul müessesesinin yerine tüzelkişiliğe sahip “yapı denetim kuruluşları” ikame edilmektedir. Bu kuruluşlar merkezi yönetimden aldıkları izin belgesi ile faaliyet gösterecekler, faaliyetleri merkezi yönetim tarafından denetlenecektir. Kamu güvenliği ve kamu yararı amacıyla yapılan bu düzenleme ile yapı denetim kuruluşlarına yerel yönetimlerin yerine geçme ve karar alma yetkisi verilmemiş, mahalli nitelikteki müşterek ihtiyaçların karşılanması için teknik destek sağlanmış, 3194 sayılı İmar Kanunu'nda var olan yapı denetim yetkileri de kaldırılmamıştır. (...) İmar kolluğu faaliyetleri içinde yer alan ve yapı ruhsatı verme, vermeme ya da yapıyı durdurma, yıkma işlemleri yerel yönetimlerin yetkisinde olup, dava konusu düzenlemeyle yapı denetim kuruluşlarına idari işlem yapma yetkisi verilmiş değildir. Başka bir anlatımla, yapı denetim kuruluşları, kamu gücü kullanmadan teknik inceleme yapmak ve bu konuda ilgili yerlere rapor, görüş ve bilgi vermekle görevlendirilmişlerdir. Buna göre, yapı denetim kuruluşlarının hizmetleri Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler arasında bulunmamaktadır” diyerek dava konusu kurulların Anayasa'nın 127 ve 128 inci maddelerine aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine karar vermiştir.

Dikkat edilecek olursa yukarıda yer verilen kararında Anayasa Mahkemesi, yapı denetim işini idarenin kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevleri arasında değerlendirmemektedir. Kanaatimizce özel idari kolluk türlerinden biri olan imar kolluğu faaliyetinin bir parçası olan ve yapı ruhsatı verme, yapı işlerini durdurma ve yapı yıkma yetkisinin temelinde yer alan yapı denetim yetkisinin imar kolluğundan ayrı düşünülmesi pek mümkün görünmemektedir. Ayrıca eklemek gerekir ki, özellikle imar kolluğu faaliyetine ilişkin yetkilerin kullanımının bir kısmının idare yanında bugün Anayasa'nın 47 inci madde hükmü karşısında kanunla özel kişilere de gördürülebileceğini ancak bunlar üzerinde idarenin gözetim ve denetiminin devam ettiğini de belirtmek gerekmektedir. Yeri gelmişken bu karardaki dikkate değer karşı oy gerekçesine de değinilmelidir. Karşı oy gerekçesinde üyeler “yapı denetimi, idarenin yaptırım gücüne dayanarak yürüttüğü kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Ruhsat ise yapılan denetimin, mevzuata uygun olduğunu gösteren bir izin belgesidir. Bu nedenle ruhsatın denetimden ayrı düşünülmesine olanak yoktur. (...) İdare, kolluk faaliyetleri arasında yer alması nedeniyle yapı denetimi ve bunun sonucu olan ruhsat verme yetkisini özel kişilere devredemeyeceğinden devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bu kamu hizmetini, ancak memurlar ve diğer kamu hizmetlileri eliyle görebilir. Dava konusu düzenlemeyle İdare'nin 3194 sayılı İmar Yasası'na göre kullandığı yapı denetim yetkisi kaldırılmamış ise de yalnız

*memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülebilecek bir hizmetin özel kişilerce de görülmesine olanak tanınması, Anayasa'ya aykırılığını kabulü için yeterlidir. Kaldı ki, yapı denetimine ilişkin özel kurallar getiren dava konusu düzenlemeden sonra, imar konusunda genel hükümler içeren İmar Yasasının ilgili kurallarının zımnen yürürlükten kaldırılıp kaldırılmadıkları da tartışmaya açıktır. (...) Öte yandan, Anayasa'nın 47. maddesine göre bir hizmetin "özelleştirme"ye konu olabilmesi için 128. maddesi kapsamında çıkarılmış olması gerekir. İdarenin yapının inşası ve kullanımıyla ilgili "ruhsat" adı altında kullandığı izin yetkisini elinde bulundururken bu iznin dayanağını oluşturan denetim yetkisini tümüyle özel kişilere devretmesi veya onlarla paylaşması olanaklı değildir." diyerek 2 ve 4 üncü maddeler yanında 4708 sayılı Kanun'un iptali istenen 5, 6 ve 11 inci maddelerinin de Anayasa'ya aykırı olduğunu belirtmektedir.*

Anayasa Mahkemesi yukarıda yer vermeye çalışıldığı gibi yapı denetiminin Anayasa'nın 128 inci madde kapsamındaki asli ve sürekli görevlerden (dolayısıyla kolluk etkinlikleri içinde yer alan kamu hizmeti) sayılmayacağına, özel kişiler tarafından da yerine getirilebilecek bir faaliyet olduğuna hükmederken; tohumluğun üretimine, ithal ve ihracatına izin verilmesi, tohumluk sertifikasyonu, tohumculuk ile ilgili faaliyetlerde yetkilendirme ve bunların denetlenmesi, ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğu ile etiket ve ambalaj bilgilerinin doğruluğunun denetlenmesi işlemlerini bir tür kamu hizmeti olarak nitelendirip, söz konusu denetimin özel hukuk kişilerine devrinin Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varmıştır<sup>[26]</sup>.

5553 sayılı Tohumculuk Kanunu ile ilgili verdiği kararında yüksek mahkeme, iptali istenen 15 inci madde hükmüyle ilgili olarak, "iptali istenilen kuralda, Tarım ve Köyişleri Bakanlığının gerekli gördüğü hallerde Yasa'nın 5., 6., 7. ve 8. maddelerinde belirtilen yetkilerini kısmen veya tamamen Türkiye Tohumcular Birliğine, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere; şartları belirlenmek kaydıyla, süreli veya süresiz olarak devredebileceği öngörülmektedir. Kuralda Bakanlığın devredebileceği yetkiler, (...), 8. maddede tohumlukları yetiştiren, işleyen ve satışa hazırlayan, dağıtan, satan gerçek veya tüzel kişilerin yetkilendirilmesi ve denetlenmesine, ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğu ile etiket ve ambalaj bilgilerinin doğruluğunun denetlenmesine ilişkindir. (...) Tohumluğun üretimine, ithal ve ihracatına izin verilmesi, tohumluk sertifikasyonu, tohumculuk ile ilgili faaliyetlerde yetkilendirme ve bunların denetlenmesi, ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğu ile etiket ve ambalaj bilgilerinin doğruluğunun denetlenmesi işlemlerinin kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. İptali istenilen kural

[26] Anayasa Mahkemesi; 13/01/2011; E. 2007/2- K. 2011/13; Resmi Gazete Tarih: 23/07/2011- Sayı: 28003.

ile Bakanlığın bu konuda haiz olduğu yetkileri gerekli gördüğü hallerde kısmen veya tamamen Türkiye Tohumcular Birliğine, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere; şartları belirlenmek kaydıyla, süreli veya süresiz olarak devredebileceğinin öngörüldüğü, Bakanlığın kuralda belirtilen yetkileri vermesi halinde de denetim ve gözetim görevinin devam edeceği açıktır. (...) İptali istenilen kural ile Bakanlığın; Birliğe, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere devredebileceği yetkilerinden olan denetleme görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindedir. Anayasa'nın 128. maddesine göre de, kolluk faaliyetleri arasında yer alması nedeniyle denetleme yetkisinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur. İptali istenilen kuralda özel hukuk tüzel kişileri dışında yetki devri yapılabilecek Türkiye Tohumcular Birliği, kamu kurum ve kuruluşları ve üniversiteler kamu tüzel kişiliğine sahip olup, Anayasa'nın 128. maddesi kapsamındadır. Ancak, bunlar dışında Bakanlığın denetim yetkisini tümüyle özel hukuk tüzel kişilerine devretmesi veya onlarla paylaşması ise olanaklı değildir." diyerek maddedeki "...özel hukuk tüzel kişilerine..." ibaresinin, 8. maddedeki "denetim" yönünden Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>[27]</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin idarenin denetim yetkisinin niteliğine ve bu yetkinin özel kişilere devrine ilişkin burada değineceğimiz son kararı ise, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'da değişiklik yapan 6094 sayılı Kanun'un çeşitli maddelerinin

[27] Mahkeme üyelerinden Dursun'un Tohumculuk Kanunu ile ilgili karara yazdığı karşı oy yazısına aslında bizim de tartışmaya çalıştığımız hususlara kısmen değinmesi bakımından yer verilebilir. Dursun'a göre, "Son yıllarda kamu yönetimi ve idare hukuku alanında ki yeni anlayışlar ve gelişmeler kamu hizmeti kavramının tanımında daraltıcı yorumları beraberinde getirmiştir. Bu yorumlar sunucunda daha önce memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülen hizmetlerin özel hukuk tüzel kişilerine devri söz konusu olmaktadır. Bütün bu gelişmeler nedeniyle ki 5553 sayılı Kanun'un 15. maddesinde ki yetki devrini öngörülen düzenlemeye benzer düzenlemeler diğer bazı kanunlarda da yer almaya başlamıştır. 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 1. maddesinin (ı) bendinde; yapı denetim kuruluşu; Bakanlıktan aldığı izin belgesi ile münhasıran yapı denetimi görevini yapan, ortaklarının tamamı mimar ve mühendislerden oluşan tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Yine 5262 sayılı Organik Tarım Kanununun Denetim başlıklı 11. maddesinde; "Bakanlık gerekli gördüğü hallerde denetim yetkisini kısmen veya tamamen, akreditasyonu yapılmış; kamu kurum ve kuruluşlarına, özel sektör tüzel kişilerine ve üniversitelere devredebilir" denilmektedir. Ayrıca 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 35. maddesinde; "Araçların muayeneleri, Ulaştırma Bakanlığına ait muayene istasyonlarında veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi ile yetki verilmesi halinde ise yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılır" denilmiştir. (...) Denetimin kamu hizmeti niteliği literatürde tartışmalıdır. Denetimin idari kolluk anlamında bir kamu hizmeti olarak kabul edilmesi halinde dahi bu hizmetin Anayasa'nın 128. maddesinde ki memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle etkin ve verimli bir şekilde gördürülmesi gelişen kamu yönetimi anlayışına uygun değildir."



iptali istemiyle açılan davada verdiği karardır<sup>[28]</sup>. 5346 sayılı Kanun'un iptali istenen hükümlerinden biri, 6094 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesiyle, 5346 Sayılı Kanun'un 6 ncı maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/C maddesinin son fıkrası hükmüdür. Söz konusu hükme göre, “*Bu Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretimi yapılan diğer tesislerin lisansı kapsamındaki inceleme ve denetimi EPDK (Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu) tarafından yapılır veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.*” Yüksek Mahkeme bu hükmün Anayasa'nın 2, 7 ve 10 uncu maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme her ne kadar ilgili hükmün Anayasa'nın 128 inci maddesi bakımından aykırılığına karar vermemiş olsa da üretim tesisleri ile elektrik üretim ve dağıtımı yapılan diğer tesislerin lisansı kapsamındaki inceleme ve denetleme işinin kamu hizmeti olduğunu belirtmektedir. Mahkeme, “*nitekim, bu inceleme ve denetlemenin EPDK tarafından yapılacağı veya gerektiğinde EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılacağı belirtilmiştir. (...) Hizmet satın alınarak yaptırılacak denetimde, denetim şirketlerinin yetkilerinin sınırları, söz konusu denetim sonuçlarının EPDK yönünden bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı ve bu aşamada EPDK'nın denetim yetkisinin ayrıca devam edip etmediği, lisans kapsamında yapılan inceleme ve denetimlerde denetlenen şirket ile denetleyen şirketin yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmediğinin 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 Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK 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, söz 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 aslı ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle*

[28] Anayasa Mahkemesi; 05/07/2012; E. 2011/27- K. 2012/101; Resmi Gazete Tarih: 06/10/2012- Sayı: 28433.

*görüleceğini öngören Anayasa'nın 128. maddesi yönünden yapılacak denetime de engel oluşturmaktadır. (...) Dava konusu kuralda, (...) inceleme ve denetimin EPDK tarafından yapılması halinde denetlenen bakımından mali bir külfete yol açmamakta iken söz konusu denetimin EPDK tarafından yetkilendirilen denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılması halinde denetim masraflarının denetlenenden alınması sonucuna yol açan düzenleme, denetlenenler yönünden aynı hukuki konumda bulunan şirketlere farklı işlem ve yükümlülükler getirilmesi sonucunu doğurmakta ve eşitlik ilkesine de aykırı bulunmaktadır.”* diyerek iptal kararının gerekçesini de belirtmiş olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin idarenin denetim yetkisinin özel kişilere devrine ilişkin son 25 yıl içinde verdiği kararlarında süreklilik arz eden bir yaklaşımından söz etmek mümkün görünmemektedir. Hatta yüksek mahkemenin dikkat edilecek olursa, konumuzla ilgili yakın tarihlerde verdiği kararlarında kullandığı gerekçeler dahi birbirinden oldukça farklıdır.

#### IV. SONUÇ

**I**ster kolluk ister kamu hizmeti olarak değerlendirilsin, bir tür idari faaliyet olan idarenin denetim yetkisinin bugün özel kişilere devri hukuken mümkün görünmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin konuya yaklaşımı çalışmamızda yer vermeye çalıştığımız kararlarında da görüleceği üzere farklılık göstermekle birlikte bu kararlardan birtakım sonuçlar çıkarılabilir.

Bunlardan ilki, idarenin denetim yetkisinin niteliğine ilişkindir. İdarenin denetim yetkisinin doktrinde çoğunlukla kolluk faaliyeti çerçevesinde değerlendirilmesine karşın Anayasa Mahkemesi bu konuda genellikle net bir ayırım yapmamaktadır. Gerçekten idarenin denetim yetkisi mahkemenin kararlarında, Anayasa'nın 128 inci maddesi kapsamındaki idarenin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevlerden biri olarak nitelendirilmekte, kamu hizmeti kolluk ayırımına çok değinilmemektedir.

Yüksek mahkeme kararlarından çıkarabileceğimiz bir diğer sonuç ise, denetim yetkisinin özel kişilere devrinde çerçevenin süreklilik arz edebilecek nitelikte bir içtihatla çizilmemiş olduğudur. Mahkeme, denetim yetkisinin devrine yer vermeye çalıştığımız kararlarında neredeyse Anayasa'nın 47 inci madde hükmünü hiç dikkate almamaktadır. Oysa ki ister kolluk faaliyeti, ister kendine özgü yöntemlerle yerine getirilen bir tür kamu hizmeti olarak kabul edilsin idarenin denetim yetkisinin özel kişilere devrinin Anayasa'nın 47 inci madde hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Son olarak, geçici köy koruculuğu, özel güvenlik hizmetleri, yapı denetimi gibi daha çok kolluk faaliyeti kapsamında değerlendirilebilecek etkinliklerin özel kişilere devrini anayasaya aykırı bulmayan yüksek mahkeme, en az bunlar

kadar kolluk faaliyeti kapsamında değerlendirilebilecek tohumculuk faaliyetinin denetiminin, EPDK'nın gerçekleştirdiği denetimin devri gibi yukarıda değindiğimiz kararlarında iptali istenen kanunların devre ilişkin hükümlerini farklı gerekçelerle de olsa anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Gerçekten mevzuatımızda genel idari kolluk yetkilerinin devrine izin veren kanunlar yürürlükte iken; daha çok idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan ancak bunun yanında genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olarak da değerlendirilebilecek idarenin denetleme görev ve yetkisinin özel kişilere devrini öngören kanunların iptal gerekçelerini anlamak ve açıklamak çok kolay görünmemektedir.

## KAYNAKÇA

Anayasa Mahkemesi; 05/07/2012; E. 2011/27- K. 2012/101; Resmi Gazete Tarih: 06/10/2012- Sayı: 28433.

Anayasa Mahkemesi; 11/12/1986; E. 1985/11- K. 1986/29; Resmi Gazete Tarih: 18/04/1987- Sayı: 19435.

Anayasa Mahkemesi; 13/01/2011; E. 2007/2- K. 2011/13; Resmi Gazete Tarih: 23/07/2011- Sayı: 28003.

Anayasa Mahkemesi; 26/06/2002; E. 2001/377- K. 2002/59; Resmi Gazete Tarih: 09/11/2002- Sayı: 24931.

ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

AYAYDIN Cem, "5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Cilt 2, 2004.

DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982.

GİRİTLİ İsmet – BİLGİN Pertev – AKGÜNER Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, İstanbul, 2006.

GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Cilt II, Ekin, Bursa, Ekim 2009.

GÖZLER Kemal- KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin, Düzeltilmiş ve Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Bursa, Ekim 2012.

GÖZÜBÜYÜK Şeref – TAN Turgut, İdare Hukuku Cilt I, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 8. Bası, Ankara, 2011.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, 2011.

ULUSOY Ali, "Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramlar", Ali ULUSOY (editör), Liberte, HUKUK ve EKONOMİ PERSPEKTİFİNDEN ULUSLARARASI TAHKİM VE KAMU HİZMETİ, Ankara, Ekim 2001.

YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta, 1. Bası, İstanbul, Eylül 2009.

