

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN HUKUKİ REJİMİ
(KAMU HUKUKU-ÖZEL HUKUK AYRIMI BAĞLAMINDA BİR İNCELEME)

Doktora Tezi

Burçak BAL YALÇIN

Ankara-2022

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN HUKUKİ REJİMİ
(KAMU HUKUKU-ÖZEL HUKUK AYRIMI BAĞLAMINDA BİR İNCELEME)

Doktora Tezi

Burçak BAL YALÇIN

TEZ DANIŞMANI
Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK

Ankara-2022

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İDARE HUKUKU BİLİM DALI**

**KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN HUKUKİ REJİMİ
(KAMU HUKUKU-ÖZEL HUKUK AYRIMI BAĞLAMINDA BİR İNCELEME)**

DOKTORA TEZİ

Tez Danışmanı: Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Doç. Dr. Cüneyt OZANSOY

Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK

Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY

Doç. Dr. Nilay ARAT

Dr. Öğretim Üyesi İbrahim Nihat BAYAR

Tez Savunması Tarihi : 07/02/2022

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Doç. Dr. K. Burak Öztürk'ün danışmanlığında hazırladığım “Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Hukuki Rejimi (Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayrımı Bağlamında Bir İnceleme (Ankara- 2022) ” adlı doktora tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

07/02/2022
Burçak BAL YALÇIN

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR CETVELİ.....	iv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN HUKUKİ GELİŞİMİ

I. KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN ORTAYA ÇIKIŞI.....	3
A. Devletin Ekonomik Hayata Müdahale Aracı Olarak Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Ortaya Çıkışı.....	3
B. Türkiye'nin Başlıca Ekonomi Dönemleri İçinde Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Yeri	9
II. KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	20
A. Hukuki Niteliğe İlişkin Kavramsal Değerlendirme.....	21
1. Yasal Gelişim ve Dönüşüm Sürecinin Neden Olduğu Tanımlama ve Kapsam Sorunu	21
2. Karma Hukuki Rejimden Kaynaklanan Tartışmalar.....	29
a. Tabi Olunan Hukuki Rejim Gözetilerek Yapılan Tespitler	31
b. Kamusal Niteliğin Hukuki Rejimden Etkilenmediği Yönündeki Tespitler.....	41
B. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Kamu Tüzel Kişisi Niteliği.....	53
1. Kamu Tüzel Kişiliği-Özel Hukuk Tüzel Kişiliği Ayrımı	53
2. Kamu Tüzel Kişiliği Niteliğinin Belirlenmesinde Başvurulan Ölçütler	59
a. Tüzel Kişiliği Kurucu İşlemin Bir Kamu Hukuku İşlemi Olması: Anayasa'da Öngörülen Şekilde Kurulma	59
b. Kamusal Yetkilere Sahip Olma ve Kamusal Yükümlülüklerle Tabiiyet	64
3. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Sermaye Oranı Ölçütü Uyarınca Sınıflandırılması ve Türlerine Göre Hukuki Nitelikleri	69
a. Kamu İktisadi Kuruluşları ve İktisadi Devlet Teşekkülleri	71
b. Müesseseler	77
c. Bağlı Ortaklıklar	80
d. Kamu İştirakleri.....	81

III. ÖZELLEŞTİRME SÜRECİNİN KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNE ETKİSİ	84
A. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Genel Bilgiler	84
B. Özelleştirme Öncesi Hazırlık Çalışmalarının Hukuki Nitelik Üzerindeki Etkisi.....	96

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN HUKUKİ REJİMİNİN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN YARGISAL ÖLÇÜTLER

I. KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN HUKUKİ REJİMİNİN BELİRLENMESİNDE ESAS ÖLÇÜT OLARAK “KAMUSAL YETKİ”	109
A. Yetkinin Niteliğinin Belirlenmesinde Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayırımı ve Hukuki Rejimlerin Genel Özellikleri.....	110
B. Hukuki Rejimlerin Genel Özellikleri Çerçevesinde Kamu İktisadi Teşebbüsleri Tarafından Kullanılan Yetkinin Niteliği.....	125
1. İdare Hukukunda Kamusal Yetkinin Hukuki Niteliği.....	125
2. Yargı Organının Kamusal Yetki-Serbest İrade Ayırımıyla Hukuki Rejimi Belirlemesi.....	130
II. KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİ İLE HİZMETTEN YARARLANANLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLERDE HUKUKİ REJİMİN BELİRLENMESİ	142
A. İktisadi Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü	142
1. Yargı Organının Davacının Kimliği Uyarınca Hukuki Rejimi Belirlemesi.....	145
a. Davacının Üçüncü Kişi ya da KİT’lerde Çalışan Kamu Görevlisi Olması Halinde Faaliyetin “Kamu Hizmeti” Niteliğinin Önceliği.....	145
b. Davacının Hizmetten Yararlanan Olması Halinde Faaliyetin “İktisadi” Niteliğinin Önceliği	159
2. İktisadi Kamu Hizmetlerinin İktisadi Faaliyetlerden Ayrılması.....	169
B. Hizmetten Yararlananlarla Kurulan Sözleşme İlişkisinin Hukuki Niteliği	185

C. Hizmetin Yürütülmesinde Kamusal Yetki Kullanımından Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Sözleşmeden Ayrılabilir Niteliği.....	193
III. KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİ İLE PERSONELİ ARASINDAKİ İSTİHDAM İLİŞKİLERİNDE HUKUKİ REJİMİN BELİRLENMESİ.....	206
A. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Genel İdare Esaslarına Göre Yürüttükleri Kamu Hizmetleri ve Kamusal Yetki Kullanımı	206
1. Anayasa'nın 128'inci Maddesi Bağlamında Genel İdare Esaslarının Anlamı	208
2. Genel İdare Esaslarına Tabi Asli ve Sürekli Görevleri Yerine Getiren Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personelinin Hukuki Statüsü	213
B. Yargı Organının Statü Hukuku-İş Hukuku Ayrımıyla Sözleşmeye Dayanan İstihdam İlişkisini Belirlemesi	222
C. Özelleştirme Kapsamına Alınan Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Personel Rejimi	227
SONUÇ	241
KAYNAKÇA.....	245
ÖZET	269
ABSTRACT	270

KISALTMALAR CETVELİ

A.O.	: Anonim ortaklık
A.Ş.	: Anonim şirket
aşa.	: Aşağıda
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BOTAŞ	: Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi
CE	: Conseil d'Etat
Çev.	: Çeviren
D	: Daire
D.	: Danıştay
DİDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
DİDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
Edit.	: Editör
HD	: Hukuk Dairesi
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİBB	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com)
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsleri
LBEHB	: Legal Bank Elektronik Hukuk Bankası (www.legalbank.net)
LexHBS	: Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi (www.lexpera.com.tr)
m.	: Madde
OYAK	: Ordu Yardımlaşma Kurumu
ÖSYM	: Ölçme Seçme ve Yerleştirme Merkezi
PTT	: Posta ve Telgraf Teşkilatı
R.G.	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
T.	: Tarih

TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCDD	: Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları
TEK	: Türkiye Elektrik Kurumu
TEDAŞ	: Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi
TEKEL	: Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri
TEPAV	: Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı
THY	: Türkiye Hava Yolları
TMO	: Toprak Mahsulleri Ofisi
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TODAİE	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
TPAO	: Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TVF	: Türkiye Varlık Fonu
UYM	: Uyuşmazlık Mahkemesi
vb.	: Ve benzeri (ve bunun gibi)
vd.	: Ve devamı (ve devamında)
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Devletin artan ekonomik ve sosyal görevleri sonucu ortaya çıkan kamu iktisadi teşebbüsleri, idari teşkilat içinde iktisadi kamu kurumları arasında yer almakta ve tabi oldukları yasal düzenlemeler dikkate alınarak bu kurumların sundukları hizmetten yararlananlar ve üçüncü kişilerle yaptıkları işlemlerin, özel hukuka; kuruluşları, iç yapı ve ilişkilerinin ise idare hukukuna tabi olduğu kabul edilmektedir. Devletin iktisadi alandaki faaliyetlerinin klasik idare hukuku ilke ve usulleriyle yürütülemeyeceğinden bahisle bu alana özel hukuk kurallarının uygulanması bir çözüm olarak benimsenmiş ise de idarenin özel hukuk alanındaki faaliyetlerine ilişkin kamu hukuku-özel hukuk ayrımı bağlamında görevli yargı düzeninin belirlenmesine ilişkin uyumsuzluklar, yargı içtihatlarındaki yerini korumaktadır. Kamu iktisadi teşebbüslerinin özel hukuk ve kamu hukukunun klasik ölçütleri ile tam örtüşmeyen ve bu nedenle birbiriyle çatışma halindeki özellikleri, bu kurumların tüzel kişiliklerinin ve hukuki ilişkilerinin nitelendirilmesini de tartışmalı hale getirmiştir. Bu çalışmada, idare hukukunun içtihatlara dayalı uygulamasından yola çıkarak kamu iktisadi teşebbüslerinin hukuki rejiminin, yüksek mahkeme kararlarının ele alınması ile incelenmesi usulü benimsenmiştir. Bu alana yönelik bir çalışmada sınırlı bir metin ile sorunun tüm yönlerine eğilmek mümkün olmadığından, yapılan karar incelemeleri sonucunda ortaya çıkan ana başlıklar çerçevesindeki sorunların özüne yoğunlaşmıştır. Bu bağlamda, kamu iktisadi teşebbüslerini hem organik hem de işlevsel anlamda idare içine yerleştirerek, bu kurumların hukuki niteliklerini ve faaliyetlerini idare hukukunun özgül alanında açıklamaya çalışan bu çalışma, iki ana bölümden oluşmaktadır.

“*Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Hukuki Gelişimi*” başlığını taşıyan birinci bölümde; kamu iktisadi teşebbüslerinin ortaya çıkışı, hukuki niteliği ve özelleştirme sürecinin bu kurumların hukuki niteliğine etkisi incelenmiştir. Bu bölümde öncelikle,

bugüne ilişkin bir değerlendirme yapabilmek için bu kurumların tarihsel süreç içinde ortaya çıkış nedenleri, gelişimi ve dönüşümleri ele alınmıştır. Daha sonra, dönüşüm sürecinin neden olduğu kapsam sorununa değinilmiş; 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye tabi olan kamu iktisadi teşebbüslerinin incelenmesi ile sınırlı bu çalışmaya yönelik olarak, yüksek mahkeme kararlarında yer alan ve bu kurumların hukuki niteliklerine ilişkin tespitler ortaya konulmuştur. Söz konusu tespitler, kamu iktisadi teşebbüslerinin kamu tüzel kişiliğinin belirlendiği başlık altında, kamu tüzel kişiliğinin belirlenmesinde başvuru olan ölçütler ile ele alınmıştır. Bu bölümde son olarak özelleştirmenin konusu olan kamu iktisadi teşebbüsleri, özelleştirme sürecinin hukuki nitelik üzerindeki etkileri bağlamında incelenmiştir. Tüzel kişilik niteliğinin tespitine ilişkin bu bölümün amacı, ikinci bölümde ele alınacak hukuki rejimlerin hukuki niteliğinin etkisinden bağımsız olarak değerlendirilemeyeceği düşüncesine dayanmaktadır.

“Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Hukuki Rejiminin Belirlenmesine İlişkin Yargısal Ölçütler” başlıklı ikinci bölümde; ilk olarak hukuki rejimin belirlenmesine ilişkin yapılan karar incelemeleri sonucunda yargı içtihatları ile esas ölçüt olarak ortaya çıkan kamusal yetki kavramı incelenmiş, daha sonraki başlıklarda kamu iktisadi teşebbüsleri ile hizmetten yararlananlar ve personeli arasındaki hukuki ilişkiler, bu esas ölçüt bağlamında daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Gerek hizmetten yararlananlarla kurulan hukuki ilişkiler gerekse istihdam ilişkilerine yönelik hukuki rejimin tespitinde kamusal yetki-serbest irade ayırımına başvurulmasına rağmen, davacının kimliği ve yasal düzenlemeler üzerinden tanımlanan bu hukuki ilişkiler ayrıca incelenmeyi gerektirmiştir. Bu bağlamda hizmetten yararlanan ile kurulan ilişkiler, iktisadi kamu hizmetleri ve bu hizmetlerden yararlananlarla kurulan sözleşmenin hukuki niteliği ele alınarak incelenmiştir. Kamu iktisadi teşebbüslerindeki personel rejimi ise bu kurumların genel idare esaslarına göre yürüttükleri faaliyetler bağlamında ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN HUKUKİ GELİŞİMİ

I. KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

A. Devletin Ekonomik Hayata Müdahale Aracı Olarak Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Ortaya Çıkışı

Klasik liberal devlet ile sosyal devlet arasındaki fark, ilkinin burjuva toplumunun devlete karşı yürüttüğü mücadelenin sonucu olarak burjuva devriminin bir ürünü; ikincisinin ise sanayi devriminin bir ürünü olmasına dayanır. Bu bağlamda her ikisi için farklılaşan hukuki değerler, devletin müdahalesine ilişkin sınırları da belirlemektedir. Liberal devlet, bireylerin yaşamlarının, özgürlüklerinin ve mülkiyetlerinin korunması için devletin müdahalelerinin sınırlandırılmasını isterken; sosyal devlet ise sosyal olarak tehlikede olan sınıfların yaşayabilmeleri için istihdam ve çalışma gücünün korunması amacıyla söz konusu alanlara artan bir devlet müdahalesini talep etmektedir.¹ 19'uncu yüzyılın ortalarından sonra anayasal düzeyde kabul gören sosyal devlet anlayışının, klasik liberal devletin insanın kişiliğinin korunması anlayışını benimsemekle birlikte, bunun sadece devletin sınırlandırılması ve bireylerin klasik haklar sahibi olması ile değil; onların sosyal haklarla da donatılması ve böylece devletin de sosyal bir nitelik kazanması ile mümkün

¹ Ernst Rudolf Huber, “*Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet*”, Çev. Tuğrul Ansay, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 27, Sayı 3, Yıl 1970, s.34, s.46. Sanayi toplumunun devlet müdahalesine ihtiyaç duyan bir toplum olduğunu vurgulayan Huber, sosyal devleti, söz konusu çağın gerektirdiği “sosyal müdahaleler devleti” olarak ifade etmektedir. Huber, “*Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet*”, s.35.

olduğunun kabulü² ile klasik liberal devletin bir ileri aşaması olarak ortaya çıktığı görülmektedir.³

Sosyal devlet anlayışı, özgürlüğü soyut olarak ele almadığından klasik liberal anlayıştan farklılaşmıştır. Liberal kuramın aksine sosyal devletin temel özelliği, devletin, sosyoekonomik yaşama müdahalesidir.⁴ Devletin sınırlanması ve bireyin korunması yönündeki klasik kamu hukukunun temelinde yer alan siyasal liberalizm karşısında⁵, artık devlet otoritesinin güçlendirilmesi ve her alana müdahalesinin yararları yer almış; devlet büyüdükçe, geleneksel kamu özgürlükleri yanında sosyal ve ekonomik haklar kavramı ön

² Nihat Bulut, “Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu Mu?”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 52, Sayı 2, Yıl 2003, s.176, s.179. 1930’lardan itibaren siyasi ve ekonomik zorunlulukların kapitalist ekonomi düzeninde yarattığı önemli değişikliklerle sadece özel teşebbüse dayanan bir ekonomik düzeninin kalmadığına dikkat çeken Karayalçın, İkinci Dünya Savaşı’ndan sonraki durumu ise “sosyal kapitalizm”in ortaya çıkması olarak ifade etmektedir. Yaşar Karayalçın, **Anayasa ve Hukuk Bakımından Türk Ekonomi Düzeni**, GİM Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1968, s.7.

³ Ayferi Göze, **Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet**, Beta Basım, 7. Basım, İstanbul, 2013, s.203. Sosyal devletin tamamlayıcı niteliği hakkında bkz. Karayalçın, **Türk Ekonomi Düzeni**, s.24-25; Bulut, “Sosyal Devlet”, s.179; Mehmed Akad, **Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992, s.48.

⁴ Bu anlayış ile devletin toplumda üretilen mal ve hizmetlerin bölüşümüne müdahalesi meşruiyet kazanmış; devletin temel işlevi, bu mal ve hizmetlerin adil ve eşitlikçi bölüşümü olarak belirlemiştir. Gencay Şaylan, **Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi**, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2003, s.94. Devletin ekonomik alana müdahalesinin sosyal devlete münhasır olmadığını ve tüm devlet sistemlerinde iktidarın ekonomik hayata müdahale ettiğini vurgulayan Göze, sosyal devleti, ekonomik müdahaleler devleti olarak tanımlamanın yetersiz olduğunu ve bu müdahaleleri diğer devlet müdahalelerinden ayıran özellikleri belirleme gerekliliğini vurgulamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Göze, **Sosyal Devlet**, s.253.

⁵ Vural Savaş, “Anayasalarda Ekonomik Hak ve Özgürlükler: T.C. Anayasaları Örneği”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 6, Yıl 1989, s.177.

plana çıkmıştır.⁶ Devletin ekonomik ve toplumsal yaşama müdahalesi ile kamu ve özel kesim arasındaki farklılaşmanın yerine, sosyal devlet pratiğinde, devletin düzenleyici müdahaleleri ile özel alan sınırlanmıştır.⁷ Sosyal devlet ilkesinin gerçekleşmesi için, hukuk düzeni içinde verilen yetki ve görevlerle devlet, ekonomiye müdahale imkanı bulmuştur.

Devletin ekonomiye müdahale araçlarından biri, devletin piyasada üretici olması, mal ve hizmet üretmesidir. Bu yöndeki müdahalenin aracı da kamu teşebbüsleri olmuştur. Liberal ekonomik düşüncenin sarsılmasıyla klasik görevleri dışında yeni görevler üstlenen devlet, ekonomide yapıcı bir rol alarak özel sektörün girmediği ya da tekeller oluşturulacak işler ve stratejik hizmetler alanına bu kurumlar aracılığıyla girmiştir.⁸ Zira artan ihtiyaçları karşılamak, yeni hukuki kurumlar eliyle mümkündür. Öyle ki devlet, ekonominin sağlıklı bir şekilde işlemlerini garanti altına almak ve adil bir toplumsal düzen oluşturabilmek için bizzat işletmeci olarak karşımıza çıkmıştır.⁹ Devlet, en büyük işveren haline gelmiş; devlet kurumları, mal ve hizmet üretmeye başlamıştır.¹⁰ Sosyal devletin ekonomik hayata yaptığı müdahaleler, kamu işletmeleri kurmak yanında, devletleştirme yoluyla özel sektörden kamuya devredilen işletmeleri yönetmek şeklinde de ortaya çıkmıştır. Buna paralel olarak devlet, sosyal alanda yüklendiği görevleri yerine

⁶ André Demichel - Pierre Lalumière, **Kamu Hukuku**, Çev. İbrahim Kaboğlu, Doruk Yayınları, Ankara 1984, s.44-46.

⁷ Yasemin Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, 2. (Tıpkı) Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s.274.

⁸ Uğur Günege, **Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Denetim ve Türkiye'deki Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Mali Denetimi**, Fatih Yayınevi, İstanbul, 1984, s.10.

⁹ Şaylan, **Devletin Yeni İşlevi**, s.99.

¹⁰ Şaylan, **Devletin Yeni İşlevi**, s.116.

getirebilmek için birtakım mali tedbirler almış ve özel sektörün faaliyetlerini de denetlemiştir.¹¹

Kamu iktisadi teşebbüsleri en genel anlamda, devletin artan ekonomik ve sosyal görevleri sonucu ortaya çıkan, mal ve hizmet sunmak için kurduğu tüzel kişilikler olarak tanımlanmaktadır.¹² Teşebbüs, kâr niteliğinde bir yarar sağlamak için bedel karşılığında mal ve hizmet üreten birimleri ifade ederken¹³; kamu iktisadi teşebbüsleri, sermayesinin tamamına ya da yarısından fazlasına devlet ya da diğer kamu tüzel kişilerinin sahip olduğu ya da bunların yönetime hâkim olduğu tüzel kişiliklerdir. Görülmektedir ki, bu teşebbüslerle devlet tamamen ya da kısmen girişimci görevini üstlenmektedir.¹⁴ Ekonomik hayata müdahalenin kamu düzeninin sağlanması amacıyla yürütülen kolluk faaliyetlerinden ibaret olduğu dönemin aksine¹⁵, devletin yeni görev alanlarında özel girişimle eşit şartlarda faaliyet yürütecek bir örgütlenme gereksinimi ve ekonomi yönetiminde yeni araç ve yöntemlerin kullanılması ihtiyacı ile bu nitelikteki kurumların etkinliği ve sayısı artmıştır.¹⁶ Ekonomik hayattaki gelişmelerin 20'nci yüzyılda artan

¹¹ Göze, **Sosyal Devlet**, s.268-269.

¹² Barış Övgün, **Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsü Olgusu**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 2009, s.15.

¹³ 07.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 3’üncü maddesinde teşebbüs; “*piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*” olarak tanımlanmaktadır. R.G. 13.02.1994-22140.

¹⁴ Rıdvan Karluk, **Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme**, Esbank, İstanbul, 1994, s.4.

¹⁵ Turgut Tan, “*Ekonomik Hukuk ve Ekonomik Kamu Hukuku*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 5, Sayı 1, Yıl 1972, s.32.

¹⁶ Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1984, s.180; Sadık Baklacioğlu, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri - Genel Esaslar, Çeşitli Ülkelerde, Türkiye’de**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976, s.10.

hızının sosyal ve düşünsel etkileri, mülkiyet hakkı ve devletin görevleri konusunda yeni anlayışlar getirmiş; mülkiyet hakkının kamu yararı için sınırlanabileceği görüşü benimsenmiştir.¹⁷ Devletin ekonomik alana müdahalesinde doktriner görüşler ve sistemli politikaların etkisi olmakla birlikte, bu sonuç, toplumsal zorunlulukların bir sonucudur. Devlet girişimciliğinin kökleri 18'inci yüzyıla kadar uzansa da özellikle dünya savaşları ve bu savaşlar sonucunda *yaşanan* ekonomik krizler ile ortaya çıkan toplumsal beklentiler ve hukuk alanındaki gelişmeler, bu kurumların yayılmasını sağlamıştır.¹⁸

Ekonomideki sermaye ve kaynak yetersizliği, sanayileşme için gerekli altyapı eksikliği nedeniyle kamu yararının özel teşebbüsler aracılığıyla değil de ancak devlet eliyle sağlanabileceği bir ortamda kurulan¹⁹ ve bir doktrinin ürünü değil mevcut şartların getirdiği zorunlulukla bir kalkınma aracı olarak ortaya çıkan kamu iktisadi teşebbüslerinin²⁰, ekonomik, sosyal, siyasal şartlar uyarınca ve tarihsel gelişim içinde kuruluşlarına ilişkin nedenler ülkeden ülkeye farklılık gösterdiğinden, bu kurumları, dahil oldukları ekonomik sistem bütününden bağımsız analiz etmek mümkün değildir.²¹ Devlet

¹⁷ Baklacioğlu, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.10-11.

¹⁸ Selahattin Özmen, **Türkiyede ve Dünyasa İktisadî Devlet Teşekkülleri**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967, s.29-30.

¹⁹ Karluk, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.18; Erdoğan Bülbül, **Kamu İştirakleri, Bir Hukuki Niteleme Denemesi**, 1. Bası, Beta Yayın Dağıtım, İstanbul, 2004, s.1.

²⁰ Karluk, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.18; Mustafa Aysan - Selâhattin Özmen, **Türkiye’de ve Dünyada Kamu İktisadî Teşebbüsleri**, Kardeşler Basımevi, İstanbul, 1981, s.6 ve s.35; Meral Tecer, “*Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Denetimi*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 21, Sayı 2, Yıl 1988, s.11; Aysan - Özmen, bu hususta Sümerbank kuruluş yasasında yer alan; ülkenin ekonomik gücünü geliştirmek, temel ürünlerde kendi kendine yeterli duruma gelmek, millî girişimciliği geliştirmek vb. ilkelere dikkat çekmektedir. Bkz. Aysan - Özmen, **Kamu İktisadî Teşebbüsleri**, s.36.

²¹ Türkan Öncel, “*Kamu iktisadi Teşebbüslerinin Varlık Nedeninin Neo-Klasik Yaklaşımla Açıklaması*”, **Maliye Enstitüsü Konferansları**, Maliye Enstitüsü Yayın No.65, Güryay Matbaası, İstanbul, 1980, s.99. Kamu iktisadi teşebbüslerinin ortaya çıkış nedenleri hakkında bkz. Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara,

ya da bir başka kamu kurumu tarafından yaratılan kamu iktisadi teşebbüslerinin; tüzel kişiliği haiz olması, özerklik esasına göre iktisadi faaliyetlerini ticari prensiplere göre yürütmesi, sermayelerinde özel teşebbüs payı bulunsa da mallarının özel teşebbüs malı olmaması, devlet ile ilişkilerinin kanunlarla düzenlenmesi hususları, farklı ülkelerin farklı sistemlerine dahil olan kamu iktisadi teşebbüslerinin ortak genel nitelikleri olarak belirlenebilmektedir.²² Bununla birlikte devletin ekonomik hayata müdahalesinin nedenlerinin farklılaşması, müdahalenin boyutunu ve şeklini de farklılaştırmış; bu teşebbüsler de farklı şekillerde ortaya çıkmış ve yayılmışlardır.²³ Bu kurumların ortaya çıkışlarına ilişkin klasik nedenler, esas itibarıyla önemini sürekli koruyan ekonomik nedenlerle birlikte politik ve sosyal zorunlulukların doğurdukları nedenler şeklinde üç temel başlıkta incelenmektedir. Bu başlıklar altında ise özel teşebbüs eliyle kalkınmanın imkansızlığı karşısında bu teşebbüslerin kalkınma aracı olması ve ülkelerin kendi gereklerine yönelik ekonomik amaçlar; ülkenin ekonomik özgürlüğünü sağlamak ve geliştirmek, temel mal ve hizmetleri diğer devletlere bağımlı olmadan sağlamak, devlet sınırlarının korunmasına, ekonomik ve sosyal bazı ideolojik görüşlerin uygulanmasına yönelik politik amaçlar; sosyal adaleti gerçekleştirmek ve toplumun tüm kesimlerine

2015, s.199; Baklacioğlu, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.10 vd.; Özmen, **İktisadî Devlet Teşekkülleri**, s.30; Övgün, **Kamu İktisadi Teşebbüsü Olgusu**, s.42.

²² Özmen, **İktisadî Devlet Teşekkülleri**, s.45-46.

²³ Sevgi Korkut, “*Parlamente Denetim Kapsamında Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Denetlenmesi: TBMM KİT Komisyonunun Denetim Prosedürü ve KİT’lerin Denetiminde Geleceğe Dönük Öngörüler*”, **Yasama Dergisi**, Sayı 6, Yıl 2007, s.5-48. Düşünce akımlarında kamu iktisadi teşebbüsleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Korkut Boratav, **Türkiye’de Sanayileşmenin Yeni Boyutları ve KİT’ler**, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 1993, s.178-185. Kamu iktisadi teşebbüslerinin varlık nedeninin; neo-klâsik, global, Marksist yaklaşımlarla açıklanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Öncel, “*Neo-Klasik Yaklaşım*”, s.99.

uygun bedel ve kalitede hizmet sunmak yönündeki sosyal amaçlar yer almaktadır.²⁴ Kamu teşebbüslerinin ortaya çıkmasına ilişkin sebeplerin farklılığı, bu sebeplere dayanarak bu kurumları sınıflandırmayı mümkün kılmamaktadır.²⁵ Türkiye’ye özgü şartlarda da pratik zorunlulukların, doktrinin ve ideolojinin önüne geçmesiyle bu kurumların birbirinden farklı yapılarda ortaya çıkmasının genel bir statü sorununu da beraberinde getirdiği görülmektedir.²⁶ Bahsi geçen genel özelliklere rağmen, Türkiye özelinde kamu iktisadi teşebbüslerinin bugünkü durumlarını değerlendirebilmek için tarihsel süreçte ortaya çıkış nedenlerine ve dönüşümlerine daha yakından bakmak gerekir.

B. Türkiye’nin Başlıca Ekonomi Dönemleri İçinde Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Yeri

Devletin ekonomiye müdahalesinin bir ülkede hâkim olan siyasal rejimden bağımsız düşünülmesi mümkün olmadığından²⁷, bu müdahalenin en önemli araçlarından olan kamu iktisadi teşebbüslerinin Türkiye’ye özgü tarihsel gelişimine değinmek gerekmektedir. Cumhuriyet öncesi Osmanlı Dönemi’nde sanayileşmenin örneklerini teşkil eden ve Cumhuriyet Dönemi’ndeki kamu iktisadi teşebbüslerine öncülük eden ilk

²⁴ Özmen, **İktisadî Devlet Teşekkülleri**, s.35-36; Aysan - Özmen, **Kamu İktisadî Teşebbüsleri**, s.19-20.

²⁵ Emil James, “*Amme Teşebbüslerinin Bugünkü Faaliyet Sahası*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 7, Sayı 4, Yıl 1941, s.973.

²⁶ Bkz. Mehmetcan Köksal, “*Fransız Kamu İktisadi Teşebbüsleri (İktisadi İdare Hukukunda Bir Bilirkişilik ve Denet Sorunu)*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 35, Sayı 1-4, Yıl 1969, s.101. Yazar, Fransız kamu iktisadi teşebbüslerine ilişkin incelemesinde, bu teşebbüsler için genel statü sorununa değinmekte; çeşitli yapılardaki kamu iktisadi teşebbüslerinin özerklik ve ticari esaslara göre yönetilmeleri şeklinde ortak özelliklerinin bulunmasını ise kuruluşların dayanağı olan hâkim ekonomik görüşe bağlamaktadır.

²⁷ Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s.3.

işletmelerin, toplumsal gereksinimler sonucu ordu ve saray ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla kurulduğu görülür.²⁸ Ticari amaç gütmeyen ve ayrı tüzel kişilikleri olmayan bu kurumları, bugünkü kamu iktisadi teşebbüsleri ile karşılaştırmak güç olsa da bu kurumların iktisadi alanda faaliyet gösteren kamu kurumlarının ortaya çıkmasındaki rolü, önem arz etmektedir.²⁹ Bununla birlikte bu yöndeki girişimlerin, istikrarlı bir sanayileşme ve iktisadi politika oluşturma çabasından ziyade idarenin gereksinimlerini planlı bir şekilde karşılama amacına dayanması yanında, yabancılara verilen imtiyazlar ve savaşların doğurduğu ekonomik krizler sonucu devlet maliyesinin çok zayıf olması nedeniyle başarıyla sonuçlanması mümkün olmamıştır.³⁰ Kamu teşebbüsleri aracılığıyla devlet girişimciliği, Cumhuriyet'in kurulmasıyla belirli bir nitelik kazanmış ve gelişme göstermeye başlamıştır.³¹

²⁸ Bu kuruluşlara örnek olarak, malzeme üreten Beykoz Deri ve Kösele Fabrikası (1816), Yıldız Porselen İmalathanesi, Feshane Yünlü Dokuma Fabrikası (1823), Bakırköy Pamuklu Dokuma Fabrikası (1844), Hereke İpekli-Yünlü Dokuma Fabrikası (1866); madencilik alanında çalışan Baruthane, Darphane, Tophane gibi tesisler gösterilmektedir. Bkz. Yakup Kepenek, **100 Soruda Gelişimi, Sorunları ve Özelleştirilmeleriyle Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri (KİT)**, Birinci Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1990, s.19; Dündar Sağlam, **Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1967, s.6; Aysan - Özmen, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.25, s.27, s.128; Karluk, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.18.

²⁹ Veysel Atasoy, **Türkiye’de Kamu İktisadî Teşebbüsleri ve Özelleştirme Sorunu**, Nural Matbaacılık, Ankara, 1993, s.2.

³⁰ Agâh Oktay Güner, **Türkiye’nin Kalkınması ve İktisadî Devlet Teşekkülleri**, Damla Yayınevi, İstanbul, 1978, s.13; Kepenek, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.18; Övgün, **Kamu İktisadi Teşebbüsü Olgusu**, s.21.

³¹ Sağlam, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.10; Kudret Ayıter, “İktisadî Devlet Teşekkülleri Hakkında 440 Sayılı Kanun ve Anonim Şirketler Bakımından Getirdiği Yeni Problemler”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt 3, Sayı 1, Yıl 1965, s.1.

1924 Anayasası'nda devletin ekonomiye müdahalesinin kurumlaştırılmadığı görülmekte³² ve Cumhuriyet'in kuruluşunu ifade eden ilk on yıl, yeni kurumsal ve yasal düzenlemelerle “*bir yeniden düzenleme dönemi*” olarak adlandırılmaktadır.³³ Özel teşebbüsleri, hukuki ve ekonomik tedbirlerle teşvik etmeyi amaçlayan bu dönemin en önemli özelliği, devlet eli ile doğrudan yatırım yapmanın tercih edilmemesidir.³⁴ 28.05.1927 tarih ve 1055 sayılı Teşvik-i Sanayi Kanunu³⁵ ile yeni teşebbüslerin kurulması önündeki mali engeller ortadan kaldırılmış; bürokratik işlemler de daha kolay hale getirilmiş; özel yerli sanayiye çok geniş çapta muafiyet ve imtiyazlar sağlanmıştır.³⁶ Bununla birlikte yeniden düzenleme amacına rağmen sanayileşme ve ekonomik kalkınmada bir ilerleme yaşanmaması, özel sermaye birikiminin beklenen hızda gerçekleşmemesi ile ortaya çıkan sermaye yetersizliği, özel girişimin başarısızlığı ve

³² Karluk, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.16.

³³ Yakup Kepenek, **(Gelişimi, Üretim Yapısı ve Sorunlarıyla) Türkiye Ekonomisi**, Savaş Yayınları, Birinci Baskı, Ankara, 1984, s.33.

³⁴ Güner, **İktisadî Devlet Teşekkülleri**, s.33. Bu dönemin klasik anlamda liberal bir ekonomi politikası dönemi olmadığına; devletin çok daha aktif olduğu ve devlet müdahalesinin sebebinin liberal bir ekonomi modelinin çalışması için gerekli şartları sağlamak olduğuna dikkat çekilmektedir. İlhan Tekeli - Selim İlkin, **1929 Dünya Buhranı'nda Türkiye'nin İktisadi Politika Arayışları**, Bilge Kültür Sanat, İstanbul, 2009, s.34-35. Boratav ise, zaman zaman kolay ifade etmek amacıyla “*liberal*” diye nitelendirdiği bu dönemin saf bir liberalizm örneği olmadığını belirtirken; bu dönemde, devletin ekonomiye çok sayıda müdahalede bulunduğuna dikkat çekmektedir. Yazar, liberalizmin “*devletin yalnızca özel teşebbüs aleyhindeki müdahalelerinin değil, her türlü iktisadi müdahalesinin asgariye indiği, jandarma devletin giderlerinin finansmanı dışında sadece rekabet şartlarını sağlamak ve eşitleştirmek için iktisadi hayata karıştığı bir rejimi*” ifade etmesinin kabulü halinde, Türkiye’de bu dönemin özelliklerinin bu rejimden farklılaştığını belirtmektedir. Korkut Boratav, **Türkiye’de Devletçilik**, 2. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2006, s.29-30.

³⁵ R.G. 15.06.1927-608.

³⁶ Güner, **İktisadî Devlet Teşekkülleri**, s. 34; Boratav, **Türkiye’de Devletçilik**, s.51.

1929'da yaşanan ağır ekonomik krizin etkisi³⁷, devletçilik ilkesinin³⁸ benimsenmesinin temel nedenleri arasında yer almaktadır.³⁹ Zira bu dönemde devlet, sanayiye bizzat kurmak, temel altyapı yatırımlarına bizzat girişmek ve ekonominin diğer unsurları üzerindeki denetimi sağlamak zorundadır.⁴⁰ 5 Şubat 1937 tarihli Anayasa değişikliği ile 1924 Anayasası'nda yer bulan bu ilkenin ekonomideki somut uygulaması, 1933 yılında benimsenen Birinci Beş Yıllık Sanayi Planı'dır.⁴¹ Bununla birlikte devlet müdahalesi ve

³⁷ Krizin Türkiye'ye etkisi hakkında bkz. Boratav, **Türkiye'de Devletçilik**, s.143.

³⁸ Bu dönemdeki devletçilik politikası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Boratav, **Türkiye'de Devletçilik**, s.137-138; Tayfun Akgüner, **Özel Girişim Özgürlüğü ve Yatırımları Teşvik Tedbirleri**, Formül Matbaası, İstanbul, 1979, s.13; Karluk, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s. 17. 1929 ekonomik krizinin etkisi ile liberal ekonomi düzenine güven sarsılmış ve “devletçilik” terimi iktisadi düşüncede kendine yer edinmeye başlamıştır. Sağlam, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.14.

³⁹ Kepenek, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.20; Akgüner, **Özel Girişim Özgürlüğü**, s.13-14; Karluk, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.1. Kepenek, krizin Türkiye üzerindeki etkisini şu ifadelerle dile getirmiştir: “Gerçekten 1929 büyük bunalımı, en aşırı liberal ekonomi yanlılarını bile piyasa mekanizmasının ekonomiye kendiliğinden ve dengeli yön vereceği konusunda kuşkuya düşürüyordu. Kapitalist ekonomiler bunalımdan çıkış için kamu harcamalarının artırılması, devletin ekonomiyi düzenlemede karışmacı bir davranış göstermesi gibi yöntemleri benimsiyordu. Bu gelişmelerin ‘tab’an’ devletçi olan bir toplumsal yapıda etkili olmaması düşünülemezdi.” Kepenek, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.21.

⁴⁰ Boratav, **Türkiye'de Devletçilik**, s.142.

⁴¹ Akgüner, **Özel Girişim Özgürlüğü**, s.35; Kepenek, **Türkiye Ekonomisi**, s.69. Öyle ki devletçilik ilkesinin, anayasa hükmü olarak 1961 ve 1982 Anayasalarında yer almamakla birlikte planlamanın 1961 Anayasası ile kabul edilmesi ile bir gölge ilke olarak devam ettiği belirtilmektedir. Güneri Akalın, “Anayasamızın Piyasa Ekonomisi ile Uyumlaştırılması: Mali ve Ekonomik Hükümler ile Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevlerin Yeniden Düzenlenmesi”, **Anayasa Yargısı**, Cilt 11, Yıl 1994, s.72.

kamu girişimine ağırlık veren devletçilik anlayışının yansıması, birbiri ardına kurulan kamu iktisadi teşebbüsleri ile olmuştur.⁴²

Devletin ekonomik hayata aktif müdahalesi gereği sonucu 19.04.1925 tarih ve 633 sayılı Kanun ile tüzel kişiliği haiz, işlemleri Divanı Muhasebat (Sayıştay) vizesine tabi olmayan Türkiye Sanayi ve Maadin Bankası kurulmuş⁴³; Osmanlı Dönemi'nden kalan devlet işletmeleri de bu kuruma devredilmiştir.⁴⁴ Daha sonra Banka'nın işletmecilik faaliyetleri, devlet işletmelerini toplu olarak idare etmek üzere kurulan ve tüzel kişiliği haiz Devlet Sanayi Ofisi'ne; kredi işleri ve finansman görevleri ise Türkiye Sanayi Kredi Bankası'na devredilmiş⁴⁵; 03.06.1933 tarih ve 2262 sayılı Kanun ile bu iki kurum yerine Sümerbank kurulmuştur.⁴⁶ 1935 yılında ise enerji ve madencilik konularında faaliyet göstermek amacıyla 2805 sayılı Kanun ile Etibank kurulmuştur.⁴⁷ Birinci Sanayi Planı'nın hayata geçirilmesinin araçları olarak kurulan Sümerbank ve Etibank, kamu iktisadi teşebbüslerinin çekirdeği olarak kabul edilmektedir.⁴⁸ Görülmektedir ki, Türkiye'nin sanayileşme yılları olarak adlandırılan bu yıllarda (1933-1938 yıllarında) Türk ekonomisinin temelleri atılmış; bu dönemde devlet, ekonomik hayata aktif bir

⁴² A. Şinasi Aksoy, “Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri; Genel Bir Bakış”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 27, Sayı 2, Yıl 1994, s.5.

⁴³ R.G. 23.04.1925-96.

⁴⁴ Karluk, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.18; Sağlam, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.11-12. Banka, bünyesindeki kuruluşları özel girişime devretmek, özel girişime kredi vermek ve bu girişimleri teşvik etmek şeklinde geniş bir faaliyet alanına sahipti. Aysan - Özmen, **Kamu İktisadî Teşebbüsleri**, s.34.

⁴⁵ Sağlam, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.13-15.

⁴⁶ R.G. 11.06.1933-2424. Sümerbank Kanunu'nun daha liberal eğilimli olduğu ve bu Kanun ile devlet işletmeciliği fikrinin de geçici bir nitelik kazanarak yumuşatıldığına dikkat çekilmektedir. Sağlam, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.16.

⁴⁷ R.G. 22.06.1935-3035.

⁴⁸ Kepenek, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.23.

şekilde müdahale ederek sanayi teşebbüslerine yatırım yapmış ve böylece devlet işletmelerinin üretimdeki payı da artmıştır.⁴⁹ Sanayileşmedeki devlet öncülüğü, 1950’li yıllara kadar özel ve yabancı kuruluşların kamulaştırılması ve millîleştirilmesi ile devam etmiş; bu dönemde pek çok sanayi alanında devlet tarafından çeşitli teşebbüsler kurulmuş ve bu teşebbüsler iktisadi gelişmenin tam merkezinde yer almıştır.⁵⁰

Sayıları artan tüm bu teşebbüslerin yönetim, denetim ve faaliyetlerini ortak bir yasal düzenlemede belirleme ihtiyacı sonucu, 17.06.1938 tarih ve 3460 Sayılı Sermayesinin Tamamı Devlet Tarafından Verilmek Suretiyle Kurulan İktisadî Teşekküllerin Teşkilâtile İdare ve Murakabeleri Hakkında Kanun çıkarılmış⁵¹; kuruluş kanunlarında ayrı ayrı tanımlanmış teşebbüslerin tabi oldukları temel ilke ve esaslar çerçeve niteliğindeki bu Kanun ile “*iktisadî devlet teşekkülü*” adıyla ayrı bir sisteme tabi kılınmışlardır.⁵² Bu deyim, ilk kez bu Kanun’da kullanılmıştır.⁵³ Bununla birlikte “*kamu iktisadi teşebbüsü*” deyimini ise ilk kez 12.03.1964 tarih ve 440 sayılı İktisadi Devlet Teşekkülleriyle Müesseseleri ve İştirakler Hakkında Kanun⁵⁴ ile aynı dönemde kabul

⁴⁹ Sağlam, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.17; Güner, **İktisadî Devlet Teşekkülleri**, s.37. Bu dönemin en önemli kuruluşları, havacılık ve posta sektörlerinde karşımıza çıkmaktadır. 30.05.1933 tarih ve 2186 sayılı Havayolları Devlet İşletmesi İdaresi Teşkilatı Hakkında Kanun ile daha sonra Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığı’na dönüşecek olan Havayolları Devlet İşletme İdaresi; 23.05.1933 tarih ve 2208 sayılı Posta, Telgraf ve Telefon İdaresi Teşkilatı Hakkında Kanun ile tüzel kişiliği haiz, katma bütçeli bir idare olarak PTT teşkilatı yeniden düzenlenmiştir. Atasoy, **Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.67.

⁵⁰ Sedat Çal, **Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü**, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) Yayını, Ankara, 2008, s.110; Övgün, **Kamu İktisadi Teşebbüsü Olgusu**, s.22.

⁵¹ R.G. 04.07.1938-3950.

⁵² Aksoy, “*Kamu İktisadi Teşebbüsleri*”, s. 6.

⁵³ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları Cilt II**, İstanbul Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s.915-916; Sağlam, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.25.

⁵⁴ R.G. 21.3.1964-11662.

edilen 12.05.1964 tarih ve 468 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da⁵⁵ kullanılmış olup, bu döneme kadar mevcut kurumlar için kullanılan “*kamu iktisadi teşebbüsü*” ifadesi ile esasen “*iktisadi devlet teşekkülleri*”nden söz edilmektedir.⁵⁶ 11.04.1983 tarih ve 60 sayılı İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Kamu İktisadi Kuruluşları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁵⁷ ile getirilen iktisadi devlet teşekkülü ve kamu iktisadi kuruluşu şeklindeki ikili ayrıma kadar, kamu iktisadi teşebbüsleri ile iktisadi devlet teşekküllerinin aynı anlamda kullanıldığını görmekteyiz.⁵⁸ Bu bağlamda, 3460 sayılı Kanun'da yer alan haliyle “*iktisadi devlet teşekkülleri*”nin -ayrıma kadar genel ve kapsayıcı olması dolayısıyla bizim de tercih ettiğimiz ifadeyle “*kamu iktisadi teşebbüsleri*”nin sermayelerinin tamamının devlete ait olacağını; tüzel kişiliğe, bu Kanun ve kendi özel kanunları uyarınca idari ve mali özerkliğe sahip olduğunu; sorumluluklarının sermayeleri ile sınırlı olduğunu; özel hukuk hükümlerine göre yönetileceğini; Muhasebe-i Umumiye, Arttırma ve Eksiltme ve İhale Kanunu hükümlerine ve Divanı Muhasebat'ın (Sayıştay) denetimine tabi olmayacağını düzenleyen ve Türk ekonomi hayatında büyük bir öneme sahip olan söz konusu Kanun, daha sonraki yıllarda yapılan yasal düzenlemelere de temel teşkil etmiş; bu Kanun ile getirilen ana yapı, bu teşebbüsleri düzenlemek amacıyla çıkarılan sonraki tarihli kanunlarda da korunmuştur.⁵⁹ Görülmektedir ki, bu Kanun ile yaşanan ekonomik gelişmeler kurumlaştırılmış ve devletin, genel ve (o dönemde geçerli)

⁵⁵ R.G. 22.05.1964-11709.

⁵⁶ Övgün, **Kamu İktisadi Teşebbüsü Olgusu**, s.45, dn.56.

⁵⁷ R.G. 20.05.1983-18052.

⁵⁸ Kepenek, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.10.

⁵⁹ Sağlam, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.19; Karluk, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.25.

katma bütçeli idarelerin katı usul ve esaslarına tabi olmaksızın ekonomik işletme kurabilmesi mümkün kılınmıştır.⁶⁰

Liberal esaslara dayanan ve özel teşebbüse öncelik veren bir politika benimseyen Demokrat Parti iktidarında geçen 1950-1960 yılları arasında, sadece sermaye yetersizliği halinde bazı temel alanlarda kamu iktisadi teşebbüsü kurulması ilkesi benimsenmiş olsa da⁶¹, bu dönemde bu kuruluşların sayısındaki artış dikkat çekmektedir.⁶² Bu dönemde çok sayıda yeni kamu iktisadi teşebbüsü kurulduğu gibi, bazıları da önceden kurulanlardan ayrılarak bağımsız birer teşebbüs haline getirilmiştir.⁶³ Bu yıllarda kamu iktisadi teşebbüslerine ilişkin esaslı bir gelişme, iştiraklerin yaygınlaşmasıdır. İştirakler yoluyla özel kesime sermaye ve kaynak transferi, kamu iktisadi teşebbüslerinin genişlemesinde önemli bir etken olarak kabul edilmektedir.⁶⁴ Bununla birlikte, devlet şirketi olarak adlandırılan ve sermayesinin neredeyse tamamı devlet tarafından verilen, temel sanayi ve hizmet alanlarında faaliyette bulunan bir takım teşebbüslerin (Denizcilik Bankası A.Ş. ile

⁶⁰ Güner, **İktisadî Devlet Teşekkülleri**, s.15.

⁶¹ Demokrat Parti'nin benimsediği liberal politikaların içsel ve dışsal nedenleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Övgün, **Kamu İktisadi Teşebbüsü Olgusu**, s.55 vd.

⁶² Karluk, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.181; Aysan - Özmen, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.13; Kepenek, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.33.

⁶³ Bu dönemde Et ve Balık Kurumu, TPAO, Türkiye Demir Çelik İşletmeleri, Türkiye Selüloz ve Kağıt Fabrikaları İşletmesi, Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu gibi yeniden örgütlendirilen teşebbüsler yanında; PTT, TCDD gibi bazı (o dönem geçerli) katma bütçeli idarelerin, kamu iktisadi teşebbüsü haline getirildiği görülmektedir. Örnekler için ayrıca bkz. Kepenek, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.33; Karluk, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.181; Sağlam, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.30; Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, 2015, s.201; Atasoy, **Türkiye'de Kamu İktisadî Teşebbüsleri**, s.75.

⁶⁴ Kepenek, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.33, s.114. Bu dönemde, özel sermayenin devlet teşekküllerine iştirak etmesinden doğan ve devlet payının toplam sermayesinin yarısından az olduğu karma şirketler yaygın bir uygulama alanı oluşturmuştur. Sağlam, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.34; Güner, **İktisadî Devlet Teşekkülleri**, s.56.

THY A.Ş.) anonim şirket şeklinde kurulduğu görülmektedir. Nihayet, 12.03.1964 tarih ve 440 sayılı İktisadi Devlet Teşekkülleriyle Müesseseleri ve İştirakler Hakkında Kanun ile kapsamı genişleyen iktisadi devlet teşekkülleri, bu şirketleri de içine almıştır.⁶⁵ 3460 sayılı Kanun ile bu kurumların sermayesinin tamamının devlete ait olacağı belirtilmişken; 440 sayılı Kanun, sermayenin yarıdan fazlasına devletin veya bir başka teşebbüsün sahip olmasını yeterli kabul etmiştir. Kanun'un *"Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte mevcut Devlet iştiraklerinden devir ve tasfiyesine Bakanlar Kurulunca lüzum görülenler için Bakanlar Kuruluna üç yıl içinde devir ve tasfiye yetkisi verilmiştir."* şeklindeki geçici 3'üncü maddesi ile devir ve tasfiyelerinin, kanunla kurulmalarına kıyasla daha kolay gerçekleştirilmesi imkanı getirilmiş; yapısal özelliklerinde bir değişiklik öngörülmemekle birlikte görevlerini kârlılık ve verimlilik ilkelerine göre yerine getirecekleri düzenlenmiştir. Kanun'da öngörülen bu hususlara, özelleştirmenin ilk aşamaları olmaları bakımından dikkat çekilmektedir.⁶⁶ 1961 Anayasası'nın 127'nci maddesi ile kamu iktisadi teşebbüslerinin TBMM tarafından denetiminin kanunla düzenlenmesinin öngörülmesi üzerine, bunu yerine getirmek amacıyla 468 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun⁶⁷, bu kuruluşları Anayasa'da öngörülen denetim ilkesi açısından düzenlemiştir.⁶⁸ Kanun'un 4'üncü maddesi uyarınca; *"Ödenmiş sermayesinin yarısından fazlası kamu tüzel kişilerinince sağlanmış olan kurumlar ile bu kurumların ödenmiş sermayesinin yarısından fazlasını sağlamış oldukları diğer kurumlar ve yukarıda sayılanlardan olmamakla beraber kendilerine bazı kamu yetki ve görevleri*

⁶⁵ Sağlam, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.33.

⁶⁶ Övgün, **Kamu İktisadi Teşebbüsü Olgusu**, s.94-95.

⁶⁷ Bu Kanun ile denetim ve ibra görevlerini yerine getirmek amacıyla KİT Karma Komisyonu kurulmuş ve bu Komisyonun görev ve çalışma esasları düzenlenmiştir.

⁶⁸ Aysan - Özmen, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.168.

verilmiş olup galip vasıfları bu kamu hizmetlerini yürütmek olan ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından olmıyan özel kanunlara tabi Kurumlar ve İller Bankası” bu kapsamdadır.

Kamu iktisadi teşebbüslerinin ekonomik kalkınma ve gelişmeyi, özel sektörü teşvik edici bir güç olarak kabul edilmesi 1960-1980 yılları arasında devam etmiştir.⁶⁹ Devletçilik ilkesinden doğan karma ekonomi prensibini benimseyerek Anayasa felsefesi olarak kabul eden 1961 Anayasası⁷⁰, 27 Mayıs 1960 tarihinden önceki ekonomik ve siyasi mücadelenin sonucunda, Batı ekonomilerinde İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra görülen “*planlama*”yı devletin bir görevi olarak kabul ederek, 41’inci maddesinin ikinci fıkrasında ve 129’uncu maddesinde düzenlemektedir.⁷¹ Anayasa, planlama ile ekonomik ve toplumsal kalkınmanın demokratik bir sistem içinde gerçekleşmesini benimsemiştir.⁷² 1963 yılından itibaren uygulamaya konulan beş yıllık planlardan ilk dört planın kamu iktisadi teşebbüslerine önem verdiği; bu kurumları, ekonomik gelişmenin ve sanayileşmenin temel unsuru olarak kabul ettiği görülmektedir.⁷³ Beş yıllık kalkınma planlarıyla devletin ekonomide özel sektörle birlikte aktif rol oynadığı bu dönemde, bir yandan kamu iktisadi teşebbüsleri önem kazanmış, öte yandan devletin hangi alanlarda faaliyetlerini sürdüreceği önceden belirlenerek sınırlandırılmıştır.⁷⁴ Kamu kurumları için emredici⁷⁵, özel kesim için yönlendirici nitelikte olan kalkınma planlarında, kamu iktisadi

⁶⁹ Övgün, **Kamu İktisadi Teşebbüsü Olgusu**, s.22.

⁷⁰ Akgüner, **Özel Girişim Özgürlüğü**, s.36. 1961 Anayasası’nın planlamaya dayanan sosyal kapitalist bir düzen benimsediği ve bu düzenin bir anayasası olduğu yönünde bkz. Karayalçın, **Türk Ekonomi Düzeni**, s.23-24.

⁷¹ Karayalçın, **Türk Ekonomi Düzeni**, s.34.

⁷² Güner, **İktisadî Devlet Teşekkülleri**, s.134.

⁷³ Kepenek, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s. 37-38

⁷⁴ Övgün, **Kamu İktisadi Teşebbüsü Olgusu**, s.77-78.

⁷⁵ Karayalçın, **Türk Ekonomi Düzeni**, s.37.

teşebbüslerinin yeri ve fonksiyonlarının açıklıkla tespit edilmesi söz konusu olmamış; bu dönemde, bu kurumlar politik müdahalelere maruz kalmıştır. Buna rağmen bu kurumların büyümeye devam ettiği görülmektedir.⁷⁶

Türk ekonomi tarihinde bir dönüm noktası olarak kabul edilen 24 Ocak 1980 tarihinde alınan “*Ekonomik İstikrar Tedbirleri*” isimli kararlar, kamu iktisadi teşebbüslerinin ekonomideki yerini etkilemiş; bu teşebbüslerin özelleştirme yoluyla devri benimsenmiştir. İdeolojik çerçevesi, “*piyasa ekonomisine devlet müdahalesinin en aza indirilmesi, özel girişime dayalı pazar ekonomisinin oluşturulması; yabancılarla rekabetin, özel girişime dürtü ve fiyat denetiminin ikâme ögesi sayılması*” olarak ifade edilen ekonomik istikrar programında, kamu teşebbüslerine yer verilmemiştir.⁷⁷ Nihayet bu süreç, kamu iktisadi teşebbüsleri üzerinde tanım, hukuki yapı, görev ve personel statüsü açısından “*çözülüş*” olarak adlandırılan bir etki yaratmıştır.⁷⁸ Bu durum, kamu iktisadi teşebbüslerinin yeniden düzenlenmesi gereğini ortaya çıkarmıştır. 1982 Anayasası’nın 47, 128, 135 ve 165’inci maddelerinde kamu iktisadi teşebbüsleri ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. 440 sayılı Kanun yerine çıkarılan 60 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 19.10.1983 tarihinde 2929 sayılı Kanun’a dönüştürülmüş⁷⁹; bu

⁷⁶ Karluk, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.33. Beş Yıllık Kalkınma Planlarının hâkim olduğu bu dönemde önceleri ekonomik kalkınma içinde kamu iktisadi teşebbüslerine verilen önemin, daha sonra özel sektör lehine döndüğü görülmektedir. Övgün, **Kamu İktisadi Teşebbüsü Olgusu**, s.55.

⁷⁷ Gülten Kazgan, **Türkiye Ekonomisinde Krizler (1929-2009) “Ekonomi Politik” Açısından Bir İnceleme**, Genişletilmiş 3. Baskı İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Ocak 2012, s.168. Bu bağlamda 1980 yılından itibaren kalkınma planlarındaki kamu iktisadi teşebbüslerine yönelik politikaların da özelleştirme yönünde olduğu görülmektedir. Kepenek, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.38-39. Özelleştirmenin, Cumhuriyet tarihi kadar eski olmakla birlikte, 1980’li yılların ortalarına kadar yürürlüğe konulamadığına dikkat çekilmektedir. Karluk, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.2.

⁷⁸ Övgün, **Kamu İktisadi Teşebbüsü Olgusu**, s.121-123.

⁷⁹ R.G. 22.10.1983-18199.

Kanun ise 17.06.1982 tarihinde kabul edilen 2680 sayılı Yetki Kanunu'na dayanılarak 08.06.1984 tarihinde çıkarılan 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁸⁰ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Günümüzde kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetlerinin, ek ve değişiklikleri çerçevesinde 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye tabi olduğu görülmektedir. Peş peşe çıkarılan bu düzenlemelerle oluşturulan hukuki çerçeve yanında, temel olarak 2983 sayılı Kanun⁸¹, 3291 sayılı Kanun⁸² ve 4046 sayılı Kanun'da⁸³ öngörülen özelleştirme uygulamaları, kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirme yoluyla yapısal dönüşümünü açıkça ortaya koymaktadır.

II. KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kamu iktisadi teşebbüsleri, devletin sosyal ve ekonomik gerekçelerle klasik kamu hizmetleri dışında kalan iktisadi faaliyetleri teşebbüs olarak sunmak üzere kurduğu tüzel

⁸⁰ R.G. 18.06.1984-18435 (Mükerrer).

⁸¹ 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, R.G. 17.03.1984-18344.

⁸² 3291 Sayılı 1211 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu, 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu, 07.11.1985 tarih ve 3238 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunda Değişiklik Yapılması ve 1177 Sayılı Tütün Tekeli Kanunun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanun, R.G. 03.06.1986-19126.

⁸³ 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve KHK'lerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G. 27.11.1994- 22124. Bu Kanun'un adı, 03.07.2005 tarih ve 5398 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1'inci maddesiyle “Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun” olarak değiştirilmiştir. R.G. 21.07.2005-25882.

kişiliklerdir.⁸⁴ Devletin gerçek kişiler gibi anonim şirket şeklinde de kurabildiği ve kamu hizmetleriyle görevlendirdiği bu kurumlar, idari teşkilat içerisinde yer almaktadır.⁸⁵ Özel hukuk ve kamu hukukunun klasik ölçütleri ile tam uyuşmayan ve bu nedenle birbirleriyle çatışma halindeki özellikleri ve karma bir hukuki rejime tabi olmalarının, bu kurumların tüzel kişiliklerinin ve hukuki ilişkilerinin nitelendirilmesini tartışmalı hale getirmesi yanında; Anayasa’da yer alan düzenleme ve ilgili mevzuatla getirilen istisnalarla söz konusu kurumların tanım ve kapsamı da hukuken tartışmalı hale gelmiştir.

A. Hukuki Niteliğe İlişkin Kavramsal Değerlendirme

1. Yasal Gelişim ve Dönüşüm Sürecinin Neden Olduğu Tanımlama ve Kapsam Sorunu

Devletin iktisadi alanda görev ve faaliyetlerinin artmasıyla bu faaliyetleri gerçekleştiren kurumların sayısının artması, idari teşkilatın nicelik olarak büyümesi ve teşkilat içindeki yapıların nitelik olarak çeşitlenmesi, kamu iktisadi teşebbüsleri açısından bir tanımlama ve kapsam sorununu da ortaya çıkarmıştır. Önceleri bakanlık bünyeleri içinde yürütülen iktisadi faaliyetler, öncelikle döner sermayeli kurumlar haline getirilerek hareket serbestisi kazanmış; kamu teşebbüsü niteliğindeki örgütlenme şekilleri ise daha sonra ortaya çıkmıştır.⁸⁶ 1938 yılından itibaren 3460 sayılı Kanun ile başlayan yapılandırma süreci, bu teşebbüslerin kurulmalarında, hukuki yapılarında ve çalışma esaslarında çok sayıda yasal değişiklikle süregelmektedir. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan birbirinden farklı statüdeki kamu teşebbüsleri içinde sadece belirli bir kesimi kamu iktisadi teşebbüsü iken; devletin ve yerel idarelerin pay sahibi

⁸⁴ Turan Yıldırım, **Türkiye’nin İdari Teşkilatı**, 5. Baskı, Alkım Yayınevi, 2005, s.309.

⁸⁵ Lûtfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.69.

⁸⁶ Sağlam, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.175.

olduğu diğer iktisadi teşebbüsler için ise farklı hukuki düzenlemeler yer almaktadır.⁸⁷ Bu bağlamda, çalışma konumuzu oluşturan 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin öngördüğü kamu iktisadi teşebbüslerinin tanımlanması ve kapsamının belirlenmesi için, öncelikle daha geniş kapsamlı bir kamu teşebbüsü tanımı üzerinde durmak gerekmektedir.

Kamu teşebbüslerine ilişkin “*sermayesinin tamamına veya yarısından fazlasına sahip olarak ya da diğer yollarla, devletin, diğer kamu tüzel kişilerinin veya devletle anılan tüzel kişilerin yönetimine, yönetim organları vasıtasıyla hâkim olduğu teşebbüs*” şeklindeki tanımın, öğretinin yanında⁸⁸ Kamu İşletmeleri Raporlarında da kabul edildiği ve kavramın, pay sahipliği ve yönetimde kontrol kavramı ile ilişkilendirildiği görülmektedir.⁸⁹ Bununla birlikte Avrupa Birliği düzenlemelerinde de bu teşebbüsler, sermaye ve yönetim kontrolü açısından ele alınmıştır. Avrupa Birliği mevzuatında 2006/111/EC sayılı Şeffaflık Direktifi'nde yer alan bu yöndeki tanım, “*Kayıtlı*

⁸⁷ T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, **Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018) Kamu İşletmeciliği Özel İhtisas Raporu**, Ankara, 2014, s.2. (<https://www.sbb.gov.tr/ozel-ihstis-komisyonu-raporlari/#1543312172966-b62de4d7-b832>, Erişim tarihi: 20.06.2021).

⁸⁸ Baklacıoğlu, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.3. Yazarın bu tanımı konuya ilişkin çalışmalarda aynen alıntılanmaktadır. Örnek için bkz. Karluk, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.4.

⁸⁹ 2017 yılına kadar T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı tarafından her yıl hazırlanan bu raporlar, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne istinaden T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanmaktadır. “*Kamu işletmesi kavramının içeriği ülkeden ülkeye farklılık göstermekle birlikte, genellikle bir kamu idaresinin çoğunluk hissesine sahip olduğu ya da bir kamu idaresi tarafından yönetimi kontrol edilen işletmeler kamu işletmesi olarak adlandırılmaktadır. Bu kapsamda, kamu işletmesi kavramı bir yandan pay sahipliği, diğer yandan yönetimde kontrol kavramı ile ilişkilendirilmektedir.*” ifadesi, 2006-2019 yılları arasındaki tüm Kamu İşletmeleri Raporlarında yer almaktadır. Bkz. T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, **(2006-2019) Kamu İşletmeleri Raporu** (<https://www.hmb.gov.tr/kamu-sermayeli-kurulus-ve-isletmeler-raporlari>, Erişim tarihi: 20.06.2021).

sermayesinin çoğu kamuya (merkezi veya mahalli) ait olan veya oy hakkının çoğu kamu kontrolünde olan veya yönetim veya denetim biriminin yarısından fazlasının atama hakkı kamu kuruluşlarında olan işletmeler”i kapsamaktadır.⁹⁰ Bu bağlamda kamu teşebbüslerinin tanımlanmasında en önemli unsurun, devletin ya da diğer kamu tüzel kişilerinin sermaye sahipliğine ya da kanunun verdiği yetkiye dayanan “yönetimde hâkimiyet” olduğu; kamu teşebbüslerinin hukuki yapı, sermayenin oluşumu, yönetim biçimi, hizmetin niteliği açısından farklı hukuki statülerde birçok kamu kurumunu kapsamına aldığı görülmektedir.⁹¹ Buna rağmen ulusal mevzuatta bu yaklaşımın aksine, devlet kontrolü kavramı üzerinden değil de sermayede çoğunluk pay sahipliği üzerinden kamu teşebbüslerinin tanımlandığına⁹² ve ülkemizde sermayesinin yarısından fazlası devlete ait olmadığı halde yönetim veya denetiminde kamu kontrolü ağırlığı olan işletmelerin bu kapsama girmediğine ve ve bu nedenle bu teşebbüslere yönelik denetimin de sınırlı kaldığına dikkat çekilmektedir.⁹³

Farklı anlam ve kapsamların yarattığı karışıklığın giderilmesi amacı ile öğretide kamu teşebbüslerinin türlerine ilişkin yapılan sınıflandırmalar⁹⁴, tarihsel ve yasal değişim süreci içinde güncelliğini yitirmekle birlikte, söz konusu tasnifin esasen üç ana başlık altında şekillendiği ileri sürülebilir: Devlet dairesi şeklindeki kamu teşebbüsleri, kamu

⁹⁰ T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, **Özel İhtisas Raporu**, s.3.

⁹¹ Baklacioğlu, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.1; Yahya Doğan, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme**, Fakülteler Kitabevi, İzmir, 1993, s.20, s.22; Atasoy, **Türkiye’de Kamu İktisadî Teşebbüsleri**, s.16.

⁹² T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Genel Müdürlüğü, **2008 Kamu İşletmeleri Raporu**, Kasım 2009, s.6.

⁹³ T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Genel Müdürlüğü, **2007 Kamu İşletmeleri Raporu**, Ağustos 2008, s.6.

⁹⁴ Kamu teşebbüslerine ilişkin sınıflandırmalar için bkz. Baklacioğlu, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.20-25; Sağlam, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.26-57; Karluk, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.12-14; Doğan, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.24-26.

iktisadi teşebbüsleri ve karma şirketler ile iştirakler. Bu kurumlar içinde yer alan kamu iktisadi teşebbüslerinin kapsamının hukuki düzenlemeler çerçevesinde farklılaşması, bu kavrama ilişkin tanımlama yapmayı zorlaştırmıştır. Kuruluşu, organlarının oluşumu ve çalışma esasları, bir devlet yetkisi ile objektif hukuk kurallarınca düzenlenen bu teşebbüsler⁹⁵, en genel ve kapsayıcı şekilde “sosyal ve ekonomik bir hizmet yerine getirmek amacı ile devlet tarafından oluşturulan ve bağımsız bir kişiliğe ve idari özerkliğe, ayrı gelir kaynaklarına sahip bulunan, dış ilişkilerinde özel hukuk ve ticaret hukuku kurallarına bağlı ve ancak merkezden bir örgüt aracılığıyla yasama organının denetimine bağlı bulunan kuruluşlar” olarak tanımlanmaktadır.⁹⁶ Mevcut hukuki durum

⁹⁵ Baklacioğlu, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.23. “Kamu iktisadi teşebbüsleri, kurulması, organları, personel rejimi, görev ve yetkileri, işleyiş ve amaçları ve sona ermeleri yasal veya idari işlemlerle düzenlenen, sermayesinin tamamı devlete ait iktisadi alanda kural olarak ticari esaslara göre faaliyet gösteren veya tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretilip pazarlayan kamu tüzel kişileridir.” Bkz. AYM, E.2012/92, K.2013/31, T.28.02.2013, R.G.12.07.2013-28705.

⁹⁶ V. Friedman, **The Public Corporation**, 1956, s.541. (Aktaran: İsmet Giritli - Pertev Bilgen - Tayfun Akgüner - Kahraman Berk, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş Altıncı Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2013, s. 493; Tayfun Akgüner, **İdare Hukuku**, 9. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s.391.)

açısından bakıldığında, Anayasa'nın 47'nci⁹⁷, 128'inci⁹⁸, 135'inci⁹⁹, 161'inci¹⁰⁰ maddelerinde “*kamu iktisadi teşebbüsü*” ifadesi yer almakta ise de, bu kurumlara ilişkin bir tanım verilmemekte¹⁰¹; kamu iktisadi teşebbüslerinin denetimini düzenleyen 165'inci maddesinde ise¹⁰² Anayasa'nın bu kurumları sadece “*sermaye*” ve “*denetim*” açılarından tanımladığı, sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıkları ile kamu iktisadi teşebbüslerinin kastedildiği görülmektedir.¹⁰³ Anayasa'da öngörülen bu hükümlerden yola çıkarak yapılan “*Devletin asli ve sürekli görevlerini genel idare esaslarına göre ve kamu görevlileri eliyle yerine getiren, sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait olan, denetimine ilişkin ayrı bir*

⁹⁷ Anayasa m.47/3: “(Ek: 13.8.1999-4446/1 md.) Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilir veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” hükmünü öngörmektedir. İsbir, bu maddenin lafzi yorumu ile kamu iktisadi teşebbüslerine ilişkin olarak yeni bir kamu tüzel kişiliği türünün benimsendiğini belirtmektedir. K. Begüm İsbir, **Kamu Tüzel Kişiliği**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s.171.

⁹⁸ Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili genel ilkeleri düzenleyen Anayasa m.128: “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” hükmünü öngörmektedir.

⁹⁹ Anayasa m.135/2: “Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti aranmaz.”

¹⁰⁰ Bütçenin hazırlanması ve uygulanmasına ilişkin Anayasa m.161: “Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları, yıllık bütçelerle yapılır.” demektedir.

¹⁰¹ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, 1984, s.186.

¹⁰² Kamu iktisadi teşebbüslerinin denetimini düzenleyen Anayasa m.165: “Sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesi esasları kanunla düzenlenir.” şeklindedir.

¹⁰³ Giritli - Bilgen - Akgüner - Berk, **İdare Hukuku**, s.493-494.

usulün öngörüldüğü kamu tüzel kişileri”¹⁰⁴ şeklindeki tanım; Anayasa’nın 165’inci maddesinin yapısal bir düzenleme olmadığı ve bu madde esas alınarak bir kamu iktisadi teşebbüsü tanımı verilemeyeceği, bu maddeden hareketle yapılacak bir kamu iktisadi teşebbüsü tanımının tüm kamu iktisadi teşebbüslerini kapsamayacağı ve bu durumda kamu iştiraklerinin kamu iktisadi teşebbüsü olarak nitelendirilmesinin mümkün olmayacağı itirazıyla karşılaşmakta¹⁰⁵, bu kuruluşların Anayasa hükmünde yer alan sermaye oranı ile tanımlanmasına itiraz edilmektedir. Nitekim bir başka tanımda, kamu iktisadi teşebbüslerinin kurucu unsuru olarak yönetimde devletin hâkimiyetine yer verilmiş; ancak bu hâkimiyet, sermayede pay çoğunluğu ile sınırlandırılmamış, yasaların verdiği yetkiye dayanarak da bu hâkimiyetin sağlanabileceği kabul edilmiştir.¹⁰⁶

Kamu iktisadi teşebbüslerinin hukuki yapı ve statüleri¹⁰⁷, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmektedir. Bu Kararname’de “*kamu iktisadi teşebbüsü*”, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşlarının ortak adı olarak tanımlanmakta¹⁰⁸; bu teşebbüsleri ve bunların müesseselerini, bağlı ortaklıklarını ve iştiraklerini kapsamaktadır.¹⁰⁹ Kararname’deki bu hükümlerden yola çıkarak öğretide kamu iktisadi teşebbüsü, iktisadi devlet teşekkülü ile kamu iktisadi kuruluşları ve

¹⁰⁴ Cem Ayaydın, **82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1998, s.451.

¹⁰⁵ Bülbul, **Kamu İştirakleri**, s.120-123. Anayasa m. 165’in sadece KİT’leri düzenleyen bir madde olmadığına ilişkin bir karar için bkz. AYM, E.1994/49 K.1994/45-2, T. 07.07.1994, R.G.10.9.1994-22047. (Kararı aktaran: Bülbul, **Kamu İştirakleri**, s.125.)

¹⁰⁶ Baklacıoğlu, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.23.

¹⁰⁷ KİT statüsünün ortaya çıkması ve farklı hukuki yapılarda ortaya çıkan kamu teşebbüslerine ait gruplandırmalar hakkında daha geniş bilgi için bkz. Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, 1984, s.175-182.

¹⁰⁸ Bkz. 233 sayılı KHK m. 2/1.

¹⁰⁹ Bkz. 233 sayılı KHK m. 1.

bunların müesseseleri, bağı ortaklıkları ve iştiraklerinin ortak adı¹¹⁰ olarak kabul edilmekte; bu yapıların her biri, “*kamu iktisadi teşebbüslerinin türleri*” başlığı altında incelenmektedir.¹¹¹ Bunlar arasında sermayesi doğrudan devlete ait olan kamu iktisadi teşebbüsleri, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları; sermayesi bir başka kamu iktisadi teşebbüsüne ait olan kamu iktisadi teşebbüsleri ise müesseseler ve bağı ortaklıklar olarak sınıflandırılırken; kamu iştirakleri, bir iktisadi devlet teşekkülü ya da kamu iktisadi kuruluşunun ya da bir bağı ortaklığın özel kesimde yer alan ortaklıklardaki hisseleri olarak kabul edilmektedir.¹¹²

Kamu iktisadi teşebbüslerine ilişkin tanım birliği sorununun esas nedeni, bu kurumlara ilişkin temel yasal düzenlemelerinin farklılığına dayanmaktadır. Zira çalışmamızın konusunu 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamındaki kamu iktisadi teşebbüsleri oluşturmakta iken; söz konusu Kanun Hükmünde Kararname’nin 58’inci maddesinin birinci fıkrasında, Atatürk Orman Çiftliği, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Anonim Şirketi, Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları Türk Anonim Şirketi, Türkiye İş Bankası Anonim Şirketi,Devlet Sanayi ve İşçi Yatırım Bankası Anonim Şirketi, İller Bankası Genel Müdürlüğü ile il özel idareleri ve belediyelerin, sermayelerinin yarısından fazlasına tek başına veya birlikte sahip oldukları iktisadi teşebbüslerin bu yasal düzenlemeye tabi olmadıkları öngörülmektedir. Kamu iktisadi teşebbüslerinin denetimini düzenleyen Anayasa’nın 165’inci maddesi uyarınca çıkarılan 02.04.1987 tarih ve 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük

¹¹⁰ Giritli - Bilgen - Akgüner - Berk, **İdare Hukuku**, s.493-494.

¹¹¹ Bkz. Metin Günday, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015, s.540-543; Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, İkinci Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2009, s.569-571.

¹¹² Günday, **İdare Hukuku**, s.540.

Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da¹¹³ da kapsamın farklılık gösterdiği görülmektedir.¹¹⁴ Bununla birlikte, istisna kapsamında yer alan ve sermayelerinin yarısından fazlasına tek başına veya birlikte sahip oldukları iktisadi teşebbüsler olarak belediye iktisadi teşebbüsleri¹¹⁵, yerinden yönetim ilkesi uyarınca

¹¹³ R.G.09.04.1987-19426. 3346 sayılı Kanun m.2: “Ödenmiş sermayesinin yarısından fazlası kamu tüzelkişilerince sağlanmış olan kurumlar ile bu kurumların ödenmiş sermayesinin yarısından fazlasını sağlamış oldukları diğer kurumlar ve yukarıda sayılanlardan olmamakla beraber kendilerine bazı kamu yetki ve görevleri verilmiş olup galip vasıfları bu kamu hizmetlerini yürütmek olan ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından olmayan özel kanunlara tabi kurumlar ve İller Bankası, bu Kanunla konulan denetime tabidirler.

Mahalli idarelerin ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, ödenmiş sermayesinin yarısından fazlasını sağladıkları kurumlar ile bu kurumların ödenmiş sermayesinin yarısından fazlasını sağladıkları kurumlar bu Kanunla konulan denetime tabi değildirler.

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kamu İktisadi Teşebbüsü sayılmaz. Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası ile bu Kanunla konulan denetime tabi değildir. Sözü geçen bankaların Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesi Anayasanın 162 nci maddesinde söz konusu milli bütçenin incelenmesi yoluyla yapılır.”

¹¹⁴ 3346 sayılı Kanun m.2 kapsamında işletmecilik faaliyeti bulunmayan kurumların kamu iktisadi teşebbüsü sayılmasına karşılık, tanıma uygun bazılarının ise kapsam dışı kaldığına dikkat çekilmiş ve söz konusu kavram ve statü karmaşasının AY m.165 uyarınca giderilmesi önerilmiştir. Doğan, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri** s.39-41.

¹¹⁵ Belediye iktisadi teşebbüsleri “belediyenin ekonomik faaliyetlerini yürüttüğü, yarı kamusal ve bazı özel mal ve hizmetleri ürettiği, belediye bütçesi içinde ya da dışında, belediyenin yönetimine doğrudan ya da dolaylı müdahalede bulunduğu, özel hukuk ya da kamu hukukuna göre, ağırlıklı olarak kamu yararı gözetilerek faaliyet gösteren, belirli bir özerklik içerisinde hareket eden kuruluşlar” şeklindeki geniş bir tanımın kabulü ile belediyelerin ekonomik faaliyetlerini yürüten tüm birimlerini kapsamaktadır. Hasan Özçelik, **Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Belediye Şirketleri: İstanbul Büyükşehir Belediyesi Şirketleri Üzerine Bir İnceleme**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s.47. 1580 sayılı Eski Belediye Kanunu döneminde “KİT” teriminden esinlenerek “BİT” ifadesinin kullanımı, Gözler tarafından, “belediye şirketlerinin tüm faaliyet konularının ‘iktisadi’ olmadığı” gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu adlandırmada hukuki bir

belediyelerin kanunlarla kendilerine yüklenen görevleri ile yerel halkın ortak ve medeni ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikteki çeşitli ekonomik faaliyetleri için kurulmaktadır. İşletme, fon, döner sermaye, birlik ve şirket gibi çok çeşitli adlarla geçmişten günümüze birbirinden farklı örgütlenme biçimleri ile mevzuatta yer almış iktisadi nitelikteki bu birimler, kuruluşları, yönetim yapıları, görevleri ve işleyişleri ile kendi aralarında farklılaşmakta; bu hususta genel bir yasanın bulunmaması karmaşaya neden olmaktadır.¹¹⁶ Bu bağlamda, istisna kapsamındaki kurumlar arasında bu nitelikteki teşebbüslerin kamu iktisadi teşebbüsleri ile hukuki nitelik olarak benzerlikleri yanında yürüttükleri iktisadi kamu hizmetlerinin hukuki rejimine ilişkin tartışmaların¹¹⁷, hatta bu tartışmalara ilişkin yargısal ölçütlerin de benzerlik taşıdığını belirtmeliyiz.

2. Karma Hukuki Rejimden Kaynaklanan Tartışmalar

Kamu iktisadi teşebbüslerinin kuruluşlarına ilişkin yasal düzenlemelerde, aksine hüküm olmayan hususlarda özel hukuk hükümlerine tabi olacakları belirtilmektedir. Bu idarelerin faaliyet alanları itibarıyla üçüncü kişilerle ilişkilerinde tamamen bir özel hukuk kişisi niteliğine büründüğü kabul edilir.¹¹⁸ Tüzel kişiliklerinin niteliğinin tespitine ilişkin

yarar olmadığını belirten yazar, bu kuruluşların 233 sayılı KHK'ye tabi olmaması yanında KİT'lere nazaran daha önemli bir hâle geldiklerine dikkat çekmektedir. Kemal Gözler, **Mahallî İdareler Hukuku**, Birinci Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2018, s.471.

¹¹⁶ Ruşen Keleş - Fehmi Yavuz, **Yerel Yönetimler**, Turhan Kitabevi Ankara, 1989, s.339; Enis Yeter, “Belediyelerin İktisadi ve Ticari Teşebbüsleri”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl 65, Sayı 400, Eylül 1993, Eylül,1993, s.81. Mevcut yasal düzenlemeler uyarınca bu kurumlar; ayrı kamu tüzel kişiliği olmayan teşebbüsler, özel yasaları olan bağlı kuruluşlar ve belediye şirketleri olarak üç grupta sınıflandırılmaktadır. Bkz. Özçelik, **Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de Belediye Şirketleri**, s.109.

¹¹⁷ Bu kurumların hukuki niteliği ve sundukları hizmetin niteliğine ilişkin bir çalışma için bkz. Nida Malbeği, “Belediye İktisadi Teşebbüsleri Üzerine Bir İnceleme”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt 18, Sayı 1, Yıl 2019, s.31-60.

¹¹⁸ Baklacioğlu, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.27.

tartışmaların temelinde ilk olarak, bu kurumların mevcut türleri ve bunlara ilişkin hukuki düzenlemeler yer almaktadır. Zira bu kurumların, özel hukuk kişisine çok yakın içerik ve kimlikleri, idare ile özel kişiler arasındaki farkın tespitini zorlaştırmaktadır.¹¹⁹ 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 3'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve teşebbüslerden iktisadi devlet teşekkülü olanların, anonim şirket şeklinde de kurulabileceğini öngören hüküm¹²⁰ göz önüne alınarak, tüm kamu iktisadi teşebbüslerini kamu kurumu olarak nitelendirmenin mümkün olmadığı; bu anlamda “*kamu şirketleri*”nin ayrı bir kategori halinde kamu hizmetinin özelleştirilmesi olarak değerlendirilmesi gerekliliğinden yola çıkarak, kamu iktisadi teşebbüsleri arasında bir ayrımın zorunluluğu dile getirilmiştir.¹²¹ Bu bağlamda, bir kısım kamu iktisadi teşebbüslerinin asıl görevlerinin özel hukuka tabi iktisadi nitelikte faaliyet yürütmek olması dolayısıyla bu kamu tüzel kişilerinin asli sùjeliğinin de özel hukuk alanında olduğu sonucuna varılmıştır.¹²² Bununla birlikte kamu iktisadi teşebbüslerinin amaçları, hukuki yapıları, yönetim organları, bu organların görev, yetki ve sorumlulukları,

¹¹⁹ Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, Teksir, Ankara, 1972-1973, s.4, s.45.

¹²⁰ 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de, 02.07.2018 tarih ve 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile yapılan değişikliğe kadar, teşebbüslerden iktisadi devlet teşekküllerinin bankacılık alanında, sermayelerinin en az %91'inin Devlete ait olması şartıyla anonim şirket şeklinde kurulabileceği öngörülmüştür. Bununla birlikte yapılan değişiklikle teşebbüslerin herhangi bir ayrım olmadan anonim şirket şeklinde kurulabileceği düzenlenmiştir.

¹²¹ Bkz. Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejimi)**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s.295. Bununla birlikte Ulusoy tarafından, “*kamu şirketi*” ibaresinin, herhangi bir ayrıma gitmeksizin kamu iktisadi teşebbüslerinin genel tanımında kullanıldığı da görülmektedir. Ali D. Ulusoy, **Türk İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar ve İdari Teşkilat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s.207.

¹²² Cem Çağatay Orak, **Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması**, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2011, s.259.

teşebbüslere ilişkin mali hükümler, teşebbüslerin tasfiyeleri ve denetimleri 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmiştir. Bu kurumlarda çalışan kamu personeline ilişkin düzenlemeler ise 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname’de¹²³ yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeler uyarınca bu kurumların, kamu yararına ürettikleri mal ve hizmetlerin fiyatlarının Cumhurbaşkanı tarafından belirlenebilmesi, zararlarının genel bütçeden karşılanması, organlarının atanmasında merkezi idarenin yetkili olması, TBMM tarafından denetlenmesi ve malları aleyhine işlenen suçların devlet malı aleyhine işlenmiş sayılması hususları, onların tüzel kişiliklerinin niteliğini tartışmalı hale getirmiştir.¹²⁴ Bir yandan yasalarda yer alan birtakım düzenlemelerin bu kurumların teşebbüs olma niteliğini zedelediği ileri sürülürken¹²⁵; diğer yandan özel hukuka göre faaliyetlerini sürdürmeleri nedeniyle bu teşebbüslerin kamu tüzel kişiliği nitelikleri tartışılmıştır.¹²⁶

a. Tabi Olunan Hukuki Rejim Gözetilerek Yapılan Tespitler

Öğretide yer alan ve kamu iktisadi teşebbüslerinin hukuki niteliklerine ilişkin söz konusu tartışmaların, 1961 Anayasası’ndan önce mevcut olan iktisadi devlet

¹²³ R.G. 29.01.1990-20417.

¹²⁴ Günday, **İdare Hukuku**, s.543-544.

¹²⁵ Baklacıoğlu, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.27. Bu hususta bkz. İl Han Özay, “*Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Dramı*”, **İdare Hukuku İlimleri Dergisi**, Cilt 5, Sayı 1-3, Yıl 1984, s. 93-106.

¹²⁶ Taner Ayanoğlu, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, s.190.

teşekküllerine ilişkin görüş ayrılığının¹²⁷ 1961 Anayasası'nın 126'ncı maddesi hükmüne¹²⁸ ve 1982 Anayasası'nın aslında tereddüde yer vermeyen m.47/3, m.47/4, m.128/1 ve m.161/1 hükümlerine rağmen¹²⁹ devamı ve bu kurumların özel hukuk tüzel kişisi olmalarının kabulü eleştirilmektedir.¹³⁰ Zira ilgili hükümlerde, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri yanında bir de kamu iktisadi teşebbüslerinden söz edilmesi ile bu kurumların kamu tüzel kişiliği niteliğinin açıkça ortaya konulduğu görülmektedir.¹³¹ Söz konusu

¹²⁷ Hirsch, kamu iktisadi teşebbüslerinin özel hukuk kurallarına tabi özel hukuk kişileri (vakıf) olduklarını ileri sürmüştür. Ernst Hirsch, **İktisadi Devlet Teşekküllerinin Hukuki Mahiyeti**, Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferansları, 1939, s.22.

¹²⁸ 1961 AY m. 126/1: “Devletin ve kamu iktisadî teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır.” Hatemi de 1961 Anayasa'nın 126'ncı maddesi ile bu konudaki görüş ayrılığına son verme gerekliliğini vurgulamıştır. Bkz. Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuk Tüzel Kişileri Cilt I**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 2280, Sulhi Garan Matbaası, 1979, s.122.

¹²⁹ 1982 AY m.47/3: “(Ek fıkra: 13/8/1999-4446/1 md.) Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.”

m. 47/4: “(Ek fıkra: 13/8/1999-4446/1 md.) Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırabileceği veya devredebileceği kanunla belirlenir.”

m.128/1: “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”

m.161/1: “Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları, yıllık bütçelerle yapılır.”

¹³⁰ Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s.101.

¹³¹ Bülbül, Anayasa'nın ilgili maddelerine gönderme yaparak, “Oysa, dikkat edilecek olursa, yukarıda alıntılanan Anayasa hükümlerinde ‘Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri’ ya da ‘Devlet ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişileri’ ibareleri kullanılmaktadır. Bu ifadelerdeki ‘diğer’ ve ‘dışındaki’ sözcükleri, bu sözcüklerden önce gelen devlet ve kamu iktisadi teşebbüslerinin, sözcüklerden sonra yapılan nitelemeye

düzenlemelerle ortaya çıkan tespitler yanında, öğretide kamu iktisadi teşebbüslerinin yürüttükleri faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesi ve bu kurumlara idari teşkilat şeması içinde yer verilmesi, bu kurumların kamu tüzel kişiliği niteliğinin dolaylı şekilde belirlenmesi olarak yorumlanmaktadır.¹³² Bununla birlikte aşağıda değinileceği üzere yüksek mahkemelerin kararlarında, hukuki rejimi belirlerken tüzel kişiliğin hukuki niteliğine dayanması yanında kimi zaman tüzel kişiliğin tabi olduğu hukuki rejime bakarak hukuki nitelik tespit ettiği görülmektedir.

233 sayılı Kanun Hükmünde Karaname’de yer alan ve kamu iktisadi teşebbüslerinin bu Kanun Hükmünde Karanname ile saklı tutulan hususlar dışında “*özel hukuk*” hükümlerine tabi olacağı yönündeki düzenleme ile teşebbüslerin üçüncü kişilere karşı bir özel hukuk tüzel kişisi olması yönündeki kabul¹³³, Yargıtay tarafından da bir kararında “*O halde, kamu iktisadi teşebbüsleri kuruluş yasalarında açık bir hüküm bulunmadığı hallerde tüm hukuki ilişkilerinde (sözleşme, haksız eylem, sebepsiz iktisap vb.) özel hukuk hükümlerine tabi olacaklardır.*”¹³⁴ şeklinde yorumlanmaktadır. Yüksek Mahkeme’ye göre; “*Kamu tüzel kişilerinin kamu hizmetlerine ilişkin olmakla beraber özel hukuk kuralları altında, özel hukuk tüzel kişisi gibi yaptığı eylem ve işlemleri, özel hukuk alanına ilişkin olduğundan bunlar idari eylem ve işlem olarak nitelendirilemez. Kamu idare ve kurumlarının kamu otoritesinin (egemenlik hakkının) bir temsilcisi olarak*

tabi olduğunu; başka bir deyişle Devlet ve kamu iktisadi teşebbüslerinin de kamu tüzel kişisi niteliğini taşıdıklarını -bir kez daha- tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ortaya koymaktadır.” açıklamasını yapmaktadır. Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s.102. Aynı yönde Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, 2015, s.205. 1982 Anayasası ile -1999 değişikliğinden önce- iktisadi devlet teşekküllerinin kamu tüzel kişiliğine ilişkin tartışmaların öğreti ve yargıda sona erdiği, Duran tarafından da dile getirilmiştir. Duran, **İdare Hukuku**, s.203.

¹³² Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s.105-106.

¹³³ Baklacioğlu, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.27-28.

¹³⁴ Y.4HD, E.1986/277, K.1986/932, T.06.02.1986 (LexHBS).

yaptığı faaliyetlerinde veya ondan kaynaklanan eylemlerinde hizmet kusuru söz konusu olduğu halde, kamu tüzel kişilerinin özel hukuk tüzel kişisi olarak yürüttüğü hizmetlere ilişkin faaliyetleri sırasında meydana gelen zararlardan ötürü, ilgili kamu tüzel kişinin sorumluluğu özel hukuk hükümleri ve ilkeleri uyarınca belirlenmesi gerekir.”¹³⁵ Yüksek Mahkeme, bu kararlarındaki görüşleri doğrultusunda önüne gelen uyuşmazlıklarda davalı kurum bazında değerlendirme yaparak ve bir teşebbüsün tabi olduğu mevzuatı göz önüne alarak, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile ana statülerinde saklı kalan haller dışında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet göstereceğini; eylem ve işlemlerinin idari nitelikte olmadığını ve diğer özel hukuk tüzel kişilerinde olduğu gibi özel hukuka tabi olduğunu belirtmektedir.¹³⁶ Bunun yanında Yargıtay’ın kimi kararlarında ise, kamu iktisadi teşebbüslerini ana statüleri uyarınca özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirdiği görülmekte¹³⁷; Mahkeme, bu yöndeki bir kararında, “*Davalı, Ana Statüsünün 1. maddesinde düzenlenen ‘Bu Ana Statü’nün amacı: 08/06/1984 tarih ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Hükümlerine tabi olarak ve söz konusu Kanun Hükmünde Kararname çerçevesinde faaliyette bulunmak üzere....Genel Müdürlüğü (...) adı altında teşkil olunan Kamu İktisadi Kuruluşu’nun hukuki bünye, amaç ve faaliyet konuları, organları ve teşkilat yapısı, müessese, bağlı ortaklık ve iştirakleri ile bunlar arasındaki ilişkileri ve ilgili diğer hususları*

¹³⁵ Y.4HD, E.2003/138, K.2003/706, T.23.01.2003 (LexHBS). Yüksek Mahkeme’nin aynı gerekçeye dayanan daha önceki tarihli bir kararı Bülbül tarafından, Yargıtay’ın aslında KİT’leri kamu tüzel kişiliğine sahip gördüğü şeklinde yorumlanmıştır. (YHGK, E.2001/4-661, K.2001/1074, T.28.11.2001, İBD, Cilt 78, Sayı 1, Yıl 2004, s.202. (Kararı aktaran: Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s.112-113, dn.283.)

¹³⁶ Y.3HD, E. 2015/18293, K. 2017/4410, T.03.04.2017 (LBEHB); Y.4HD, E. 2006/1262, K. 2006/2015, T.01.03.2006 (LexHBS).

¹³⁷ Y.4HD, E. 2015/3705, K.2015/8936, T.01.07.2015 (LBEHB); Y.4HD, E.2016/3385, K.2016/3604, T.21.03.2016 (LBEHB); Y.23HD, E. 2013/7390, K.2014/82, T.14.01.2014 (LexHBS); Y.23HD, E.2014/7403, K.2015/4452, T.10.06.2015.

düzenlemektedir.’ hükmü çerçevesinde özel hukuk tüzel kişisidir.” ifadelerine yer vermektedir.¹³⁸ Kamu iktisadi teşebbüslerinin tacir olduklarını açıklayan mevzuat hükümlerine yer verilen bir başka kararda, ana statüsüne göre özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelenen bir kurumun, idare değil de özel hukuk hükümlerine tabi bir iktisadi devlet teşekkülü olduğu vurgulanmaktadır.¹³⁹ Özel hukuk tüzel kişiliği nitelendirmesinin hukuki gerekçesine açıkça yer verilmeyen bu kararları dışında, Yüksek Mahkeme’nin bir de ticari işletme kurup işleten bu teşebbüslerin tacir oldukları; sermayelerinin devlete ait olması ve bazı yönetim organlarının tayin usullerinin özellik arz etmesinin bu kurumlara kamu hukuku kurumu vasfı kazandırmadığı; özel hukuk tüzel kişileri olan bu teşebbüslere özel hukuk kurallarının uygulanacağı yönünde kararları mevcuttur.¹⁴⁰ Yüksek Mahkeme bir başka kararında, özel hukuk tüzel kişisi olduğu yönünde farklı bir nitelendirme ile kamu iktisadi teşebbüslerine bağlı müesseselerin, “*özel nitelikte ticari bir tüzel kişiliğe*” sahip olduğunu ve açıkça saklı tutulan haller hariç özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu belirtmiştir.¹⁴¹ Yargıtay kararlarında yer alan, ticari işletme kurup işleten bu teşebbüslerin tacir oldukları yönündeki gerekçenin, kimi zaman Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına da yansıdığı görülmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi, özelleştirme kapsamına alınmış bir teşebbüsün davalı olduğu bir uyuşmazlıkta, davalı tarafın özel hukuk tüzel kişisi olması nedeniyle uyuşmazlığın idari yargının görev alanı dışında olduğunu belirtmekte ve gerekçesinde, kamu iktisadi teşebbüslerinin ticari işletme kurup işlettikleri için tacir olduklarını; sermayelerinin devlete ait olması ve bazı yönetim organlarının tayin usullerinin farklı usullere tabi olmasının bu kurumlara kamu hukuku kurumu niteliği

¹³⁸ Y.4HD, E.2013/16113, K.2013/18616, T.27.11.2013 (LexHBS).

¹³⁹ Y.23HD, E.2014/7403, K.2015/4452, T.10.06.2015 (LexHBS).

¹⁴⁰ YHGK, E.2006/12, K.2006/95, T.22.3.2006 (LexHBS); Y.7HD, E.2009/880, K.2009/2532, T.16.06.2009 (LexHBS).

¹⁴¹ Y.4HD, E.1990/4231, K.1991/3143, T.29.03.1991 (LBEHB).

vermediğini; bunların özel hukuk tüzel kişisi olduklarını ve ticari ilişkileri hakkında özel hukuk hükümlerinin uygulandığını belirtmektedir.¹⁴² Yüksek Mahkeme'nin davalı tarafından yürütülen hizmeti, kamu hizmeti olarak belirlediği halde ticari ilişkilerin özel hukuka tabi olması yönünden değerlendirme yaptığı görülmektedir.¹⁴³ Kamu hizmeti yerine getiren bu teşebbüslerin Türk Ticaret Kanunu uyarınca, özel hukuka tabi olmalarından bahisle şirket tipinde örgütlenip örgütlenmediklerine bakılmaksızın tacir sayılmaları ile aslında idarenin varlık nedeninin göz ardı edilmesi yanında¹⁴⁴, şirket tipi örgütlenmenin kamu tüzel kişiliği ile bağdaşır olup olmadığının da tartışmalı olduğu belirtilmelidir.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, kararlarında çoğunlukla kamu iktisadi teşebbüslerinin kamu kurumu niteliğini vurguladığı görülmekle birlikte tabi oldukları hukuki rejimden yola çıkarak bazı kararlarında bu kurumlar; “*kamu hizmeti niteliği ağır basan davalı kurum*”¹⁴⁵, “*kamu hizmeti niteliği ağır basan bir kamu iktisadi kuruluşu*”¹⁴⁶, “*kamu kurumu niteliği ağır basan*” anonim şirketler¹⁴⁷ şeklinde tanımlanmaktadırlar. Öğretide ise bu kurumlar; karma hukuki rejime tabi olmaları nedeniyle çift kimlikli¹⁴⁸

¹⁴² UYM, E.2013/1709, K.2013/1922, T.30.12.2013, R.G. 21.02.2014-28920.

¹⁴³ UYM, E.2016/89, K.2016/140, T.14.03.2016, R.G. 01.04.2016-29671.

¹⁴⁴ Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.309-311.

¹⁴⁵ UYM, E.2009/167, K.2009/226, T.05.10.2009, R.G. 18.01.2011-27819.

¹⁴⁶ UYM, E.1992/9, K.1992/12, T.23.03.1992, R.G. 17.05.1992-21231.

¹⁴⁷ Yüksek Mahkeme'nin bu ifadeyi 233 sayılı KHK kapsamında yer alan bir iştirak için kullandığını belirtmeliyiz. Bkz. UYM, E.1996/52, K.1996/94, T.14.10.1996, R.G. 24.10.1996-22797.

¹⁴⁸ Bu nitelendirmeyi yapan Ulusoy'a göre, bu kurumların 233 sayılı KHK'de öngörülen tüzel kişilikleri, şirket statüsüyle ticaret hukuku bağlamında özel hukuk kişiliğini; idare hukuku açısından ise kamu tüzel kişiliğini ifade etmektedir. KİT'ler aynı anda hem özel hukuk hem de kamu hukuku tüzel kişiliğine sahip çift kimlikli hukuki varlıklardır. Zira KİT'lerin 233

olma nitelikleriyle karma tüzel kişi¹⁴⁹, karma anonim şirket¹⁵⁰, karma karakterli tüzel kişiler¹⁵¹ olarak adlandırılmakta; kamu hizmetiyle görevli özel kuruluşlar arasında sayılmaktadır.¹⁵² Zira devletin özel hukuk kurallarına göre hizmet yürütecek tüzel kişiler kurabilmesi ve hukuksal düzenlemelerdeki belirsizlik yanında özel hukuk tüzel kişilerinin

sayılı KHK ile düzenlenen hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabi olması da bu niteliğe işaret etmektedir. Bkz. Ulusoy, **Türk İdare Hukuku**, s.209.

¹⁴⁹ Kuruluncaya kadar kamu hukukuna bağlı olan bu kuruluşların, kurulduktan sonra özel hukuk esaslarına göre işletildiklerine dikkat çeken Erdem, hem özel hukuk hem kamu hukuku tüzel kişilerinin özelliklerini taşıyan bu kuruluşları, karma tüzel kişiler olarak nitelendirmektedir. Ercüment Erdem, **KİT’lerin Tacir Sıfatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir 1992, s.61-62. Benzer yönde bkz. Mustafa Dural - Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s.232.

¹⁵⁰ Devlet sermayesi ile özel sermayenin birleşmesinden meydana gelen karma anonim şirketlerin bir kısmının özel kanunlarla, bir kısmının Ticaret Kanunu’na göre kurulduğuna Ansay tarafından dikkat çekilmekte; Ayaydın ise yazar tarafından yapılan bu nitelendirmedeki “karma” özelliğinin, sermayenin devlet ve özel kişiler tarafından oluşturuluyor olmasından kaynaklandığını belirtmektedir. Tuğrul Ansay, **Anonim Şirketler Hukuku Dersleri**, Dördüncü Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s.14-15; Ayaydın, **Devletin Faaliyet Alanı**, s.317.

¹⁵¹ Tüzel kişilerin çeşitlerini üç başlığa ayıran Ataay, kamu hukuku tüzel kişileri ve özel hukuk tüzel kişilerine yer verdiği başlıklardan sonra iktisadi devlet teşekküllerini, “*özel kanunla kurulan (bkz.İkt.Dev.Teş.K.mad.3/II) ve kamu hukuku tüzel kişileriyle özel hukuk tüzel kişilerinin bazı niteliklerini taşıyan karma karakterli tüzel kişiler*” olarak tanımlamıştır. Aytekin Ataay, **Medeni Hukukun Genel Teorisi Temel Bilgiler - Genel Kavramlar**, Üçüncü Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s.267.

¹⁵² Şeref Gözübüyük, **Türkiye’nin Yönetim Yapısı**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s.91. Bu yönde bir başka değerlendirme ise şu şekildedir: Fransız idare hukukunun etkisiyle doğan ve anonim şirket olarak kurulmuş, kendilerine ait bir kanunları olan, bir kamu hizmeti yürüten, bazen kamusal özellikli işlemler tesis edebilen; ancak özel hukuk hükümlerine tabi olan bu tüzel kişilere “*kamu hizmetiyle görevli özel kuruluşlar*” adı verilmiştir. KİT’ler ve Merkez Bankası gibi kamu hukuku ağırlıklı bu kuruluşlar yanında özel güvenlik şirketleri gibi özel hukuk ağırlıklı tüzel kişiler de bu kapsamda kabul edilmektedir. İsbir, **Kamu Tüzel Kişiliği**, s.354.

de kamu hizmeti yürütebilmesi¹⁵³, bir kurumun tüzel kişiliğinin niteliğinin tespitini daha zor hale getirmiştir. Bu tespitin zorluğunun, tabi olunacak hukuki rejimin belirlenmesinde yarattığı karmaşa, öğretide ve yargı kararlarında bu kurumlara ilişkin farklı nitelendirme çabalarına neden olmuştur. “*Deve kuşu*” olarak tabir edilen çok çeşitli tüzel kişilerin de türemiş olmasından¹⁵⁴ bahisle, öğreti de mutlak anlamda kamu hukuku-özel hukuk tüzel kişiliği ayrımında konumlandıramadığı bu tür kurumları nitelendirme çabası içindedir.¹⁵⁵ Kuruluş yanında önem arz eden ve kamu tüzel kişilerinin özellikleri arasında yer alan hususların incelenmesi ile de bir tespit yapmanın mümkün olmadığı durumlarda, hukuki ağırlığın kamu hukuku alanında mı özel hukuk alanında mı olduğunun ölçülmesi önerilmiş¹⁵⁶; bu öneriler, bugün artık tüzel kişiliğin türünün nitelenmesine yansımış ve çeşitli ifadelerde vücut bulmuştur. Kamu tüzel kişisi olarak kurulmalarına rağmen, işlemlerinin ağırlıklı olarak özel hukuka tabi olması nedeniyle “*a tipik tüzel kişiler*” olarak adlandırılanlar yanında; kuruluş kanunlarına bakılarak doğrudan kamu tüzel kişisi olma nitelikleri tespit edilemese de işlemlerinin ağırlıklı olarak kamu hukuku alanında olması nedeniyle “*kamu hukuku ağırlıklı sui generis tüzel kişiler*” olarak adlandırılan tüzel kişilerin hukuki nitelikleri ve tabi oldukları hukuki rejim hususlarında tartışmalar son bulmuş değildir.¹⁵⁷

¹⁵³ Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.104.

¹⁵⁴ Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.493.

¹⁵⁵ Bu hususta Fransa’da ortaya çıkan “*kısmi kamu tüzel kişiliği*” kavramına dikkat çekilmektedir. Bkz. Aude Rouyère, “La Personnalité Publique Partielle”, in, La Personnalité Publique, Actes du Coll. AFDA, Litec, 2007, s.91-113. (Aktaran: Fatma Didem Sevgili Gençay, “*Belediye Şirketlerinin Hukuki Statüsü*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 134, Yıl 2018, s.164.)

¹⁵⁶ Özyörük, **İdare Hukuku**, s.84-85.

¹⁵⁷ Söz konusu adlandırmalar, yeni bir idari teşkilat şeması öneren İsbir’e aittir. Bu husustaki en kapsamlı ve en güncel çalışmanın kendisine ait olması nedeniyle, tartışmalara dikkat

Sadece kanunlarda öngörülen şartlarla tüzel kişilerin kurulabilmesi ve tüzel kişiler alanında geçerli olan sınırlı sayı ilkesi (numerus clausus ilkesi)¹⁵⁸ nedeniyle tüzel kişilik alanında karma tüzel kişilik meydana getirilemeyeceği, özel hukuk öğretisinde dile getirilmiştir.¹⁵⁹ Bununla birlikte, kamu tüzel kişisi ya da özel hukuk tüzel kişisi şeklinde nitelendirilmeyen bu tür kurumlar, yargı kararlarında; “kendine özgü özellikleri olan kamu tüzel kişisi”¹⁶⁰, “kendisine özgü bir kamu kuruluşu”¹⁶¹, “kamu tüzel kişilerinin statüsüne yaklaştırılmış” kuruluşlar¹⁶², “kamu tüzel kişiliğine yaklaşan yeni bir müessese”¹⁶³ olarak nitelendirilmektedir. Bu nitelikteki tanımlamaların, kesin sınırları ya

çekilmek amacıyla yazara gönderme yapılması tercih edilmiştir. Bkz. İsbir, **Kamu Tüzel Kişiliği**, s.468-483.

¹⁵⁸ Dural - Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.212. Hüseyin Hatemi - Burcu Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.87.

¹⁵⁹ Hatemi - Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku**, s.87.

¹⁶⁰ Bu ifade, UYM’nin TCMB ile ilgili olarak verdiği bir kararında yer almaktadır. Bkz. UYM, E.1990/37, K.1991/1, T.11.02.1991, R.G.12.5.1991-20869.

¹⁶¹ Bu ifade, UYM’nin TCMB ile ilgili olarak verdiği kararlarında yer almaktadır Bkz. UYM, E.1992/3, K.1992/9, T.23.03.1992, R.G.17.05.1992-21231; UYM, E.1997/7, K.1997/8, T.24.03.1997, R.G. 15.4.1997-22965.

¹⁶² Bu ifade, UYM’nin Tarım Satış Kooperatifleri ve Birlikleri ile ilgili olarak verdiği bir kararında yer almaktadır. Bkz. UYM, E.1992/21, K.1992/22, T.18.05.1992, R.G.24.06.1992-21264, s.22. Aynı yönde bkz. UYM, E.2002/8 K.2002/16, T.27.05.2002, R.G.26.11.2002-24948.

¹⁶³ Uyuşmazlık Mahkemesi, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı Yönetim Kurulu’nun lojman tahsisine ilişkin işlemine ilişkin kararında, bu işlemin idari niteliğinin tespitinde şu ifadelerle yer vermektedir: “Kamu hizmetlerinden sağlanacak gelirlerin vakıf amacına tahsis edilmesi ve bu şekilde klasik kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi olağan bir yöntem değil ise de, kurucuları ile organları tümüyle Bakanlık merkez teşkilatında görev yapan kamu görevlilerinden oluşan Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfının, süreklilik arzeden gelirinin ‘Bakanlık Birimleri Taşra Teşkilatı tarafından verilecek her türlü hizmetlerden dolayı sağlanacak gelirler’den oluştuğu; gelirlerinin en az %80’ini nevi itibarıyla genel bütçeli idare bütçesi içinde yer alan bir hizmetin yerine getirilmesi amacıyla tahsisan kurulmuş olması nedeniyle 903 sayılı Kanunun 4. maddesine göre Bakanlar Kurulu

da ölçütleri belirlemede idari teşkilatta karışıklığa neden olacağına¹⁶⁴ da dikkat çekmek isteriz. Zira söz konusu kurumların organik anlamda idare içinde -klasik örgütlenme biçimi ile- konumlandırılmasında görüş birliği olmamakla birlikte, birtakım kamusal yetkileri haiz olan kurumlar oldukları açıktır. Organik anlamda idare içinde yer almama ya da yerinin kolaylıkla belirlenememesi, bu tüzel kişiler tarafından yapılan işlemlerin fonksiyonel anlamda idari işleve dahil olmasına engel değildir.¹⁶⁵ Uygulamada ortaya çıkan bu nitelendirme sorununun nedeni de özel hukukta söz konusu olamayacak yetkilerin bu kurumlara tanınmış olmasıdır.¹⁶⁶ Bu hususta bir de, karma hukuki rejime tabi olmasından bahisle bir kurumun tüzel kişiliğinin “çift kimlikli” olması şeklindeki nitelemenin¹⁶⁷, Anayasa’ya aykırılığına dikkat çekilmektedir.¹⁶⁸ Bu görüşe göre bu ifade, kamu tüzel kişilerinin özel hukuk alanında sonuç doğuran işlemleri bakımından kullanıldığında bir sorun teşkil etmese de; Anayasa’da kamu tüzel kişiliğinin kurulma şartlarına uygun şekilde kurulan bir kurumdan söz edilemediği hallerde bir özel hukuk tüzel kişisinin bu ifade ile tanımlanması -idari işlem yapabilmesi halinde kamu tüzel kişisi

Kararı ile vergi muafiyetinden yararlandığı dikkate alındığında, ‘adalet hizmeti’ne yardımcı ve ‘o’na bitişik olarak kamu hizmeti yerine getiren ve ağırlıklı olarak kamusal bir nitelik taşıması dolayısıyla da kamu tüzel kişiliğine yaklaşan yeni bir müessese olduğunun kabulü gerekir.” UYM, E.1999/1, K.1999/11, T.03.05.1999, R.G. 08.06.1999-23719. Aynı yönde bkz. DİDDK, E.2006/2958, K.2010/910, T.06.05.2010 (LexHBS).

¹⁶⁴ Turan Yıldırım - Melikşah Yasin - Nur Kaman - Eyüp Özdemir - Gül Üstün - Hüseyin Melih Çakır - Özge Okay Tekinsoy, (Edit. Turan Yıldırım), **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.18-19.

¹⁶⁵ M. Artuk Ardıçoğlu, “Türk İdare Hukukuna Yeni Bir Katkı: Erişim Sağlayıcıları Birliği”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 5, Sayı 1, Yıl 2014, s.135.

¹⁶⁶ Yıldırım - Yasin – Kaman – Özdemir – Üstün – Çakır – Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.19-20.

¹⁶⁷ Ulusoy, **Yeni Türk İdare Hukuku**, s.139.

¹⁶⁸ Mehmet İnanç, **Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemleri**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.78.

olarak nitelendirilmesi- mümkün olmamalıdır. Anayasa'ya aykırılık hususunda dikkat çekilen bu nokta yanında, kamu tüzel kişilerinin özel hukuk alanında yürüttüğü işlemler itibarıyla özel hukuk tüzel kişisi olduklarından söz edilemeyeceğine ve Yargıtay'ın kamu iktisadi teşebbüsleri konusunda yukarıda değindiğimiz kararlarında geçen “*kamu tüzel kişilerinin özel hukuk tüzel kişisi olarak yürüttüğü hizmetler*” ifadesinde olduğu gibi aynı tüzel kişinin niteliğinin, yürütülen faaliyete göre farklılaşmasının hukuken kabulünün mümkün olmayacağına yönelik görüşe katıldığımızı belirtmeliyiz.¹⁶⁹ Nitekim, faaliyetin niteliğinin tüzel kişiliğin türünü değiştirmedeği¹⁷⁰; bu bağlamda, bahsi geçen şekildeki nitelendirme ile kastedilenin, bir tüzel kişinin yaptığı işlemin hukuki rejimine göre her iki hukuk alanında da özne olarak konumlanabilmesi olduğu¹⁷¹; öğretinin bu nitelendirmeyi, hukuki rejime bakarak ve karma rejim dolayısıyla yaptığı düşüncesindeyiz.

b. Kamusal Niteliğin Hukuki Rejimden Etkilenmediği Yönündeki Tespitler

İdare hukukunun bağımsızlığına yönelik tartışmalarda, iki hukuki rejim -kamu hukuku ile özel hukuk- arasındaki asıl fark, hukuki işlemlerin konu, amaç ve araçlarına dayandırılmış; idare hukukunda hak süjesi olanlar öteden beri yalnızca kamu yararı güden kamu tüzel kişileri¹⁷² ve bu tüzel kişilerin asıl hukuki rejimi, kamu hukuku rejimi olarak

¹⁶⁹ Bkz. Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s.112-113, dn.283.

¹⁷⁰ Celal Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990, s.62. İdarenin hukuk dalına göre tür değiştirmeyeceği hakkında, bir fok ve penguen benzetmesi için bkz. İl Han Özay, “*İhale Usulleri ya da ‘İskambilden Şato’ ile Bir Fok ve Penguen Öyküsü*”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, 1. Baskı, Alkım Yayınevi, 2007, s.895.

¹⁷¹ Kemal Gözler, “*Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Neye Yarar?*”, s.22 (<http://www.idare.gen.tr/kamu-tuzel-kisiligi.pdf>, Erişim tarihi: 10.09.2018).

¹⁷² Duran, **İdare Hukuku**, s.17.

kabul edilmiştir.¹⁷³ Bununla birlikte, kamu tüzel kişiliğinin tespitinde hukuki rejimin belirleyici olduğu sonucuna varmak mümkün olmadığı gibi¹⁷⁴; bir tüzel kişinin kamu tüzel kişisi olması, onun tamamıyla kamu hukuku rejimine tabi olmasını gerektirmemektedir.¹⁷⁵ İdare hukukunun uygulama alanı ve idari yargının görev alanının belirlenmesinde bazı kurum ve kavramları doğrudan ve mutlak anlamda kullanmanın; kamu hizmeti, kamu gücü ayrıcalıkları ya da kamu tüzel kişiliği ile doğrudan idare hukuku ve idari yargıyı bağdaştırmanın, sonu gelmeyen tartışmalara neden olduğuna dikkat çekilmektedir.¹⁷⁶ Zira idarenin kuruluşunda kamu hukuku ve özel hukukun ağırlığı, siyasi eğilimler, hizmet gerekleri gibi nedenlerle değişken olabilmektedir. Bu nedenle özel hukuk hükümlerine tabiiyet bir kuruluşun türünü değiştirip onu “idare” dışına çıkarmadığı gibi¹⁷⁷; bu durum, bu kuruluşlar için genel hukuki rejimin idare

¹⁷³ Duran, **İdare Hukuku**, s.72. 17.02.1926 tarih ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi 52’nci maddesinde, “*Hukuku amme müesseseleri, Hukuku Amme Kanunlarına tabidir. İktisadi bir gaye takip eden cemiyetler, şirketler hakkındaki hükümlere tabidir.*” hükmü yer almaktaydı. Yürürlükteki Medeni Kanun’un, bu hükme yer vermemekle birlikte, tüzel kişilerle ilgili genel hükümleri düzenleyen Birinci Bölüm, 55’inci maddesinde yer alan “*Kamu tüzel kişileri ve ticaret şirketleriyle ilgili kanun hükümleri saklıdır.*” biçimindeki düzenlemenin, lafzen farklı olduğu; bu düzenlemenin hak ve fiil ehliyeti yönünden tüzel kişileri eş tuttuğu belirtilmektedir. M. Ayhan Tekinsoy, **İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2002, s.16.

¹⁷⁴ Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukukuna Giriş I**, Sevinç Matbaası, 1970, s.147; Günday, **İdare Hukuku**, s.80.

¹⁷⁵ Gözler, “*Kamu Tüzel Kişiliği*”, s.14.

¹⁷⁶ Gözler, “*Kamu Tüzel Kişiliği*”, s.16-17.

¹⁷⁷ İl Han Özay, “*Futbolda Özelleştirme*”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt 11, Sayı 1-3, Yıl 1990, s.33. Aynı yöndeki görüşler için bkz. Günday, **İdare Hukuku**, s.544; Özyörük, **İdare Hukuku**, s. 84; Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s.177-178. Bu konuya ilişkin olarak, özel hukuka tabi olan spor federasyonlarının da sırf bu sebeple özel hukuk tüzel kişisi sayılmayacağına dair bir değerlendirme için bkz. K. Burak Öztürk, “*İdarenin Denetlenmesinde Zorunlu Tahkim Yolu*”, **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi

hukuku olmasına engel oluşturmayacaktır.¹⁷⁸ Zira Anayasa’da yer alan ve kamu tüzel kişilerine birtakım yetki ve ayrıcalık tanıyan, onlara yükümlülükler getiren düzenlemelerle bu tüzel kişiler için ayrı bir hukuki rejim öngörüldüğü açıktır.

Kamu iktisadi teşebbüslerinin kamu tüzel kişiliğine sahip olmalarına rağmen özel hukuk alanında faaliyet göstermeleri, yürüttükleri faaliyetlerin niteliğinin bir gereği olarak kabul edilmektedir.¹⁷⁹ Nitekim, sundukları hizmetten yararlananlar ve üçüncü kişilerle yaptıkları işlemler özel hukuka tabi iken; bu kurumların kuruluşları, iç yapı ve iç ilişkileri idare hukukuna tabidir.¹⁸⁰ Bu idarelerin işlem ve eylemlerinin bir uyuşmazlığa konu olması halinde, söz konusu uyuşmazlığın çözümü için başvurulacak görevli yargı düzeni, bu işlem ve eylemlerin tabi olduğu hukuki rejime göre değişecektir. Yargı organları tarafından hukuki rejimin tespiti amacıyla yapılan incelemede ilk ele alınan husus ise, bu teşebbüslerin hukuki niteliklerinin belirlenmesidir. Bir kamu iktisadi teşebbüsünün hukuki niteliğinin kamu tüzel kişiliği olarak belirlenmesi ile her türlü işlem ve eyleminin idare hukukuna tabi olmadığı açıktır. Zira idarenin özel hukuk alanında faaliyette bulunması mümkündür. Kamu iktisadi teşebbüslerinin özel hukuk faaliyetleri yürütmelerinden dolayı üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde idare hukukuna bağlı

Hukuk Fakültesi, Ankara 2011, s.611-613. Bununla birlikte özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş ve özel hukuk hükümlerine tabi olan bu nitelikteki kuruluşların diğer özel hukuk tüzel kişilerinden farkını kamu kesiminde yer almak olarak tespit eden Gülan, kamu iktisadi teşebbüslerinin teknik olarak kamu tüzel kişisi olmadığını belirtmektedir. Gülan, bu duruma örnek olarak kamu iktisadi teşebbüsleri yanında sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarını da saymaktadır. Bkz. Aydın Gülan, “*İdareler Arası Mal Devri – 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunun 30. Maddesi’Ne İlişkin Düşünceler*”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, (Edit. Nami Barlas, Abuzer Kendigelen, Suat Satı), Beta Basın Yayım Dağıtım, İstanbul, 2000, s.358.

¹⁷⁸ Duran, **İdare Hukuku**, s.42.

¹⁷⁹ Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar**, Güncelleştirilmiş 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s.245.

¹⁸⁰ Günday, **İdare Hukuku**, s.543-544; Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s.571.

olmayacağı ve bu ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargı yerlerinin görev alanına girdiği; bu idarelerin taraf olduğu ve kanun, tüzük ve yönetmeliklerle düzenlenmiş kamu hukuku ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli yargı yerinin idari yargı yeri olduğu; özel hukuka tabi faaliyetler yürütmenin, bu kurumların kamusal niteliği ya da kamu tüzel kişiliği niteliğini değiştirmedigi¹⁸¹ çok sayıda yargı kararında da ifade edilmiştir.

Kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklarda ortaya çıkan görev sorununu çözmek için yargı düzeninin belirlenmesinde Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, öncelikle davalı kurumun hukuki statüsünü tespit ettiği görülmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi, davalı kamu iktisadi teşebbüsünün hukuki niteliğini tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu olarak tespit ettiği kararlarında, daha sonra taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi nitelendirmektedir. Bunun sonucunda ise önündeki uyuşmazlığın türüne göre idare hukuku ilkelerine tabiiyet için bir bağ aramaktadır. Kamu iktisadi teşebbüslerinin “*üçüncü kişilerle ilişkilerinin özel hukuka tabi olmasının*”¹⁸²;

¹⁸¹ Sıddık Sami Onar, “*İdare Hukuku Bakımından İktisadî Devlet Teşekkülleri*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 7, Sayı 4, Yıl 1941, s.771. Aynı yönde bkz. Ramazan Çağlayan, “*Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları*”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı 7, Yıl 2016, s.383.

¹⁸² UYM, E.2013/918, K.2013/1048, T.04.06.2013, R.G.16.07.2013-28709; UYM, E.2013/1023, K.2013/1180, T.01.07.2013, R.G. 01.08.2013-28725; UYM, E.2014/70, K.2014/64, T.27.01.2014, R.G. 12.03.2014-28939; UYM, E.2014/249, K.2014/288, T.03.03.2014, R.G. 15.04.2014-28973; UYM, E.2015/242, K.2015/256, T.06.04.2015, R.G. 30.04.2015-29342; UYM, E.2016/334, K.2016/609, T.26.12.2016, R.G. 19.01.2017-29953. Ayrıca bkz. UYM, E.1998/63, K.1999/1, T.22.02.1999, R.G.23.03.1999-23648; UYM, E.1999/59, K.2000/4, T.27.03.2000, R.G.16.05.2000-24051; UYM, E.2000/16, K.2000/22, T.12.06.2000 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2000/32, K.2000/35, T.03.07.2000 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2000/45, K.2000/45, T.23.10.2000 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2000/53, K.2000/53, T.20.11.2000 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2000/66, K.2000/70, T.18.12.2000 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2000/75, K.2001/5, T.26.02.2001

“233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile iktisadi ve ticari faaliyetleri bakımından özel hukuk hükümlerine tabi olmasının”¹⁸³, bu kurumların kamu kurumu niteliğine engel teşkil etmediği kabul edilmektedir. Öyle ki, bu kurumların tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu olduğu ve bundan dolayı idari karar ve eylemlerinden doğan zararlarının idari yargının denetimine tabi olduğu Yargıtay tarafından da kabul edilir.¹⁸⁴

Uyuşmazlık Mahkemesi, bir kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uyuşmazlık konusu eylemin gerçekleşmesine neden olan hukuki ilişkiyi davacının kimliğine göre belirlemekte; davacının kamu hizmetinden yararlananlar dışında üçüncü kişi ya da kurum personeli kamu görevlisi olması ve taraflar arasında başka bir hukuki ilişki olmaması halinde, faaliyetin kamu hizmeti olması nedeniyle sorumluluğun kamu hukuku kurallarına göre çözümleneceğini kabul etmektedir.¹⁸⁵ Kamu

(<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2001/24, K.2001/32, T.11.06.2001
(<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2001/56, K.2001/63, T.09.07.2001
(<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2002/93, K.2003/2, T.10.03.2003
(<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2003/29, K.2003/35, T.16.06.2003
(<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2003/55, K.2003/55, T.16.06.2003
(<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2003/113, K.2003/113, T.29.12.2003
(<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2014/830, K.2014/1069, T.29.12.2014, R.G. 21.01.2015-29243.

¹⁸³ UYM, E.1998/76, K.1998/72, T.28.12.1998, R.G. 05.02.1999-23602.

¹⁸⁴ YHGK, E.2010/178, K. 2010/206, T.07.04.2010 (LexHBS).

¹⁸⁵ UYM, E.2000/47, K.2000/52, T.20.11.2000, R.G. 03.04.2001-24362; UYM, E. 2001/1, K.2001/7, T.26.02.2001, R.G. 18.06.2001-24436; UYM, E.2001/117, K.2002/4, T.25.03.2002 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2003/15, K.2003/22, T.28.04.2003 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E. 2003/30, K.2003/36, T.16.06.2003, R.G. 11.07.2003-25165; UYM, E.2005/46, K.2005/61, T.11.07.2005 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2006/248, K.2006/238, T.11.12.2006 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2008/56, K.2008/289, T.17.11.2008 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2008/241, K.2009/22, T.02.02.2009, R.G.24.07.2009-27298; UYM, E.2009/175, K.2010/73, T.05.04.2010, R.G. 18.01.2011-27819; UYM, E.2014/719, K.2014/774, T.14.07.2014, R.G. 26.07.2014-29072; UYM,

iktisadi teşebbüsleri ile personeli arasında ortaya çıkan personel rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda tabi olunan istihdam türü belirlenmekte; bu kurumlarda çalışan ve statü hukukuna tabi memur ve sözleşmeli personelin taraf olduğu uyuşmazlıkların kamu hukuku kurallarına göre çözümlenmesine karar verilmektedir.¹⁸⁶ İdari yargı yerlerince de kamu kurumu niteliğindeki kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetlerinin kamusal nitelik taşıdığı ve personelinin de kamu personel rejimine tabi olduğu¹⁸⁷; genel idarede olduğu gibi kamu iktisadi teşebbüslerinde de statü hukuku gereğince karar verilmesi gerektiği¹⁸⁸ yönünde hüküm kurulmaktadır. Yüksek yargı yerlerinin, kamu iktisadi teşebbüslerinin kamu personeline yönelik işlemleri dışındaki işlemlerinin hukuki rejiminin tespitinde de hukuki işlemi nitelemeden önce kurumun niteliğini ortaya koyduğu ve değerlendirmesini, kamu kurumlarının görevleri, yetkileri ve tabi oldukları kamusal kurallar çerçevesinde yaptığı görülmektedir. Örneğin Uyuşmazlık Mahkemesi bir kararında, iktisadi devlet teşekkülü niteliğindeki davalının ana statüsünde belirlenen, ilgili kanun ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile verilen görevler dışında özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu belirtmiş; bununla birlikte, önüne gelen uyuşmazlıktaki dava konusu işlemin idareye kanunla verilen bir görev olması dolayısıyla kurumun kamusal ağırlıklı bir görevi olduğundan, uyuşmazlığın çözümünün idare hukukuna tabi olduğunu kabul etmiştir.¹⁸⁹

E.2003/14, K.2003/21, T.28.04.2003, R.G. 07.07.2003-25161; UYM, E. 2015/575, K.2015/589, T.28.09.2015, R.G. 03.11.2015-29521; UYM, E. 2005/4, K.2005/34, T.16.05.2005 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

¹⁸⁶ UYM, E.1999/20, K.1999/28, T.15.11.1999, R.G. 09.03.2000-23988; UYM, E.1999/21, K.1999/29, T.15.11.1999 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.1999/22, K.1999/30, T.15.11.1999 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

¹⁸⁷ D.5D, E.1995/2050, K.1996/2871, T.26.09.1996 (LexHBS).

¹⁸⁸ DİDDK, E.2006/3006, K.2007/2322, T.22.11.2007 (KİBB).

¹⁸⁹ UYM, E.2013/1806, K.2014/616, T.02.06.2014, R.G. 25.06.2014-29041; UYM, E.2013/1819, K.2014/617, T.02.06.2014, R.G. 25.06.2014-29041; UYM, E.2014/175, K.2014/622, T.02.06.2014, R.G. 25.06.2014-29041. Aksi yönde kararlar için bkz. UYM,

Mahkeme, teşebbüs niteliğindeki kamu kurumlarının düzenleyici işlemlerine yönelik verdiği bir kararda ise, Anayasa’da idareye düzenleme yetkisi tanındığını; bu nitelikteki yetkinin ise idare hukuku alanını ilgilendirdiğini belirtmektedir.¹⁹⁰

Kamu iktisadi teşebbüslerinin kamu kurumu olmasından dolayı kamu hukuku kurallarına tabi olduklarının kabul edilmesinin gerekçelerinden biri de 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname dışında özel hukuk hükümlerine tabiiyetin, bu kurumların hukuki niteliğini değiştirmedeği olmaktadır. Bu husus, Anayasa’nın 123’üncü maddesi uyarınca bir kamu tüzel kişisi olarak kurulduğu tespit edilen Türk Telekom A.Ş. ile ilgili kararında, Anayasa Mahkemesi tarafından şu ifadelerle dile getirilmiştir: “(...) *kamu tüzel kişileri, nitelikleri ve özellikleriyle bağdaştığı ölçüde, özel hukuk tüzel kişilerinin özel hukuk hükümlerine göre sahip olduğu hakları kullanabilecekleri gibi borçları da yüklenebilirler. Ancak, özel hukuk kurallarına bağlı olsalar da kamu tüzel kişilerinin asıl hukuksal rejimi kamusal mevzuat kuralları ile İdare Hukuku kurallarıdır. Öte yandan, 1. maddede 233 sayılı KHK’ye bağlı olduğu belirtildiğine göre Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi bir kamu iktisadî teşebbüsüdür. Kamu iktisadî teşebbüsleri, 233 sayılı KHK’nin 4. maddesinde de öngörüldüğü gibi, ticarî esaslara, yani özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunan ve kamu yararı amacıyla çalışan kamu tüzel kişileridir. Kamu iktisadî teşebbüsleri, özel teşebbüsler gibi kârlılık ve verimlilik anlayışı içinde çalışmak durumunda olduklarından, dış ilişkilerinde ticarî ilke ve yöntemlere göre başka bir anlatımla özel hukuk kurallarına göre davranmak zorundadırlar. Kamu iktisadî teşebbüsünün özel hukuk kurallarına bağlı olarak faaliyette bulunması onun kamusal niteliğini değiştirmez. Çünkü, kamu idareleri ve idarî kamu kurumları da gerektiğinde özel hukuk kuralları uyarınca işlem yapabilmektedir. Kamu*

E.2012/129, K.2013/621, T.13.05.2013, R.G. 18.06.2013-28681; UYM, E. 2012/170, K.2013/623, T.13.05.2013, R.G. 18.06.2013-28681.

¹⁹⁰ UYM, E.2001/40, K.2001/60, T.09.07.2011, R.G. 14.10.2001-24553.

iktisadî teşebbüsleri içyapı ve ilişkileri yönünden kendi yasaları ile idare hukuku kurallarına bağlıdır.”¹⁹¹ Aksi yöndeki yargı kararlarının gerekçelerinde de, öncelikle teşebbüsün kamu kurumu olduğu belirlenmekte; ancak faaliyetlerinin niteliğinin hukuki rejimi farklılaştırdığı sonucuna varılmaktadır. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi’nin davalı teşebbüsün statüsünün kamu hizmeti yürüten tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu olduğu, ancak iktisadi faaliyetleri bakımından özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu belirlediği kararlarında Yüksek Mahkeme’nin, davacı ile kurulan ilişkiyi ticari nitelikte yürütülen bir iş¹⁹² ya da kuruluşun günlük iktisadi faaliyetlerinden doğan bir özel hukuk ilişkisi¹⁹³ olarak nitelediği; bundan bahisle bu faaliyetlerin özel hukuk hükümlerine tabi olduğuna hükmettiği görülmektedir. Kamu gücüne değil de hizmetin karşılığı tarifeye ya da bir abonman sözleşmesine dayalı alacak-borç ilişkilerini özel hukuk ilişkisi olarak niteleyen Yüksek Mahkeme, bu durumlarda görevli yargı düzeninin adli yargı olduğuna karar vermektedir.¹⁹⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi’nin kamu iktisadi teşebbüslerinin

¹⁹¹ AYM, E.1994/70 K.1994/65-2, T.22.12.1994, R.G. 28.01.1995-22185.

¹⁹² UYM, E.1999/56, K.2000/3, T.27.3.2000 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2008/363, K.2009/27, T.02.02.2009, R.G.24.07.2009-27298. Benzer yönde kararlar için bkz. UYM, E. 2000/6, K.2000/5, T.27.03.2000, R.G.16.05.2000-24051; UYM, E.2000/8, K.2000/6, T.27.03.2000 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2000/9, K.2000/7; T.27.03.2000 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2000/12, K.2000/8; T.27.03.2000 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2000/25, K.2000/27, T.12.06.2000, R.G. 27.07.2000-24122; UYM, E. 2016/135, K.2016/194, T.11.04.2016 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

¹⁹³ UYM, E.2005/8, K. 2005/26, T.04.04.2005 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E. 2005/73, K.2005/78, T.10.10.2005 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E. 2006/280, K.2006/244, T.11.12.2006, R.G. 21.07.2007-26589; UYM, E.2007/552, K.2008/161, T.02.06.2008 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E. 2010/325, K.2011/106, T.06.06.2011 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E. 2013/810, K.2013/962, T.04.06.2013, R.G. 16.07.2013-28709.

¹⁹⁴ UYM, E. 2003/86, K.2003/87, T.17.11.2003 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>). Aynı yönde UYM, E.1994/26, K.1994/28, T.28.06.1994, R.G. 11.12.1994-22138; UYM, E. 2003/38,

faaliyetlerinin tabi olduğu hukuki rejimin belirlenmesindeki eğilimini, bir kararındaki ifadelerle çok açık şekilde yansıttığı görülmektedir. Buna göre; “(...)idarenin, görevinde bulunan kamu hizmetinin yürütülmesinin kamu yararına ve yöntemine uygunluğu, kamu personeli statüsünde olan personeli ile arasındaki ilişkileri ve 233 sayılı KHK.’de belirtilen diğer hususlar bakımından ‘kamu hukuku’ kurallarına; buna karşılık, kurumun aboneleri, müşterileri ve kurumla işgörenler arasındaki iktisadi alanda ticari esaslara göre kurduğu ilişkileri ile kurumun işçileriyle olan ilişkisi bakımından ise ‘özel hukuk’ hükümlerine tabi olması doğaldır.”¹⁹⁵

İdareyi düzenleyen kanun hükümlerine ve yargı yerlerince görev alanına ilişkin verilen kararlara baktığımızda, idare hukukunun düzenleme alanının tespitinde kamu tüzel kişiliğinin varlığına bir ölçüt olarak tek başına ve mutlak olarak başvurulamayacağı açıktır.¹⁹⁶ Genelde kamu hukuku-özel hukuk ayrımında, özelde ise idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde önem arz eden organik ölçütün, uğradığı değişimle klasik ayrımında başvurulanan niteliğinden farklılık gösterdiği açıkça görülmektedir. Zira günümüzde yapılan idari işlem tanımlarında organik ölçüte yer verilirken “idari makam” kavramının genişletildiği; hatta özel hukuk tüzel kişilerinin de kapsam dahilinde kabul edildiği görülmektedir.¹⁹⁷ Tüzel kişilerin faaliyetlerinin tabi olduğu hukuki rejimin

K.2003/43, T.16.06.2003, R.G. 11.07.2003-25165; UYM, E.2008/62, K.2009/6, T.02.02.2009; UYM, E.2014/464, K.2014/516, T.05.05.2014, R.G. 17.06.2014-29033; UYM, E.2014/1004, K.2014/1045, T.17.11.2014, R.G. 11.12.2014-29202.

¹⁹⁵ UYM, E.1999/29, K.1999/35, T.15.11.1999, R.G. 09.03.2000-23988.

¹⁹⁶ Tan, organik ölçütün, idarenin özel hukuk işlemlerini veya özel hukuk tüzel kişilerinin kamu gücüne dayalı işlemlerinin özel hukuktan farklılaşan yönlerini kavramakta yetersiz kaldığını, dile getirmektedir. Tan, **İdare Hukuku**, s.226.

¹⁹⁷ İdare işlevine ilişkin faaliyet ve işlemlerde bulunan kamu makamları ile özel hukuk tüzel kişilerinin de idari makam kavramına dahil olacağı hakkında bkz. Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, s.61-62. Yazar bu bağlamda, Kızılay, Yeşilay, İhracat ve İhracatçı Birliklerinin özel hukuk tüzel kişileri olmalarına rağmen, idare nam ve hesabına yaptıkları işlemlerde

faaliyetin niteliğine göre değişmesi “*idari işlev*” kavramı ile açıklanabilmektedir.¹⁹⁸ Bu hususta Erkut’un “*idari makam*” nitelemesi, özel hukuk tüzel kişilerini, ancak idare adına hareket etmeleri şartı ile kapsamaktadır. Dolayısıyla, idare adına hareket etmekle idare işlevi yerine getiren ve bu nedenle, sadece iptal davasının kabul edilme koşulları bakımından idari makam kimliğine bürünmüş olan özel hukuk kişilerinin¹⁹⁹, idari faaliyetle ya da idare ile bağlarının zayıfladığı durumlarda işlemleri hakkında idari işlem nitelemesi yapmak güçleşecektir. Bununla birlikte, yargı kararlarının çoktan kabul ettiği bu genişlemeye, idari işlemin öğretide yer alan tanımlarında da rastlanmakta ve idari işlem; “*(...)idare veya idare adına hareket eden özel hukuk kişilerince, kamu gücü kullanılarak yapılan; doğrudan ya da belli bir süreç içinde rızaları olsun ya da olmasın kişi veya onlara ait nesnelerin hukuki durumlarını etkileyen, kamusal nitelikli tek yanlı irade açıklamaları*” olarak tanımlanmaktadır.²⁰⁰ Kamu gücü kullanamamakla birlikte özel hukuk kişilerinin idare kapsamına dahil kabul edilmesi bir yasal düzenleme ile 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun 3’üncü maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde karşımıza çıkmakta²⁰¹; kamu hizmetiyle görevli özel hukuk tüzel kişilerinin eylem ve işlemlerinden dolayı Kamu Denetçiliği Kurumu’na şikayet edilebilmesi

idari makam olarak değerlendirilmeleri gereğine işaret etmektedir. Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, s.65.

¹⁹⁸ Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, s.62.

¹⁹⁹ Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, s.62.

²⁰⁰ Bahtiyar Akyılmaz - Murat Sezginer - Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s.302.

²⁰¹ Bu hüküm ile kastedilen idare, “*Merkezî yönetim kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarını, mahallî idareleri, mahalli idarelerin bağlı idarelerini, mahallî idare birliklerini, döner sermayeli kuruluşları, kanunlarla kurulan fonları, kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüslerini, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait kuruluşlar ile bunlara bağlı ortaklıklar ve müesseseleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişilerini*” kapsamaktadır.

mümkün olmaktadır.²⁰² Bununla birlikte idare, kamu hizmetlerini kamusal yönetim usullerine tabi olarak yürütebildiği gibi, özel yönetim usullerine tabi olarak da hizmet sunabilmekte; bundan başka tali ve yardımcı nitelikte özel hukuka tabi olarak tasarrufta bulunabilmekte²⁰³ ve yürüttüğü iktisadi faaliyetler özel hukuka tabi olabilmektedir.

Sonuç itibarıyla görülmektedir ki, hukuki işlemin öznesi, idare hukukunun uygulama alanının tespitinde tek başına belirleyici bir ölçüt teşkil etmemektedir. Bununla birlikte, idare hukukunun uygulama alanına ilişkin olarak ortaya çıkan sorunların tespitinde kamu tüzel kişiliği sıfatına başvurulmakta; bu kurumların tek ve iki yanlı hukuki işlemleri, yürüttükleri faaliyetin niteliği, personel ve mallarının statüsü, sorumluluk hukuku rejimi ve tabi oldukları yargı düzeninin tespitinde, tüzel kişiliğin hukuki niteliği önemli bir ölçüt olarak kullanılmaktadır.²⁰⁴ Yargı kararları çerçevesinde hukuki rejimlerini incelediğimiz kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetlerinden

²⁰² Bununla birlikte, burada da kanun koyucunun kamu tüzel kişileri bakımından organik değil fonksiyonel bir ayırım benimsediğine ve kurumun görev alanı içine karma tüzel kişilik olarak nitelendirilen, kamu kesiminde yer alan özel hukuk tüzel kişilerinin -bunlara örnek olarak Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı, Türkiye Diyanet Vakfı gibi kurumlar verilmiştir- dahil olduğuna işaret edilmiştir. Cemil Kaya, “Kamu Hizmeti Kavramı ve Kamu Hizmeti Yürüten Özel Hukuk Tüzel Kişileri Bağlamında Kamu Denetçiliği Kurumu’nun Görev Alanı”, (I. Uluslararası Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Sempozyumu, 2013, s.110-111 <https://www.ombudsman.gov.tr/document/yayinlar/sempozyumlar/kdk-sempozyum-1.pdf>, Erişim tarihi: 27.03.2019).

²⁰³ Anayasa Mahkemesi, 1976 tarihli bir kararında idari nitelikte olmayan işlem ve eylemleri şu ifadelerle tespit etmiştir: “Bir kamu kurumunun veya idare örgütü içinde yer alan bir idari makamın idare hukuku alanında gördüğü faaliyetlerle ilgili olmayan, özel hukuk alanında sonuç doğuran karar, işlem ve eylemleri de olabilir. Kamu kuruluşlarının idare hukuku ilkelerine göre idari eylem ve işlem sayılmayan ve medeni veya ticari nitelikteki tasarruflar, haksız eylemleri, mallarının idaresi, özel hukuk çerçevesi içinde yapılan ekonomik ve ticari nitelikteki faaliyetleri, medeni ve ticari nitelikteki sözleşmeleri buna örnek gösterilebilir.” AYM, E.1976/1, K.1976/28, T.25.05.1976, R.G.16.08.1976-15679.

²⁰⁴ Gözler, “Kamu Tüzel Kişiliği”, s.19.

kaynaklanan uyuşmazlıklarda yüksek mahkemelerin benimsediği ve tarafların kimliğine bakılarak öznel bir ölçütle yapılan tespit, ilişkinin taraflarından biri olan kamu tüzel kişisinin o ilişki ile sağlamak istediği görev ya da işlev, güdülen kamu yararı ve kullanılan yetkinin niteliği karşısında yetersiz kalmaktadır.²⁰⁵ Zira idarenin özel hukuk alanında dahi hukuki işlem ehliyetinin, özel hukuk kişileri ile aynı nitelikte olduğu düşünülmemelidir. Kamu tüzel kişilerinin kuruluş, kaldırılış, görev ve yetkileri yanında işleyişlerine ilişkin tüm konular yasal düzenlemelerin konusudur.²⁰⁶ İdarenin irade serbestisi, kanunlarla belirlenen sınırlar içinde, kural olarak başka organların izin ve onayı gerekmeksizin karar alabilme ve işlem yapabilme tasarruflarına işaret etmektedir.²⁰⁷ Görev alanı kanunla belirlenen idarenin, özel hukuk süjeliği de bu bağlamda sınırlıdır.²⁰⁸ Kamu tüzel kişiliğinin idare hukukuna ilişkin birtakım hukuki sorunların nitelendirilmesinde ölçüt teşkil ettiği düşünülürse asıl olan, tüzel kişiliğin türünün belirlenmesi; esasen, tam olarak nitelenmesidir.²⁰⁹ Bu nedenle üçüncü tüzel kişilik türüne gerek olmaksızın kamu tüzel kişiliği niteliğinin tespitinde değineceğimiz ayırt edici ölçütler ile tüzel kişilik niteliğinin tespitinin, kamu tüzel kişiliği ya da özel hukuk tüzel kişiliği şeklinde olmasının, asıl olarak çözülmesi gereken hukuki sorun bakımından belirleyici ölçütlerden biri olduğunu düşünmekteyiz. Zira idarenin tür değiştirmeyeceğinden bahisle esasen girdiği özel hukuka tabi ilişkilerde de hukuki niteliğinin hukuki rejime yansıyor yansımadağı, bu çalışmanın esaslı tartışma konularındandır. Sonuç olarak, her iki hukuk alanında hak süjesi olan idare açısından önemli olan, kamusal niteliğinin tespiti ile bu niteliğin

²⁰⁵ Serozan, **Kişiler Hukuku**, s.46.

²⁰⁶ İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.122.

²⁰⁷ Ulusoy, **Türk İdare Hukuku**, s.137.

²⁰⁸ Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukuku I Genel Konular**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No.326, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1970-1972, s.202-203.

²⁰⁹ Gözler, “*Kamu Tüzel Kişiliği*”, s.21.

gerektirdiği hukuki sonuçların doğru belirlenmesidir. Bu nedenle karma hukuki rejimiyle çok sayıda uyuşmazlığa taraf olan kamu iktisadi teşebbüslerinin öncelikle kamu tüzel kişiliği niteliğinin tespitini yapmak, daha sonra bu kurumların taraf oldukları ilişkilerin hukuki rejimlerinin belirlenmesine yönelik yargı kararlarını, hukuki niteliğin etkisi ile yorumlamak çabasıındayız.

B. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Kamu Tüzel Kişisi Niteliği

1. Kamu Tüzel Kişiliği-Özel Hukuk Tüzel Kişiliği Ayrımı

Hak ve borçlara sahip olabilen varlık olarak tanımlanan “*kişi*”²¹⁰, tüm hukuk dallarının temel unsurudur.²¹¹ Hak sahibi olma ehliyeti hukuk düzeni tarafından tanındığından, kişi olarak nitelendirilecek varlıkları tespit etmek de hukuki bir sorundur.²¹² Bu tespit ise devletin toplumsal, siyasi ve ekonomik gereksinimlerinin bir yansıması olarak ortaya çıkmaktadır.²¹³ Kişiler, hak ehliyetine sahip insanlardan oluşan gerçek kişiler²¹⁴ ile bunlar yanında hukuk düzeni tarafından kendilerine haklara ve borçlara sahip olma ehliyeti tanınan insan ve mal toplulukları, yani hukukun yarattığı

²¹⁰ Jale Akipek - Turgut Akıntürk - Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, Yenilenmiş Onüçüncü Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, Eylül 2016, s.229-230; Ataay, **Medeni Hukuk**, s.254; Aydın Zevkliler - Ayşe Havutçu - Şeref Ertaş - Damla Gürpınar, **Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)**, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.69; Dural - Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s.5; M. Kemal Oğuzman - Özer Seliçi - Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s.2.

²¹¹ Akipek - Akıntürk - Ateş, **Kişiler Hukuku**, s.229.

²¹² Eugen Huber: Expose des Motifs de l'avant-projet, t. I, Bern 1901, s.37. (Aktaran: Akipek - Akıntürk - Ateş, **Kişiler Hukuku**, s.231.)

²¹³ Serozan, **Kişiler Hukuku**, s.78.

²¹⁴ Ataay, **Medeni Hukuk**, s.256; Zevkliler - Havutçu - Ertaş - Gürpınar, **Medeni Hukuk**, s.69.

kişiler olarak tüzel kişiler şeklinde ayrılmaktadır.²¹⁵ Tüzel kişiler, “*toplumsal yaşamda insanların dağınık halde bulunan güçlerini bir araya getirmesi sonucunda, (...) tek başlarına gerçekleştiremeyecekleri insan-üstü amaçları gerçekleştiren amaç birlikleri*” olarak tanımlanmaktadır.²¹⁶ Bu bağlamda tüzel kişiler, genel ve ortak meşru yararlarından oluşan hedeflerin hak süjesi statüsüyle hukuk düzeninde yer alırlar.²¹⁷

Toplumsal hayatın gereği olarak doğan ve ilk çağlardan beri mevcut olan bu toplulukların hukuki mahiyetleri, sosyal hayattaki gelişmelere paralel olarak değişmiştir.²¹⁸ Bu bağlamda, toplum içerisinde insanı tek ve bağımsız kabul eden bireyci ve liberal görüşün etkisiyle tüzel kişilik kurumunun hukuki varlık olarak tanınmasının, 19’uncu yüzyılda Avrupa’da ve özellikle Fransa’da güçlüğüne; buna karşılık, sosyal ve kolektivist görüşün hâkim olduğu ülkelerde ve dönemlerde -örneğin Cermen Hukukunda- bu toplulukların hukuk düzeni tarafından tanınmasının daha kolay gerçekleştiğine dikkat çekilmektedir. Bunun yanında, devletin mahiyeti ve işlevi konusundaki siyasal görüşlerin de tüzel kişilere hak süjeliği tanınmasındaki etkisi, polis devleti ile modern devlet anlayışlarının karşılığında kendisini göstermiştir.²¹⁹

²¹⁵ Dural - Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.5 ve 209. İnsanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen hukukun, bu düzenin bozulmamasına yarayacak varlıklara kişilik tanıyacağı yönünde bkz. Dural - Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.6.

²¹⁶ Ergun Özsunay, **Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler: Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler, Vakıflar**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1978, s.3. Benzer yönde bkz. Dural - Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.209.

²¹⁷ Duran, **İdare Hukuku** s.64. Tüzel kişilerin ortaya çıkış nedenlerinden biri, onların hak süjesi olmalarıdır. Bilge Öztan, **Tüzel Kişiler**, Dördüncü Bası, Turhan Kitabevi, 2001, Ankara, s.1.

²¹⁸ Öztan, **Tüzel Kişiler**, s.2.

²¹⁹ Akipek - Akıntürk - Ateş, **Kişiler Hukuku**, s.501-502. Hukuki kişilik kurumu ile sosyo-ekonomik yapı arasındaki etkileşimin tarihsel açıklaması ile bu kurumun gerekçesinin serbest sözleşme ve serbest pazara dayanmasına ilişkin açıklamalar için bkz. Serozan, **Kişiler Hukuku**, s.78, s.409.

Tüzel kişiler, insanlar gibi fizik (maddi) kişi olmayan, yani insan dışında varlık kazanmış hukuki kişilerdir.²²⁰ Bilinç ve iradede yoksun nesneler olan tüzel kişilerin, hak süjesi sayılması ile hukuk bilimi açısından tanımlanmasındaki zorluk, “tüzel kişilik” kurumuna ilişkin farklı teorilerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.²²¹ Bu yönde ileri sürülenler bir yana, konuya sadece hukuk tekniği açısından bakıldığında, bireylerin hak ve yararlarını korumak için kabul edilen “gerçek kişiler” yanında; aynı bireylerin bir araya gelmeleri ile oluşan “tüzel kişiler” in varlığının kabulü, onların belirli amaçlarının gerçekleşmesi ve dayanışma halindeki hak ve yararlarını korumak için bir gereklilik olarak görülmektedir.²²² Bu bağlamda, tüzel kişilerin hukuki kişilikle donatılmasındaki bu fayda, onların hukuki bir varsayım mı yoksa gerçeklik mi olduğu yönündeki teorik tartışmadan öte; diğer hak süjesi olan gerçek kişilere özgü kuralların hangi bağlamda tüzel kişilere uygulanacağına ilişkin tespiti önemli kılmaktadır.²²³

Kişi ya da mal topluluğu şeklinde bir araya gelme, hak sahibi olma ehliyeti için yeterli değildir. Hukuk düzeni tarafından bu topluluğa “kişilik verilmiş olması” gerekmektedir.²²⁴ Türk Medeni Kanunu’nun 47’nci maddesinde yer alan “Başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan

²²⁰ Akipek - Akıntürk - Ateş, **Kişiler Hukuku**, s.499. Kişi kavramının şekli niteliğinin hukuk mantığının bir ürünü olduğu ve yapay bir varlık olduğu yönünde bkz. Dural- Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s.6.

²²¹ Tüzel kişilerin mahiyetlerini açıklamak için ileri sürülen teoriler, sadece tüzel kişilik kavramının gelişimine değil; aynı zamanda hukuk düzeni tarafından düzenlenmesine de katkıda bulunmuştur. Bununla birlikte, bugün artık mevcut sorunların teknik ve hukuki olmasından çok, sosyal ve ekonomik nitelikte olması nedeniyle bu teorilerin pratik önemlerini kaybettikleri kabul edilmektedir. Akipek - Akıntürk - Ateş, **Kişiler Hukuku**, s.510. Tüzel kişiliği açıklayan teoriler hakkında bkz. Ataay, **Medeni Hukuk**, s.259 vd.

²²² Duran, **İdare Hukuku**, s.62-64; Özay, **Günışığında Yönetim**, s.120-121.

²²³ Serozan, **Kişiler Hukuku**, s.487.

²²⁴ Akipek - Akıntürk - Ateş, **Kişiler Hukuku**, s.501.

bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar.” şeklindeki hüküm ile kanunlarda belirtilmiş koşulları taşımayan insan ve mal topluluklarının, tüzel kişi olarak tanınmasının mümkün olmayacağı öngörülmektedir.²²⁵ Medeni Kanun’un hak ehliyetini düzenleyen 8’inci maddesinin birinci fıkrası, sadece insanlardan söz etmekteyse de 48’inci maddesinde yer alan “*Tüzel kişiler; cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler.*” ifadesi ile tüzel kişilerin ilke olarak gerçek kişilerle eşit derecede hak ehliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir.²²⁶ Kişi ehliyetinin sınırları hususunda tüzel kişilerin yapılarından kaynaklanan sınırlamalar, özel kanunlarla getirilen sınırlamalar yanında bir de bu kişilerin amaçları ile sınırlandığı görülmektedir. Tüzel kişilerin amaçlarıyla sınırlanması anlamına gelen “*tahsis ilkesi*”²²⁷ gereği tüzel kişiler, kanunda öngörülenler dışında kendi türleri ile ilgisiz alanlarda faaliyet gösteremezler.²²⁸

Türk Medeni Kanunu tüzel kişilere ilişkin genel hükümlere, 47-55’inci maddeleri arasında yer vermekte; 55’inci madde hükmü, kamu tüzel kişilerini bu kapsam dışında tutmakta ve kamu tüzel kişileriyle ilgili kanun hükümlerinin saklı olduğunu

²²⁵ Oğuzman - Seliçi - Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.2.

²²⁶ Akipek - Akıntürk - Ateş, **Kişiler Hukuku**, s.541.

²²⁷ Akipek - Akıntürk - Ateş, **Kişiler Hukuku**, s.544-546. Eski Türk Ticaret Kanunu’nun 137’nci maddesi, ticaret şirketlerinin “*şirket mukavelesinde yazılı işletme çerçevesi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve bütün borçları iltizam edebileceğini*” düzenlemekle şirketlerin fiil ehliyetini sınırlamaktadır. Akipek - Akıntürk - Ateş, **Kişiler Hukuku**, s.546. Tahsis ilkesinin mahiyetinin hak ehliyetinin sınırlanması mı fiil ehliyetinin sınırlanması mı olduğu yönünde öğretide farklı görüşler yer almaktadır. Bu hususta, “*(...)tahsis ilkesi, tüzel kişilerin sahip olabilecekleri hakların ancak amaçlarının gerçekleşmesi için kullanılabileceğini göstermek suretiyle fiil ehliyetini sınırlamış olur.*” görüşü dile getirilmektedir. Akipek - Akıntürk - Ateş, **Kişiler Hukuku**, s.547.

²²⁸ Dural - Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.246. Bununla birlikte yazarlar, Medeni Kanun’un 48’inci maddesi dışında tüzel kişilerin hak ehliyetlerinin amaçları ile sınırlı olup olmadığının tartışmalı olduğuna dikkat çekmektedir. Dural - Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.247.

belirtmektedir. Tüzel kişiler arasında bu şekilde bir ayrıma yer vermekle birlikte Kanun, kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişilerinin birbirinden ayrılmasında başvurulacak ölçütleri göstermemektedir.²²⁹ Bununla birlikte tüzel kişiler, kurulma ve sona erme şekilleri, işleyişleri ve faaliyet alanları nedeniyle farklı hukuk dallarına tabi şekilde “*kamu tüzel kişileri*” ve “*özel hukuk tüzel kişileri*” olarak ayrılmaktadır.²³⁰

Kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişileri arasında hukuki esasları ve mahiyetleri açısından bir fark olmadığı halde hukuki yapıları, faaliyet alanları ve uygulanacak hukuk kuralları açısından önemli farklar bulunmaktadır.²³¹ Bu bağlamda tüzel kişiler arasındaki ayrım, kamu hukuku-özel hukuk ayrımına paraleldir. Bu paralellik, kamu hukuku-özel hukuk ayrımına dayanak teşkil eden teoriler ile tüzel kişiliğin hukuki niteliğinin tespitinde başvurulacak ölçütler arasında da görülmektedir.²³² Bu ayrım uyarınca, kural olarak özel hukuk tüzel kişileri, özel hukuk alanında eşit hukuki sükeler olarak serbest iradeleriyle hukuki ilişkiler kurarken; kamu hukuku alanında, taraflardan birinin üstün kamu gücüne sahip olduğu hukuki ilişkilerin sınırları, kamu yararı amacıyla kanunlarla belirlenmektedir ve kamu yararı amacıyla tanınan kamu gücünün temsilcisi, kamu tüzel kişisidir.²³³ Kamu tüzel kişilerini özel hukuk tüzel kişilerinden ayıran temel esas, yararlandığı ve tabi olduğu (yükümlendiği) bu “*kamu hukuku statüsü*”dür²³⁴ ve “*statü hukuku*” olarak da nitelendirilen idare hukuku alanındaki uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargıdır.

²²⁹ Akipek - Akıntürk - Ateş, **Kişiler Hukuku**, s.521.

²³⁰ Özsunay, **Tüzel Kişiler**, s.33; Ali Erten, “*Sendikaların Mahiyeti*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 28, Sayı 1, Yıl 1971, s.326-327; Akipek – Akıntürk - Ateş, **Kişiler Hukuku**, s.519.

²³¹ Onar, **İdare Hukuku Cilt II**, s.966-967; Özay, **Günışığında Yönetim**, s.121.

²³² Serozan, **Kişiler Hukuku**, s.489.

²³³ Hatemi, **Medeni Hukuk Tüzel Kişileri**, s.120 vd.

²³⁴ Özay, **Günışığında Yönetim**, s.123.

Tüzel kişiliğin hukuki niteliğinin kurucu işleminde açıkça belirlenmesi halinde, o tüzel kişiliğin nitelendirilmesinde başka şartlar aranmamaktadır.²³⁵ Öğreti ise, bu hususun açıkça belirlenmediği hallerde başvurulacak klasik ölçütler üzerinde durmaktadır.²³⁶ Kamu tüzel kişiliğinin tanımlanması, unsurlarının tespiti ile mümkün olabilmektedir. Bir tüzel kişiliğin kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilebilmesi için zorunlu ve yardımcı unsurların ölçüt teşkil ettiği ayrımlara ilişkin farklı formüller geliştiren öğreti yanında²³⁷; bu durum, yargı kararlarında birden fazla ölçüte işaret edilmesi şeklinde ortaya

²³⁵ Gözler, “*Kamu Tüzel Kişiliği*”, s.7.

²³⁶ Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s.68. Bülbül, bu konuda Fransız öğretisinde yer bulmuş görüşleri aktarmıştır. Bu konudaki ölçütler Chapus tarafından, kurumun kuruluş kaynağı, amacı, kamu makamıyla ilişkilerinin düzenleniş biçimi, kamu gücü kullanması; Theron tarafından kurumun kaynağı, kamu gücünün ayrıcalıkları ya da üstünlüklerine sahip olması, hedeflediği amaç ve kuruma verilen görevin niteliği, kurumun tabi olduğu devlet vesayeti; Bockel tarafından tek yanlı kuruluş biçimi, zorunlu aidiyet, kamu yararı amacı, bir kamu hukuku rejimine tabi olma; Vlachos tarafından oluşumlarının devlet iradesinden kaynaklanması, zorunlu olarak kamu gücünün üstünlüklerine sahip olmaları, kamu kurumları dışında üçüncü kişilerin üyeliğinin zorunlu oluşu; Frier tarafından kuruluş bakımından kurumun kaynağı, kurumun görevinin niteliği, kamu gücü ayrıcalıklarının tanınması ile özel hukuku aşan bir rejimin varlığı olarak tespit edilmiştir. Bkz. R. Chapus, *Droit administratif général*, Cilt 1, Montchrestien, 13. Bası, 1999, n. 228; J.-P. Theron, *Recherche sur la notion d’Etablissement public*, LGDJ, 1976, s.222 vd.; A. Bockel, *Droit administratif*, Nouvelles Editions Africaines, 1978, s.239 vd.; G.Vlachos, *Principes généraux du droit administratif*, Ellipses, 1993, s.248. (Aktaran: Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s.73-74.)

²³⁷ Bu bağlamda Günday’ın yaptığı ayrım, bir tüzel kişinin kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilebilmesi için kanunla ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulma zorunluluğu (2017 AY değişikliği öncesinde) bir ölçüt olmakla birlikte, bu ölçüt her zaman yeterli olmadığından; üstün yetki ve ayrıcalıklarla donatılmış olma ile birlikte mevcut olduğunda kesin sonuca ulaşmayı sağlayacaktır. Bununla birlikte, bu kesin sonuç için tüzel kişinin mallarının, gelirlerinin ve personelinin statüsü de yardımcı ölçütler niteliğindedir. Bkz. Günday, **İdare Hukuku**, s.79. Kamu tüzel kişiliği kavramını en az bir zorunlu ve en az bir ihtiyari unsurla tanımlayan başka bir görüş için bkz. İsbir, **Kamu Tüzel Kişiliği**, s.240.

çıkılmaktadır.²³⁸ Sonuç olarak, açıkça belirlenmediği hallerde tüzel kişiliğin hukuki niteliğinin tespitinde başvurulacak tek bir ölçüt söz konusu olmamakla birlikte; başvurulması zorunlu olanların belirlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle kamu iktisadi teşebbüslerinin hukuki niteliğinin tespit edilmesinde istikrarlı bir yargı pratiği için öncelikle iki tür tüzel kişiliği birbirinden ayıracak ölçütlere başvurmak gerekmektedir.

2. Kamu Tüzel Kişiliği Niteliğinin Belirlenmesinde Başvurulan Ölçütler

a. Tüzel Kişiliği Kurucu İşlemin Bir Kamu Hukuku İşlemi Olması:

Anayasa’da Öngörülen Şekilde Kurulma

Bir kamu tüzel kişiliğinin özel hukuk tüzel kişiliğinden ayırt edilmesinde öncelikle kuruluş sistemi belirleyici olmaktadır. İdareye özgü bir teşkilat yapısına sahip

²³⁸ Anayasa Mahkemesi E.1990/2 sayılı kararında vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliğini haiz olduğu sonucuna birden fazla ölçüte başvurarak varmıştır. Zira kararda yer alan ifadelerle bu tespit; kanunla kurulma, kamu yararı gütmeye, kamu gücü ve ayrıcalıklarından yararlanmanın tüzel kişiliğin türünün tespitine gerekçe oluşturduğu görülmektedir: “Yasayla kurulma zorunluluğunun doğal sonucu olan ‘kamu tüzel kişiliği’ niteliği üniversitelerin yapısına uygun bir özelliktir. Devlet ya da vakıflar tarafından kurulması bu konuda bir ayırım gerektirmemektedir. Vakıflar tarafından kurulan üniversitelerin kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları, Anayasa’nın 130. maddesinde öngörülen mali ve idari konularda istediği kuralları ve düzeni seçip uygulamayı engellemez. Her düzeyde yöneticilerle öbür personelini görevlendirmeyi kendi organları gerçekleştirir. Vakıf üniversiteleri, akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden Anayasa’nın Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için öngördüğü kurallara bağlı olup bunların dışındaki konularda kurucu vakıflar, kuruluş yasasının ve üniversite organlarının belirlediği ilkeler ve ayrıntılara göre çalışacaktır. Üniversitenin önemi ve özelliği gereği, kamusal ayrıcalıklardan da yararlanabilecektir. Kazanç amacı gütmeyen, kamu yararına çalışan bir üniversite için bu yaklaşım doğal bir beklentidir. / Bu nedenlerle, vakıflarca ‘üniversite’ adıyla kurulacak yükseköğretim kurumlarının kamu tüzel kişiliği taşımaları Anayasa’nın 130. maddesinin gereği bulunmakla, bu kuruluşların genel yönetim yapısı içinde yer almadığı ileri sürülerek Anayasa’nın 123. maddesine aykırı olduğu savı yerinde görülmemiştir.” AYM, E.1990/2 K.1990/10, T.30.05.1990, R.G. 09.02.1991-20781.

olan tüzel kişilerin kuruluşlarının da idare hukukunca düzenlenmesi esastır.²³⁹ Bu bağlamda kamu tüzel kişileri, kendilerini oluşturan kişilerin iradeleri ile değil; bir kamu hukuku işlemine dayanarak kurulmakta, yani kaynağını kamu hukukundan almaktadır.²⁴⁰ 1982 Anayasası'nın bazı hükümlerinde kamu tüzel kişilerini özel olarak düzenlediği ve onlara anayasal statü kazandırdığı görülmektedir. Bununla birlikte Anayasa'nın 123'üncü maddesinin ilk fıkrasında kanuni idare ilkesi öngörülmekte; son fıkrasında ise kuruluşa yönelik genel düzenleme ile de kamu tüzel kişiliğine ilişkin yapısal bir ölçüt getirilmektedir.²⁴¹ Zira Anayasa'da öngörülen şekilde kurulma, kamu tüzel kişilerini özel hukuk tüzel kişilerinden ayıran en önemli farktır.²⁴²

Anayasanın 123'üncü maddesinin ilk fıkrasında, “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*” ifadesiyle öngörülen kanuni idare ilkesi gereği, kuruluşun ana unsurları olarak nitelendirilen hususlarda temel ilkelerin kanunla belirlenmesi gerekmektedir.²⁴³ Bu maddenin son fıkrasında Anayasa değişikliğinden önce, kamu tüzel kişiliğinin kuruluşunun ancak kanun ya da kanuna dayanan bir idari işlemle olması gereği öngörülmüştü. Kamu tüzel kişiliğinin “*ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak*” kurulacağını öngören bu son fıkra hükmü 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik

²³⁹ Balta, **İdare Hukuku I**, s.201; Balta, **İdare Hukukuna Giriş**, s.147.

²⁴⁰ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, 1. Bası, Beta, İstanbul, 2010, İstanbul, s.226; Özey, **Günışığında Yönetim**, s.121; Özsunay, **Tüzel Kişiler**, s.13; Erten, “*Sendikaların Mahiyeti*”, s.327.

²⁴¹ Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s.30. Bu bağlamda Bülbül, kamu tüzel kişiliğinin ölçütlerini “*Anayasal ölçütler*” ve “*Diğer ölçütler*” olarak ayırmaktadır. Bkz. Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s.29 vd.

²⁴² Akyılmaz - Sezginer - Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s.188; Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s.188; Çağlayan, “*Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı*”, s.392.

²⁴³ Yıldırım, **Türkiye'nin İdari Teşkilatı**, s.16.

Yapılmasına Dair Kanun'un 16'ncı maddesiyle²⁴⁴ “*Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.*” şeklinde değiştirilmiştir. Kamu tüzel kişilerinin kurulmalarına ilişkin olarak, Anayasa'nın 123'üncü maddesinin son fıkrası hükmünde Anayasa değişikliğinden önce kanun yanında öngörülen “*kanunun açıkça verdiği yetki*” ile kastedilen hukuki işlemin niteliği açıkça belirtilmemiş olsa da, hem madde gerekçesinde hem de Anayasa Mahkemesi kararlarında²⁴⁵, bu yetkinin bir “*idari işlem*” ile kullanılmasının kastedildiği²⁴⁶ kabul edilmiştir. Kamu tüzel kişiliğinin kurucu işlemi niteliğindeki söz konusu idari işlem, subjektif hak niteliğinde olmayan bir devlet yetkisine işaret etmektedir.²⁴⁷ Bu bağlamda, kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulma²⁴⁸, bu işlemin özel kişiler tarafından yapılmaması anlamına gelmekte ve bir kamu tüzel kişinin ancak devlet tarafından, kamu gücüne dayanarak kurulmasını gerektirmektedir.²⁴⁹ Zira kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış olsa da kanunla ya da

²⁴⁴ R.G. 11.02.2017-29976.

²⁴⁵ AYM, E. 2004/79, K.2007/6, T.25.01.2007, R.G. 17.01.2008-26759; AYM, E.2005/94, K.2007/7, T.25.01.2007, R.G. 20/03/2008-26822. (Kararları aktaran: Emre Akbulut, **Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi**, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s.170.) 123'üncü maddenin son fıkrasına ilişkin olarak Danışma Meclisi'nin gerekçesi de şu şekildedir: “*Maddede idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği ilkesinin bir sonucu olarak, kamu tüzelkişilerinin de ancak kanunla veya kanunun açık yetki vermesi halinde idarî işlemle kurulabileceği öngörülmektedir.*” Bkz. **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası** (Madde Gerekçeli), TBMM, Ankara, 2008. (<https://acikerisim.tbmm.gov.tr>). Hatemi de 1961 Anayasası'nda yer alan aynı hükmü (m.112/3), kamu tüzel kişiliğinin kurulması için bir yasama ya da yürütme işleminin bulunması gerekliliği olarak açıklamıştır. Bkz. Hatemi, **Medeni Hukuk Tüzel Kişileri**, s.23.

²⁴⁶ Çağlayan, “*Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı*”, s.382.

²⁴⁷ Özyörük, **İdare Hukuku**, s.83.

²⁴⁸ İdareye kanunla verilen yetkinin açık ve net olması hususunda bkz. AYM E.1991/21, K.1992/42, T.29.6.1992, R.G. 31.03.1993-21538. (Kararı aktaran: Akbulut, **Kanunî İdare İlkesi**, s.180.)

²⁴⁹ Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s. 33; Günday, **İdare Hukuku**, s.78.

kanundan aldığı yetkiyle idare tarafından bir idari işlemle değil de özel kişiler tarafından kurulan tüzel kişilerin, kamu tüzel kişiliğini haiz olduğunun kabulü mümkün değildir.²⁵⁰ 2017 Anayasa değişikliğinden önce 123'üncü maddenin üçüncü fıkrası hükmü doğrultusunda, kanunla ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak idare tarafından kurulmamış bir tüzel kişinin, kamu tüzel kişisi olmadığı kabul edilmektedir.²⁵¹

6771 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesiyle, Anayasa'nın 123'üncü maddesinin son fıkrasında yer alan “*ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak*” ibaresinin “*kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle*” şeklinde değiştirilmesiyle artık kamu tüzel kişiliğinin “*kanuna dayanan bir idari işlem*” ile kurulması mümkün olamayacaktır. Söz konusu Anayasa değişikliğinden sonra, yasama organının bu hususta asli yetkisinin tekel niteliğinde olmadığı görülmektedir.²⁵² Bu nedenle kamu tüzel kişilerinin 123'üncü madde uyarınca kurulması ile ilgili hukuki değerlendirmeler, maddenin son fıkrasında yapılan değişiklikten sonraki dönem için farklılaşmaktadır. Söz konusu değişikliklerin yürütme organının yetkileri üzerindeki etkisi, kamu iktisadi teşebbüsleri bağlamında ilk olarak kamu tüzel kişiliğinin kuruluşu hususunda önem taşımaktadır.

2017 Anayasa değişiklikleri ile yürütme organının yapısı ve bu bağlamda yetkileri önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır. Cumhurbaşkanı'nın yeniden düzenlenen yetkilerinden birini oluşturan cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yetkisi genişletilmiş ve tek başına yürütme organını oluşturan Cumhurbaşkanı'na doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan yetkiyle -yasal bir dayanak aranmaksızın- sosyal ve ekonomik

²⁵⁰ Gözler, **Mahallî İdareler Hukuku**, s.164. Bülbül, bu yöndeki kanaatini, bir özel kişinin işleminin idari işlem olarak nitelenememesine dayandırmaktadır. Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s.56. Özel hukuk tüzel kişinin idari işlem yapmasının Anayasa'ya aykırı olacağı hakkında bkz. Pertev Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s.14.

²⁵¹ Gözler, “*Kamu Tüzel Kişiliği*”, s.8.

²⁵² Ali D. Ulusoy, **Yeni Türk İdare Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.135.

haklar ile idari teşkilat ve işleyişe ilişkin düzenleme yapma yetkisi verilmiştir.²⁵³ İdarenin örgütlenmesi ve işleyişine ilişkin yasama ve yürütme organlarının yetkileri üzerinde farklı hukuki sonuçları olan birçok tartışmayı beraberinde getiren bu hükümler yanında, Anayasa'nın 123'üncü maddesinin son fıkrasında yapılan ve kanun yanında cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile de kamu tüzel kişiliği kurulabileceğini öngören bu değişiklik kapsamında, hizmet yerinden yönetim kuruluşları yer almaktadır.²⁵⁴ 2017 Anayasa değişikliğinden önce bir kamu tüzel kişiliğinin kurulmasına ilişkin işlemler, kanun, idari işlem ve tartışmalı da olsa kanun hükmünde kararname olmakta ve bu işlemlerin hepsinde doğrudan ya da dolaylı da olsa TBMM iradesinin varlığı, kamu tüzel kişiliğinin kurulmasına ilişkin anayasal bir ölçüt teşkil etmekteydi²⁵⁵; Anayasa değişikliği sonrası 123'üncü maddenin üçüncü fıkrasındaki hüküm ile açıkça Cumhurbaşkanı'na yasal bir dayanak gerekmeksizin cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kamu tüzel kişiliği kurma yetkisi tanınmıştır. Değişiklik sonrasında bir tüzel kişinin Anayasa, kanun ya da cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmesi mümkündür. Anayasa değişikliği ile yürütmeye verilen asli düzenleme yetkisinin olumlu yönlerine dikkat çekilse de²⁵⁶ esasen idarenin örgütlenmesinde yürütmeye tanınan bu yetki “*kanuni idare ilkesi*”nin alanını daraltmaktadır.²⁵⁷

²⁵³ M. Artuk Ardıçoğlu, “*Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*” **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt 75, Sayı 3, Yıl 2017, s.21. Aksi yönde görüş ve söz konusu Anayasa değişiklikleri ile yürütme organına asli ve genel bir düzenleme yetkisi verilip verilmediği yönündeki tartışmalar için bkz. Turan Yıldırım, “*Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 23, Sayı 2, Yıl 2007, s. 24-25.

²⁵⁴ Ardıçoğlu, “*Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*”, s.42.

²⁵⁵ Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s.34.

²⁵⁶ Ulusoy, **Yeni Türk İdare Hukuku**, s.303.

²⁵⁷ Ardıçoğlu, “*Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*”, s.29.

b. Kamusal Yetkilere Sahip Olma ve Kamusal Yükümlülüklerle Tabiiyet

Kurucu işlem, bir kamu tüzel kişinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde Anayasa’da öngörülmüş temel bir unsur niteliğindedir. Bununla birlikte Anayasa’nın 123’ün maddesinde öngörülen şekilde kurulmanın tek başına belirleyici olmadığı görülmektedir.²⁵⁸ Kanunla ya da Anayasa değişikliğinden önceki kabulüyle kanunda düzenlenen bir yetkiye dayanarak bir özel hukuk tüzel kişinin kurulması da mümkündür.²⁵⁹ Bir tüzel kişinin kurulmasında kaynağın kamu hukuku olmasının kamu tüzel kişilerini özel hukuk tüzel kişilerinden ayırt etmede tek başına yeterli olmadığı, bugün açıkça bir kanunla ya da Anayasa değişikliğinden önceki haliyle kanunda öngörülen bir yetkiye dayanarak bir idari işlemle kurulan tüzel kişilerin hukuki niteliklerinin tespitine ilişkin tartışmalarla da ortaya çıkmaktadır. Yukarıda değinildiği gibi kamu hukuku işlemi ile kurulmasına rağmen özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edilenler yanında tüzel kişiliğinin türü tartışmalı olan ve asıl inceleme konumuzu oluşturan kamu iktisadi teşebbüsleri gibi çok sayıda kuruluş yer almaktadır. Bu bağlamda devletin, bireyler gibi kanun ya da idari işlem ile Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde şirket kurarak bu şirketleri kamu hizmetleri ile görevlendirmesi; anonim şirket statüsündeki bu kuruluşların kamu tüzel kişileri olmaları itibarıyla idari teşkilat içinde yer alması konusundaki tartışmalar bu ölçütün belirleyici niteliğini sorgulanabilir kılmıştır. Salt kurucu işlemin tüzel kişiliğin türünü belirlemeye yeterli olmayacağı kabulü²⁶⁰ ile birlikte kamu tüzel kişiliğinin kurulmasına ilişkin hüküm, hem Anayasa değişikliğinden önceki

²⁵⁸ Bülbul, **Kamu İştirakleri**, s.67.

²⁵⁹ Özay, **Günışığında Yönetim**, s.133; Çağlayan, “*Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı*”, s.393. Günday, dernekler ve şirketler gibi örnekleri sunarak bunların kanunun verdiği yetkiye dayanarak kurulmalarına rağmen bir idari işlem ile değil de özel kişiler tarafından özel hukuk işlemi ile kurulmalarından dolayı kamu tüzel kişilikleri olmadığını belirtmektedir. Günday, **İdare Hukuku**, s.78.

²⁶⁰ Özyörük, **İdare Hukuku**, s.84.

hali hem de değişiklik sonrası hali ile bir tüzel kişiliğin hukuki niteliğine ilişkin olarak şu şekilde bir tespit bakımından belirleyici bir ölçüt oluşturmaktadır: Bir kamu tüzel kişisinin, Anayasa’da öngörölenden farklı bir işlem ile kurulup hukuki varlık kazanması ya da düzenlenmesi mümkün değildir.

Tüzel kişilerin faaliyet konularına göre kamu tüzel kişileri ve özel hukuk tüzel kişileri olarak ayrımında, özel hukuk tüzel kişilerinin bireysel ve özel alandaki faaliyetlerine karşılık; kamu tüzel kişilerinin kamu hizmetleri alanında faaliyet göstermesi, belirleyici bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁶¹ Bu bağlamda, bir kamu tüzel kişiliğinin varlığının tespiti için kamu yararı amacının da önemli bir unsur olduğu görölmektedir.²⁶² Kamu tüzel kişilerinin -idarenin- faaliyetlerinin amacı doğrudan ya da dolaylı da olsa kamu yararını sağlamaktır. Kamu tüzel kişileri bu amacı, asıl olarak kamu hizmetlerini yürüterek gerçekleştirmektedirler. Özel hukuk tüzel kişilerinin, salt kendi üyelerinin çıkarlarına yönelik faaliyette bulunmalarına karşılık kamu tüzel kişilerinin sadece kamu yararını amaçladığını ileri süren bu ayrım, kamu yararı amacının idarenin tekelinde olmadığı ve özel hukuk tüzel kişilerinin de -ve hatta gerçek kişilerin de²⁶³- kamuya yararlı faaliyetlerde bulunabileceęi²⁶⁴; ayrıca meslek kuruluşları gibi kamu tüzel kişilerinin ise sadece kendi üyelerinin çıkarlarını gözetmek üzere faaliyette bulunması²⁶⁵ nedeniyle kamu hizmeti ve kamu yararının ayrım açısından bir kriter teşkil

²⁶¹ Onar, **İdare Hukuku Cilt II**, s.970.

²⁶² Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s.68. Bu ölçüte “*Amaç-Faaliyet Niteliği*” alt başlığı içinde kamu gücü ölçütünün bir unsuru olarak yer veren bir ayrım için bkz. İnanç, **Özel Hukuk Tüzelkişilerinin İdari İşlemleri**, s.67.

²⁶³ Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s.69, dn.170.

²⁶⁴ Kamuya yararlı dernek ve vakıflar buna örnek teşkil etmektedirler. Bu yapılara ilişkin tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İsbir, **Kamu Tüzel Kişiliği**, s.83 vd.

²⁶⁵ Duran, **İdare Hukuku**, s.69.

edemeyeceğinden bahisle itiraz edilmektedir.²⁶⁶ Bununla birlikte, yargı organlarının bir tüzel kişiyi kamu tüzel kişisi olarak nitelendirdiği kararlarında, kamu yararına ve kamu hizmetine ölçüt olarak yer verdiği görülmektedir.²⁶⁷

Tüzel kişiler arasındaki ayırmda özel hukuk tüzel kişilerine nazaran kamu tüzel kişilerinin üstün yetki ve ayrıcalıklarla donatılması, kamu gücünü haiz olması da esaslı bir farklılık olarak kabul edilmektedir.²⁶⁸ Kamu tüzel kişilerinin “*üstün ve ayrıcalıklı kamusal yetkiler kullanabilen, tek yanlı idari işlemler yapabilen tüzel kişiler*”²⁶⁹ olarak tanımlandığı kamu hukuku öğretisi yanında; özel hukuk öğretisinde de kuruluş kanunlarında üçüncü kişilerle ilişkileri özel hukuka tabi kılınan tüzel kişilerin niteliğinin tespitinde, belirleyici olanın tüzel kişinin kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanıp yararlanmaması olduğu belirtilmiştir.²⁷⁰ Bir tüzel kişi, Anayasa’da öngörülen şekilde bir kamu hukuku işlemi ile kurulmuş olsa dahi kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülükleri ile donatılmadığı takdirde kamu tüzel kişisi olarak kabul edilmemektedir.²⁷¹ Bununla birlikte

²⁶⁶ Gözler, “*Kamu Tüzel Kişiliği*”, s.16.

²⁶⁷ Anayasa Mahkemesi’nin vakıflar tarafından kurulan üniversitelerin kamu tüzel kişiliğine sahip olduğunun belirtildiği kararında (AYM, E.1990/2 K.1990/10, T.30.5.1990, RG 09.02.1991-20781) yer alan “*kazanç amacı gütmeyen, kamu yararına çalışan*” ifadesi, Bülbul tarafından “*kamu yararı*”nın bir ölçüt olduğunun zımnen belirtilmesi olarak yorumlanmıştır. Erdoğan Bülbul, **Kamu İştirakleri** s.69.

²⁶⁸ Günday, **İdare Hukuku**, s.78.

²⁶⁹ Ulusoy, **Türk İdare Hukuku**, s.135-137.

²⁷⁰ Hatemi, **Medeni Hukuk Tüzel Kişileri**, s.121-122.

²⁷¹ Gözler, “*Kamu Tüzel Kişiliği*”, s.8. Gözler, kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülüklerinin kamu tüzel kişiliği kavramının bir sonucu değil, sebebi olduğunu vurgulamaktadır. Gözler, “*Kamu Tüzel Kişiliği*”, s.14. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi 1978 tarihli bir kararında, işlemleri özel hukuk esasına dayansa da kamu gücü kullanan bir müesseseyi bu nedenle kamu tüzel kişisi olarak nitelemiştir. UYM, E.1978/1 K.1978/7, T.08.03.1978, R.G. 22.5.1978-16294. Ayanoğlu ise ölçütlerden yola çıkarak yapılan tespitleri tamamen tersine çevirerek, bu ölçütlerin aslında kamu tüzel kişiliği niteliğinin bir sonucu olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, bir hizmet ancak bir kamu tüzel kişisi tarafından yürütülürse kamu hizmetidir; hizmete

kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülüklerine sadece kamu tüzel kişilerinin tabi olabileceğinden bahisle bunun ayırt edici bir ölçüt olarak kabulüne²⁷² karşılık, kamu tüzel kişilerinin kamusal yönetim usulleri dışında özel yönetim usullerine de başvurabileceği; kamu gücü kullanma yetkisinin ise özel hukuk tüzel kişilerine de verilebildiği görülmektedir.²⁷³ Zira kamusal yetki, ayrıcalıkların ya da yükümlülüklerin kaynağı kamu tüzel kişiliği sıfatı değil, bu ayrıcalık ve yükümlülüklerin Anayasa ve kanunlarda öngörülmüş olmasıdır.²⁷⁴ Bununla birlikte kamu tüzel kişiliğine sahip olan her kuruluşun her türlü kamu gücü yetki ve ayrıcalıkları ile donatılmadığı görülmektedir.²⁷⁵

Tüzel kişiliğin niteliğini “*kamu tüzel kişiliği*” olarak belirleyecek kamu gücü ayrıcalıkları ile kastedilen, özel hukukta görülmeyen ve özel hukuku aşan özelliklerdir.²⁷⁶ “*Kamulaştırma yapabilme, kamu görevlisi statüsünde personel çalıştırabilme, tek yanlı idari işlemler yapabilme, kolluk yetkileri gibi doğrudan kamu otoritesi kullanabilme, kamusal bir kaynaktan doğrudan harcama yapabilme, tek yanlı olarak kamusal bir mali yükümlülük öngörebilme gibi*” sadece idari makamların kullanabileceği türden tek yanlı

kamusallık veren onun bir kamu tüzel kişisi tarafından yerine getirilmesidir. Aynı şekilde, sadece kamu tüzel kişileri kamu gücü kullanabilir. Ayanoğlu, **İdari Eylemin Tanımlanması**, s.190, s.204. Ayaydın da kamu tüzel kişilerinin kamu gücünden yararlanmasının, o tüzel kişiliğin bir kamu tüzel kişisi olmasının bir sonucu olduğu görüşündedir. Ayaydın, **Devletin Faaliyet Alanı**, s. 438.

²⁷² Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s.92.

²⁷³ Duran, **İdare Hukuku**, s.70.

²⁷⁴ Gözler, “*Kamu Tüzel Kişiliği*”, s.11-12.

²⁷⁵ Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s.84-87.

²⁷⁶ Bunlar; tek yanlı işlemler yapma yetkisi, re’sen icra yetkisi, hukuka uygunluk karinesi, kamu malı statüsü, kamu alacakları tahsili usulüne tabiiyet, özel hukuk cebri icra yollarından muafiyet, kamu mallarının haczedilemezliği, sözleşmelerin “*idari sözleşme*” niteliği, personelin “*kamu görevlisi*” olması, zorunlu üyelik esası, zorunlu aidat, vergi muafiyeti, uyuşmazlıkların idari yargıya tabi olması, ortaya çıkan zararlara ilişkin idari sorumluluk esası olarak sayılabilir.

yetki ve ayrıcalıklardan en az biri kamu tüzel kişiliğinin tespiti için zorunlu unsur olarak kabul edilir.²⁷⁷ Özel hukuk kişilerinin de kamusal yetki ve ayrıcalıklarla donatılmalarına karşılık, burada ayırt ediciliğin tanınan imtiyaza göre değişeceğine dikkat çekilmektedir. Bu bağlamda “*özel bir kanunla kurulmuş olmak*”, “*vergi muafiyetine sahip olmak*”, “*kamu mallarının yararlandığı hukuki korumadan yararlanmak*” gibi ayrıcalıkların özel hukuk tüzel kişilerine de tanınabileceğinden bahisle kamu tüzel kişiliğinin tespitinde önemli olanın yukarıda değinilen ayrıcalıklardan yararlanma olduğu belirtilmektedir.²⁷⁸

Sonuç olarak, her tüzel kişinin kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlanabilmesi mümkün olabilmekle birlikte bu tüzel kişinin kamu tüzel kişisi olup olmadığında belirleyici olan kurucu işlemdir. Zira özel kişiler tarafından kurulan bir tüzel kişinin kamu tüzel kişisi olması mümkün değildir. Bununla birlikte, bazı özel hukuk tüzel kişilerinin sahip oldukları kamusal yetki ve ayrıcalıklar, onların idare hukuku süjesi olarak kabul edilmelerine yol açmıştır.²⁷⁹ İdare hukuku süjeleri, “*(...)bu hukukun öngördüğü hak, borç, görev, ödev ve yetki gibi davranış düzenleyici hukuki durumlara yetenekli olan*” şeklinde tanımlanmaktadır.²⁸⁰ Özel hukuk tüzel kişilerinin kamu gücüne dayanan işlemlerinin varlığı, idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde sadece kamu tüzel kişilerinin aktör olarak yer alabilmesine yönelik mutlak bir ölçütü de sorgulanabilir kılmıştır. Bugün artık, kamu gücü niteliğinde yetkilerle donatılan bir tüzel kişinin mutlak olarak kamu tüzel kişisi olduğu²⁸¹ şeklinde bir belirleme mümkün olmamaktadır. Bu

²⁷⁷ Bu hususta T.C. Ziraat Bankası Yardım Sandığının, kamu bankasından kaynak sağlması ve böylelikle kamusal ayrıcalıktan yararlandığından bahisle kamu tüzel kişisi olarak kabul edilmesine ilişkin bir karara dikkat çekilmektedir. DİDDK, E. 2010/562, T. 21.06.2012 (Kararı aktaran: Ulusoy, **Yeni Türk İdare Hukuku**, s.138.)

²⁷⁸ Ulusoy, **Yeni Türk İdare Hukuku**, s.137-138.

²⁷⁹ Gözübüyük - Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s.148.

²⁸⁰ Balta, **İdare Hukukuna Giriş**, s.143.

²⁸¹ Özyörük, **İdare Hukuku**, s.84.

durumda, kamu tüzel kişiliğini belirleyici ölçütler olarak, “*Anayasa’da öngörülen şekilde kurulma*” ve “*kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanma olanağı tanınması*” ölçütlerinin varlığı ve bir aradalığı ön plana çıkmaktadır.²⁸²

Kamu iktisadi teşebbüslerinin türlerine göre hukuki niteliklerini ortaya koyabilmek için kamu tüzel kişiliğinin niteliğinin belirlenmesinde başvuru söz konusu ölçütler, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de 02.07.2018 tarih ve 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname²⁸³ ile kamu iktisadi teşebbüslerinin kurulmasına ilişkin yapılan değişikliklerin de dahil olduğu hukuki düzenlemeler çerçevesinde ele alınmalıdır.

3. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Sermaye Oranı Ölçütü Uyarınca Sınıflandırılması ve Türlerine Göre Hukuki Nitelikleri

Kamu iktisadi teşebbüsleri kuruluş şekilleri, hukuki yapıları ve sermaye payları gibi çeşitli ölçütler uyarınca çok sayıda farklı sınıflandırmaya konu olmakla birlikte, bu hususta en geçerli yol olarak mevcut hukuki durum itibarıyla sınıflandırma yapılması önerilmiştir.²⁸⁴ Çalışma konumuzu oluşturan 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamındaki kamu sermayeli kuruluşlar ise sermayesi tamamen kamuya ait olan iktisadi devlet teşekkülleri, kamu iktisadi kuruluşları ve müesseseler ile sermayesi karma nitelikte

²⁸² Öztürk, “*Zorunlu Tahkim Yolu*”, s.612. Gözler de bu iki şartı bir tüzel kişinin, kamu tüzel kişisi sayılabilmesinin şartları olarak belirlemiştir. Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s.175; Gözler, “*Kamu Tüzel Kişiliği*”, s.9, s.23.

²⁸³ 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, R.G. 9.07.2018-30473 (3. Mükerrer).

²⁸⁴ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, 1984, s.178

olan bağılı ortaklıklar ve iştirakler şeklinde ayrılmakta²⁸⁵; sermayesi tamamen devlete ait olan iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerine ait üretim birimi niteliğindeki müessese, bağılı ortaklık, iştirak ve işletmelerin yapıları farklılık göstermektedir.

Bir teşebbüsün tüzel kişiliğinin hukuki niteliğinin tespitinde, yani özel hukuk tüzel kişisi ya da kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmesine ilişkin yargı kararlarında, sermaye payları ve sermayenin dağılımına ilişkin sermaye oranının özellikle özelleştirme kapsamına alınan teşebbüsler için ölçüt olarak kullanıldığına ve iştirak şeklindeki teşebbüslere ilişkin yargı kararlarına aşağıda değineceğiz.²⁸⁶ Bununla birlikte, sermaye payının kamu tüzel kişiliğinin belirlenmesinde ölçüt oluşturmaya, bir anonim ortaklıkta sermayenin yarısından fazlasına sahip olmak hâkimiyeti ele geçirmek anlamına gelmeyeceğinden itiraz edilmektedir.²⁸⁷ Bu bağlamda sermaye oranının, tüzel kişinin hukuki niteliğinin tespitine ilişkin bir ölçüt olmaktan çok kamu iktisadi teşebbüsleri için bir sınıflandırma ölçütü teşkil ettiği kabul edilmekte²⁸⁸ ve çalışma kapsamında da bu ölçüte kamu iktisadi teşebbüslerinin türlerine ilişkin bir ölçüt olarak başvurulmaktadır. Kamu iktisadi teşebbüslerinin, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenen ve her biri farklı kuruluş yapısına sahip olan farklı hukuki statüdeki türleri²⁸⁹, mevcut hukuki durumları ve sermaye oranı çerçevesinde ele alınacaktır.

²⁸⁵ Bülbul, **Kamu İştirakleri**, s.18-24.

²⁸⁶ Bkz. aşı. s.81-83, s.99-107.

²⁸⁷ Bkz. Bülbul, **Kamu İştirakleri**, s.75-79. Bu hususta ayrıca bkz. Baklacıoğlu, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.3-4.

²⁸⁸ Bülbul, **Kamu İştirakleri**, s.79.

²⁸⁹ İktisadi devlet teşekküllerinin birçok sorununun, mevcut statülerinin fonksiyonel olmaktan öte tarihi tesadüflerin bir sonucu olduğu, öteden beri dile getirilmektedir. Nejat Bengül, “İktisadî Devlet Teşekkülleri”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 17, Sayı 3, Yıl 1962, s.15.

a. Kamu İktisadi Kuruluşları ve İktisadi Devlet Teşekkülleri

İktisadi devlet teşekküllerinin ilk olarak 17.07.1938 tarih ve 3460 sayılı Kanun’da, *“Sermayesinin tamamı Devlet tarafından verilmek suretiyle kurulan ve bu kanun hükümlerine tâbi tutulması kendi kanunlarında yazılı bulunan iktisadi Devlet teşekkülleri”* ifadesiyle yer bulduğuna değinmiştik. 15.07.1960 tarih ve 23 sayılı Kanun’da²⁹⁰ ise, sermayesinin tamamı devlete ait olan teşekküllerin yanında sermayesinin yarısından fazlası devlete ya da teşekküllere ait iştirakli teşebbüsler de kapsama alınmış ve iktisadi devlet teşekkülü olarak adlandırılmıştır. 12.03.1964 tarih ve 440 sayılı Kanun’un *“Tarifler”* başlıklı 1’inci maddesinin ilk fıkrasında ise şu şekilde tanımlanmıştır: *“İktisadi Devlet Teşekkülleri; sermayelerinin yarısından fazlası tek başına veya birlikte Devlete (Genel ve katma bütçeli idareler) ve İktisadi Devlet Teşekküllerine ait olup, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan ve kuruluş kanunlarında bu kanuna tabi olacakları belirtilen teşebbüslerdir.”* 440 sayılı Kanun uyarınca, iktisadi devlet teşekkülleri iki şekilde kurulabilmektedir. İlki; sermayesinin tamamı doğrudan ya da dolaylı olarak devlete ait, Müdürler Kurulu tarafından yönetilen, Ticaret Kanunu’nda öngörülen şirket türlerinden farklı olmakla birlikte sermayesi kişi yerine devlete ait olan bir özel kişi firmasına benzetilmektedir.²⁹¹ Teşekkül sermayesinin tümünün devlet yanında bir başka teşekküle ait olmasında da durum aynıdır. Bununla birlikte iktisadi

²⁹⁰ 15.07.1960 tarih ve 23 sayılı Sermayesinin Tamamı Devlet Tarafından Verilmek Suretiyle Kurulan İktisadi Teşekküllerin Teşkilâtı ile İdare ve Murakabeleri Hakkındaki 3460 sayılı Kanuna Ek Geçici Kanun, R.G.07.10.1960-10556.

²⁹¹ Özmen, **İktisadi Devlet Teşekkülleri**, s.180; Aysan - Özmen, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.174.

devlet teşekkülünün sermayesinin bir kısmı özel kişilere ait ise, anonim şirket şeklinde kurulması zorunludur.²⁹²

Kamu teşebbüslerinin denetimini düzenleyen 468 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesine kadar sadece “*iktisadi devlet teşekkülü*” ifadesi kullanılmakta iken; bu Kanun ile birlikte “*kamu iktisadi teşebbüsü*” de aynı anlamda kullanılmaya başlanmıştır. Söz konusu Kanun’un 4’üncü maddesinde bu kurumlar, “*Ödenmiş sermayesinin yarısından fazlası kamu tüzel kişilerinince sağlanmış olan kurumlar ile bu kurumların ödenmiş sermayesinin yarısından fazlasını sağlamış oldukları diğer kurumlar*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım, bu Kanun’un yerine yürürlüğe giren 3346 sayılı Kanun’da da benimsenmiştir. Bununla birlikte 20.05.1983 tarih ve 60 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kamu iktisadi teşebbüsleri iki ana gruba ayrılmıştır.²⁹³ 60 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’yi değiştirerek kabul eden 2929 sayılı Kanun’da da, iktisadi devlet teşekkülü ve kamu iktisadi kuruluşu şeklindeki bu ikili ayrımın yer aldığı görülmektedir. Bu ayrım uyarınca iktisadi devlet teşekkülleri, ticari esaslara göre çalışırken; kamu iktisadi kuruluşları ise kamu hizmeti niteliği ağır basan ve tekel niteliğinde mallar ile temel mal ve hizmet üreten kuruluşlardır. 08.09.1984 tarih ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ise 2’nci maddesinin ilk fıkrasında yer verdiği kamu iktisadi teşebbüsü tanımında; “*teşebbüs*”ü, iktisadi devlet teşekkülü ile kamu iktisadi kuruluşunun ortak adı olarak belirlemektedir. Aynı maddenin devamında iktisadi devlet teşekkülü, “*sermayesinin tamamı Devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan*” kamu iktisadi teşebbüsleri olarak; kamu iktisadi kuruluşu ise “*sermayesinin tamamı Devlete ait olan ve tekel niteliğindeki mallar ile temel mal ve*

²⁹² 440 sayılı Kanun’da yer alan düzenlemelerle bu kurumların yapılarının Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş bir anonim şirketten önemli farklılıklar olduğuna dikkat çekilmektedir. Ayıter, “*İktisadi Devlet Teşekkülleri*”, s.6.

²⁹³ Kepenek, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.10.

hizmetleri üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan” kamu iktisadi teşebbüsleri şeklinde tanımlanmaktadır. Bu Kararname ile iktisadi devlet teşekküllerinin amacı “ekonomik gereklere uygun olarak verimlilik ve karlılık ilkeleri doğrultusunda kendi aralarında ve milli ekonomi ile uyum içinde çalışarak sermaye birikimine yardım etme” ve “bu suretle daha fazla yatırım kaynağı yaratma”; kamu iktisadi kuruluşlarının amacı ise *“kendilerine verilen görev ve kamu hizmetlerini ekonomik ve sosyal gereklere uygun olarak verimlilik ilkesi doğrultusunda”* yürütmek olarak belirlenmiştir.²⁹⁴ Görülmektedir ki, sermayelerinin tamamı devlete ait olan bu kurumlardan iktisadi devlet teşekkülleri, ekonomik gereklere uygun olarak verimlilik ve kârlılık ilkeleri doğrultusunda çalışma amacı ile kamu iktisadi kuruluşlarından farklılaşmaktadır.

3460 sayılı Kanun’da teşekküllerin nasıl kurulacağına ilişkin bir hüküm bulunmazken²⁹⁵; 440 sayılı Kanun, teşekküllerin özel kanunla kurulacağını öngörmüştür. Bu husus, 440 sayılı Kanun’a dayanarak çıkarılan *“İktisadî Devlet Teşekkülleri ile Müesseseleri ve İştirakler Hakkında Tüzük”*ün 5’inci maddesinde, iktisadi devlet teşekküllerinin ortak nitelikleri arasında sayılmıştır.²⁹⁶ Kamu gelir ve giderlerinin TBMM’de görüşülmesi yönündeki geleneksel ilke, kamu sermayesi ile kurulacak kamu iktisadi teşebbüslerinin kurulmasında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ye dek geçerli kabul edilmiş; bu tarihe dek kamu iktisadi teşebbüsleri sadece yasa ile kurulmuştur.²⁹⁷ 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ise 3’üncü maddesinde, kamu

²⁹⁴ Bkz. 233 sayılı KHK m.1/2-b ve m.1/2-c.

²⁹⁵ Bununla birlikte söz konusu Kanun’un 2’nci maddesinde, bu teşekküllerin, kendi özel kanunları çerçevesinde mali ve idari özerklikleri olduğuna değinilmektedir.

²⁹⁶ Özmen, **İktisadî Devlet Teşekkülleri**, s.179.

²⁹⁷ Kepenek, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.140. Teşekküllerin kanunla kurulmasının önemine, verginin kanuniliği ilkesi açısından ve siyasal iktidarların çıkarları için yapay

iktisadi teşebbüslerinin kanunla kurulması yerine, Bakanlar Kurulu kararı ile kurulması ilkesini kabul etmiştir. Bu hükümde Anayasa’ya uyum için 02.07.2018 tarih ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 133’üncü maddesiyle yapılan değişiklikle teşebbüslerin, “*Cumhurbaşkanınca*” kurulacağı düzenlenmektedir. Bu düzenleme, Anayasa’nın 123’üncü maddesinde yapılan değişiklikle birlikte ele alınmalı ve Cumhurbaşkanı tarafından bu kurumların kararname ile kurulması mümkün olmalıdır. Sonuç olarak görülmektedir ki, Anayasa değişikliği ile kanunun verdiği yetkiye dayanarak idari işlemle kamu tüzel kişiliği kurmak mümkün olmamaktadır.²⁹⁸

Kamu iktisadi kuruluşları ve iktisadi devlet teşekküllerinin cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulmalarının, Anayasa’da öngörülen şekilde kurulmaya yönelik kamu tüzel kişiliği niteliğini belirleyen başlıca ölçütlerden ilkinin sağladığı görülmektedir. Kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmaya yönelik ölçüt açısından ise 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin, bu kurumların tabi olacağı kamu hukuku usul ve esaslarını düzenlediği açıktır. Kamu iktisadi kuruluşları ve iktisadi devlet teşekküllerinin, Kararname’nin 39’uncu ve 40’ıncı maddelerinde öngörülen mali, idari ve teknik denetim ve gözetim gereği idari vesayete tabi olmaları; Kararname’nin “*Devlet malı sayılma*” başlıklı 57’inci maddesi, amaç ve faaliyetleri için kamulaştırma yetkisini düzenleyen 61’inci maddesi kapsamında yer almaları ise kamu tüzel kişiliklerine ilişkin belirleyici pozitif düzenlemelerdir. Bununla birlikte, şirket şeklinde kurulmalarına

kuruluşlar oluşturmalarına engel olması bakımından dikkat çekilmektedir. Özmen, **İktisadi Devlet Teşekkülleri**, s.179; Aysan - Özmen, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.173.

²⁹⁸ Bu hususta Boz, kamu iktisadi teşebbüslerinin kamu tüzel kişiliğinin Anayasa’dan kaynaklığından bahisle bu kurumları kurma iradesine sahip olan Cumhurbaşkanı’nın, kararname yanında karar, yönetmelik ya da adsız düzenleyici işlemle de teşebbüs kurabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. Selman Sacit Boz, “*Belediye, Köy ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Kurulmasını Düzenleyen Hükümler Anayasanın 123/3 Maddesine Aykırı mıdır?*” (<https://www.idare.gen.tr/boz-ay-m-123-3.htm>, Erişim tarihi: 10.09.2018).

yönelik düzenlemeleri ise tacir sıfatının kamu kurumu niteliğiyle bağdaşırılığı açısından değerlendirmek gerekmektedir. Türk Ticaret Kanunu’nun 16’ncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca; “Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar.” Bu hükümden yola çıkarak 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de hüküm bulunmayan hususlarda özel hukuk hükümlerinin uygulanacağı ve karma ekonomi modeli gereği kamu iktisadi teşebbüslerinin tacir sayılması gerektiği²⁹⁹; Anayasa’nın 128, 161 ve 165’nci maddelerinin, teşebbüslerin tacir olarak kabul edilmelerine engel oluşturmayacağı dile getirilmektedir.³⁰⁰ Türk Ticaret Kanunu’na tabiiyete Danıştay’ın da kararlarında yer verdiği görülmekte³⁰¹; Yargıtay ise tacir olmaları nedeniyle bu kurumların özel hukuk tüzel kişisi olduklarını belirlemektedir.³⁰² Bununla birlikte adında şirket ibaresinin olması ile kamu tüzel kişiliği özellikleri taşıyan bir kurumun bu niteliğinin bertaraf olmayağı³⁰³; 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Türk Ticaret

²⁹⁹ Hikmet Sami Türk, “KİT’lerin Bölünmesi”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Aralık, 1996, s.110.

³⁰⁰ Erdem, **Tacir Sıfatı**, s.64.

³⁰¹ D.3D, E.1976/617 K. 1976/615, T.01.10.1976 (LexHBS).

³⁰² YHGK, E.2006/4-12, K.2006/95, T.22.3.2006 (LexHBS).

³⁰³ Nitekim Türkiye Varlık Fonu’na ilişkin şu görüşlere katılmaktayız: “Bu özellikleri taşıyan bir tüzelkişiliğin anonim şirket statüsünde olması, kamu tüzel kişisi sayılmasına engel teşkil etmez. Özellikle kamu varlıklarına ilişkin, satış, bağış, tahsis gibi işlemleri idari yargıda iptal davasına konu edilebilmelidir. Kamu varlıkları üzerinde yetki kullanma gücüne sahip kılınan Şirketin bu tür işlemlerine karşı açılan iptal davalarında, anonim şirket sıfatı, davanın reddine gerekçe oluşturmamalıdır. Aksi takdirde kamu varlıklarına ilişkin birçok işlem yargı denetimi dışında kalacaktır.” Yıldırım - Yasin – Kaman – Özdemir – Üstün – Çakır – Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.21- 22.

Kanunu hükümlerine getirilen önemli istisnalar³⁰⁴ yanında iflâsa tabi olmama gibi³⁰⁵ özellikleriyle esasen bu kurumların hukuki yapıları ve faaliyetlerinin, nitelikleri elverdiği ölçüde ve belli sınırlar içinde Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olduğu açıktır.³⁰⁶

Uygulama ve yargı kararlarında karşılaşılan mevcut sorunların ve öğretide yer alan eleştirilerin, tüzel kişilik niteliğinin tespiti yanında Kararname'ye ekli listede türlerine göre sıralanan kurumların hukuki statülerinin, Kararname'deki düzenlemelerle uyumlu olmamasından kaynaklandığı görülmektedir. Öyle ki, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yapılan - teşebbüslerin herhangi bir ayırım olmadan anonim şirket şeklinde kurulabileceği şeklindeki- değişikliğe kadar teşebbüslerden iktisadi devlet teşekküllerinin bankacılık alanında, sermayelerinin en az %91'inin Devlete ait olması şartıyla anonim şirket şeklinde kurulabileceği öngörülmekte iken; listede bu alanda faaliyet göstermeyen ve anonim şirket olarak kurulan iktisadi devlet teşekkülleri yer almaktadır. Ayrıca, kamu iktisadi kuruluşları arasında anonim şirket yapısında kurumlar yer almakta; kamu hizmeti yürüten kamu iktisadi kuruluşlarının statüsü değiştirilerek bu kurumlar iktisadi devlet teşekkülüne dönüştürülmektedir.³⁰⁷ Oysa 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri incelendiğinde görülmektedir ki, (m.37'de yer alan mali hükümler haricinde) pek çok ortak özelliği bulunan kamu iktisadi kuruluşları ve iktisadi devlet teşekküllerine

³⁰⁴ Bkz. 233 sayılı KHK m.3/3: “(Değişik: 2/7/2018- KHK/703/133 m.): Teşebbüsler, anonim şirket şeklinde de kurulabilir. Anonim şirket şeklinde kurulan teşebbüslerde genel kurul bulunmaz.”

³⁰⁵ Özellikle bu özellikleri vurgulanarak söz konusu kurumların iktisadi teşebbüs niteliği taşımadıkları yönünde bkz. Özay, “Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Dramı”, s.94.

³⁰⁶ Ayaydın, **Devletin Faaliyet Alanı**, s.315.

³⁰⁷ Kamu hizmeti yürüten ve kamu iktisadi kuruluşu olması gereken bazı kurumların 233 sayılı KHK ekinde iktisadi devlet teşekkülü olarak sayılmasının nedeninin, özelleştirmeye kolaylık sağlamak olduğuna dikkat çekilmektedir. Ulusoy, **Yeni Türk İdare Hukuku**, s.208.

ilişkin esas fark, varlık nedenlerine ilişkindir.³⁰⁸ Öngörülen sistemde ilkinin kamu hizmeti sunması, diğerinin ise ticari esaslara göre faaliyette bulunması gerekmektedir; iktisadi devlet teşekküllerinin tanımıyla kamu hizmeti kavramının bağdaşmazlığına rağmen kamu hizmeti sunan teşekküllerin varlığı³⁰⁹, kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından sunulan kamu hizmetlerine ve bu kurumlar ile hizmetten yararlananlar arasındaki ilişkilerin hukuki rejiminin tespitine ilişkin tartışmaların da temelini oluşturmaktadır. Bu bağlamda, kamu iktisadi teşebbüslerinden söz konusu düzenlemede şirket şeklinde örgütlenen ve iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet gösteren kurumların, kamu kurumu şeklinde örgütlenen teşebbüslerden ayrılarak kamu şirketleri olarak belirlenmesine yönelik bizim de katıldığımız görüş³¹⁰, kamu hizmeti yürüten kamu iktisadi kuruluşlarının, özel şirket gibi piyasada iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyette bulunan iktisadi devlet teşekküllerinden ayrılmasını sağlayarak, kurumların hukuki statüsünü mevzuat ile uyumlu hale getireceği gibi çalışmanın ikinci bölümünde ele alacağımız iktisadi kamu hizmetlerinin hukuki rejimine ilişkin tartışmalara da çözüm getirebilecektir.

b. Müesseseler

Müessese, 440 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde “*sermayesinin tamamı Devlete ait olan teşekküllere bağlı ve tüzel kişiliği haiz işletme ve işletmeler grubu*” olarak tanımlanmakta; aynı Kanun'un 11'inci maddesinde, iktisadi devlet teşekküllerinin işletmelerini bu nitelikteki müesseseler olarak örgütlemeleri mecbur kılınmaktaydı. Bununla birlikte, aynı hükümde Bakanlar Kurulu'nun kararı ile müessese olarak örgütlenmesine gerek olmayan işletmelerin doğrudan teşekküle bağlı olarak çalışması öngörülebileceği düzenlenmekteydi. Bağlı oldukları teşekkülün yönetim kurulu kararıyla

³⁰⁸ Ayaydın, **Devletin Faaliyet Alanı**, s.307-308.

³⁰⁹ Ulusoy, **Yeni Türk İdare Hukuku**, s.207.

³¹⁰ Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.295.

kurulan müesseseler³¹¹; ticaret ünvanı ve idare merkezi, sorumluluklarının sermaye ile sınırlı olduğu, çalışma konuları, nominal ve ödenmiş sermayeleri tutarı, ödenmiş sermayenin ne kadarının aynı olduğu yönündeki kararların ticaret sicilinde kayıt ve ilanı ile tüzel kişilik kazanmaktaydılar.³¹²

233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de ise kamu iktisadi teşebbüslerinin iki ana gruba ayrılmasıyla müesseselerin, sermayesinin tamamı bir iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait olan işletme ya da işletmeler topluluğu olduğu öngörülmektedir.³¹³ Koordinasyon Kurulu kararıyla bir müessese içinde örgütlenmesine gerek olmayan işletmelerin, doğrudan kamu iktisadi kuruluşuna bağlı olarak faaliyetlerini sürdürmesi mümkündür.³¹⁴ Bu müessese ya da işletmeler, tek el niteliğindeki malları üretmekle görevlidir.³¹⁵ 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 2’inci maddesinin dördüncü fıkrasında ve 15’inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan bu yöndeki düzenlemeler ile işletmenin doğrudan teşebbüse bağlı olarak faaliyetlerini yürütmesi, yalnızca kamu iktisadi kuruluşları için mümkün olacağından iktisadi devlet teşekkülleri açısından işletmelerin müessese şeklinde örgütlenme zorunluluğu bulunmaktadır. Müesseseler, bağlı oldukları teşebbüsün yönetim kurulunun görüşü alınarak ilgili bakanlığın teklifi üzerine Koordinasyon Kurulu kararı ile bağlı ortaklık ya da iştirak haline getirilebilmektedir.³¹⁶ Bununla birlikte 703 sayılı Kanun Hükmünde

³¹¹ 440 sayılı Kanun m.11/3.

³¹² 440 sayılı Kanun m.11/4.

³¹³ 233 sayılı KHK m.2/4.

³¹⁴ 233 sayılı KHK m.15/2’de teşebbüs değil; kamu iktisadi kuruluşu ifadesi yer almaktadır.

³¹⁵ 233sayılı KHK m.15/3. Müesseselerin örgütlenmesinde, 233 sayılı KHK’daki düzenlemelere rağmen uygulamadaki farklılıklar için bkz. Atasoy, **Türkiye’de Kamu İktisadî Teşebbüsleri**, s.139.

³¹⁶ 233 sayılı KHK m.15/7.

Kararname'nin 133'üncü maddesiyle söz konusu Kurul'un yetkisinin ortadan kaldırıldığı ve yetkinin Cumhurbaşkanı'na verildiği görülmektedir.

233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 15'inci maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “*Müesseseler, teşebbüs genel müdürünün teklifi ve yönetim kurulunun kararı ile kurulur.*” hükmünün, Anayasa değişikliğine uyum mevzuatı ile de değiştirilmediği ve böylelikle Anayasa'ya aykırı hale geldiği görülmektedir. Bununla birlikte, bu kurumların, faaliyet ve tür değiştirmeleri bağlamında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca kamu hukuku kurallarına tabi olması³¹⁷; bu Kararname'nin 39'uncu ve 40'ıncı maddelerinde öngörülen mali, idari ve teknik denetim ve gözetim gereği idari vesayete tabi olmaları; “*Devlet malı sayılma*” başlıklı 57'inci madde, amaç ve faaliyetleri için kamulaştırma yetkisini düzenleyen 61'inci madde kapsamında yer almaları itibarıyla kamu tüzel kişiliği ile bağdaşır olduğu³¹⁸ görülmekte ve söz konusu hukuki sorununun kanun koyucunun ihmalinden kaynaklandığı düşünülmektedir. Bununla birlikte, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 15'inci maddesinin beşinci fıkrasında, müesseselerin statülerinin ticaret sicilllerine kayıt ve ilanı ile tüzel kişilik kazanacağı öngörülmekte ise de 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile getirilen Ek 2'nci madde uyarınca Cumhurbaşkanı tarafından anonim şirket şeklinde kurulan kamu sermayeli şirketlerin, 13.01.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun kuruluş ve tescile ilişkin hükümlerinden muaf tutulacağı düzenlendiğinden, ticaret siciline tescilin kurucu nitelikte olup olmadığına yönelik tartışmalar bu kurumlar açısından son bulacaktır.

³¹⁷ 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de saklı haller dışında bu işletmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu düzenlenmiştir.

³¹⁸ Sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait kuruluş ve ortaklıkların kamu iktisadi teşebbüsü ve kamu tüzel kişiliği niteliğinin bir Anayasa hükmü gereği olması yönündeki görüşün kabulünde ise bu tartışmalara gerek kalmamaktadır. Bkz. Ayaydın, **Devletin Faaliyet Alanı**, s.455-456.

c. Bağlı Ortaklıklar

İlk kez 20.05.1983 tarih ve 60 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de düzenlenen bağlı ortaklık, 19.10.1983 tarih ve 2929 sayılı Kanun’da, “*sermayesinin yüzde ellisinden fazlası iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait olan işletme veya işletmeler topluluğundan oluşan anonim şirketler*” olarak tanımlanmıştır.³¹⁹ Bu niteliğiyle bağlı ortaklık, sermayesi karma nitelikte kuruluşlar arasında sayılmaktadır. 2929 sayılı Kanun’un 22’inci maddesi uyarınca, Bakanlar Kurulu kararı ile kurulabilen bağlı ortaklıklar ancak 3 şekilde oluşmakta idi: Bir müessenin bağlı ortaklık haline getirilmesi³²⁰, bir teşekkülün iştiraklerindeki hissesinin %50’nin üzerine çıkması³²¹ ve bir teşekkülün sermayesinde %50’den fazla hisseye sahip olduğu yeni bir şirket kurulması suretiyle.³²² 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de aynı şekilde tanımlanan bağlı ortaklıklarla³²³ ilgili olarak mevcut müesseselerin veya işletmelerin Koordinasyon Kurulu kararı ile bağlı ortaklığa dönüştürülebileceği, yeni bağlı ortaklıkların ise Bakanlar Kurulu tarafından kurulacağı düzenlenmişken; 02.07.2018 tarih ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 133’üncü maddesiyle söz konusu kurulların yetkisi ortadan kaldırılmış ve bu yetki Cumhurbaşkanı’na verilmiştir.³²⁴

³¹⁹ 2929 sayılı Kanun m. 2/1-d.

³²⁰ Atasoy, bu yöntemle bağlı ortaklık sayısındaki artışın, özelleştirme kapsamına alınan ya da alınması düşünülen kuruluşların statüsünün dönüştürülmesi sonucu ortaya çıktığını belirlemektedir. Atasoy, **Türkiye’de Kamu İktisadî Teşebbüsleri**, s.146.

³²¹ Bülbül, kamu iştiraklerinin kamu tüzel kişisi olduğunu tespit ettiği eserinde bu hükümden yola çıkarak “*bağlı ortaklık kaynaklı yaklaşımı*”nı geliştirmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s.37 vd.

³²² Kepenek, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.136.; Atasoy, **Türkiye’de Kamu İktisadî Teşebbüsleri**, s.42.

³²³ 233 sayılı KHK m.2/5

³²⁴ 233 sayılı KHK m.22/2

233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca, bu Kararname’de düzenlenen hususlar dışında özel hukuk kurallarına tabi olan bağlı ortaklıkların³²⁵, kurulması, organları, denetimi, yönetim kurullarının ibrası da bu Kararname’de düzenlenmiş olup Türk Ticaret Kanunu’ndan farklı hükümler içermektedir.³²⁶ Sermayesinin yarısından fazlası devlete ait olan bağlı ortaklıkların, yetkili organlarının kamu hukuku kurallarına göre göreve geldiği, anonim şirket şeklinde örgütlenen teşebbüs ve müesseselerde olduğu gibi idari vesayete tabi olduğu ve kamulaştırma yetkisinin olduğu görülmektedir. Zira 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine bakıldığında, düzenlemelerin teşebbüsler, müesseseler ve bağlı ortaklıklar için bir ayırım yapılmaksızın geçerli olduğu gözlenmektedir. Nitekim yargı organları da özel kesimin iştiraki ile oluşan bu nitelikteki kamu şirketlerine, kamu iktisadi teşebbüslerine özgü kuralların uygulanacağına işaret etmektedir.³²⁷ Tüzel kişiliği kurucu işlemin bir kamu hukuku işlemi olması ve kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanma olanağının tanınması yönünden, bu kurumların da kamu tüzel kişiliğinin belirleyici ölçütlerine uygun olduğu görülmektedir.

d. Kamu İştirakleri

Devlet ve teşekkül iştirakleri, 440 sayılı Kanun’un 1’inci maddesinde “*Devlet ve İktisadi Devlet Teşekküllerinin sermayelerinin yarısına veya daha azına sahip bulundukları, özel hukuk hükümlerine göre kurulan ortaklıklardaki hisseler*” olarak tanımlanmıştır. Aynı Kanun’un 4’üncü maddesinde devlet iştiraklerinin kanunla; teşekkül iştiraklerinin ise Bakanlar Kurulu kararıyla kurulması düzenlenmekteydi. Bu

³²⁵ 233 sayılı KHK m.23/2.

³²⁶ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, 2015, s.208.

³²⁷ D.1D, E.1990/73, K.1990/90, T.08.06.1990 (LBEHB) (Kararı aktaran: Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, 2015, s.208.)

düzenlemelerde katılma payına ilişkin bir sınır öngörülmemektedir.³²⁸ İştirakler, 60 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 2929 sayılı Kanun’un 2’nci maddesinin (e) bendinde “*iktisadi devlet teşekküllerinin veya kamu iktisadi kuruluşlarının veya bağlı ortaklıklarının, sermayelerinin en az yüzde yirmialtısına en çok yüzde ellisine sahip oldukları anonim şirketlerdeki hisseleri*” olarak tanımlanmışken; 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 2’nci maddesinin altıncı fıkrasında ise en az %15 ile en çok % 50’sine sahip olunan anonim şirketler olarak belirlenmektedir. Bu oranın, ortaklığın sermaye arttırması halinde de %15’ten aşağı düşmeyeceği düzenlenmektedir.³²⁹ Bir teşebbüs ya da bağlı ortaklığın bir anonim şirkete bu şekildeki iştiraki, ilgili teşebbüsün önerisi üzerine Koordinasyon Kurulu (Cumhurbaşkanı) kararıyla mümkündür.³³⁰ Görülmektedir ki iştirakler, teşebbüslerin veya bağlı ortaklıkların sermayelerinin en az %15’ine en çok %50’sine sahip bulundukları anonim şirketlerdir.

Anayasa Mahkemesi, faaliyetlerini özel hukuk kurallarına göre yürüten iştiraklerin, “*gerçek ve özel hukuk tüzel kişisi işverenlerden farklı oldukları*”nı belirtmekte³³¹; bu kurumlar, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından “*kamu kurumu niteliği*

³²⁸ Kepenek, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.114.

³²⁹ 233 sayılı KHK m.27/2.

³³⁰ 233 sayılı KHK m. 27/1. Bu Kararname’de, bir iştirake birden fazla teşebbüs ya da bağlı ortaklığın katılamayacağına hükmedilmektedir. Bu düzenlemeden önce ise aynı ortaklığa birden çok teşebbüsün ortak olabileceği yönündeki uygulama, “*aynı amaçlı iki kamu iktisadi teşebbüsü kurulmayacağına göre, birden çok kamu iktisadi teşebbüsünün amaçlarına uygun çalışan bir ortaklığın bulunmaması*” gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. Kepenek, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.114.

³³¹ AYM, E.1991/5, K.1992/9, T.18.2.1992, R.G.07.05.1992-21221 (Kararı aktaran: Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, 2015, s.209.)

ağır basan anonim şirket” olarak nitelendirilmektedir.³³² Öğretide ise Anayasa’nın “*Kamu iktisadi teşebbüslerinin denetimi*” başlıklı 165’inci maddesinde “*Sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıkları*”na yer verildiğinden, idareye ait sermayenin yarıdan az olması halinde bu ortaklıkların hukuki niteliğine ilişkin bir açıklık bulunmadığına dikkat çekilmektedir.³³³ Bununla birlikte iştiraklerin, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de yer alan ve bağlı ortaklıklar ile müesseselere de uygulanan ve yukarıda her iki kurum için kamu gücü ayrıcalıkları olarak değerlendirdiğimiz düzenlemelere tabi olmadığı görülmektedir. Bu bağlamda, biz de, hukuki rejimlerindeki farklılık ile iştiraklerin kamu tüzel kişisi niteliğinde olmadıkları³³⁴; bir teşebbüsün ya da bağlı ortaklığın özel kesimde yer alan anonim şirketlerdeki hisselerinden ibaret olduğu yönündeki görüşlere katılmaktayız.³³⁵

³³² Bu kararda, iştirak ile kapsam dışı personel arasındaki ilişkinin, idare hukuku ilkelerine dayanan bir kamu hukuku ilişkisi olduğu belirlenmektedir. UYM, E.1999/32, K.1999/38, T.06.12.1999, R.G. 09.03.2000-23988.

³³³ Ayanoğlu, **İdari Eylemin Tanımlanması**, s.190.

³³⁴ Ayaydın, **Devletin Faaliyet Alanı**, s.458.

³³⁵ Duran, **İdare Hukuku**, s.207; Günday, **İdare Hukuku**, s.543; Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s.571. Bu hususta aksi yönde görüş Bülbül’e aittir. Yazar, eserinde kamu iştiraklerinin hukuki niteliğini, kamu tüzel kişiliğinin Anayasal ve diğer ölçütleri bakımından incelemiş; konuyu, 233 sayılı KHK ve diğer yasal düzenlemeler yanında yargı kararları ile ele almış ve bu kurumların yapısal özellikleri, faaliyetlerinin ve niteliklerinin yerleşik düşüncenin aksi yönünde olduğunu belirtmiştir. Kamu iştirakleri üzerine yazılmış monografi niteliğindeki bu eserde savunulan görüşlerin aktarılması çalışmamızın kapsamını aşmakla birlikte, yazarın dayandığı argümanların, 233 sayılı KHK ile Türk Ticaret Kanunu’nun birlikte uygulanmasından kaynaklanan hukuki sonuç ve sorunlardan doğduğu görüşünde olduğumuzu belirtmekle yetinelim. Bkz. Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s.29-87.

III. ÖZELLEŞTİRME SÜRECİNİN KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNE ETKİSİ

A. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Genel Bilgiler

Küçük ve etkin devlet anlayışının gerekleriyle özel kesimdeki işletmecilik yöntemlerini kamu alanında geçerli kılmayı sağlayan bir politika aracı olarak özelleştirme³³⁶; siyasi yönü yanında sosyal, ekonomik ve hukuki alanda etki ve sonuçlar içeren bir süreç olması itibarıyla birçok disiplinin çok çeşitli açılardan cevaplandırılmasını beklediği birtakım sorunlar içermektedir. Bununla birlikte bu bölümde bu konu, özelleştirme sürecinde ve sonrasında, özelleştirmeye konu olan kamu iktisadi teşebbüslerinin hukuki statüsünün mevzuat uyarınca ve yargı organlarınca tespiti çerçevesinde ele alınacaktır. Zira bu tespitle özelleştirmenin bir kamu kurumunun tüzel kişilik niteliği ve faaliyet alanı üzerindeki etkileri, yüksek yargı organlarınca hukuki nitelendirme ve buna bağlı olarak hukuki rejimin belirlenmesi ile ortaya konacaktır.

Devletin işlevlerinde yaşanan değişim ve dönüşümün kamu hukuku-özel hukuk ayırımına etkisi³³⁷, idare hukukunun temel kurum ve kavramlarını da etkilemekte; idare hukukun gelişimi, özellikle İkinci Dünya Savaşı'nı izleyen dönemde devletin ekonomik

³³⁶ Turgut Tan, “Özelleştirme”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1-3, Yıl 1988, s.271.

³³⁷ Devletin dönüşümünün hukukun dönüşümüne etkisi, hukukta araçsalcılık yaklaşımı ile açıklanmaktadır. Bu yaklaşım, hukukun piyasanın ihtiyaçlarına hizmet etmesini; siyasal bir ideolojinin gerçekleştirilmesi için hukuki kurumların bir araç olarak kullanılmasını ifade etmektedir. Neoliberalizm ile hukuk arasındaki ilişkiye dair bu yaklaşımda, hukukun devlet ve piyasa arasındaki ilişkiyi kuran statik bir yapı olarak ele alınması eleştirilmiş; hukukun da bu ilişkiden etkilendiği ve dönüştüğüne dikkat çekilmiştir. Ayşegül Kars Kaynar, “*Neoliberal Dönemde Hukuk ve Neo-formalizm Tartışmalarına Bir Giriş*”, *İktisat Dergisi*, Sayı 536, Yıl 2017, s.38-39.

ve sosyal hayata müdahalelerinin olağanlaşması ile açıklanmaktadır.³³⁸ Buna rağmen 1970’lerde ortaya çıkan ve “*daha az devlet*”i öngören neoliberal politikaların etkisi ile devletin sosyal ve ekonomik etkinliklerini ve müdahalelerini azaltmak ve özelleştirmeler yönündeki gelişmelerle idarenin işlevlerindeki değişim, özel hukukun daha fazla uygulama alanı bulmasına neden olmuş; özelleştirme politikaları ile belirsizleşen kamu hukuku-özel hukuk arasındaki ayrım, gitgide kamu hukuku aleyhine şekillenmiştir.³³⁹ II. Dünya Savaşı’ndan sonra 1970’lerin ortasına kadar devam eden süreçte, devletin ekonomideki rolü genişlerken ve ekonomik hayata müdahalesi olağan bir faaliyet biçimini almışken³⁴⁰; 1970’lerden itibaren karşılaşılan mali krizin sorumlusu olarak kabul edilen uygulamalara³⁴¹ alternatif teşkil eden neoliberal düşünce, devletin küçültülmesi ve

³³⁸ Turgut Tan, “*Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 8, Sayı 2, Yıl 1975, s.33.

³³⁹ D. Çiğdem Sever, **Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2013, s.3; Oğuz Sancakdar, “*Özelleştirmenin Kamu Hukuku Özel Hukuk Ayırımına Etkileri ve Bu Bağlamda Güncel Özelleştirme Tartışmalarındaki Başlıca Görüşler*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 8, Sayı 1, Yıl 2006, s.243. Devlet işlevlerinin değişmesi ve kimilerinin ortadan kalkmasına ilişkin olarak ortadan kalkan işlevlerin, devlete sosyal nitelik kazandıran işlevler olduğuna dikkat çekilmektedir. Bulut, “*Sosyal Devlet*”, s.189.

³⁴⁰ Zehreddin Aslan, “*Devletin Ekonomiye Müdahalesi ve İktisadi Müdahalesi ve İktisadi Kolluk Faaliyeti İçinde Rekabetin Korunması*”, **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Sayı 14, Yıl 1996, s.1.

³⁴¹ “*Sistemi muhafaza etme adına gönülsüz bir kabulle varedilen müdahaleci devlet ve Keynes-çi politikalar, artık sisteme yönelik tehditin zayıflaması karşısında gereksiz bir ‘yüksek maliyet’ olarak algılanmaktadır.*” Cüneyt Ozansoy, “*Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 46, Sayı 1, Yıl 1997, s.93.

piyasa hâkimiyetinin sağlanması için devletin ekonomideki rolünün azaltılması gerektiğini öne sürmektedir.³⁴²

Serbest piyasa ekonomisinin geçerli olduğu bir düzende, devletin iktisadi hayatta üretici rolünü terk etmesi³⁴³; bu bağlamda kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi, kamu hizmetlerinin fiyatlandırılması, kamu tekellerinin kaldırılması, ekonomik hayata ilişkin basit ve daha az zorlayıcı düzenlemeler ile piyasa mekanizmasının işlevinin artırılması yoluyla devletin ekonomik faaliyetlerinin sınırlandırılması, geniş anlamda özelleştirme olarak adlandırılmaktadır.³⁴⁴ İdarenin kendi teşkilatıyla yerine getirdiği faaliyetlerinde özel hukuk yöntemlerine başvurusu ya da kamu hizmeti alanındaki mal ve hizmet üretimini özel kişilere devretmesi gibi yöntemler, kamu hizmetleri alanında sürekli bir özelleştirmeye neden olmaktadır.³⁴⁵ Bu durum idarenin hem örgütlenme hem de yetki, görev ve sorumluluk alanındaki değişiklikleri de beraberinde getirmektedir. Kamu iktisadi teşebbüslerinin tabi olduğu karma hukuki rejim, kamu hukuku ilke ve kuralları ile piyasa kurallarının hâkim olduğu özel hukuk usulleri arasında bir çatışma yaratmakta; yeni ve tartışmalı kurum ve kavramlar doğmakta ve nihayet kamu

³⁴² Tarık Gümüş, **Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü**, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Aralık 2010, s.397-400; Christopher Pierson, **Modern Devlet**, Çev. Neşet Kutluğ - Burcu Erdoğan, İkinci Basım, Çiviyazıları Yayınevi Nemesis Kitaplığı, Ankara, 2015, s.306.

³⁴³ Bu durum, devletleştirmenin tersi olarak kabul edilmektedir Karluk, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.123. Bu hususta Anayasa Mahkemesi'nin, özelleştirmenin Anayasa'da düzenlenmediği dönemde, devletleştirmenin tersi bir işlem olmasından hareketle Anayasa'ya uygun olduğu yönündeki kararına dikkat çekilmektedir. AYM, E. 1994/49, K.1994/42-2, T.07.07.1994, R.G. 10.09.1994-22047. Bkz. Melikşah Yasin, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s.2.

³⁴⁴ Tan, Turgut, "*KİT'lerin Özelleştirilmesi ve Sorunlar*", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 25, Sayı 1, Yıl 1992, s.28; Yasin, **Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, s.3; Akalın, *Anayasamızın Piyasa Ekonomisi ile Uyumlaştırılması*", s.15.

³⁴⁵ Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.298.

hizmetlerinin finansmanının da özelleştirilmesiyle kamu hizmeti alanında piyasa ilkeleri hâkim olmaktadır.³⁴⁶ Bu bağlamda, işletmeci rasyonelliğe yönelik bu dönüşüme önemli bir örnek teşkil eden kamu iktisadi teşebbüslerinin, sonraki süreçte özelleştirme uygulamaları ile özel sektöre devri gündeme gelmiştir. Özel sektöre devir, satış dışında, kiralama, işletme hakkının devri gibi yöntemlerle de mümkün olabilmekte³⁴⁷ ise de bu durum geniş anlamda özelleştirme kapsamındadır. Özelleştirme dar anlamıyla, devlet mülkiyetindeki kamu iktisadi teşebbüslerinin yönetim ve mülkiyetinin bir bölümünün ya da tamamının devlet dışındaki gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesidir.³⁴⁸ Çalışmamızda inceleme konusu yargı kararlarında da görüleceği üzere, özelleştirme ile kastedilen dar anlamda özelleştirme olup, mutlak olarak mülkiyet devrinin gerçekleşmesi gerekmektedir.

Ülkelerin farklı nitelikteki tarihsel geçmişleri, sosyal, siyasal ve ekonomik yapıları ve tercih ettikleri ekonomi politikaları, özelleştirme yapma amaçlarını da farklılaştırmaktadır.³⁴⁹ Özellikle gelişmekte olan ülkelerde serbest piyasa ekonomisinin gelişiminin sağlanması; devletin ekonomiye müdahalesini azaltarak özel işletmelerin siyasi müdahalelerden kurtulmasının sağlanması; kullanılmayan kaynakları özel sektöre aktararak kamu sektörünün payının azaltılması ve elde edilen gelirler ile kamu harcamalarına ek kaynak yaratılması hedeflenmektedir.³⁵⁰ 1980'lerden sonra devletleştirme karşısında, piyasa ekonomileri lehine özelleştirmenin ortaya çıktığı

³⁴⁶ Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.301-303.

³⁴⁷ Yasin, **Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, s.4-5.

³⁴⁸ İzak Atiyas - Burak Oder, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, TEPAV Yayınları, Ankara, 2008, s.16; Tan, “*Özelleştirme*”, s.28; Karluk, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.125; Kepenek **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.146.

³⁴⁹ Karluk, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.127-128.

³⁵⁰ Atiyas - Oder, **Türkiye’de Özelleştirme**, s.1.

görülmektedir.³⁵¹ Özelleştirme, Türkiye açısından izlenen liberal politikaların ve uygulanan programın Türkiye'ye özgü amaçları söz konusu olmakla birlikte, 24 Ocak kararları ile uluslararası politika ve gelişmelerin de etkilediği yeni ekonomik rejimin bir unsuru olarak belirmiştir.³⁵² Nitekim 4046 sayılı Kanun m.1/A'da kanun kapsamındaki kuruluşların özelleştirilmesinde “*ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak, Hazineye ait taşınmazları değerlendirmek suretiyle kamuya gelir elde etmek*” amacından söz edilmektedir. Piyasa koşullarına uygun olarak yönetilememesi ve bütçe harcamalarının artmasına sebep olması gibi gerekçelerle kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesi, yerindelik tartışmaları yanında hukuka uygunluk tartışmalarına da neden olmuştur.³⁵³ Bu hususta, Anayasa Mahkemesi'nin ise kamu iktisadi teşebbüslerinin hisse senedi yoluyla satışını, kamu yatırımları için ek finansman yaratmaya yönelik bir hüküm olarak ele alarak sosyal devlet ilkesine aykırı kabul etmediği görülmektedir.³⁵⁴

Özelleştirmenin yasal dayanaklarının tarihçesine bakıldığında, bu husustaki ilk örnekte özelleştirmeye terim olarak yer verilmemiş ve bir tanımı da yapılmamış; 440 sayılı İktisadi Devlet Teşekkülleriyle Müesseseleri ve İştirakler Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesiyle “*Kanunla yapılmış Devlet iştiraklerinin devir ve tasfiyesi kanunla, veraset ve sair yollarla meydana gelmiş Devlet İştirakleriyle Teşekkül iştiraklerinin devir*

³⁵¹ Özelleştirmenin amaçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kepenek, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.150 vd.

³⁵² Atiyas - Oder, **Türkiye'de Özelleştirme**, s.2.

³⁵³ Kâr eden bir kuruluşun özelleştirilmesinin hukuka uygun olup olmadığı (Yasin, **Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, s.7, s.9.), özelleştirilmesi mümkün olmayan teşebbüslerin mevcut olup olmadığı (Tan, “*Özelleştirme*”, s.286.) tartışılmalıdır. Özelleştirmeyi savunan ve özelleştirmeye karşıt görüşler için bkz. Sancakdar, “*Özelleştirmenin Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayrımına Etkileri*” s.253 vd.

³⁵⁴ AYM, E.1984/9, K.1985/4, T.18.02.1985, R.G. 26.06.1985-18793.

veya tasfiyesi Bakanlar Kurulu kararı” ile yapılacağı düzenlenmiştir.³⁵⁵ 29.02.1984 tarihinde çıkarılmış olan 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun’un³⁵⁶ 3’üncü maddesiyle iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları dahil tüm kamu kurum ve kuruluşlarına ait her türlü altyapı tesisleri ve kamu iktisadi teşebbüslerine ait tesisler için “gelir ortaklığı” senedi ile kamu iktisadi teşebbüsleri için “hisse senedi” çıkarılması ve “işletme hakkı verilmesine ilişkin” bir düzenleme getirilmiştir. Bu hükümle teşebbüslerin tamamının satılabileceği öngörülmemekte; hisse senedi çıkarılarak satışa sunulması ile kısmen özelleştirilmeleri mümkün olmaktadır.³⁵⁷ Kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmeleriyle ilgili ilk somut yasal düzenleme olarak kabul edilen³⁵⁸ 28.5.1986 tarih ve 3291 sayılı 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, 3182 sayılı Bankalar Kanunu, 2983 sayılı tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2983 sayılı Toplu Konut Kanunu, 07.11.1985 tarih ve 3238 sayılı Kanun, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve 1177 sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı

³⁵⁵ Atiyas - Oder, **Türkiye’de Özelleştirme**, s.5. Kepenek ise özelleştirmenin ilk kez 3460 sayılı Kanun ile mümkün kılındığını şu ifadelerle açıklamaktadır: “(...)3460 sayılı KİT yasası, KİT işletme birimlerinin müessese olarak örgütlenmesini zorunlu kılıyordu. Müesseseler de, hükümetin teklifi ve genel kurul onayı ile ‘pay sahiplerinin Türk olması ve pay senetlerinin ada yazılı olması’ koşuluyla, anonim ya da limited ortaklığa dönüştürülebilirdi (m.39). Ayrıca bu yöntemle oluşturulacak anonim ortaklıkların pay senetlerinin bir bölümü ya da tamamı gerekli ve zorunlu görülürse, Bakanlar Kurulu kararıyla, taşıyana (hamiline) yazılı olabilirdi. Pay ortaklığı senetlerinin taşıyana yazılı olması, pay sahiplerinin özel kişi ve kuruluşlar olmasını sağlayan bir yaklaşımdı. Daha sonra, 1964’te yapılan yasal düzenlemede bu tür bir olanağa yer verilmediği gibi, ilk yasada belirtilen olanak da kullanılmadı; KİT’in müesseselerinin özelleştirilmesi yoluna gidilmedi.” Kepenek, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.158-159.

³⁵⁶ R.G. 17.03.1984-18344.

³⁵⁷ Atasoy, bu düzenlemeyi, özelleştirmeye hukuki zemin oluşturan bir yöntem olarak tanımlamaktadır. Atasoy, **Türkiye’de Kamu İktisadî Teşebbüsleri**, s.223.

³⁵⁸ Kepenek, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.158-159.

Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanun³⁵⁹ ile “*Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi İle İlgili Hükümler*” başlıklı Beşinci Bölümü’nde, özelleştirmeye ilişkin yeni düzenlemeler yapılmıştır. Bu Kanun, kamu iktisadi teşebbüslerinin, müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin özelleştirilmesi ve bu kuruluşlara ait iştiraklerdeki kamu paylarının satış ve devrine ilişkin düzenlemeler içermektedir. Görülmektedir ki Kanun kapsamına; kamu iktisadi teşebbüsleri, müesseseler, bağlı ortaklıklar, işletmeler, işletme birimleri ve iştirakler girmektedir. Öte yandan, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bu konuda bazı hükümler getirilmiş; Kararname’nin 38’inci maddesiyle ile teşebbüsler, müesseseler, bağlı ortaklıklar, işletmeler ve işletme birimlerinin ve iştiraklerin tasfiyesi ve satılması düzenlenmiş; geçici 2’nci maddesiyle de iştirak paylarının devir ve tasfiyesi düzenlenmiştir.

Bahsi geçen yasal düzenlemeler ve bu yasalarda yapılan değişiklikler yanında birtakım idari düzenlemeler yapılmış olsa da bu düzenlemelerin yetersizliği karşısında, özelleştirmeden beklenen hedeflerin gerçekleşmesi için uygulamada karşılaşılan güçlükleri gidermek amacıyla özelleştirmeye ilişkin temel ilke ve kuralların yer alacağı hukuki altyapının, genel bir yasa çerçevesinde düzenlenmesi öngörülmüş ve 24 Kasım 1994 tarihinde 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun çıkarılmıştır.³⁶⁰ Bu Kanun ile özelleştirmeye konu mal ve hizmetlerin kapsamı genişletilmiştir.³⁶¹

³⁵⁹ R.G. 03.06.1986-19126.

³⁶⁰ R.G. 27.11.1994-22124.

³⁶¹ Kanun’un genel yaklaşımı Baytan tarafından, “*çağdaş devlet anlayışının gereği olarak devletin temel göre sınırları içine çekilmesi ve bunların dışındaki tüm etkinliklerin özel teşebbüsün dinamizmine terk edilmesi*” olduğu şeklinde yorumlanmaktadır. İlhan Baytan, **Özelleştirme Hukuku ve Uygulamaları**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.128. 4046 sayılı Kanun m.15’te “*kamu hizmeti gören tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üreten kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin, işletme haklarının verilmesi veya kiralanması ve*

Özelleştirmeye ilişkin genel bir kanun olarak 4046 sayılı Kanun dışında birtakım idari faaliyetlerin özelleştirilmesine ilişkin ayrı yasal düzenlemeler de yer almaktadır.³⁶² Bu düzenlemeler çerçevesinde, iktisadi nitelikli kamu hizmetleri özel hukuk kişilerine bırakılmış; idarenin düzenleme ve denetleme yetkisi kapsamında düzenleyici rolü etkinleştirilmiştir.³⁶³

Yasal düzenlemeler ve değişikliklerin bu yoğunluğu karşısında, Anayasalarda özelleştirmeye ilişkin bir hükmün 1982 Anayasası'nda 1999 yılında yapılan değişikliğe kadar yer almadığı görülmektedir. 13.08.1999 tarihli 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile Anayasa'nın 47'nci maddesinde yapılan değişiklik, özelleştirmenin ilk anayasal dayanağıdır.³⁶⁴ “Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde

mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilmesinin bu Kanun hükümleri” çerçevesinde yapılacağı öngörülmektedir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Yasin, **Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, s.15-21.

³⁶² Bkz. 27.01.2000 tarih ve 4502 sayılı Kanun, R.G. 29.01.2000-23948; 15.11.2000 tarih ve 4603 sayılı Kanun, R.G. 25.11.2000-2424; 04.12.1984 tarih ve 3096 sayılı Kanun, R.G. 19.12.1984-18610; 08.06.1994 tarih ve 3396 sayılı, R.G. 13.06.1994-21959; 16.07.1997 tarih ve 4283 sayılı Kanun, R.G 19.07.1997-23054.

³⁶³ Özelleştirme sonrasında faaliyetin kamu hizmeti niteliğinin devam edip etmediğine ilişkin öğretide farklı görüşler yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Ulusoy, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s.26; Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, İkinci Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2009. s.354-355; Akgüner, **İdare Hukuku**, s.1010; Yayla, **İdare Hukuku**, s.96; Cem Ayaydın, **İdare Hukuku'na Giriş (II) Ders Notları**, Birinci Baskı, Yenilik Basım Evi, İstanbul, 2008, s.321; Yasin, **Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, s.208. Bu hususta, Danıştay'ın özelleştirme ile kamu hizmetinin hukuki niteliğinin değişmeyeceği yönündeki bir kararı için bkz. D.10D, E.1997/160, K.1997/2583, T.25.06.1997 (LexHBS).

³⁶⁴ Özelleştirme için Anayasal düzenlemeye gerek olup olmadığı sorunu hakkındaki tartışmalar için bkz. Alperen Ertürk, **Anayasal Açından Özelleştirme**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, s.69-74.

bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.” şeklindeki Anayasa hükmü ile yasama organına geniş bir takdir yetkisi bırakılmış; özelleştirmeye ilişkin anayasal bir ilke belirlenmemiştir.³⁶⁵ Devlet tarafından üretilen tüm malların ve sunulan tüm hizmetlerin özel kişilerce yapılması bağlamındaki geniş ve kapsayıcı tanımın, özelleştirme uygulamalarının dayanağı olan 4046 sayılı Kanun ve 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile Anayasa’nın 47’inci maddesine eklenen ve özelleştirmenin anayasal dayanağı haline gelen hüküm ile uyumlu olduğu görülmektedir.³⁶⁶

Özelleştirme sürecinin kamu iktisadi teşebbüslerinin hukuki niteliğine etkisine ilişkin yargı kararlarını incelemeye geçmeden önce, özelleştirmeye ilişkin son olarak, 19.08.2016 tarih ve 6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile kurulan³⁶⁷ ve kurulduğu günden itibaren kuruluş nedenleri, hukuki niteliği, idari yapısı, denetimi ve kaynakları ile birçok alanda tartışma konusu olan Türkiye Varlık Fonu’na değinmek gerekmektedir.³⁶⁸ Zira söz konusu Kanun’un “Türkiye Varlık Fonunun kaynakları ve

³⁶⁵ Refik Tiryaki, “*Ekonomik Özgürlüklerin Kamu Hizmetinin Görülüş Usulleriyle İlişkisi*”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 4, Sayı 1, Yıl 2004, s.311. Uygulamada bu değişikliğin bir önemi olmadığı yönünde bkz. Ulusoy, **Kamu Hizmeti**, s.66-67.

³⁶⁶ Atiyas - Oder, **Türkiye’de Özelleştirme**, s.16; Yasin, **Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, s.3.

³⁶⁷ R.G. 26.08.2016-29813.

³⁶⁸ Türkiye Varlık Fonu’na ilişkin ayrıntılı tartışma ve değerlendirmeler için bkz. Meltem Kayıran, “*Türkiye Varlık Fonu’nun Kuruluş Amaçları Ve Yapısı Üzerine Bir Değerlendirme*”, **Eğitim Bilim Toplum Dergisi**, Cilt 14, Sayı 56, Yıl 2016, s.55-90; Erdan Tanas Karagöl- Yusuf Emre Koç, “*Dünyada ve Türkiye’de Varlık Fonu*”, **Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı**, Analiz, Sayı 169, Ekim 2016, s.7-25; Erol Gürcan, “*Ulusal Varlık Fonu ve Türkiye Varlık Fonu*”, **Gedik Yatırım Araştırma**, s.1-14 (<https://gedik-cdn.foreks.com/yatirim/reports/files/000/001/145/original/TurkiyeVarlikFonuDegerlendirm>

finansman sağlanması” başlıklı 4’üncü maddesi uyarınca “Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından; özelleştirme kapsam ve programında bulunan ve Türkiye Varlık Fonuna devrine karar verilen kuruluş ve varlıklar ile Özelleştirme Fonundan Türkiye Varlık Fonuna aktarılmasına karar verilen nakit fazlası” ile “İktisadi devlet teşekküllerinden, bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ile varlıkları ve iştiraklerindeki kamu paylarından, sermayesinin tamamı veya yarısından fazlası Devlete ve/veya diğer kamu tüzel kişilerine ait olan ticari amaçlı kuruluşlardaki kamu paylarından, sermayesinin tamamı kamuya ait olan ticari amaçlı kuruluşların sahip olduğu hisse ve varlıklardan, Devletin diğer iştiraklerindeki kamu paylarından ve Hazineye ait paylardan Cumhurbaşkanı tarafından Türkiye Varlık Fonuna aktarılmasına veya Şirket tarafından yönetilmesine karar verilen”ler, Fon’un kaynakları arasında yer

*e_08.02.2017.pdf?1486557228, Erişim tarihi: 08.02.2018.); Ayhan Sarısu, “Türkiye Varlık Fonu Yönetimi A.Ş. Kurulmasına Dair Kanun’un Değerlendirilmesi-I”, **Yaklaşım**, Yıl 24, Sayı 285, Eylül 2016, s.221-227; Ayhan Sarısu, “Türkiye Varlık Fonu Yönetimi A.Ş. Kurulmasına Dair Kanun’un Değerlendirilmesi-II”, **Yaklaşım**, Yıl 24, Sayı 286, Ekim 2016, s.225-232 ; Emin Dedeoğlu, “Kamu Mali Yönetiminde Neler Oluyor?”, **Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Değerlendirme Notu**, Eylül 2016, s.1-6; Çiğdem Nas, “Varlık Fonları ve Uluslararası Kriterler”, **İktisadi Kalkınma Vakfı Değerlendirme Notu**, Sayı 195, Şubat 2017, s.1-7; Vural Seven, “Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketi’nin Hukuki Durumu ve Denetimi”, s.1-6 (http://www.ozekesseven.com/tr/images/turkiye_varlik_fonu_yonetimi.pdf, Erişim tarihi: 01.01.2018); İsmet Özkul, “11 Soruda Tüm Yönleriyle Türkiye Varlık Fonu”, **Dünya Gazetesi**, 2017 (<https://www.dunya.com/ekonomi/11-soruda-tum-yonleriyle-turkiye-varlik-fonu-haberi-349431>, Erişim tarihi 08.01.2017); Mahfi Eğilmez, “Varlık Fonu, Kendime Yazılar”, (<https://www.mahfiegilmez.com/2016/08/varlik-fonu.html>, Yayın tarihi: 25.08.2016, Erişim tarihi: 10.01.2018); Uğur Emek, “Türkiye Varlık Fonu Mali Saydamlık/Hesap Verebilirlik” (<http://uemek.blogspot.com/2016/09/turkiye-varlik-fonu-ve-mali-saydamlik.html>, Erişim tarihi 20.01.2018); Çiğdem Toker, “Türkiye Varlık Fonu’nun Denetimi” (http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/903392/Turkiye_Varlik_Fonu_nun_denetimi.html, Erişim tarihi: 20.01.2017).*

almaktadır. Fon’u yönetecek Türkiye Varlık Fonu Anonim Şirketi’nin kurulmasından itibaren çeşitli düzenlemelerle Fon’a kaynak aktarılmaya başlanmıştır.³⁶⁹ Aynı Kanun’un 8’inci maddesinde açıkça düzenlenen ve Türkiye Varlık Fonu Anonim Şirketi ve Türkiye Varlık Fonu ile bağlı şirket ve alt fonlarına tanınan muafiyet ve istisnalarla³⁷⁰ 4046 sayılı

³⁶⁹ 06.01.2017 tarih ve 680 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile nakit oynatılan Piyango, Hemen-Kazan, Sayısal Loto, Şans Topu, On Numara ve Süper Toto oyunları ile ilgili daha değişik yeni oyunların yapılmasına izin verilebilecek oyunlara ilişkin lisans 49 yıl süreyle; Türkiye Jokey Kulübü’nün yurt içinde at yarışları düzenleme, yurt içi ve dışında düzenlenen at yarışları üzerine yurt içi ve dışından müşterek bahis kabul etme hak ve yetkilerine ilişkin lisanslar, topluca 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren 49 yıl süreyle; 24.01.2017 tarih ve 2017/9756 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin % 6,68 oranındaki Hazineye ait hissesi, Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası A.Ş.’nin sermayesinde bulunan Hazineye ait hisselerin tamamı, Türkiye Petrolleri A.O.’nın (TPAO) sermayesinde bulunan hazineye ait hisselerin tamamı, Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş.’nin (BOTAŞ) sermayesinde bulunan Hazineye ait hisselerin tamamı, Posta ve Telgraf Teşkilatı A.Ş.’nin (PTT) sermayesinde bulunan Hazineye ait hisselerin tamamı, Türksat Uygu Haberleşme Kablo Tv ve İşletme A.Ş.’nin (TÜRKSAT) sermayesinde bulunan Hazineye ait hisselerin tamamı, Borsa İstanbul A.Ş.’nin sermayesinde bulunan hazineye ait hisselerin tamamı, Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü, Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü, mülkiyeti Hazineye ait Antalya, Aydın, İstanbul, Isparta, İzmir, Kayseri ve Muğla’da bulunan bazı taşınmazları; 31.01.2017 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile Savunma Sanayi Destekleme Fonuna ait 3 milyar TL’lik kaynak 3 ay sonra geri ödenmek kaydıyla; Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun 03.02.2017 tarihli kararları ile Türkiye Halk Bankası A.Ş.’nin %51, 11 oranındaki hissesi, Türk Hava Yolları A.O.’nın %49,12 oranındaki hissesi, Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş.’nin sermayesinde bulunan %49 oranındaki hisse, Kayseri Şeker Fabrikası A.Ş.’nin %10 oranındaki hissesi, TCDD İzmir Limanı TVF’ye devredilmiştir. R.G. 06.01.2017-29940 (Mükerrer).

³⁷⁰ 6741 sayılı Kanun m. 8: “(1) Bu Kanuna göre kurulan Şirket ve Türkiye Varlık Fonu ile Şirket tarafından kurulacak şirketler ve alt fonlar gelir ve kurumlar vergisinden muaftır. Bu muafiyet, bunların kazanç ve iratları üzerinden 31/12/1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile 13/6/2006 tarihli ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu uyarınca yapılacak vergi kesintilerini de kapsar.

(2) Şirket ve Türkiye Varlık Fonu ile Şirket tarafından kurulacak şirketler ve alt fonlar, elektrik ve havagazı tüketim vergisi ve yangın sigortası vergisi hariç olmak üzere 26/5/1981 tarihli ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu gereğince alınan vergi,

harç, katılma payı ile tasdik ücretlerinden, sahip olduğu taşınmazlar dolayısıyla emlak vergisinden, satın alınan ve satılan taşınmazlar ile ilgili olarak tapu ve kadastro döner sermaye bedellerinden ve her türlü dava ve icra işlemlerinde teminat yatırma mükellefiyetlerinden muaftır.

(3) Şirket ve Türkiye Varlık Fonu ile Şirket tarafından kurulacak şirketler ve alt fonların kuruluş ve tescil işlemleri ile esas sözleşmesinin tescil ve ilan işlemleri de dâhil olmak üzere faaliyetleri kapsamında gerçekleştirdikleri işlemlerle ilgili düzenlenen tüm kâğıtlar damga vergisinden, tüm iş ve işlemleri her türlü harçtan, her ne nam adı altında olursa olsun nakden veya hesaben banka ve sigorta muameleleri vergisi mükelleflerine ödedikleri tutarlar ile her ne nam adı altında olursa olsun nakden veya hesaben lehe aldıkları paralar banka ve sigorta muameleleri vergisinden, her türlü kredi kullanım işlemleri kaynak kullanımını destekleme fonundan istisnadır.

(4) Şirket ve Türkiye Varlık Fonu ile Şirket tarafından kurulacak şirketler ve alt fonlar, kamu iktisadi teşebbüsleri de dâhil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan veya özel kanunla kurulan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat, uygulama ve kısıtlamalara tabi değildir.

(5) 3/12/2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu, 6362 sayılı Kanun ile bu Kanun uyarınca yürürlüğe konulan ikincil mevzuat, 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 4/7/2001 tarihli ve 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 18/5/1994 tarihli ve 527 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ile İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu, 2/4/1987 tarihli ve 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 5/1/1961 tarihli ve 237 sayılı Taşıt Kanunu, 9/11/1983 tarihli ve 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu, 2/1/1961 tarihli ve 195 sayılı Basın-İlân Kurumu Teşkiline Dair Kanun, 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun ile bunların ek ve değişikliklerine ilişkin hükümler Türkiye

Özelleştirme Kanunu hükümlerine tabi olmadan faaliyet gösterebilmesi itibarıyla bu Fon'un mevcut yasal düzenlemelerde yer alan özelleştirme usul ve esaslarından muaf, yeni bir özelleştirme yöntemi olarak ortaya çıktığı görülmektedir.³⁷¹

B. Özelleştirme Öncesi Hazırlık Çalışmalarının Hukuki Nitelik Üzerindeki Etkisi

Özelleştirme, özelleştirilecek kuruluşun Özelleştirme Yüksek Kurulu³⁷² tarafından özelleştirme kapsamına alınmasına veya özelleştirme programına alınmasına

Varlık Fonu ve Şirket ile alt fonlar ve Şirket tarafından kurulan diğer şirketler hakkında uygulanmaz. (Ek cümleler:16/4/2020-7244/16 md.) Türkiye Varlık Fonunun, Şirketin, alt fonların ve Şirketin kurduğu şirketlerin, diğer şirketler üzerinde üçüncü kişilerle birlikte veya tek başlarına kontrolünü sağlayacak işlemlerinde, işlemlerin tarafları, onların doğrudan ve dolaylı ortakları, iştirakleri, bağlı ortaklıkları ile kontrol sağlanan şirketlere de bu işlemlerle sınırlı olmak üzere 6362 sayılı Kanunun 23 ila 27 nci maddeleri ile bu Kanun kapsamında yürürlüğe konan ilgili ikincil mevzuat uygulanmaz. 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 202 nci maddesi; Türkiye Varlık Fonu, Şirket ile alt fonlar ve Şirketin kurduğu diğer şirketlere, tek başlarına veya üçüncü kişilerle birlikte doğrudan ya da dolaylı olarak bunlar lehine üzerinde hakimiyet tesis edilen şirketlere ve bu hakimiyetin tesisine ilişkin işlemlerle sınırlı olmak üzere bu işlemlerin taraflarına, onların doğrudan ya da dolaylı ortaklarına, iştiraklerine ve bağlı ortaklıklarına uygulanmaz. Kamu kurum ve kuruluşlarına personel alınmasına dair ilgili mevzuat hükümleri Şirket tarafından istihdam edilecek personel hakkında uygulanmaz.

(6) Şirket tarafından kurulacak varlık kiralama şirketleri 28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 7/A maddesi çerçevesinde kurulan varlık kiralama şirketlerine tanınan tüm hak, istisna, indirim ve muafiyetlerden yararlanır. Bu madde uyarınca kurulan varlık kiralama şirketleri, ihraç etmiş oldukları menkul kıymetlere ilişkin, ihraççıların tabi olduğu Borsa İstanbul Anonim Şirketine ödenmesi gereken kayıt ücreti ve kotasyon ücretinden muaftır.”

³⁷¹ Ezgi Nur Türkoğlu Karacaova, “Türkiye Cumhuriyetinin Yeni Hukuki Teknolojisi: Usule Bağlı Olmayan Bir Özelleştirme Yöntemi Olarak Türkiye Varlık Fonu”, **ViraVerita E-Dergi: Disiplinlerarası Karşılaşmalar**, Sayı 10, Aralık 2019, s.1-29.

³⁷² Özelleştirme Yüksek Kurulu, 02.07.2018 tarih ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kaldırılmış; bu kurulun yetkileri, 2018/3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile

karar verilmesinden başlayarak, devir işlemlerinin Kurul tarafından onaylanması ile sona eren bir sürece yayılmaktadır. 4046 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde düzenlenen özelleştirme sürecinin ilk aşaması olarak kabul edilen dönemi, Kurul tarafından alınabilecek kararlar bağlamında ikiye ayırmak gerekmektedir. Zira, bir kuruluşun “özelleştirme kapsamına alınması”na karar verilmesi ile “özelleştirme programına alınması”na karar verilmesinin, tabi oldukları usul ve esaslar ile hukuki sonuçları birbirinden farklılık göstermektedir.³⁷³ Bu bağlamda, söz konusu süreçlere ilişkin farklılıkların, kuruluşların hukuki statüsüne ilişkin ortaya çıkan kuşku ve şüphelerin ne ölçüde etkilediğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Birden fazla aşamadan oluşan ve “özelleştirme kapsamına” alınma kararı ile başlayan özelleştirme sürecinde, öncelikle bu kararlar mevcut durumları özelleştirilebilir nitelikte olmayan kuruluşların birtakım mali ve hukuki hazırlıklar ile özelleştirmeye hazırlanmaları gerekmektedir. Bu bağlamda, özelleştirme kapsamına alınma, özelleştirme programına alınma kararından farklılık arz eder; hatta onun bir önceki aşamasıdır. Zira bu aşamada, özelleştirilmesi düşünülen kuruluşların özelleştirilebilir hale gelmesi için hazırlıklar yapılmaktadır. Bu niteliğiyle de doğrudan özelleştirmeye hazırlık faaliyetlerinden farklıdır.³⁷⁴ 4046 sayılı Kanun m.17/B uyarınca, söz konusu hazırlık işlemleri –mali ve hukuki yönden hazırlanmasına karar verilenlerin bu hazırlık

Cumhurbaşkanı'na tevdi edilmiştir. R.G. 02.08/2018- 30497. Ayrıca bkz. 4046 sayılı Kanun geçici m. 29- (Ek: 2/7/2018-KHK-703/85 m.): “Bu Kanun Hükümünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Özelleştirme Yüksek Kurulunca görülmekte olan işler Cumhurbaşkanlığı veya yetkilendireceği makam tarafından sonuçlandırılır.”

³⁷³ Baytan, **Özelleştirme Hukuku**, s.164, s.322.

³⁷⁴ Yasin, **Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, s.78; Baytan, **Özelleştirme Hukuku**, s.164.

işlemleri³⁷⁵ – Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından belirlenecek bir kuruluş tarafından yürütülecektir. Yine aynı hüküm uyarınca, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlara ilişkin hazırlık işlemleri tamamlanıncaya kadar, bu kuruluşların bağlı oldukları bakanlıklar veya kurumlar ile ilgileri ve önceki statüleri aynen devam edecektir. Bu bağlamda, özelleştirme kapsamına alınan kamu iktisadi teşebbüslerinin hukuki statüsü ve rejimi değişmemekte ve bu teşebbüsler 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve kendi mevzuatlarına tabi olmaya devam etmektedirler.

4046 sayılı Kanun m.17/B ve m.3/a uyarınca, Özelleştirme Yüksek Kurulu, özelleştirmeye hazırlık işlemleri tamamlanan kurumların özelleştirme programına alınacağına karar vermektedir. Bunun yanında, mevcut durumları itibarıyla bu tür hazırlık işlemi gerektirmeyen ve doğrudan özelleştirme programına alınan kuruluşlar da söz konusu olabilir. Bu durumda, her iki grupta yer alan kuruluşlar açısından bir hukuki statü değişikliği söz konusudur. Zira bu kuruluşlar, Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından alınan kararla herhangi bir işleme gerek olmaksızın ve bedel alınmaksızın karar tarihinde Özelleştirme İdaresi'ne devredilmiş sayılırlar. Bu tarih itibarıyla bağlı bulundukları bakanlık veya kurumla ilişkileri kesilerek, Özelleştirme İdaresi'ne bağlanmaktadır. Sonuç olarak, özelleştirme programına alınan bir kamu iktisadi teşebbüsü, bu hükümler uyarınca 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamından çıkmaktadır. Zira 4046 sayılı Kanun m.37/a uyarınca ve özelleştirme programı doğrultusunda birlik ve bütünlük sağlanması amacıyla³⁷⁶ özelleştirme programına alınan kuruluşlar, özel hukuk hükümlerine tabi olmakta; bu kuruluşlar hakkında kendi kuruluş kanunları ile diğer kanunlarda yer alan 4046 sayılı Kanun'a aykırı hükümler ile 233 sayılı Kanun Hükmünde

³⁷⁵ Bu hususlar, mali yönden, kuruluşların iç ve dış borçlarının azaltılması; hukuki yönden ise kuruluşun tabi olduğu sektöre ilişkin çeşitli düzenlemeler örnek gösterilebilir. Baytan, **Özelleştirme Hukuku**, s.325.

³⁷⁶ Baytan, **Özelleştirme Hukuku**, s.329.

Kararname hükümleri uygulanmamaktadır. Bu husus, Danıştay'ın bir kararında, “4046 sayılı Kanun'un 37/a maddesindeki, ‘Bu Kanun hükümleri gereğince özelleştirme programına alınan kuruluşlar özel hukuk hükümlerine tabi olup, bunlar hakkında varsa kendi kuruluş kanunları ile diğer kanunlarda yer alan bu Kanuna aykırı hükümler ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uygulanmaz’ hükmünün, davalı (...) Hava Yolları A.O.'nun özel hukuk hükümlerine tabi olacak işlemlerinde geçerli olacak şekilde anlaşılması gerekmektedir.” şeklinde ifade edilmekte; bu kararla davalının sermayesindeki kamu payı %50'nin altına düşünceye kadar kurumun kamu kurumu niteliğini koruduğuna hükmedilmektedir.³⁷⁷

Özelleştirme sürecindeki bir kamu iktisadi teşebbüsünün taraf olduğu uyuşmazlıklarda ortaya çıkan görev sorununa ilişkin olarak Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, davalı teşebbüsün dahil olduğu özelleştirme sürecinin hangi aşamada olduğuna baktığı; bu bağlamda, hukuki niteliğin ve buna bağlı olarak hukuki rejimin tespitinde özel bir kanuni düzenleme bulunmadığı hallerde ölçüt olarak sermaye oranını kullandığı görülmektedir. Yargının, bu tespiti yaparken kimi zaman uyuşmazlık konusu işlem tarihinde kimi zaman ise dava tarihinde özelleştirmenin tamamlanıp tamamlanmadığını dikkate aldığı ve davalı kurumun bu tarihlerdeki hukuki statüsünün tespiti ile sonuca vardığı görülmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararlarında, sermaye oranı ölçütünden yola çıktığı; hakkında özelleştirme kararı verilse ve özelleştirme kapsamına alınsa dahi sermayesindeki kamu payı %50'nin altına düşene kadar bir kurumun kamu kurumu olma niteliğini tamamen kaybetmemiş olduğunun³⁷⁸ belirtildiği görülmektedir. Yüksek

³⁷⁷ Bkz. D.10D, E. 2002/5500, K.2003/1119, T.26.03.2003 (LexHBS).

³⁷⁸ UYM, E.1996/64, K.1996/109, T.23.12.1996, R.G. 21.01.1997-22884; UYM, E.2001/90, K.2001/99, T.24.12.2001, R.G. 01.04.2002-24713. Aynı yönde bkz. UYM, E.2003/13, K.2003/15, T.10.02.2003 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2003/28, K.2003/31,

Mahkeme, özelleştirme sürecinin hangi aşamada olduğunu tespit ederek, kimi kararlarında “*olay tarihi itibarıyla*” çoğunluk hisseleri kamuya ait kurumun sermayesindeki kamu payının %50’nin altına düşünceye kadar kamu kuruluşu niteliğini taşıdığını kabul etmekte³⁷⁹ iken; kimi kararlarında ise “*davanın açıldığı tarihi*” esas olarak bu tarihte davalı mevkiinde kamu kuruluşu niteliğinde bir kurum varsa idari yargının görevli olduğuna³⁸⁰ ya da davanın açıldığı tarihte davalının kamu kurumu niteliği taşımadığından bahisle bir idari davadan söz edilemeyeceğine³⁸¹ karar vermektedir. Yüksek Mahkeme, özelleştirme sürecindeki bir teşebbüsün “*davanın açıldığı tarihte ve dava süresince*” sermayesinin tamamının devlete ait olması halinde ismi ve faaliyet konuları değişse de halen kamu kurumu niteliğinin devam ettiğine hükmetmekte³⁸²; bir teşebbüs ya da bağlı ortaklıktaki kamu payının %50’nin altına düşmesi halinde kamu kurumu niteliğini kaybeden kurum ile davacı arasındaki ilişkinin özel hukuk ilişkisi niteliğine bürüneceğini belirtmektedir.³⁸³ Nitekim Yüksek

T.28.04.2003 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2008/437, K.2009/211, T.05.10.2009, R.G. 18.01.2011-27819.

³⁷⁹ UYM, E.2005/94, K.2006/38, T.03.04.2006 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2007/392, K.2008/41, T.03.03.2008, R.G. 05.08.2008-26958; UYM, E.2009/21, K.2010/31, T.01.03.2010 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

³⁸⁰ UYM, E.2013/986, K.2013/1147, T.01.07.2013, R.G. 01.08.2013-28725. Aynı yönde kararlar için bkz. UYM, E.2013/1224, K.2013/1352, T.30.09.2013, R.G. 20.11.2013-28827; UYM, E.2014/436, K.2014/471, T.01.04.2014, R.G. 09.05.2014-28995.

³⁸¹ UYM, E. 2010/137, K.2011/18, T.07.02.2011 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

³⁸² Aksi yönde, kurumun özel hukuk alanına dahil edilmiş bir kamu kurumu olduğu yönündeki bir karar için bkz. UYM, E.1995/4, K.1995/3, T.13.02.1995, R.G.20.03.1995-22233.

³⁸³ UYM, E.2012/322, K.2013/634, T.13.05.2013, R.G. 18.06.2013-28681.

Mahkeme'ye göre, davalı kamu iktisadi teşebbüsünün özelleştirme sürecinin sona ermesi itibarıyla idari bir dava söz konusu olmayacaktır.³⁸⁴

Özelleştirme uygulamalarının birden fazla aşamadan oluştuğuna, ilk olarak özelleştirme kapsamına alınan kuruluşların ancak mali ve hukuki yönden özelleştirmeye hazırlandıktan sonra özelleştirme programına alınabileceğine yukarıda değinmiştik. Bu evreden sonra ise özelleştirme programına alınan kuruluşların özelleştirilmeden önce geçirmeleri gereken bir hazırlık evresi olabilir. İdari, mali ve hukuki yönden yapılacak çeşitli değişiklik ve düzenlemelerle özelleştirme önündeki engeller kaldırılmaktadır. Bu süreçte yapılacak düzenlemeler, idari yönden, bir kuruluşun yönetim, denetim ya da istihdam yapısına ilişkin düzenlemeler, kuruluşların bünyelerindeki üretim birimlerine ilişkin düzenlemeler, kuruluşların birleştirilmesi ya da bölünmesi; mali yönden, kuruluşların borçlarının tasfiyesi, birleşme ve bölünme durumunda mali düzenlemeler, kuruluşların anonim şirkete dönüştürülmesinde hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi;

³⁸⁴ UYM, E.2014/1146, K.2014/1186, T.29.12.2014, R.G. 21.01.2015-29243; UYM, E.2016/103, K.2016/531, T.28.11.2016, R.G. 20.12.2016-29924. Aynı yönde bkz. UYM, E.2009/272, K.2010/129, T.07.06.2010, R.G. 18.01.2011-27819; UYM, E.2010/56, K.2010/157, T.05.07.2010, R.G. 14.10.2011-28084; UYM, E.2012/8, K.2012/67, T.09.04.2012 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2012/21, K.2012/71, T.09.04.2012 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2012/113, K.2012/138, T.04.06.2012, R.G. 18.06.2012- 28327; UYM, E.2012/495, K.2012/417, T.24.12.2012, R.G. 12.02.2013-28557; UYM, E.2013/199, K.2013/302, T.04.02.2013, R.G. 22.03.2013-28595; UYM, E.2013/1079, K.2013/1231, T.01.07.2013, R.G. 01.08.2013-28725; UYM, E.2013/1567, K.2013/1730, T.11.11.2013, R.G. 21.12.2013-28858; UYM, E. 2014/114, K.2014/80, T.03.02.2014, R.G. 14.03.2014-28941; UYM, E.2014/1148, K.2014/1188, T.29.12.2014, R.G. 21.01.2015-29243. Aynı yönde bkz. YHGK, E.2014/1559, K.2015/2649, T.20.03.2014.

hukuki yönden ise kuruluşların anonim şirkete dönüştürülmesi ve taşınmazlara ilişkin düzenlemelerden oluşmaktadır.³⁸⁵

Özelleştirmeye hazırlanmak için gerçekleştirilen yeniden yapılandırma çalışmaları sırasında anonim şirkete dönüştürülen kurumların kamu kurumu niteliğini kaybetmeyeceğine³⁸⁶; sermayesindeki kamu payı %50'nin altına düşünceye kadar kamu kurumu niteliğini koruyacağına³⁸⁷; henüz  zelleştirilmediğı ve sermayesinin tamamının devlete ait olduğı aşamada uyuşmazlığın idari nitelikte olduğuna³⁸⁸ Danıştay çeşitli kararlarında yer vermektedir. Sermayedeki kamu payının %51 oranında özelleştirilip  zelleştirilmediğinin kıstas alınması gereğine, Yargıtay da kararlarında yer vermektedir.³⁸⁹ Yüksek Mahkeme,  zelleştirme tarihinden sonra doğan uyuşmazlıklarda adli yargının görevli olduğunu açıklıkla ortaya koymaktadır.³⁹⁰ Hatta bir kararında, dava tarihinde kamu iktisadi teşebbüsü niteliğı sürse de yargılama sırasında anonim şirkete dönüşen kurumun davalı olduğı uyuşmazlığa ilişkin olarak, ilk derece mahkemesinin görevsizlik kararını bozduğı görülmektedir.³⁹¹

Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu bankalarının özelleştirilmesi ile ilgili bir kısım kararında ise sermaye oranı  l t nden farklı bir gerekçeye dayanmaktadır. Bu

³⁸⁵ Baytan, ** zelleştirme Hukuku**, s. 332-340; Yasin, ** zelleştirmenin Hukuki Rejimi**, s.86-120.

³⁸⁶ D DDGK, E.2003/319, K.2004/1857, T.11.11.2004 (LBEHB).

³⁸⁷ D.10D, E.2002/5500, K.2003/1119, T.26.03.2003 (LexHBS).

³⁸⁸ D.8D, E.1996/245, K.1998/1106, T.24.03.1998 (LexHBS).

³⁸⁹ Y.9HD, E.2003/1461, K.2003/1844, T.19.02.2003 (LexHBS).

³⁹⁰ Y.9HD, E.2009/28600, K.2009/27411, T.19.10.2009 (LexHBS). Benzer yönde Y.9HD, E.2003/1461, K.2003/1844, T.19.02.2003 (LexHBS); Y.9HD, E.2008/31403, K.2008/26524, T.13.10.2008 (LexHBS). Aksi yönde bkz. YHGK, E. 2014/1559, K. 2015/2649, T.20.03.2014.

³⁹¹ Y.11HD, E.2018/15, K.2018/561, T.23.01.2018 (LexHBS).

uyuşmazlıklarla ilgili 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun'un³⁹² 4'üncü maddesinde, bu Kanun'un, bankalar hakkında sermayelerindeki kamu payı %50'nin altına düşünceye kadar uygulanacağı belirtilmektedir. Mahkeme'nin, sermaye oranı ölçütü tespitine izin vermeyecek bir özel kanun uygulaması söz konusu olduğundan kararlarında, 4603 sayılı Kanun ile getirilen yeniden yapılandırmaya ilişkin süreci aktararak, gerekçesinde Anayasa Mahkemesi'nin K.2002/58 sayılı kararına³⁹³ değindiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi bu kararında, *"T.C. Ziraat Bankası ve Türkiye Halk Bankası, 4603 sayılı Kanun ile kamu iktisadi teşebbüsü kurallarına tabi iktisadi devlet teşekkülü statüsünden çıkarılarak özel hukuk kurallarına bağlı anonim şirket konumuna geçirilmişlerdir. Başka bir anlatımla belirtilen bankaların yürüttüğü hizmetler yasa ile kamu hizmeti olmaktan çıkarılmıştır. Bu durumda, statüsü değiştirilen bankalar tarafından yürütülen hizmeti, Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen genel idare esaslarına göre yapılan asli ve sürekli bir kamu hizmeti ve burada çalışan personeli de memur ya da diğer kamu görevlisi olarak nitelemek olanaklı değildir."* ifadelerine yer vermektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, mevzuat açısından yaptığı inceleme ile davalı kamu bankalarının statüsünün bu kapsamda olup olmadığını tespit ettiği ve gerekçesinde Anayasa Mahkemesi'nin kararına yer verdiği ve davalı konumunda bir özel hukuk tüzel kişisi olduğunu kabul ettiği görülmektedir.³⁹⁴

Söz konusu hazırlık çalışmaları arasında, özelleştirme programına alınan kuruluşların istihdam yapısına ilişkin düzenlemeler ve nakle tabi personelin hukuki

³⁹² R.G. 25.11.2000-24241.

³⁹³ AYM, E. 2002/31, K.2002/58, T.25.06.2002, R.G.14.03.2006-26108.

³⁹⁴ UYM, E.2013/1519, K.2013/1697, T.11.11.2013, R.G. 21.12.2013-28858. Benzer yönde bkz. UYM, E.2013/135, K.2013/508, T.08.04.2013, R.G. 21.05.2013-28653; UYM, E.2014/96, K.2014/74, T.27.01.2014, R.G. 12.03.2014-28939.

statüsüne dair düzenlemeler ayrı bir önem arz etmektedir. İncelenen yargı kararlarının, söz konusu düzenlemeler ve bu düzenlemelerin yarattığı hukuki sonuçlara ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde yoğunlaştığı görülmektedir. Zira bu sürecin çok önemli etki ve sonuçlar doğurduğu bir alan olarak, özelleştirme süreci başlatılan kuruluşlarda çalışanların hukuki durumları karşımıza çıkmaktadır. 4046 sayılı Kanun, hem özelleştirme uygulamalarının sonuçlanmasından sonraki düzenlemeleri hem de kuruluşların istihdam yapılarının özelleştirmeye hazırlık süreçlerini düzenlemektedir. Bu hususta uyuşmazlık konusu olarak sıklıkla karşımıza çıkan düzenleme, 4046 sayılı Kanun'un 22'nci maddesidir. Kanun'un 22'nci maddesinde; özelleştirme programına alınan kuruluşlarda istihdam fazlası personel belirlenmesi, bu kuruluşların satışı nedeniyle kamu tüzel kişiliğinin sona ermesi, devredilmesi, küçültülmesi, faaliyetlerinin durdurulması, kapatılması, tasfiye edilmesi halinde nakle tabi personele uygulanacak düzenlemeler yer almaktadır.³⁹⁵ Madde hükmü uyarınca, nakle tabi personel kapsamına; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olan personel, sözleşmeli çalışan personel, iş kanunlarına tabi olarak görev yapmakla birlikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanmayan genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul başkanı, daire başkanı, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdür, müfettiş ve müfettiş yardımcısı, müşavir ve baş uzman ünvanlı kadrolara atanmak suretiyle görev yapan personel girmektedir. Bu kişiler, maddede belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde diğer kamu kurum ve kuruluşlarına naklen atanabilmektedir. Toplu iş sözleşmesi dışında tutulması itibarıyla “*kapsam dışı*” olan bu personelin statüsüne ilişkin belirsizlikten doğan uyuşmazlıklar, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1996 tarihli ilke kararı ile

³⁹⁵ Söz konusu maddeye dayanarak hazırlanan 4046 sayılı Kanun Çerçevesinde İstihdam Fazlası Personelin Diğer Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Nakledilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ ile bu kuruluşlardaki istihdam fazlası personelin diğer kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilmesinin esasları düzenlenmiştir. RG. 13.3.2002-24694.

özmlenmektedir. Bu karara ilişkin eleştiri ve değerlendirmelere, kamu iktisadi teşebbüsleri ile personeli arasında istihdam ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların hukuki rejimi incelenirken yer verilecek olmakla birlikte, kararın zelleştirme sürecine ilişkin olması ve yüksek mahkemelerin birçok kararına emsal teşkil etmesi ve uygulamada farklılıklar yaratması nedeniyle burada da değinilmesi yerinde olacaktır. Söz konusu kararda Yüksek Mahkeme, zelleştirme kapsamına alınan kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarının özel hukuk tüzel kişiliğine geçiş döneminde kamu kurumu vasıflarını tamamen yitirmediklerinden, bu kurumlarda çalışan sözleşmeli ve kapsam dışı personelin kamu personeli sayıldığına ve idare ile ilişkileri nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, işlemin yasaya ve hukuka uygun olup olmadığı incelemesinin idari yargının görev alanına girdiğine ve bu hususun 2247 sayılı Kanun'un 30'uncu maddesi³⁹⁶ uyarınca bu doğrultuda ilke kararına bağlanması hükmetmiştir.³⁹⁷ Bu husus, personel rejimi açısından ayrıca değerlendirilecek olup burada dikkat çekilmek istenen husus, zelleştirme sürecinde kurumun statüsüne ilişkin belirlemedir. Zira karar gerekçesinde bu hususta, *“Bir yandan kurumun Türk Ticaret Yasası çerçevesinde anonim şirkete dönüştürülmüş olması, kurum bünyesine özel kişi ve kuruluşların alınması ve alınmaya devam edilmesi, kamu paylarının zaman içinde satılarak tamamen tasfiyesine yönelinmesi, öte yandan kurumun sermayesindeki kamu payı %50'nin altına düşünceye kadar, denetiminin KİT denetimi yöntemine göre yapılması ve sermayedeki kamu payı %50 nin altına düşünceye kadar kurum ve kuruluşların, faaliyetleri, organları, yönetimi gibi hususlarda Yüksek Planlama Kurulunun yetkili olması, zelleştirme kapsamına alınan kurumun geçiş döneminde özel bir statü kazanmış olduğunu göstermektedir. Kamu kurumu niteliğinden özel hukuk tüzel kişiliğine geçiş döneminde, kamu hisselerinin %50'nin üzerinde bulunduğu süre içinde kurumun kamusal denetime de tabi olması ve*

³⁹⁶ Mülga: 2/7/2018 – KHK-703/183 md.

³⁹⁷ UYM, E.1995/1, K.1996/1, T.22.01.1996, R.G. 01.03.1996-22567.

çalışanları hakkında yapılan düzenlemeler de gözönüne alındığında kuruluşların kamu kurumu olma niteliğini tamamen kaybetmemiş oldukları sonucuna varılmakta, bu nedenle yaptıkları bazı işlemlerin idari nitelik taşıdığı kabulünü zorunlu kılmaktadır.” ifadeleri yer almaktadır. Yüksek Mahkeme bundan sonra, kapsam dışı personel statüsünü tanımlamakta³⁹⁸; kapsam dışı personelin, kamu personeli olduğunu; kurumlarıyla ilişkilerinin kamu hukukuna tabi olduğunu ve aksinin ancak teşebbüs ve bağlı ortaklıklardaki kamu kesimi paylarının %50’nin altına düşmesi ve bu kurumların kamu kurumu niteliğini kaybetmesi halinde söz konusu olacağını belirtmektedir. Bu karara dayanarak verdiği diğer kararlarda da ilke kararının, bu kuruluşlardaki kamu hisselerinin %50’nin altına düşmesine kadar olan süreçle ilgili olduğunu; özelleştirmenin tamamlandığı andan itibaren uyuşmazlıkların çözümünde özel hukuk hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir.³⁹⁹

Sonuç olarak görülmektedir ki, dar anlamda özelleştirmede mülkiyet devrinin hangi oranda yapılacağı konusunda yüksek mahkemeler tarafından tüzel kişiliğin niteliğini etkileyen oran %51 olarak kabul edilir.⁴⁰⁰ Yüksek mahkemelerin yukarıda

³⁹⁸ Kararda “Kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarında, işveren ile sendikalar arasında akdedilen toplu iş sözleşmelerinin kapsamı dışında tutulan ve bu nedenle ‘kapsam dışı personel’ olarak adlandırılan personelin, hizmet sözleşmelerine konulan yasakla sendika üyesi olamaması, yönetim kademesindeki daimi kadrolarda görev alarak işverene ait yetkileri kullanması ya da görevinin özel bir önem taşıması ve özellikle de yetkileri, ücret ve diğer haklarının tayin ve takdirinin idareye ait olması nedeniyle statüleri, asli ve sürekli görevleri genel idare esaslarına göre yürüten memur ve sözleşmeli personel statüsüne yaklaşmakta; nitekim, 24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı Yasa’nın 22. ve Geçici 9. maddesinde de, (daha önce de, Ana. Mah. 5.2.1992 gün ve E:1990/22, K:1992/6 sayılı kararıyla iptal edilmiş olan 9.4.1990 tarih ve 418 sayılı K.H.K.’nin 40. maddesinde) yasa koyucu tarafından, memur ve sözleşmeli personel ile birlikte anılmaktadır.” ifadeleri yer almaktadır.

³⁹⁹ UYM, E.2011/78, K.2011/228, T.02.11.2011 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr>); UYM, E.2012/547, K.2012/443, T.24.12.2012, R.G. 12.02.2013-28557.

⁴⁰⁰ Öğretide de bu yönde görüşler yer almaktadır. Bkz. Doğan, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.118. Bununla birlikte öğretide, %51 oranının tam anlamıyla özelleştirme için yetersiz

örnekleri ortaya konan eğilimi, çoğunlukla özelleştirme işlemlerinin tamamlanmamasından yola çıkarak ve sermaye oranı ölçütünü kullanarak “*özelleştirilse de kamu kurumu*”, “*% 50’nin altına düşene kadar kamu kurumu*”, “*hisse devri gerçekleşene kadar kamu kurumu*”, “*kamu bankası niteliği*”, “*ilke kararı ile vasıflarının değişmediği*” şeklindeki nitelendirmelerle uyuşmazlıkların idari yargının görev alanına girdiğini; özelleştirme sürecinin tamamlanmış olması halinde, davalı statüsündeki kamu iktisadi teşebbüsünün bir özel hukuk tüzel kişisi konumuna gelmesi itibarıyla yapılan işlem ve eylemlerin idare hukuku alanında bulunmadığını belirlemek yönündedir. Bununla birlikte, kamu iktisadi teşebbüsleri ile personeli arasında istihdam ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin yargı kararlarının incelenmesinde görüldüğü üzere bu uyuşmazlıklarda sermaye oranı ölçütü yanında asıl önemli husus, davacı personelin tabi olduğu personel rejimi olmaktadır. Uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak yargı düzeni, ancak kurumun özelleştirme süreci ile davacı personelin istihdam türü ve tabi olduğu mevzuatın tespiti ile belirlenmektedir.

kalabileceği; kamu payının %15-20 olduğu hallerde dahi yönetimde söz sahibi olmanın özelleştirmeden söz etmeye engel olacağı; bu nedenle hisse senetlerinin %51’inin satışı yanında mutlaka yönetimin de özel kesime devredilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Karluk, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.125. Dar anlamda özelleştirmedeki devredilecek sermaye payına ilişkin bu tartışmalara karşın, asıl belirleyici olanın sermayenin / faaliyetin özelleştirilmesi olmasından bahisle özel kesime devrin oran fark etmeksizin dar anlamda özelleştirme olarak kabul edilmesi gerektiği de savunulmaktadır. Yasin, **Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, s.1.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN HUKUKİ REJİMİNİN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN YARGISAL ÖLÇÜTLER

İdarenin varlık nedeni olarak faaliyetlerinin ortak konusunu teşkil eden idare işlevi, “Devletin yasama ve yürütme erklerinin saptadığı siyasî yönde ve hukukî çerçeve içerisinde, toplumun düzenli ve uygarca yaşamını sağlamak ve sürdürmek için (esas itibariyle) kamu gücü ve usulleri kullanılarak doğrudan, devamlı ve ahenkli surette kamusal faaliyetlerin yürütülmesi” olarak tanımlanmaktadır.⁴⁰¹ Bu işlevi gereği idare tarafından yerine getirilen işlem ve eylemler “idari” niteliktedir.⁴⁰² Zira, amacı kamu yararı olan idari faaliyetlerin aracı da kamu gücüdür.⁴⁰³ Bu bağlamda idare görevlerini, kendi teşkilatı aracılığıyla ve kendine özgü kural ve usullerle gerçekleştirmektedir. İdarenin görevlerine ilişkin olarak hizmet alanı bakımından yapılan ayrımında⁴⁰⁴, kamu hizmetleri içinde klasik ya da idari kamu hizmeti olarak adlandırılan hizmetler, kural olarak kamu hukuku rejimine tabidir ve bunun sonucu olarak uyumsuzluk halinde idari yargı görevli olacaktır. Bununla birlikte kamu hizmetinin türüne göre, idarenin kamu gücünü kullanabilme yoğunluğu değişecektir.⁴⁰⁵ Bu bağlamda, özel faaliyete benzetilen

⁴⁰¹ Duran, **İdare Hukuku**, s.10. İdare işlevinin idarenin varlık nedeni olması hususunda bkz. Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları Cilt I**, İstanbul Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s.59; Günday, **İdare Hukuku**, s.14; Ragıp Sarıca, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1971-1972, s.15-17; Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, s.63.

⁴⁰² Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, s.11.

⁴⁰³ İsmet Giritli - Pertev Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1979, s.12.

⁴⁰⁴ Bkz. Metin Kıratlı, **Koruyucu İdari Hizmetler**, Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1973, s.11.

⁴⁰⁵ Sarıca, **İdare Hukuku**, s.32. Bu sınıflandırma içinde ayrıca bir ayrıma giden Kıratlı, temel kamu hizmetleri olarak nitelediği “koruyucu hizmetler”e müdahale alanının genişliği

iktisadi kamu hizmetlerinin tabi olduğu hukuki rejime ilişkin olarak “*özel yönetim*” karinesi kabul edilmektedir.⁴⁰⁶ Nitekim, devletin iktisadi alanda üstlendiği görevlerin artması ile idarenin özel teşebbüsle bir arada faaliyet görebilmesini sağlamak amacıyla bu idarelerin, özel idare esaslarına tabi olduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte, bu kurumlar tarafından yerine getirilen kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerçekleştirilen işlem ve eylemlerin, bir bütün halinde özel hukuk kurallarına tabi olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

I. KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN HUKUKİ REJİMİNİN BELİRLENMESİNDE ESAS ÖLÇÜT OLARAK “*KAMUSAL YETKİ*”

Ekonomi yönetiminde müdahaleci araçlardan kamu iktisadi teşebbüsleri ile bu teşebbüslerin işlem ve eylemlerinin yargısal denetimlerine yönelik içtihadi yaklaşım, ekonomik alanda kamu hukukunun ortaya çıkardığı geniş kapsamlı ve karmaşa yaratan konular arasında yer almaktadır. Devletin, iktisadi hayata müdahalesiyle bu alanda yaptığı yasal ve idari düzenlemeler yanında, piyasada mal ve hizmet alıcısı ve üreticisi olarak faaliyet göstermesi, iktisat ile hukuk arasındaki etkileşimi de yoğunlaştırmıştır.⁴⁰⁷ Bu konuda yapılacak araştırmalara ilişkin zorluğun kaynağı olarak hukuk ve iktisat arasındaki bu etkileşim yanında, kamu hukuku ile özel hukuk kurum ve tekniklerinden birlikte yararlanılmasının ortaya çıkardığı karmaşaya⁴⁰⁸; konumuz bağlamında kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetlerine yönelik ise yargısal denetim açısından doğan

nedeniyle bu hizmetlerin özgürlük-düzen, hak-kamu yararı dengelerinin en hassas alanında bulunduğuna dikkat çekmektedir. Kırath, **Koruyucu İdari Hizmetler**, s.15.

⁴⁰⁶ Duran, **İdare Hukuku**, s.318-319.

⁴⁰⁷ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, 2015, s.11.

⁴⁰⁸ Tan, “*Ekonomik Hukuk*”, s.32.

güçlülere dikkat çekilmektedir.⁴⁰⁹ Zira karma hukuki rejime tabi olan kamu iktisadi teşebbüslerinin hangi faaliyetlerinin kamu hukuku rejimine hangi faaliyetlerinin özel hukuk rejimine tabi olduğunun belirlenmesinde başvurulacak ayırıcı ölçütleri bulmak, söz konusu iki hukuk dalı arasındaki -kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki- sınırların silinmesine koşut olarak⁴¹⁰ ayırım için kullanılan ölçütlerin geçerliliğinin, bugün tartışılır hale gelmesi nedeniyle daha da zorlaşmaktadır. Bununla birlikte idare hukukunun tanım ve özelliklerinin ortak yönüne baktığımızda, esas olanın, idarenin yetkilerinin denetlenmesi olduğu görülmektedir.⁴¹¹ Kamu tüzel kişiliğini haiz kamu iktisadi teşebbüslerinin, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamı dışındaki hallerde özel hukuk rejimine tabi olması, bu kurumların faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında başvurdukları kamusal yönetim usullerinin ayırt edilmesini gerektirir. Aşağıda, kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından kullanılan yetki, hukuki rejimlerin genel özellikleri çerçevesinde değerlendirilecek; böylelikle karma rejime tabi olan bu kurumların faaliyetlerinin hukuki rejimi belirlenebilecektir.

A. Yetkinin Niteliğinin Belirlenmesinde Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayırımı ve Hukuki Rejimlerin Genel Özellikleri

Kamu hukuku ile özel hukuk alanları arasındaki ayırımın kökeni, özellikle Kıta Avrupası'nda hâkim olan çok sayıda özel hukuk sistemine kaynak teşkil etmekte olan

⁴⁰⁹ Tan, “*Ekonomik Hukuk*”, s.40. Yazar bir başka eserinde de “*ekonomik alana ilişkin işlemlerin yargısal denetiminin kendine özgü sorunları*”na dikkat çekmektedir. Bkz. Tan, “*Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi*”, s.34.

⁴¹⁰ Manfred Rehbinder, “*Sosyal Devlet Yolunda Hukuk Yapısı Değişimleri*”, Çev. Hikmet Sami Türk, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 26, Sayı 1, Yıl 1969, s.96.

⁴¹¹ N. Münici Çakmak, “*İdare Hukukunun Anlamı ve Önemi*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 69, Sayı 1-2, Yıl 2011, s.712.

modern hukuk sistemlerini anlamının anahtarı olarak görülen⁴¹² Roma Hukuku'na dayanmakta⁴¹³ ise de bu ayrım, devlet tüzel kişiliğinin ortaya çıkışı ve devlet yetkisinin

⁴¹² R.W. Lee, **Roma Hukuku Tarihi Bir Bakış MÖ 753'ten MS 1948'e Kadar**, Çev.Serpil Altop) İstanbul 2002, s.31. Aynı yönde bkz. Eşref Küçük, “XII. Yüzyıl Rönesansı ve “Yeniden Doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 56, Sayı 43, Yıl 2007, s.119. 18’inci ve 19’uncu yüzyıllarda, Batı Avrupa’da başlayan kanunlaştırma hareketleri ile Roma Hukuku’nun uygulamada doğrudan kullanılması sona ermiş olsa da, hâkim kurum ve ilkeleri modern kanunlara yansımış ve böylece Avrupa’yı da aşarak dünyayı etkilemiştir. Küçük, “*Pandekt Hukuku*”, s.119. 1926 yılında, İsviçre Medeni Kanunu’nun kabul edilmesiyle, ülkemizde de Roma Hukuku’nun etki alanına giren bir hukuk sistemi yürürlüğe girmiştir. Özcan Karadeniz, “*Hukuk Öğretimi Bakımından Roma Hukuku*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 26, Sayı 1, Yıl 1969, s.337. Hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanında düzenlemeler ihtiva eden Roma Hukuku eserlerinin günümüze kadar uzanan etkisinin esasen özel hukuk alanında olmasının sebebi, siyasi tarih bağlamında şu ifadelerle açıklanmıştır: “*Ortaçağ’dan sonra da çok önemli bir hukuk kaynağı olan ve daima kendine müracaat edilen Roma Hukuku eserleri, derleme ve külliyyatı, bugünkü tâbirleriyle hem âmme hukuku ve hem de hususi hukuka ait kaideleri ihtiva etmekte idiler. Fakat imparatorluk idaresi çöküp yerine başka rejimler ve başka devletler kaim olunca ,âmme hukukuna ait kaidelerin ne kıymeti ne de ehemmiyeti kalmıştı, zira modern devletler başka çeşit idareler kurmuşlar ve bunları nizamlayan kendilerine has kaideleri vazetmişlerdi. Bundan dolayı hukukşinaslar, bu eserlerde artık âmme hukuku kaidelerini değil, fakat hususî hukuk kaidelerini arar, inceler, tefsir ve tatbik eder olmuşlardı. Bu yüzden jus civile artık Roma hukukunun hususi hukuk hükümlerini ifade etmeğe başlamıştı. Bu anma tarzı hukuk diline o kadar yerleşmişti ki, 1789 ihtilâlinde sonra Fransa’da hukukun tevhide mevzu bahis olunca, gayet tabîi olarak Medenî Hukuktan ve Medeni Kanundan bahsolundu. Ve bugüne kadar işbu tabir bütün milletlerin lisanına girmiş oldu.*” Ferit H. Saymen, **Türk Medeni Hukuku Cilt I Umumî Prensipler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 351, Hukuk Fakültesi No 79, Kenan Matbaası, İstanbul 1979, s.10.

⁴¹³ Roma-Germen hukuk düzeninden önceki İlk Çağ devletlerinde, bu ayrımın olanaksızlığından söz edilmektedir. Zira devlet, bu dönemde sosyal yaşama hâkim olmak ve iktidarının meşruiyetini oluşturmak amacıyla hukukun tüm öğelerini kamusalıştırmıştır. Henry S. Maine, **Ancient Law**, The Ancient Record Publishers, 2003, USA, s.2-7. (Aktaran: Cantürk Caner, **Pers İstilasına Kadar İlk Çağ Anadolu Uygarlıklarında Devlet ve Yönetim**, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yönetim Bilimleri Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bursa, 2007, s.229.) Bu

güçlenmesiyle gelişmiş ve önem kazanmıştır.⁴¹⁴ Modern devletin doğuşuyla otoritenin dayanağının “egemenlik” haline gelmesi, özel hukukun karşısında yeni bir hukuk dalı olarak kamu hukukunun doğmasını sağlamıştır.⁴¹⁵ Modern devlette, devletle hukuk arasındaki yakın ilişki incelendiğinde, hukukun artık devletin dili, yani etkinlik aracı olduğu görülmektedir.⁴¹⁶ Devlet ve hukuk arasındaki ilişkinin bu boyutu, Kıta Avrupası

ayırma ilişkin tarih sahnesinde yer bulan ilk ifade, Roma’da hukuksal düzenlemelerin kodifikasyonu için yapılan çalışmaların sonucunda ortaya çıkan bir “külliyyat” niteliğindeki “*Corpus Iuris Civilis*”in “*Institutiones*” bölümünde, “*Bu öğretimin (hukuk öğretiminin) iki bölümü vardır: kamu hukuku ve özel hukuk. Kamu hukuku Roma devletine, özel hukuk ise bireylerin yararına ilişkindir. Çünkü bazı ilişkiler kamunun yararlarını, bazı ilişkiler ise özel yararları ilgilendirir.*” şeklinde yer almıştır. Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış Ondördüncü Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.111, dn.84; Sancakdar, “*Özelleştirmenin Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayrımına Etkileri*”, s.243. *Corpus Iuris Civilis*’te bu ayrıma ilişkin bir başka bölümde de açıklama bulunmaktadır. Bu açıklama, “*Bu konuya ilişkin olarak iki ayrım bulunmaktadır. Kamu hukuku ve Özel hukuk. Kamu hukuku, Roma devletinin yönetimi (Status Rei Romanus) ile ilgilidir. Özel hukuk ise, Roma vatandaşlarına (civis Romanus) uygulanır ve bireylerin çıkarları (utilitas singularium) ile ilgilendirir. Çünkü, bazı hususlar kamuya yararlı iken, bazıları da özel kişilerin yararınadır. Kamu hukuku, kutsal seromonilere ve rahiplere, magistra’ların görevlerine yönelirken, Özel hukukun daha farklı özellikleri bulunur, çünkü o tabii hukuk, kavimler hukuku ve vatandaşlar hukukundan oluşur.*” şeklinde Türkçe’ye çevrilmiştir. Gökçe Türkoğlu Özdemir, “*Roma Hukukunda Rüşveti Engellemeye Yönelik Düzenlemeler*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Özel Sayı, Yıl 2007, s.1180-1181.

⁴¹⁴ Özyörük, **İdare Hukuku**, s.63.

⁴¹⁵ Özyörük, **İdare Hukuku**, s.3-5.

⁴¹⁶ Gianfranco Poggi, **Modern Devletin Gelişimi Sosyolojik Bir Yaklaşım**, Çev. Şule Kut-Binnaz Toprak, 6. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mart 2012, s.123. Bu yakın ilişkinin modern devletteki boyutu artık “pozitif hukuk” niteliğindedir. Egemenliğin sahibi olan devlet tarafından açık ve belgelenmiş olarak geçerli kılınan yasalar bütünü, geleneksel kural, ayrıcalık ve bağımsızlıkların ya da doğa emrine dayanan hukuk ilkelerinin aksine, modern hukuku nitelemektedir. Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, s.123-124.

hukuk teorisi ve pratiğinde, kamu hukukunun alanını oluşturmaktadır. Devletin kurum ve makamları, bunların yetki ve faaliyet alanları, yasa tarafından belirlenmeli ve denetlenmelidir. Devletin faaliyetlerini yönlendirebilmesi, bu faaliyetler arasındaki eş güdümü sağlaması, bu faaliyetlere ilişkin genel kuralların belirlenmesi ve uygulanmasını gerektirmektedir. İşte bu kural koyma, emir verme, düzenleme, yönlendirme süreci kamu hukukunu doğurmuştur.⁴¹⁷

Kamu hukuku, “*Anayasayı, devletin hükümet rejimini ve bu rejimin gerektirdiği hukuksal temellere uygun olarak kamu özgürlüklerini belirleyen, kamu erkini kullanan yüksek organlar ve bu organlara bağlı memurların yetki alanlarını saptama yoluyla devletin ödevlerini ve iktidarını hukuksal bakımdan sınırlayan kurallar bütünü*” olarak tanımlanmaktadır.⁴¹⁸ Devlet, kamu hukukunun asıl konusunu teşkil etmekte; kamu hukukunu özel hukuktan ayıran başlıca ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴¹⁹ Üstlendiği devlet organının kurulması, devamı ve düzenlenmesi ile ilgili temel görevlerin özel bir nitelik taşıması, kamu hukukunun ayrı bir karaktere sahip olmasının nedenidir.⁴²⁰ Devlet ile özel kişiler arasındaki ilişkilerde, sadece kamu hukuku alanına özgü ayrıcalıkların

⁴¹⁷ Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, s.124. Bu noktada bireysel çıkarların özerk etkinliklerini düzenleyen özel hukuk alanı, hukukun “*öteki parçası*” olarak nitelendirilmektedir. Bununla birlikte, bireysel çıkarlara dayanan ilişkilerin de yine devlet tarafından yasalar yoluyla güvence altına alınmasıyla devlet, bu çıkarlardan hangilerinin devlet desteğini gerektirdiğine karar vermektedir. Poggi, **Modern Devletin Gelişimi**, s.124.

⁴¹⁸ Işıқтаç, **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, s.237.

⁴¹⁹ Demichel - Lalumière, **Kamu Hukuku**, s.15; Yavuz Abadan, “*Âmme Hukukunun Konusu ve Öğretim Metodu*”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 20, No.2, 1965, Sayı 3-4, s.402.

⁴²⁰ Martin Loughlin **Kamu Hukuku Kavramı**, Çev. Defne Orhun, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2014. s.1. Kamusal alan-özel alan, devlet-sivil toplum arasındaki bölünmenin nedeni, siyasal görevlerin devlet tarafından yerine getirilmesidir. Cem Eroğul, **Devlet Nedir?**, Yordam Kitap, İstanbul, 2014, s.31.

dayanağı olarak “*otorite*”⁴²¹, bu hukuk dalına özerklik veren başlıca unsurdur.⁴²² Kamu hukukunun konusunu, devletin “*yönetim faaliyeti*” oluşturduğundan⁴²³ bu faaliyetin nitelendirilmesinde etkili olan anlayış, kamu hukukunun konusunun tespitinde de aydınlatıcı niteliktedir.⁴²⁴ Devlet örgütlenmesi içindeki yapıların hem kendi içlerinde ve kendi aralarında hem de dış ilişkilerine hâkim olan en belirleyici özellik eşitsizliktir.⁴²⁵ Düzenlediği ilişkilerin doğasından kaynaklanan eşitsizlikçi karakter⁴²⁶, kamu hukukunun

⁴²¹ Demichel - Lalumière, **Kamu Hukuku**, s.29. “*Organik açıdan, idari otorite teknik kavramı kamu hukukunun (...) eşitliksizci anlayışını tam olarak belirtir.*” Demichel - Lalumière, **Kamu Hukuku**, s.29.

⁴²² Loughlin, kamu hukukunun ayırt edici niteliğinin kaynağını, esasen siyasal dünyanın özerkliğine dayandırmaktadır. Martin Loughlin, **Kamu Hukuku Kavramı**, Çev.Defne Orhun, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2014, s.50.

⁴²³ Loughlin, **Kamu Hukuku Kavramı**, s.5.

⁴²⁴ Loughlin, **Kamu Hukuku Kavramı**, s.12. Bu tespit bir anlamda kamu hukukunun kaynağına da işaret etmektedir ve bu husus şu ifadelerle açıklanmıştır: “*Benim tezim, kamu hukukunun- yönetim faaliyeti ile ilgili hukuk- yönetim faaliyetini etkileyen ve sürdüren tüm kurallar, prensipler, ilkeler, düsturlar, gelenekler, örf ve adetler olarak anlaşılması gerektiği yönünde. Daha ayrıntılı söylemek gerekirse, kamu hukuku ne bir genel prensipler sistemi ne de kurallar bütünüdür. Daha ziyade, yerel bir dildir. Genel prensipler ve özel kurallar elbette ki kamu hukuku külliyyatının bir parçasını oluşturuyorsa da, bunlara kopya kağıtları veya kılavuz muamelesi yapılmalıdır; tek başlarına konuya ilişkin bilgi kaynağı sunmazlar. Kamu hukuku kullanım yoluyla (çeşitli yönetim aktörleri tarafından) yaratılır; dilbilgisi uzmanlarının (yani yargıçlarının ve hukukçuların) yarattığı bir şeyden ibaret değildir. Bu bağlamda, yönetim faaliyeti ile ilgili hukuk sadece davranış hakkında hükümlerin verilmesi için bir mekanizma olmayıp, doğru davranış hakkında hangi kriterlerin geçerli olduğunun ortaya çıkarıldığı bir pratiktir. Ve kamu hukukunun dili kendisini genellikle yerindelik dili olarak sunmakla birlikte, bu dil basiret esasları ile yönetilir.*” Loughlin, **Kamu Hukuku Kavramı**, s.28-29.

⁴²⁵ Eroğul, **Devlet Nedir?**, s.147.

⁴²⁶ “*(...) devlet, toplumun tümüne ilişkin siyasal uğraşı etkili bir biçimde yürüten tek örgüt olma durumunu korur. Çünkü, siyaset tüm toplum çapında bir yönetim ve baskı yeteneği gerektirdiğinden, eşit güçte rakip kurumlar arasında bölüşülmesi tanım gereği olanaksızdır. Toplu yönetim ve baskı için gerekli araçlar üzerinde tek bir kurumun tekeli olmasaydı, bu*

temel niteliği iken; özel hukuka aykırılık ya da bu hukuk dalı tarafından tanınmamak, onun özgünlüğü olarak nitelendirilmiştir.⁴²⁷ Kamu hukuku alanındaki işlemlerin yapılışına hâkim olan ilkeler konusundaki özgürlük alanı ve yetkilendirme, bu alanı özel hukuktan ayıran temel farklılıkları oluşturmaktadır.⁴²⁸ Burada ifade edilen yetkilendirmenin, asıl olarak Demichel-Lalumière'in kamu hukuku alanına ilişkin olarak “devlet” ten sonra temel kavramlardan biri olarak belirlediği “yasallık ilkesi” ile ilişkisi önem taşır.⁴²⁹ Zira idarenin irade açıklaması, yani hukuki iktidar kullanması, diğer özel hukuk işlemlerinden farklı olarak, bir “devlet yetkisi”nin kullanılması niteliğinde karşımıza çıkmaktadır.⁴³⁰ İdarenin işlem yapma yetkisi, meşruiyetini kamu yararı amacı ve kamu hizmetinden almaktadır; bu bağlamda, özel hukuktaki gibi mutlak ve kişisel bir hak değildir; kanuna dayanır ve objektif niteliktedir.⁴³¹ Dayanağını kamusal bir yetkiden, yani üstün bir iradede alan idari işlemin en belirgin özelliği, tek yanlı irade açıklaması ile doğan hukuki sonucun, taraf iradeleri arasındaki uyuma dayanan hukuki işlemlere ilişkin genel kuralın bir istisnasını teşkil etmesidir.⁴³²

durum toplumun kendisinin de parçalanmasına yol açardı. Dolayısıyla, devlet daima kendisini siyaset alanındaki en üstün güç kılacak ölçüde bir karar ve uygulama yeteneğini korumuştur.” Eroğul, **Devlet Nedir?**, s.38.

⁴²⁷ Demichel - Lalumière, **Kamu Hukuku**, s.9.

⁴²⁸ Eberhard Schmidt Assmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht als Ordnungsideo: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Springer, 2006, s.285. (Aktaran: Sever, **Özel Güvenlik ve Özel Sağlık**, s.126.)

⁴²⁹ Demichel - Lalumière, **Kamu Hukuku**, s.30.

⁴³⁰ Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, s.11.

⁴³¹ İl Han Özay, **Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korunma (Denemeler)**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986, s.185; Onar, **İdare Hukuku Cilt I**, s.317-318.

⁴³² Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, s.13; Özay, **Devlet İdari Rejim**, s.148.

Hukuki işlem, “bir ya da birçok kişinin, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde, hukuksal sonuçlar meydana getirmeye yöneltilmiş olan iradesinin açığa vurulması” olarak tanımlanmaktadır.⁴³³ Bu bağlamda, bir hukuki işlemin varlığı, öncelikli olarak serbest ve özgür bir iradenin varlığını gerekli kılmaktadır.⁴³⁴ İrade özerkliği⁴³⁵, kişilere hukuki ilişkilerini serbest iradeleri ile ve kendi sorumlulukları altında, diledikleri yönde düzenleme imkânı tanımakta⁴³⁶ ve böylece bireye özel hukuk ilişkilerinde “kendi kendine norm koyma”, “kendi kanununu yapma” yetkisi vermektedir.⁴³⁷ Bu düzenlemelerde

⁴³³ Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Birinci Cilt**, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilerek Yenilenmiş Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003, s.99.

⁴³⁴ Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s.63.

⁴³⁵ Liberalizmin ve bireyciliğin savunduğu irade özerkliği fikrine ilişkin Eren, şunları dile getirmiştir: “İrade özerkliği, bireylerin özel hukuk ilişkilerini kendi özerk iradelerine göre bizzat düzenleme yetkisidir. İrade özerkliği, aslında insanın kendi kendisini yönetme, kendi kaderini, kendi geleceğini bizzat belirleme ilkesinin bir parçasıdır. İrade özerkliği felsefi, ahlaki ve ekonomik temellere dayanır. Gerçekten, irade özerkliği sorunu, felsefenin ve özellikle ahlakın (etikin) inceleme alanına girer. Buna göre, insanın her türlü tutum ve davranışının temeli ve kaynağı yine bizzat insan varlığında aranmalıdır. İnsan, özgürdür; çeşitli alternatifler arasında seçme, bunlardan birini tercih etme imkânına sahiptir. Bu nedenle de insanı yöneten kurallar, insan özgürlüğünden kaynaklanmalıdır. Özgürlük ve yükümlülük arasında teorik açıdan hiçbir çelişki, hiçbir aykırılık yoktur. Özgür olmak, istemek, arzu etmek, mecbur ve yükümlü olmak kavramları, birbirine eşit kavramlardır.” Fikret Eren, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s.313.

⁴³⁶ Necip Kocayusufpaşaoğlu - Hüseyin Hatemi - Rona Serozan - Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt**, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s.501.

⁴³⁷ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.314. Fransız Medeni Kanunu’nun “Hukuka uygun olarak kurulmuş sözleşmeler, onu yapanların kanunu sayılırlar.” şeklindeki 1134’üncü maddesi, sözleşmelerin yasa niteliğinde olduğunun pozitif dayanağını teşkil etmektedir. Eren, **Borçlar Hukuku**, s.16-17. Bununla birlikte Eren, irade özerkliği ilkesinin, kişilere objektif norm koyma yetkisi vermediğine; burada norm koyma ile kastedilenin, hukuk düzeni içinde

başvurulan en önemli hukuki araç ise sözleşmedir.⁴³⁸ Bir hukuki işlem türü olarak sözleşme, özel hukukun temel felsefesini belirlemekte ve ona yön vermektedir.⁴³⁹ Sözleşme, “Belirli bir hukuki sonuca ulaşmak amacıyla iki tarafın karşılıklı irade açıklamalarının birbirine uygun düşmesiyle kurulan hukuki işlem”dir.⁴⁴⁰ En azından bir irade beyanı içermeyen bir hukuki işlemin varlığı mümkün olmayacağından hukuki işleme ilişkin en önemli ve kurucu unsur⁴⁴¹, irade beyanı olarak kabul edilmektedir.⁴⁴² Sözleşmenin temel ögesini, taraf iradeleri oluşturmaktadır. Özel hukuk alanındaki hukuki ilişkiler, devlet otoritesi tarafından belirlenmiş kolektif amaçlar etrafında şekillenen kamu

tarafaların münferit sözleşmelerle hukuki ilişkilerini düzenleyerek bunlarla bağlı olmaları anlamına geldiğine de dikkat çekmektedir. Eren, **Borçlar Hukuku**, s.314.

⁴³⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.314.

⁴³⁹ Işıқтаç, **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, s.270.

⁴⁴⁰ Aydın Zevkliler - Şeref Ertaş - Ayşe Havutçu - Murat Aydoğdu - Emre Cumalıoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri**, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2003, s.78; Kocayusufpaşaoğlu - Hatemi - Serozan - Arpacı, **Borçlar Hukuku**, s.95; Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku**, s.104.

⁴⁴¹ Hukuk düzeninin, hukuki işlemin tamamlanması için, irade beyanı dışında bazı olguların gerçekleşmesini aradığı hallerde, bunlar gerçekleşmeden hukuki işlemin tamamlandığından söz etmek mümkün olmamaktadır. Bununla birlikte irade beyanı/beyanları kurucu niteliktedir. Kocayusufpaşaoğlu - Hatemi - Serozan - Arpacı, **Borçlar Hukuku**, s.90-91.

⁴⁴² Kocayusufpaşaoğlu - Hatemi - Serozan - Arpacı, **Borçlar Hukuku**, s.90. Hukuki sonucu sadece irade beyanlarına bağlamanın isabetli olmadığı şu ifadelerle vurgulanmıştır: “(...)hukuki sonuca yönelmiş irade beyanlarına bu hukuki sonucu bağlayan gerçekte kanundur, hukuk düzenidir. Bu sebeptir ki, taraf iradeleri ne kadar güçlü biçimde isterlerse istesinler, hukuk düzeninin tanımadığı, uygun görmediği sonuçları meydana getiremezler. Örneğin konusu ahlaka aykırı bir sözleşme bu sebeple batıl olur (BK.m.20/I). v. Tuhr durumu şöyle izah ediyor: her hukuki sonuç bir hukuk kuralının ve ona uyan bir (geniş anlamda) olgunun mevcudiyetini gerektirdiğine göre, bakış açısına göre, hukuki sonucun, hukuk düzeninin (kanunun) veya olgunun (burada irade beyanı) hükmü olarak anlaşılması mümkündür. Şu halde, irade beyanı ile hukuk düzeninin (kanunun), hukuki sonucu birlikte meydana getirdiklerini kabul etmek gerekecektir.” Kocayusufpaşaoğlu - Hatemi - Serozan - Arpacı, **Borçlar Hukuku**, s.87-88.

hukuku ilişkilerinden farklıdır.⁴⁴³ Kamu hukuku, üstlendiği misyon gereği, belli bazı sosyal ve ekonomik alanları düzenlemektedir. Özel hukuk alanında, temelde “eşitlik” ve “adalet” etrafında şekillenen değerler; kamu hukuku alanında daha çok içinde “ortaklık” barındıran kamu yararı gibi değerlere yüklenmiştir.⁴⁴⁴ Bu değerler, ölçüt şeklinde vücut bulup bu iki hukuk dalının ayrımında belirleyici unsur olmaktadır. Kamu hukuku alanındaki işlemler, “*tamamen kamu gücü faaliyeti sonucunda oluşan ve yöneldikleri kişilerin iradelerinden bağımsız olarak hukuki değer ifade edebilen işlem*”⁴⁴⁵ olma nitelikleriyle bir “statüler hukuku” yaratmaktadır.⁴⁴⁶ Modern siyasal toplumda kamu hukuku ilişkilerini düzenleyen kuralların kaynağı olan devlet; özel hukuk alanında ise daha çok düzenleyici ve gerektiği takdirde zorla uygulayıcı bir rol oynamaktadır.⁴⁴⁷ Taraflar arasında eşitlik ilkesinin hâkim olduğu özel hukuk alanında geçerli olan sözleşme hürriyeti ve şekil serbestisi ilkeleri⁴⁴⁸, bu alandaki devlet müdahalesini sınırlandırmaktadır. Sonuç olarak görülmektedir ki, kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki temel farklılık, yetkilendirmeye ilişkindir; kamu hukukunda hâkim olan ve

⁴⁴³ Işıқтаç, **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, s.266-267.

⁴⁴⁴ N. Münci Çakmak, **İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı**, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.35-36.

⁴⁴⁵ Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, s.14.

⁴⁴⁶ Georges Dupuis, “*Definition de l’acte unilateral*”, in Mel. Eisenmann, s.208. (Aktaran: Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, s.14.) İdare hukukunun da özel hukuktan temel farkı, statü hukuku olmasından kaynaklanmaktadır. Onur Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.154.

⁴⁴⁷ Yahya Zabunoğlu, **Devlet Kuramına Giriş**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2015, s.118.

⁴⁴⁸ Eren, adı geçen bu üç ilkeyi, özel hukuk ilişkilerine hâkim olan irade özerkliği ilkesinin alt ilkeleri olarak belirlemiştir. Eren, **Borçlar Hukuku** s.16-18.

yetkilerin içeriğini belirleyen yasallık ilkesi ile aslında bu iki hukuk alanı arasında hukuki koruma alanlarına ilişkin önemli bir fark ortaya çıkmaktadır.⁴⁴⁹

Liberal hukuk düzenlerinde geniş yer bulan irade özerkliği ilkesinin⁴⁵⁰ bir sonucu olan sözleşme özgürlüğü⁴⁵¹, tarafların hukuki ilişkilerini emredici kurallar çerçevesinde ve istedikleri yönde düzenlemeleri anlamına gelmektedir.⁴⁵² Geniş kapsamlı bu özgürlük; sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğü, sözleşmenin diğer tarafını seçme özgürlüğü⁴⁵³,

⁴⁴⁹ Sever, **Özel Güvenlik ve Özel Sağlık**, s.126-127.

⁴⁵⁰ Buna karşın, otoriter sosyalist hukuk düzenlerinde, özel mülkiyet ve özel girişim hakları tanınmadığından irade özerkliği ancak dar bir alanda mevcuttur. Eren, **Borçlar Hukuku**, s.314. “Bu ilke 19. yüzyılda yapılan kanunlaştırma hareketlerinde liberal düşüncenin temel kodifikasyonlara yansımaları ifade eder. İsviçre Borçlar Kanunundan iktibas edilen Türk Borçlar Kanunu’nda da irade özerkliği ilkesi egemendir. İrade özerkliği kanunda yazılı değildir. Ancak, kanunda esas olarak düzenleyici kurallara yer verilmiş, kişiler aksini kararlaştırmadıklarında bu hükümlerin devreye girmesi amaçlanmıştır. TBK m.26-27’de (BK.m.19-20) sözleşmenin konusunun kanundaki sınırlar içinde serbestçe belirlenebileceği belirtilmiştir. Kanunda, iradenin sağlıklı oluşmadığı, hata, hile, korkutma sonucu sakatlandığı hallerde, iradesi sakatlanan kişiye iptal hakkı tanınarak sözleşme ile bağli olmaktan kurtulma yetkisi tanınmıştır. Bütün bu düzenlemeler, kanuna hâkim olan temel ilkenin irade özerkliği olduğunun göstergeleridir.” Zevkliler - Ertay - Havutcu -Aydoğdu - Cumalıoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.22.

⁴⁵¹ Liberal anayasaların öngördüğü sosyal ve ekonomik sistem uyarınca özel hukukun dayanağı olan ilkeler; kişi özgürlüğü, mülkiyet özgürlüğü, vasiyet yapma özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğü olmak üzere temelde dörde ayrılmaktadır. Eren, **Borçlar Hukuku**, s.316.

⁴⁵² Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s.50.

⁴⁵³ Sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu durumlarda sözleşmenin diğer tarafını seçme özgürlüğünden de söz edilemez. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.120.

sözleşmenin içeriğini düzenleme⁴⁵⁴ ve sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğü⁴⁵⁵, şekil özgürlüğü⁴⁵⁶, sözleşmede değişiklik yapma ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğünü kapsamaktadır.⁴⁵⁷ Bu ilke uyarınca, kişinin kendi iradesi olmadan borç altına sokulması mümkün olmamakta; istediği konuda ve koşullarda sözleşme yapabilme, hak elde etme özgürlüğü bulunmaktadır.⁴⁵⁸ 1982 Anayasası tarafından kabul edilen bu temel ilke⁴⁵⁹, bireyci ve liberal hukuk anlayışının etkisiyle Türk Borçlar Kanunu’nda da asli ilke olarak düzenlenmiştir.⁴⁶⁰ Türk Borçlar Kanunu’nun “Sözleşme Özgürlüğü” başlıklı 26’ncı

⁴⁵⁴ Bu özgürlük, sözleşmenin konusunu belirleme serbestisi olarak da adlandırılmaktadır. M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s.81.

⁴⁵⁵ Sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğü, kanunda öngörülen tipler dışında sözleşme kurma yetkisini ifade eder. Bunun sonucu ise isimsiz ve a tipik olarak adlandırılan sözleşmelerdir. Aral, **Borçlar Hukuku**, s.50. Tip serbestisi uyarınca, taraflar kanunda düzenlenen bir sözleşmenin hükümlerini tamamen benimseyebilirler; kanunda öngörülen bazı sözleşmeleri birleştirerek bir sözleşme yapabilirler; hatta, kanunda öngörülmemiş yeni bir sözleşme yapabilirler. Oğuzman - Öz, **Borçlar Hukuku**, s.24.

⁴⁵⁶ Türk Borçlar Kanunu’nun 12’nci maddesinin birinci fıkrasında ifade edildiği üzere; “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.”

⁴⁵⁷ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.16-17, Kocayusufpaşaoğlu - Hatemi - Serozan - Arpacı, **Borçlar Hukuku**, s.95.

⁴⁵⁸ Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.115.

⁴⁵⁹ Sözleşme özgürlüğü Anayasa’da da 48’inci maddede güvence altına alınmıştır. Bu maddenin birinci fıkrasına göre; “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.” Anayasa tarafından güvence altına alınan bu ilkenin dayanağı olarak, 48’inci madde yanında, mülkiyet hakkını düzenleyen 35’inci madde ve kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirmeleri hakkını düzenleyen 17’nci maddede sunulmaktadır. Bkz. Zevkliler - Ertaş - Havutcu - Aydoğdu - Cumalıoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.118.

⁴⁶⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.313.

maddesi uyarınca, “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*”⁴⁶¹

Kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki sınır, Kıta Avrupası hukukçuları tarafından hukuk dünyasını iki parçaya bölen ekvatora benzetilmekte⁴⁶² iken; 1970’lerden

⁴⁶¹ Burada kullanılan “*kanun*” teriminin dar yorumlanmaması gereğine; bu kavramın, genel prensiplerin mahkeme kararı yoluyla uygulanmasından, örf ve âdet hukukundan ve içtihatlarla yaratılan hukuktan doğan kurallar dahil olarak tüm hukuk düzenini içerdiğine dikkat çekilmektedir. Pierre Tercier - Pascal Pichonnaz - Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2016, s.224. Türk Borçlar Kanunu’nun 27’nci maddesinin birinci fıkrası, bu husustaki düzenleme yetkisinin sınırına işaret etmektedir: “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” Sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri olarak “*kamu düzeni*” kavramını, bu hüküm bağlamında özel hukuktaki anlamıyla değerlendirmek gerekir. Kamu düzeni, kamu hukuku alanında kamu güvenliğinin sağlanması anlamında, toplumun dış maddi düzenine işaret ederken; özel hukuk alanında ise “*irade hürriyetinin karşı gelemeyeceği belli kurallardan oluşan normatif kamu düzeni*” görünümünde ve farklı işlevlere sahiptir. Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, Birinci Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.5.

⁴⁶² J. Basedow, “*Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu*”, Çev. Arzu Oğuz, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2003, Cilt 52, Sayı 3, s.1. Kıta Avrupası’nda bu ayrımın temeli Roma Hukuku’na indirgenmekte ise de, “*common law*” dünyası için bu geçerli kabul edilmemektedir: “*Özellikle İngiltere’de Dicey’in etkisiyle hukukun bir bütün olduğu, hem idare edenlerin hem de idare edilenlerin aynı hukuk kurallarıyla bağlı bulunduğu ve aynı mahkemelerin her konuda görevli olduğu kabul edilmiştir.*” Bununla birlikte, İngiltere ve İskoçya’da geç gelişmesinin “*en önemli nedeni, teorik olarak Dicey’ye bağlansa da, gerçekte yargı sisteminin tek bir hiyerarşiden oluşması*” olarak tespit edilmiştir. Bkz. Esin Örücü, “*Kamu Hukuku-Özel Hukuk: Kavram ve Ölçüt Karmaşası*”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Sayı 1-3, 1991, s.308. Ayrıca, İngiliz ukuku yanında Osmanlı hukukunda da bu ayrım yapılmamıştır. Hasan Tahsin Fendoğlu, **Hukuk Bilimine Giriş**, İkinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997, s.84. Özyörük’ün Osmanlı İmparatorluğu’nda kamu hukuku-özel hukuk ayrımına ilişkin değerlendirmesi, mahkeme türleri ve uyuşmazlık konusu devlet faaliyetlerinden öte, uygulanacak olan hukuka odaklanmıştır. Yazar, Osmanlı Danıştay’ının idare hukukunu geliştirememesini, o dönemde idarenin, devletin başlı başına bir organı olarak ortaya çıkamamasına bağlamıştır. Özyörük, **İdare Hukuku**, s.155.

itibaren piyasa-devlet ilişkilerinde piyasa alanının genişlemesi sonucu kamu hukukunun getirdiği yükümlülüklerin artık birey iradesini sınırlandırıcı olarak görülmesiyle irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri temelinde serbestliğe dayanan özel hukuk, kamu hukukunu da etkilemiş⁴⁶³; piyasa alanının genişlemesi ve piyasa yöntemlerinin kamu hukukuna sirayeti, kamu hizmetinin görülme usullerini değiştirmiştir.⁴⁶⁴ İdare hukukunun temelinde yer alan kamu hizmetlerine ilişkin değişim ve dönüşümün ise idare hukukunun uygulama alanına etkisi kaçınılmazdır.⁴⁶⁵ Kamu hizmetlerinin kamusal yönetim usulleri yerine özel yönetim usulleri ile yürütülmesinin tercih edilmesi, hizmetlerin bedelsizliği ilkesi yerine geçen bedel uygulaması ile kamu hizmetinin finansmanına yönelik anlayış değişikliği, idare karşısında bireylerin hizmetten yararlanan yerine müşteri konumunda olduğuna ilişkin söylemler, idarede hukuki usallıktan işletmeci usallığa geçişe ilişkin bir arayış ile açıklanmaktadır.⁴⁶⁶ Bu arayışın getirdiği düzende, zorlama, baskı ve bürokrasi ile özdeşleştirilen kamu hizmeti; etkililik, verimlilik ile özdeşleşen özel girişimin karşıtı olarak algılanmaktadır.⁴⁶⁷ Bu bağlamda, özel yönetim usullerine tabi

⁴⁶³ Kars Kaynar, “Neo-liberal Dönemde Hukuk”, s.40.

⁴⁶⁴ Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.289.

⁴⁶⁵ Aydın Gülan - Kemal Berkarda, “Türk İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl**, 10-11 Mayıs 2002, Ankara, s.129.

⁴⁶⁶ Turgut Tan “İdarede Yeni Ussallık Arayışları ve Hukuk”, **Kamu Yönetimi Disiplini Sempozyum Bildirileri (İkinci Cilt)**, Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını No: 262, Ankara 1995, s.179. Kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından yerine getirilmesiyle birlikte “(...) kamu hizmetlerinde kalitenin sağlanması için vatandaşın müşteri gibi görülerek ‘müşteri/vatandaş odaklı’ bir anlayışın benimsenmesi kamu hizmeti kavramının genel mantığına aykırı düşmemektedir.” görüşü ileri sürülmektedir. Özcan Sezer, “Kamu Hizmetlerinde Müşteri (Vatandaş) Odaklılık: Türkiye’de Kamu Hizmeti Anlayışı Açısından Bir Değerlendirme”, **Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 4, Sayı 8, Yıl 2008, s.153.

⁴⁶⁷ Tan, “Özelleştirme”, s.272; Gülan, özelleştirmeyi getiren sebepler olarak mevcut kamu hizmeti anlayışının etkilerine dikkat çekmekte ve bu hususta kamu hizmetlerinden “nitelikli tatmin beklentilerinin karşılanmamış olması”nı, “kamu hizmetlerinin bütçe açıklarının ve

kamu hizmetleri yanında, bu hizmetlerin özel hukuk kişilerince de görülmesine yönelik uygulamalar, özel hukukun idari rejimin yerini alması⁴⁶⁸, hatta kamu hizmetlerine yönelik özelleştirme süreci, özel hukuka dönüş olarak nitelendirilmiştir.⁴⁶⁹

Kamu hukuku-özel hukuk ayırımına dayanan ve 19'uncu yüzyılda Kıta Avrupası'nda doğup gelişen idare hukuku⁴⁷⁰, idarenin sahip olduğu üstün yetkiler ve tek yanlılığa dayanan bir eşitsizlik üzerine kurulu olması dolayısıyla özel hukuktan farklılaşmaktadır.⁴⁷¹ İdarenin faaliyetlerindeki artışla birlikte bu faaliyetlerin tabi olacağı hukuki rejimin sadece kamu hukuku kuralları ile belirlenemeyeceği⁴⁷², idarenin faaliyetlerinin tümünün idare işlevine dahil olmadığından bahisle idareye sadece idare hukukunun uygulanmayacağı ve idarenin hukukunun özel hukuk kurallarını da içerdiği açıktır.⁴⁷³ Bununla birlikte, idarede etkinlik ve verimlilik arayışları ile özel hukuk alanına yönelişin, idare hukuku alanındaki gelişmeler yanında yeni hukuk dallarının gelişmesine de yol açmasıyla kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki ayırımın günümüzde eskisi kadar

*enflasyonun sebebi olarak görülmesi"*ni, "globeleşen sermayenin ve neo-liberal anlayışın etkilediği özel sektörün büyük ekonomik avantajlar gördüğü, rekabetsiz, hazır müşterisi bulunan, pazarlama sorunu olmayan kamu hizmetlerine katılma taleplerine uygun yeni hukuki rejim arayışları"nı etkili nedenler olarak sıralamaktadır. Aydın Gülan, "Türkiye 'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 56, Sayı 1-4, Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'na Armağan Sayısı, Yıl 1998, s.100.

⁴⁶⁸ Sabinoen Cassese, "19. Yüzyıldan 21. Yüzyıla İdare Hukukunun Dönüşümleri", Çev. Eren Kalanyuva, **İdare Hukuku İlimleri Dergisi**, Cilt 15, Sayı 2, Yıl 2012, s.161-162.

⁴⁶⁹ Turgut Tan, "Dönüşüm Geçiren İdare Hukukunun Uygulama Alanı Daralıyor Mu?", **Erdal Onar'a Armağan Cilt I**, Ankara Üniversitesi Yayınları No:391, Ankara, 2013, s.121-122.

⁴⁷⁰ Balta, **İdare Hukukuna Giriş**, s.92.

⁴⁷¹ Cassese, "İdare Hukukunun Dönüşümleri", s.158.

⁴⁷² Ender Ethem Atay, "İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11, Sayı 1, Yıl 2007, s.512.

⁴⁷³ Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, s.11.

katı uygulanmadığına dikkat çekilmektedir.⁴⁷⁴ Biçim olarak özel hukukun baskın hale gelmesi, kamu hizmeti ve kamu tüzel kişiliği gibi idare hukukunun temel kavramlarında yaşanan genişlemenin bu kavramların özünde yarattığı değişim, iki hukuk dalı arasındaki ayrımın zayıflamasına yol açsa da bu ayrım farklı görünümelerde varlığını devam ettirmektedir.⁴⁷⁵ Nitekim, kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki sınırların ortadan kalkmasına yönelik tartışmalarda dikkat çekilen önemli bir husus, özel hukuka kaçış yanında kamu hukuku alanının da genişlemiş olmasıdır.⁴⁷⁶

“*Kamu hizmetinin dönüştürücü etkisi*”⁴⁷⁷ ile hizmetlerin piyasa şartlarında sunulmasının idare hukukunun alanında bir genişleme yarattığı da görülmektedir.⁴⁷⁸ Zira özelleştirme sonucunda yürütülen regülasyon faaliyetlerinde idarenin konumu, idare hukukunun önemini azaltmamış, aksine kapsamını genişletmiştir.⁴⁷⁹ Bu yöndeki gelişmelerle idarenin özel hukuk alanındaki varlığı, idare hukukunun uygulama alanının

⁴⁷⁴ Tan, “*İdare Hukukunun Uygulama Alanı*”, s.125. Kamu hizmetlerinin iktisadi faaliyet olarak görülmesi, hizmetten yararlananların müşteri ya da tüketici statüsüne sokulması, kolluk faaliyetlerinin özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilmesi gibi uygulamalarla idare hukukuna tabi alanlarda özel hukuk kurallarının hâkimiyeti ile oluşturulmaya çalışılan hukuki düzenin temel yapı taşları, silikleşmiş devlet, silikleşmiş idare hukuku olarak nitelendirilmektedir. Cem Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş (I) Ders Notları**, Birinci Baskı, Yenilik Basım Evi, İstanbul, 2008, s.106.

⁴⁷⁵ Cassese, “*İdare Hukukunun Dönüşümleri*”, s.161-162.

⁴⁷⁶ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, 1984, s.16-17.

⁴⁷⁷ “*Kamu hizmeti, kendisiyle bağlantısı olan her hukukî ilişkide, kendi niteliğinden kaynaklanan farklılaşmaları doğurucu bir etkiye sahip bulunmaktadır.*” Aydın Gülan, “*Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği*”, içinde **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, (Edit. Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s.144.

⁴⁷⁸ Halit Uyanık, “*İdare Hukukunun Eksen Kayması: İdarenin Üstünlüğünün Gereçeklendirilmesi Sorunu*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 69, Sayı 1-2, Yıl, 2011, s.1151.

⁴⁷⁹ Çakmak, “*İdare Hukukunun Anlamı ve Önemi*”, s.715.

tespitini de güçleştirmektedir. Bu bağlamda, idarenin özel hukuka tabi faaliyetlerine ilişkin esas sorunların, idarenin özel hukuk alanındaki işlemlerine yönelik ölçüt sorunu⁴⁸⁰ ve idarenin bu faaliyetlerdeki irade serbestisi çerçevesinde ele alınması gerektiği söylenebilir. Kamu iktisadi teşebbüslerinin hukuki rejiminin tespitine yönelik çabamızı içtihatla temellendirmeyi hedeflediğimiz çalışmamızda, idare hukukunun uygulama alanı bağlamında ve idari yargının görev alanının belirlenmesi açısından, ana ölçütün “*kamusal yetki*” kullanımı olarak ortaya çıktığı görülür. Kamu hukuku ile özel hukuk alanlarının köken, ilke ve kurumlarının farklılığı, bireylerin kendi aralarındaki ilişkilere yönelik hukuki düzenlemeler ile devletle kurduğu ilişkilere yönelik düzenlemelerin de farklılığına neden olmaktadır. Tüzel kişilik niteliğini ve hukuki yapısını ele aldığımız kamu iktisadi teşebbüslerinin hukuki rejimi, yargı kararları çerçevesinde yukarıda esaslarına değinilen ayırım bağlamında incelenecektir.

B. Hukuki Rejimlerin Genel Özellikleri Çerçevesinde Kamu İktisadi Teşebbüsleri Tarafından Kullanılan Yetkinin Niteliği

1. İdare Hukukunda Kamusal Yetkinin Hukuki Niteliği

İradilik ve akdiliğin hâkim olduğu özel hukuktan farklı olarak irade özerkliğinin benimsenmediği kamu hukukunda, yetkinin de farklı bir nitelik arz ettiğine değinmiştik. Kamu hukukuna özgü anlamıyla yetki, bir kamu görevlisinin görevine yönelik alacağı bir kararda subjektif bir hakkı değil; idarenin sahip olduğu objektif iradeyi, devlet yetkisini

⁴⁸⁰ Bu husustaki ölçüt sorununa ilişkin tartışmalar için bkz. Turgut Tan, “*İdarenin Özel Hukuk Alanındaki İşlemleri*”, *II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, **Danıştay Yayınları**, Ankara 1993, s.1994 vd; Tekin Akıllıoğlu, “*Ticaret Bakanlığının Anonim Ortaklık Ana Sözleşme Değişikliğine İzninin Çıkardığı Yönetim Hukuku Sorunları*”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt 10, Sayı 2, Yıl 1979, s.459-478.

ifade etmekte⁴⁸¹ ve bu ayırım kamu hukuku-özel hukuk ayırımına dayanmaktadır. Zira bir hukuk kuralının içerdiği emri harekete geçirecek irade olarak hukuki iktidar, kamu hukukunda devlet yetkisi olarak nitelendirilmiştir.⁴⁸² Bu yetki ile idare, hukuk düzeninde tek yanlı irade açıklaması ile üçüncü kişiler üzerinde doğrudan zorlayıcı etki gücüne sahiptir.⁴⁸³ İdarenin görevlerini yerine getirirken sahip olduğu üstün yetki anlamına gelen bu güç, kamu gücüdür ve devletçe kullanılan egemenliğin -devletin bir organı olan- idareye ilişkin görünümüdür.⁴⁸⁴ İdarenin sahip olduğu hukuki iktidar olarak kamu gücü,

⁴⁸¹ Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, s.10; Celal Erkut, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004, s.56; Özyörük, **İdare Hukuku**, s.18-19. İdare hukukunun oluşumundaki iki büyük ekolden biri olan “*kamu gücü ekolü*”, idare hukukunun temel ölçütü olarak “*kamu gücü*” kavramını esas alan ekol, “*Hauriou ekolü*” olarak da bilinmektedir. Kamu gücü ekolünün kurucularından olan Hauriou, kamu gücünü idarenin şahsına bağlı bir hak saymaktadır. Hauriou’ya göre kamu kudreti, tıpkı bireylerin subjektif hakları gibi idarenin şahsına bağlıdır. İdare hukukunun konusunu, bireylerden ve özel hukuk tüzel kişilerinden daha üstün yetki ve güç sahibi olan idare tüzel kişilerinin bu yetki ve ayrıcalıkları oluşturmaktadır. Onar, **İdare Hukuku Cilt I**, s.49. Bu hususta farklı olarak Berthélemy’nin görüşleri önem arz eder. Berthélemy, kamu gücünün dayanağı olan egemenliği, kişiliğe bağlı bir yetki saymanın eşitlik ilkesine aykırılığını dile getirmiş; devletin, diğer tüzel kişilerden farklı olmadığını ve kamu gücünün tüzel kişiliğin dışında kalan bir objektif yetki olduğunu ileri sürmüştür. Onar, **İdare Hukuku Cilt I**, s.47-48. Fransız öğretisinde bu hususta, Corneloup tarafından da, yetkinin kişiliğe bağlı olmadığı; münhasıran genel yarar amacına yönelmiş bir fonksiyona bağlı olduğu dile getirilmiştir. (Aktaran: Güher Ulu, **İdari İşlemin Yetki Unsuru**, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012, s.80.)

⁴⁸² Özyörük, **İdare Hukuku**, s.17. Nitekim, hukuk düzeninde kişi hürriyetlerinin kişiler arası düzenlenişi ile özel hukuk oluşmakta iken; bunların topluma karşı düzenlenişi ise kamu hukukunun bir kısmını oluşturmaktadır. Özel hukuk alanında, kanundan sonra eşitler arası ilişkilerde, iradenin hukuki sonuç doğurmasına ve bunun en yaygın şekilde sözleşme aracılığıyla yapılmasına karşılık; kamu hukuku alanında, kanundan sonra gelecek normlar arasındaki hiyerarşi, bunları yapan hukuki iktidar derecelerine yani yetkiye işaret etmektedir. Özyörük, **İdare Hukuku**, s.26-30.

⁴⁸³ Erkut, **Kamu Kudreti**, s.57.

⁴⁸⁴ Sarıca, **İdare Hukuku**, s.75-76, s.82.

bireylerin “düzenlenmiş hürriyetleri” olan subjektif haktan ayrı bir kaynağa, içeriğe ve düzenlemeye tabidir.⁴⁸⁵ İdarenin bir “devlet yetkisi” kullanması, onun varlık nedenine işaret eder ve uygun düşer.⁴⁸⁶ İdare hukukunun uygulama alanı ya da idarenin işlemlerinin idari işlem olarak nitelenmesinde belirleyici ölçüt olarak kabul edilen kamu gücü⁴⁸⁷, işlemin yapıcısı olan idarenin⁴⁸⁸ üstün yetkiler kullanabilmesi olarak somutlaşmakta; bunun yanında, bu yetkilerin kullanılmasında idarenin birtakım sınırlamalara tabi olmasını içermektedir.

İdare hukukunun alanının tespitinde kamu gücü ölçütünün belirleyiciliği, devletin özel hukuk kurallarından ayrı hukuk kurallarına tabi, egemenliğe dayanan faaliyetlerinin “hâkimiyet tasarrufları”; tüzel kişiliğinden kaynaklanan ve özel şahıslar gibi hareket ettiği, kamu gücü kullanmadığı, özel hukuk kurallarına tabi faaliyetlerinin ise “temşiyet tasarrufları” olarak ayrılmasıyla ortaya çıkmıştır. Buna göre idare hukukunun konusunu, hâkimiyet tasarrufları oluşturmaktadır.⁴⁸⁹ Bir başka deyişle, kamu gücünün hâkim olduğu

⁴⁸⁵ Özyörük, **İdare Hukuku**, s.64. Yazar, kamu kudreti yerine Anayasa’nın kullandığı devlet yetkisi kavramını tercih etmektedir.

⁴⁸⁶ Ayaydın, **Devletin Daaliyet Alanı**, s.3-5. Öyle ki, idarenin üstlendiği görevlerin önemi, onun yetki sahibi olmasını gerektirmiştir. Onar, **İdare Hukuku Cilt I**, s.61.

⁴⁸⁷ Akyılmaz -Sezginer - Kaya, **Türk İdare Hukuku**, s. 310.

⁴⁸⁸ Özel hukuk kişilerinin kamu gücüne dayanan idari işlem yapabilmelerine ilişkin meşruiyet sorununa ilişkin tartışmalar için bkz. Cem Ayaydın, “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**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları No:4, 1. Bası, İstanbul, 2003, s.125-129; Pertev Bilgen, **II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, (Tartışmalar Bölümü), Ankara, Danıştay Yayınları, Ankara 1993, s.215.

⁴⁸⁹ Onar, **İdare Hukuku Cilt I**, s.47-49; Ayrıca bu ayrım için bkz. Duran, **İdare Hukuku**, s.23; Erkut, **Kamu Kudreti**, s.35-36; Günday, **İdare Hukuku**, s.30; Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s.75-76; Giritli - Bilgen - Akgüner - Berk, **İdare Hukuku**, s.68; Yahya Kazım Zabunoğlu, **İdare Hukuku Cilt I**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.76.

kurallar bütünü idare hukukunu oluşturmaktadır. İdarenin malik ya da işletmeci sıfatıyla yaptığı işlemler ise temşiyet tasarrufları olarak kabul edilmiş; idarenin özel hukuka tabi olan bu tür işlemlerinde “*özel kesime benzerlik*” ölçütü öne çıkmıştır. İdarenin kamu kudreti kullanmaksızın özel şahıslar gibi yaptığı iktisadi işletme faaliyetleri buna örnek gösterilmektedir.⁴⁹⁰ Bu bağlamda idare hukukunun görev alanı, “*kamu kudreti ayrıcalıklarının tanınması suretiyle yürütülen her türlü faaliyet*” olarak belirlenmiştir.⁴⁹¹ Nihayet, yargı düzenleri (adli yargı-idari yargı) arasındaki görev ayrımı da bu esasa dayandırılmıştır. Bununla birlikte kamu gücü kavram ve düşüncesinin hâkimiyet kuramına bağlı olduğu⁴⁹², devletten beklenenin aslen hüküm sürmek ve buyruk vermek olduğu⁴⁹³ yönündeki anlayış, Fransız devrimi ile birlikte değişmiş; devletten artık sadece hüküm sürmesi değil, bireylerin haklarını koruması da beklenir hale gelmiştir. Böylece, kamu gücü kavramı artık birey haklarının güvence altına alınması ile sınırlanmıştır.⁴⁹⁴ Daha sonra, devletin ekonomik ve sosyal hayata müdahalesi ve kamu hizmeti kavramının gelişimiyle sadece müdahale eden değil de hizmet sunan devlet anlayışına geçilmesi -

⁴⁹⁰ Balta, **İdare Hukukuna Giriş**, s.143 vd. Bununla birlikte yazarın, idareyi özel davranışlarda bulunmaya itenin de kamusal ihtiyaçlar olduğu yönündeki vurgusuna dikkat çekilmektedir. Adil Özkol, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1790, s.30.

⁴⁹¹ Andre De Laubadère- Jean Claude Venezia- Yves Gaudemet, “*Traité de Droit Administratif*”, C.I., Paris., LGDJ, 1999, 15. bası, s.45-46. (Aktaran: Erkut, **Kamu Kudreti**, s.33.)

⁴⁹² Onar, **İdare Hukuku Cilt I**, s.47.

⁴⁹³ Süheyy Derbil, **İdare Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş Beşinci Bası, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1959, s.44, s.49.

⁴⁹⁴ Erkut, **Kamu Kudreti**, s.34.

kamu gücünün emrediciliği dışında kalan ve özel hukuku aşan- içeriği genişletilmiş olan bir kamu gücü ölçütüne işaret etmektedir.⁴⁹⁵

Zaman içinde kamu hukuku alanında yaşanan değişim sürecinin⁴⁹⁶ bu kavramın içeriği üzerindeki etkisiyle kavram artık, “*yasaların uygulanmasında ve kamunun genel yararının tatmininde devletin kullanım ve istifadesine sunulmuş ayrıcalıklı yetkiler demeti*” olarak açıklanmıştır.⁴⁹⁷ “*Özel hukukta görülmeyen, özel hukuku aşan birtakım yetki ve durumlar*” olarak tanımlanan⁴⁹⁸ kamu gücü ayrıcalıkları, beraberinde belli yükümler getirerek idareyi bağlamakta ve ona önceden belirlenmiş hukuki statü içinde sınırlı bir takdir alanı bırakmaktadır.⁴⁹⁹ İdarenin üstün yetkilere sahip olması, bu yetkilerini kullanırken tabi olacağı çeşitli sınırlamaları da beraberinde getirir. Bu

⁴⁹⁵ Günday, **İdare Hukuku**, s.30-31. 20’nciyüzyılın ikinci yarısından itibaren “*kamu hizmeti teorisinin krizi*” ile “*kamu gücü ölçütüne dönüş*” yaşanmakta ise de, artık kamu gücü ile kastedilen emredici güç değil; idare için öngörülmüş özel hukuku aşan şartlardır. De Laubadère, Venezia ve Gaudemet, *Traité*, c.I, s.46-49. (Aktaran: Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s.85.)

⁴⁹⁶ Roma hukukundan bu yana hâkim olan “*emretme kudreti*”nin dayanağı olan hakimiyet anlayışı günümüze egemenin sahip olduğu ayrıcalıklar olarak yansımıştır. Erkut, **Kamu Kudreti**, s.41. Ayrıca imperium yetkisi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Erkut, **Kamu Kudreti**, s.42-50.

⁴⁹⁷ Michel Rousset, “*L’idée de la Puissance Publique en Droit Administratif*”, Paris, Dalloz, 1960, s.67. (Aktaran: Erkut, **Kamu Kudreti**, s.36.)

⁴⁹⁸ Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s.87. “*Özel hukuku aşan şartlar*”, idari sözleşmelerin ölçüt sorunu bağlamında Bilgen tarafından, “*Türk hukukunda özel hukuku aşan şartlar, yalnız kamu kudreti imtiyazlarına bağlanan şartlar, yani idarenin icrai karar ve re’sen hareket yetkilerini kullanmasını sağlayan şartlar*” olarak belirlenmiştir. Pertev Bilgen, **Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1970, s.136.

⁴⁹⁹ Erkut, **Kamu Kudreti**, s.59-60; Gözler, bu nedenle bazı Fransız yazarların “*özel hukuku aşan ayrıcalıklar ve bağımlılıklar (prérogatives et sujétions exorbitantes du droit commun)*” ifadesini kullanmasını haklı bulmaktadır. Jean- Michel de Forges, *Droit administratif*, Paris, PUF, 2. Baskı, 1991, s.98. (Aktaran: Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s.87.)

sınırlamalar, idarenin yetkilerini doğrudan etkilemekte ve bir anlamda idare hukukunun uygulama alanını belirlemektedir.⁵⁰⁰ Bu bağlamda idare hukuku, kamu gücünün hukuku olarak tanımlanırken; bu kavramın içeriğinde sadece üstün yetkiler değil, aynı zamanda bağımlılıklara da işaret edilmektedir.⁵⁰¹ Bugün artık hukukla kayıtlı ve hukuka bağlı olan egemenlik, hukuk tarafından saptanan bir yetki niteliğindedir.⁵⁰² Temel hak ve özgürlüklere yakın teması, idarenin kamu gücü içeren işlemlerinin usul ve şekil bakımından birtakım sınırlamalara tabi olmasını gerektirmektedir. Bireylerin üstün konumdaki idare karşısında bazı haklara sahip olması ve bu haklarının güvence altına alınmasını sağlayacak yetki ve şekil kuralları, yasal idare ilkesi ile sağlanmaktadır.⁵⁰³

2. Yargı Organının Kamusal Yetki-Serbest İrade Ayrımıyla Hukuki Rejimi Belirlemesi

İdarenin üçüncü kişiler karşısında sahip olduğu ayrıcalıkların başında, tek yanlı işlemle hukuki sonuç doğurabilme ve bu işlemlerin icrai nitelikte olması gelmektedir.⁵⁰⁴ İdarenin bir hukuki ilişkide sahip olduğu bu ayrıcalıklı konum, sadece tek yanlı işlemlerinde değil; bu işlemler aracılığıyla sözleşme yaparken ve bu sözleşmelerin uygulanması aşamasında da söz konusu olmaktadır. Hatta öyle ki, idare tarafı olmadığı bir sözleşmeye kamu gücü kullanarak idari işlemler yoluyla müdahale edebildiği gibi

⁵⁰⁰ Özay, **Günüşığında Yönetim**, s.373.

⁵⁰¹ Giritli - Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri**, s.24.

⁵⁰² Sarıca, **İdare Hukuku**, s.77-78.

⁵⁰³ Sever, **Özel Güvenlik ve Özel Sağlık**, s.146.

⁵⁰⁴ Bu husus, ilk kez Hauriou tarafından dile getirilmiştir. Yazar ayrıca, idarenin işlemlerine karşı bir dava açıldığında bunun işlemin icrasını durdurucu bir nitelikte olmaması nedeniyle yargı önünde de ayrıcalıklı olmasını, bu ayrıcalıklı konumun temel direklerinden biri olarak belirlemiştir. Jacques Chevallier, “*L’elaboration Historique du Principe de la Juridiction Administrative et de l’Administration Active*”, Paris, LGDJ, 1970, s.271. (Aktaran: Erkut, **Kamu Kudreti**, s.55.)

taflardan birinin idare olduğu bir özel hukuk sözleşmesine bir başka idare tarafından müdahale dahi söz konusu olabilmektedir.⁵⁰⁵ İdarenin hukuki sonuç doğuran bu tek yanlı irade açıklamalarının ortak özelliği, kamu gücüne dayanmaları nedeniyle idari işlem niteliğinde olmalarıdır. Hukuki işlemin iki tarafın iradesinin uyuşması ile kurulacağı kuralına istisna olarak kamusal yetki kullanımı, kamu hukuku alanında gerçekleşmektedir. Zira kamusal iradenin üstünlüğü, kamu ile bireyler arasındaki eşitsizlik, buna neden olmaktadır.⁵⁰⁶

Danıştay'ın bir kararında belirtildiği üzere “Günümüzde birçok kamu hizmeti, idare hukuku kurallarına göre değil özel hukuk kurallarına göre yürütölmeye başlanmıştır. Örneğın elektrik, doğalgaz dağıtım, iletim ya da elektronik haberleşme gibi. Bu sebeple, günümüzde idari yargının görev alanının tespitinde yürütölen faaliyetin niteliğinden ziyade, faaliyeti yürüten ya da işlemi tesis eden ve uygulayan kuruluşun özel hukuku aşan, özel hukukta rastlanmayacak yetkiler kullanarak yaptığı işlem ve eylemlerinin denetiminin idari yargının görev alanına girdiğı kabul edilmektedir.”⁵⁰⁷ Bu başlık altında da, kamu iktisadi teşebbüslerinin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yargının kamu gücünü ölçüt aldığı kararlara örnekler verilecektir. Bu çalışmanın planı, yüksek mahkeme kararlarına ilişkin yapılan incelemelerin sonuçları ile ortaya çıkmıştır. Karma rejime tabi olan kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetlerinin hukuki rejiminin belirlenmesinde esas ölçüt olarak “kamusal yetki”nin tespitine de kapsamlı bir karar incelemeleri çalışmasından sonra ulaşılmıştır. Bu bölümün diğeri alt

⁵⁰⁵ Bu husustaki bir çalışma için bkz. Murat Sezginer, “İdarenin Müdahale Ettiğı Özel Hukuk Sözleşmeleri (Birleşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 17, Sayı 1-2, Yıl 2013, s.1589-1621.

⁵⁰⁶ Erkut, **İdari İşlemin Kimliğı**, s.13.

⁵⁰⁷ D.13D, E.2016/1992, K.2016/3088, T.29.9.2016 (Yayımlanmamıştır. Kararı aktaran: Sezin Öztoprak, **İdari Sözleşmelerde Kamu Gücü Ayrıcalıkları**, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2019, s.116.)

başlıklarında incelenen ve bu kurumların gerek hizmetten yararlananlar ile aralarındaki ilişkilere gerekse istihdam ilişkilerine yönelik hukuki rejimin tespitinde de yargının aslında kamu gücünü-kamusal yetki kullanımını ölçüt olarak kullandığı; bununla birlikte bu yöndeki tespitini, hizmetten yararlananlarla ortaya çıkan uyuşmazlıklarda davacının kimliği üzerinden açıkladığı; personelin taraf olduğu uyuşmazlıklarda ise kurum ile personel arasındaki sözleşmenin niteliğinin tespitinde de kamu gücünü-kamusal yetki kullanımını ölçüt olarak kullandığı görülmektedir. Uyuşmazlık konusu hukuki ilişkilerin davacının kimliği ve dayanılan yasal düzenlemeler üzerinden tanımlanması ve özellik arz etmeleri nedeniyle ayrıca incelenen bu bölümler dışında buradaki amacımız, münferit uyuşmazlıklarda da yargının, kamusal yetki-serbest irade ayırımına dayandığına ve karar gerekçelerinde bu hususu vurguladığına dikkat çekmektir.

Kamu iktisadi teşebbüslerinin taraf olduğu uyuşmazlıklara ilişkin karar incelemeleri sonucunda yüksek mahkemelerin, teşebbüs tarafından ilgili mevzuatın kendisine verdiği yetkiye dayalı olarak kamu gücü kullanmak suretiyle ve tek taraflı irade beyanı ile gerçekleştirilen işlemlerin, idari işlem olduğunu belirlediği görülmektedir.⁵⁰⁸ Yüksek mahkemeler, kamu iktisadi teşebbüslerinin hukuki işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, söz konusu uyuşmazlığın, bir sözleşmeden ya da özel hukuk hükümlerinden kaynaklanmadığı⁵⁰⁹; bir genel düzenleyici işlemin uygulanmasından kaynaklandığı⁵¹⁰; kamu kanununa dayanan bir işleminden⁵¹¹; kamu hizmetinin yerine

⁵⁰⁸ Y.23HD, E.2015/5942, K. 2016/3817, T.21.06.2016 (LexHBS). Bu hususta bir UYM kararı emsal gösterilmektedir: UYM, E.2013/1806, K.2014/616, T.02.04.2014, R.G. 25.06.2014-29041.

⁵⁰⁹ Y.4HD, E.2015/10259, K.2017/4369, T.22.06.2017 (LexHBS).

⁵¹⁰ D.10D, E.1989/359, K.1990/1493, T.21.06.1990 (LBEHB); D.10D, E.1985/579, K.1986/2179, T.24.11.1986 (LexHBS).

⁵¹¹ Y.6HD, E.2015/1652, K. 2015/3696, T.14.04.2015 (LexHBS).

getirilmesine ilişkin bir idari karardan⁵¹² ya da kamu gücüne dayanan bir işlemden⁵¹³ kaynaklandığını tespit ettiği durumlarda, kamusal rejime tabiiyet ve görevli yargı düzeninin idari yargı olduğuna karar vermektedir. Buna karşın yargının, bir şart tasarrufa dayanmayan durumlarda⁵¹⁴; kamu hukukundan kaynaklanan ve idari yargıda görülmesi gereken idari bir işlem veya hizmetin söz konusu olmadığını belirlediği hallerde⁵¹⁵, tarafların serbest iradesini ölçüt alarak görevli yargı düzeninin adli yargı olduğuna karar verdiği görülmektedir. Kamu iktisadi teşebbüsleriyle hizmetten yararlananlar arasındaki alacak-borç ilişkisine⁵¹⁶ indirgenen sözleşmeler dışında da karşılaşılan münferit olaylara ilişkin kararlarda, yargının tek taraflı işlemlerde kamu gücünün yokluğunu; sözleşmelerde ise idari sözleşmenin yokluğunu tespit ettiği uyuşmazlıklarda, adli yargının görevli olduğuna hükmettiği görülmektedir.

Yargı düzenlerine ilişkin görev uyuşmazlıklarına neden olan yüksek mahkeme kararlarına yukarıda yer verilmekle birlikte bu hususta Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararlarına yakından bakıldığında, bu kararların gerekçelerinin de benzer yönde olduğu görülmektedir. Örneğin davacı şirketin, tekel ürünlerinin toptan satış yetkisi verilmesi (bayilik sözleşmesi yapılması) için yaptığı başvurunun TEKEL tarafından reddi yolundaki işlemin iptali ile şirkete ürünlere ilişkin toptan satış ruhsatı verilmesine hükmedilmesi istemiyle açılan davaya ilişkin ortaya çıkan bir görev uyuşmazlığında Uyuşmazlık Mahkemesi, öncelikle TEKEL Genel Müdürlüğü'nün hukuki nitelendirmesini yapmaktadır. 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye ekli listede Başbakanlık ile ilgilendirilen bir kamu iktisadi kuruluşu olarak gösterilen TEKEL Genel

⁵¹² Y.15HD, E. 2002/3341, K.2002/4863, T.24.10.2002 (LexHBS).

⁵¹³ D.10D, E.2002/5500, K. 2003/1119, T.26.03.2003 (LexHBS).

⁵¹⁴ Y.3HD, E. 2016/10808, K. 2018/2788, T.21.03.2018 (LexHBS).

⁵¹⁵ Y.13HD, E. 2007/14381, K.2008/1473, T.07.02.2008(LexHBS).

⁵¹⁶ Y.3HD, E.2016/3999, K. 2017/16212, T.20.11.2017 (LBEHB).

Müdürlüğü, sermayesinin tamamı Devlete ait tüzel kişiliği haiz bir kamu kuruluşudur. 08.06.1942 tarih ve 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanunu'nun verdiği yetkiye dayanarak ve TEKEL ürünlerinin toptan satışına ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi amacıyla çıkarılan TEKEL'ce Pazarlanan Ürünlerin Toptan Satışı Hakkında Yönetmelik'in 4'üncü maddesine uygun olarak öngörülen koşulları taşımadığından bahisle başvurunun reddi işleminde, *“İdarenin görev alanını ilgilendiren kanun ve tüzüklerin uygulanmasına ilişkin olarak çıkardığı yönetmeliklerin, Anayasa'nın anılan maddesi ile idareye tanınan düzenleme yetkisine dayandığı; objektif ve genel nitelik taşıyan bu düzenlemelerin idare hukuku alanını ilgilendirdiği; dolayısıyla, gerek genel düzenleyici işlemlerin gerekse bunlara dayalı olarak tesis edilen uygulama işlemlerinin hukuka uygunluğunun yargısal denetiminde idari yargı yerlerinin görevli bulunduğu kuşkusuzdur.”* gerekçesiyle yargı düzeni tespiti yapılmaktadır.⁵¹⁷

TPAO tarafından özel birim fiyat esasına göre ve kapalı zarfla teklif almak suretiyle ihaleye çıkarılan Adıyaman Bölgesi Karakuş Sahası Fiberglass Yeraltı Boru Hatları inşa işi, BORHAT İnş. Tic. ve San.Ltd.Şti. tarafından yüklenilmiş; taraflar arasında bir eser sözleşmesi imzalanmış; Şirket tarafından Bakanlar Kurulunca çıkarılan 18.08.2001 tarih ve 24497 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2001/2862 sayılı Fiyat Farkı Kararnamesi'nden yararlanmak için yapılan başvurunun, söz konusu -2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamında ihalesi yapılan işlere münhasır- Kararname kapsamına girmediği gerekçesiyle idare tarafından reddedilmesi üzerine dava açılmıştır. Ortaya çıkan görev uyuşmazlığına ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesi öncelikle, TPAO'nun 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname çerçevesinde bir iktisadi devlet teşekkülü olduğunu ve kamu idarelerinin tabi olduğu ihale rejimine tabi olduğunu belirtmektedir.⁵¹⁸ Yüksek

⁵¹⁷ UYM, E.2001/40, K.2001/60, T.09.07.2011, R.G. 14.10.2001-24553.

⁵¹⁸ UYM, E.2002/48, K.2002/80, T.23.12.2002 R.G. 27.03.2003-25061.

Mahkeme, uyuşmazlığa ilişkin görevli yargı kolunun tespitinde ise bu işlemlerin taraflar arasında akdedilmiş sözleşme hükümlerinin uygulanması ve yorumlanmasından doğup doğmadığını incelemekte ve belirtilen gerekçeyle uyuşmazlığın idari yargının görev alanına girdiğine karar vermektedir: *“Kamu idareleri tarafından ihale yoluyla yaptırılan işlerin, yıl içinde oluşan girdi fiyatlarındaki farklar nedeniyle durmasını önlemek şeklindeki kamu yararı amacıyla, kamu gücüne dayalı ve tek yanlı olarak çıkarılan sözkonusu kararnameler ve esasların, bu nitelikleri itibariyle, eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması ve yorumlanması hakkında taraflar arasında yapılan (protokol gibi) özel hukuk düzenlemelerinden olmadıkları ve idare hukuku alanını ilgilendiren genel düzenleyici işlemlerden oldukları kuşkusuzdur. Bu itibarla, ortada eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasından dolayı açılmış bir dava olmayıp, yüklenici tarafından fiyat farkı kararnamesinden yararlanmak için yapılan başvurunun idarece işin kararname kapsamına girmediği nedeniyle reddi yolundaki işlem, kamu gücüne dayalı, re'sen ve tek yanlı olarak tesis edilen idari işlem niteliğini taşıdığından, bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-a maddesinde sayılan ‘İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları’ kapsamında görüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevli bulunmaktadır.”*

TEDAŞ'ın şehir elektrik şebekesi tesisi ihalesinin iptali istemiyle açılan davaya yönelik ortaya çıkan görev uyuşmazlığında Yüksek Mahkeme öncelikle, TEDAŞ'ın hukuki statüsünü belirleyerek 08.06.1994 gün ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet gösteren ve Ana Statüsü uyarınca da tüzel kişiliğe sahip bir iktisadi devlet teşekkülü olduğunu; bir kamu kurumu olan TEDAŞ'ın ihalelerinin yönetim kurulu kararı ile yürürlüğe konulan Satın Alma ve İhale Yönetmeliği ile Teklif İsteme Şartnamesi hükümlerine tabi olduğunu belirtmektedir.

Dolayısıyla söz konusu düzenlemelerin bir uygulaması niteliğinde olan ihale kararı, kamu hizmetine ilişkin olarak tesis edilen ve aynı zamanda kesin ve yürütülmesi zorunlu olan işlem niteliğinde olduğundan, iptaline yönelik istemin idari yargının görev alanına girdiği tespit edilmektedir.⁵¹⁹

Davalının Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü olduğu bir başka uyuşmazlıkta da Yüksek Mahkeme'nin görev uyuşmazlığının çözümünde, hukuki işleme yönelik bir irdeleme yaptığı görülmektedir. Davalı Genel Müdürlük tarafından 21.02.2001 tarihinde sabit kur uygulamasından dalgalı kur uygulamasına geçilmesine rağmen, 21.02.2001 tarihli dolar kurunu baz alarak 14.09.2001 tarihinde hububat satışı yapılması nedeniyle 15.05.2001 ve 06.06.2001 günlü satın alma işlemlerinden dolayı uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davada doğan görev uyuşmazlığının çözümünde de Yüksek Mahkeme'nin kararına esas teşkil eden husus, uyuşmazlığın davacı şirket ile TMO arasında imzalanan özel hukuk sözleşmesinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı olmaktadır. Somut uyuşmazlıkta, davalı Ofis tarafından tek taraflı ve aynı yönde sözleşme imzalayan bir kısım şirket yararına sonuç doğuracak genel, düzenleyici bir işlem kurulduğu ve davacının bu düzenleme kapsamına alınmaması nedeniyle zarara uğradığı iddiasıyla açılan davada, uyuşmazlığın davalı idarenin tek yanlı ve kamu gücü kullanılan işleminden kaynaklandığından bahisle idari yargı yerlerinin görevli olduğu tespit edilmektedir.⁵²⁰

PTT Genel Müdürlüğü tarafından posta hattının taşıma hizmetinin ihalesini üstlenen bir özel şirkete, aralarında akdedilen Posta Taşıma Hizmetine Ait Sözleşme ve Şartname uyarınca uygulanan cezanın iptali istemiyle açılan davaya ilişkin görev uyuşmazlığının incelenmesinde Uyuşmazlık Mahkemesi, cezanın dayanağını oluşturan ve “*Taşıt Değişikliği*” başlığını taşıyan, “*Yüklenici, PTT'nin iznini almadan posta*

⁵¹⁹ UYM, E.1997/4, K.1997/3, T.03.02.1997, R.G. 04.03.1997-22923.

⁵²⁰ UYM, E.2004/73, K.2004/85, T.06.12.2004 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

taşımasına tesis ettiği ve sözleşmede kayıtlı olan taşıtlarını başkasına devredemez ve satamaz. Ancak, PTT'nin izniyle ihale şartlarını taşıması koşuluyla taşıtlarını değiştirebilir. Taşıt değişikliği yaptıktan sonra yeni taşıta ait bilgiler dosyasında muhafaza edilir. Bu değişiklik esnasında hiçbir koşulda hizmet durdurulmaz. Taşıtların, idarenin izni olmadan satıldığı tespit edilirse, satış tarihinden itibaren her bir gün için aylık istihkakının %1'i ceza olarak kesilir.” şeklindeki düzenlemeden yola çıkarak, taraflar arasında Borçlar Kanunu kapsamında ve tarafların serbest iradesi ile oluşan bir ilişki kurulduğuna; idarece kamu gücüne dayalı resen ve tek yanlı tesis edilmiş bir işlem söz konusu olmadığını belirterek adli yargının görevli olduğuna karar vermektedir.⁵²¹ Bir başka uyuşmazlıkta Yüksek Mahkeme, yine sözleşmenin içeriğine ilişkin değerlendirmesinden sonra, “Bu duruma göre, görülmekte olan davanın sözleşmenin feshine ilişkin olduğu, olayda taraflar arasında imzalanan sözleşmenin kamu hukuku ağırlıklı değil, tarafların serbest iradesi ile oluştuğu, gerek sözleşmenin feshine dayanak alınan yasak fiil ve davranışların, gerekse de bunun yaptırımı olan sözleşmenin feshine ilişkin hükümlerin, taraflar arasında imzalanan sözleşme ve şartnamede yer aldığı; idarece kamu gücüne dayalı resen ve tek yanlı olarak tesis edilmiş bir işlemin söz konusu olmadığı gözetildiğinde, uyuşmazlığın çözüm yerinin özel hukuk hükümlerine göre adli yargı olacağı sonucuna varılmıştır.” şeklinde hüküm kurmaktadır.⁵²²

⁵²¹ UYM, E.2013/256, K.2013/369, T.11.03.2003, R.G. 18.04.2013-28622.

⁵²² UYM, E. 2013/210, K.2013/1264, T.30.09.2013, R.G. 20.11.2013-28827. Yüksek Mahkeme bu sonuca, ilgili sözleşmenin şu hükümlerinden yola çıkarak varmaktadır: “Tarafların özgür iradeleri ile imzaladıkları söz konusu sözleşmenin maddeleri arasında yer alan ve dava konusu sözleşme ve şartnamenin feshine dayanak gösterilen maddelere bakıldığında; ‘Yasak Fiil ve davranışlar’ başlıklı 22.maddesinin c bendinde; ‘sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç ve usuller kullanmak’ hükmüne yer verilmiş, aynı maddenin son fıkrasında; bu fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında, fiil veya davranışın özelliğine göre işbu Sözleşme ve Şartnamenin 58. ve 59. madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş; davalı İdarenin de işleme dayanak gösterdiği ve ‘Sözleşmenin feshinin tebliğ edilmesi’ başlığını taşıyan 58. maddede; sözleşmenin

TCDD mülkiyetinde bulunan bir otoparkın kiracısı olan HAVAŞ, TCDD tarafından kiraya konu taşınmaz alanında proje uygulama çalışmalarına başlanacağından bahisle şirkete ait araçların bu alana girişinin mümkün olmadığı yönünde yapılan bildirimin iptali istemiyle dava açmıştır. Ortaya çıkan görev uyuşmazlığının çözümünde Yüksek Mahkeme, *“Dava konusu yazılı bildirim incelendiğinde, tek yanlı olduğu ve idarece re’sen icra edilebileceği nedeniyle idari bir işlem niteliğini taşıdığı ileri sürülebilir ise de; esasen taraflar arasında uyuşmazlığa neden olan kira ilişkisinin bulunması ve kamusal yetkilerin değil mülkiyet hakkının kullanılmasıyla ilgili olmak üzere malik sıfatıyla hareket etmesi nedeniyle idarenin bir özel hukuk işleminden söz edilebileceğinden, bu iddiaya itibar etmek olanaksızdır.”* gerekçesiyle TCDD’nin kiracı şirketin tahliyesini amaçlayan yazılı bildirimi, taraflar arasındaki kira ilişkisini sona erdirmeye yönelik bir iddia niteliğinde olduğundan adli yargının görevli olduğuna hükmetmektedir.⁵²³

Uyuşmazlık Mahkemesi, davacı şirket tarafından armatörü olduğu geminin Çanakkale Boğazı’ndan geçisi sırasında arızalandığından bahisle kendisinin bir talebi olmadan Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü’ne bağlı römorkör vasıtasıyla müdahale edilmesi dolayısıyla bu gemiye verilen refakat hizmeti karşılığında Kılavuzluk, Römorkaj ve Diğer Hizmetler Tarifesi uyarınca şirketten istenen hizmet bedeline ilişkin yapılan

uygulanması sırasında, yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu tesbit edilmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın teminatın gelir kaydedileceği ve sözleşmenin feshedilerek genel hükümlere göre tasfiye edileceği hususlarına; ‘Sözleşmenin feshi halinde uygulanacak işlemler’ başlığını taşıyan 59.maddede ise zorunlu sebepler dışında, sözleşmede sayılan gerekçelerle PTT tarafından sözleşmesi feshedilen yüklenici hakkında, sözleşmenin feshedildiği tarihten itibaren ne tür işlemlerin uygulanacağı hususlarına yer verilmiştir.”

⁵²³ UYM, E.1999/55, K.1999/56, T.27.12.1999, R.G. 09.03.2000-23988.

itirazın reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davanın, adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğine karar vermektedir. Yüksek Mahkeme, ilgili mevzuat değerlendirmesi sonucunda, Ana Statüsü'nün 3'üncü maddesi uyarınca tüzel kişiliğe sahip, faaliyetlerinde özerk ve sorumluluğu sermayesi ile sınırlı bir kamu iktisadi kuruluşu olan Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün özel hukuka tabi olduğu; bu idarece verilmiş olan uyuşmazlık konusu hizmetin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5'inci Kitabında belirtilen gemi ve deniz ile ilgili düzenleme ve konularından olduğu; davalı idarenin, üretilen mal ve hizmetlerin fiyatlarını tespit etmekte serbest olduğunu düzenleyen 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin birinci fıkrası uyarınca çıkarılan tarife uyarınca ücretlendirme yaptığı ve verilen hizmetin Türk Ticaret Kanunu'nun 1352'nci maddesi uyarınca deniz alacaklarından sayıldığı gerekçesine dayanmaktadır.⁵²⁴

Davacı şirket ile Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü arasında imzalanan sözleşmenin, sözleşme gereklerine riayet edilmediği gerekçesiyle feshedilmesinden sonra, davacı şirketin bir yıl süre ile davalı idarenin ihalelerinden yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davaya ilişkin görev uyuşmazlığının çözümünde Uyuşmazlık Mahkemesi, bu kararın taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 25/c maddesine dayanması karşısında görevli mahkemenin belirlenmesinde, davaya konu sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığını değerlendirmektedir. Uyuşmazlık konusu sözleşmenin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri çerçevesinde istisna kapsamında yer aldığından bahisle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine de tabi olmadığı ve ihaleden yasaklama kararının taraflar arasında özgür iradelerine dayalı olarak imzalanan sözleşmenin eki niteliğinde olan ticari şartnameye dayanılarak tesis edildiği belirtilmektedir. Kararda son olarak, kurumun 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye tabi bir iktisadi devlet teşekkülü olduğu ve hem söz konusu Kararname

⁵²⁴ UYM, E.2013/1784, K.2014/315, T.01.04.2014, R.G. 09.05.2014-28995.

hem de Ana Statüsü uyarınca özel hukuk hükümlerine göre tasarrufta bulunduğu vurgulanmakta ve adli yargının görevli olduğu tespit edilmektedir.⁵²⁵

Uyuşmazlık Mahkemesi bir uyuşmazlıkta, Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün Uluslararası İç Hat Konma ve Konaklama Ticari Faaliyetlerindeki Zamlı Konaklama Ücreti Pist ve Parklama Cezası (slot cezası) düzenlemelerine istinaden, davacı hava yolu şirketinden yapılan tahsilat işleminin iptali ile zamlı konaklama ücretinin ödeme tarihinden itibaren işleyecek gecikme faiziyle birlikte tahsiline ilişkin açılan davanın, uyuşmazlığın özel hukuk hükümleri çerçevesinde çözülmesi gereğiyle adli yargının görev alanına girdiğine karar vermektedir.⁵²⁶ Yüksek Mahkeme, slot uygulamasının ceza olarak nitelendirilemeyeceği ve fatura düzenlenmesinin ise kamu gücüne dayanan bir idari işlem olmadığından bahisle oluşturduğu gerekçesinde şu ifadelerle yer vermektedir: *“Somut olay ve konuya ilişkin düzenlemeler bir bütün olarak irdelendiğinde; Ülkemizdeki havalimanlarının işletilmesi, meydan kullanım taleplerinin değerlendirilmesi, verilen hizmetlerin karşılığında Ulaştırma Bakanlığı'nın onayı ile yürürlüğe giren tarife gereğince ücret alınması, verilen hizmetin ücretlendirilmesinde hangi esasların benimseneceği, meydan kullanımı esnasında bir kural ihlali yapıp yapılmadığının değerlendirilmesi ve kullanıcı hava yolunun eyleminin bir müeyyide gerektirip gerektirmediğine karar verilmesi yolundaki işlemlerin davalı İdare tarafından yürütüldüğü; hava trafiğinin artması sonucu, talebe uygun bir hizmet vermek ve hava liman hizmetlerini en verimli şekilde değerlendirmek üzere planlama safhasında varış/kalkış saatlerinin düzenlenmesini amaçlayan slot uygulaması ile ortaya çıkan zamlı konaklama ücretinin ise, konma ve konaklamanın hava yolu şirketlerince alınan slot saatleri (iniş-kalkış saatleri) içerisinde yapılmamasından kaynaklanan bir zamlı ücret*

⁵²⁵ UYM, E. 2015/14, K.2015/21, T.26.01.2015, R.G. 20.02.2015-29273.

⁵²⁶ UYM, E.2011/247, K.2012/102, T.21.05.2012, R.G. 18.06.2012-28327; Aynı yönde UYM, E.2011/249, K.2012/103, T.21.05.2012 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

uygulaması olduğu; bu bağlamda ceza olarak nitelendirilemeyeceği ancak, hava yolu şirketine verilen ek bir hizmetin karşılığı da olmadığı gözetildiğinde; idarece kamu gücü kullanılarak tesis edilmiş bir işlem niteliğini taşımayan dava konusu fatura düzenlenmesi yolundaki işlemin, idare mahkemelerinde yargısal denetime tabi tutulamayacağı, uyuşmazlığın özel hukuk hükümleri çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerektiği sonucuna varılmıştır.” Alınan ücretin hizmet içindeki konumunu değerlendiren Yüksek Mahkeme, ölçüt olarak kamu gücüne başvurmaktadır.

Sonuç olarak, Uyuşmazlık Mahkemesi’nin, uyuşmazlık konusu işlemin kaynağını ilgili kanun ya da mevzuat hükmü olarak tespit ettiğinde, bunun özel hukuk kurallarına ilişkin bir düzenleme kapsamına girip girmediğini belirlediği; uyuşmazlık konusu işlemin bir sözleşmenin uygulanmasına yönelik olduğunu belirlediği durumlarda ise sözleşmenin niteliğine göre işlemin niteliğini belirlediği görölmektedir. Oysa, kamu gücünün yokluğu esas alınarak verilen son örnekte yer alan kararı ele alarak, bu irdelemenin yetersiz olabileceği söylenebilir. Zira bu kararda, daha önce idari kamu kurumu niteliğindeki Devlet Hava Meydanları İşletmesi Umum Müdürlüğü tarafından yerine getirilen hava yolları trafiği ile uçakların kalkış ve inişlerine ilişkin özel kolluk faaliyeti olarak nitelendirilen bu faaliyetlerin, günümüzde bir kamu iktisadi teşebbüsü tarafından iktisadi kamu hizmeti olarak yerine getirilmesine yönelik bir tartıřmaya⁵²⁷ yer verilmesi halinde faaliyetin niteliğinin işlemin hukuki rejimine etkisinin değerlendirilmesi ile farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Faaliyetin niteliğinin hukuki rejime etkisi, yargının, davacının kimliğine göre görevli yargı düzenini belirlediği bir sonraki başlıklarda yer verilen kararlar bağlamında ayrıca incelenektir.

⁵²⁷ Ömer Faruk Erol, **İdarenin Sivil Havacılık Alanında Hava Taşımacılığına İlişkin Faaliyetleri**, On İki Levha Yayıncılık, Mart 2018, s.85-87.

II. KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİ İLE HİZMETTEN YARARLANANLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLERDE HUKUKİ REJİMİN BELİRLENMESİ

Kamu hizmetlerinin kuruluş ve işleyişinden kaynaklanan zararlardan doğan uyuşmazlıkların hukuki rejiminin belirlenmesi amacıyla yapılan karar incelemeleri çalışması sonucunda, bu hususta tartışılması gereken üç temel nokta dikkat çekmiştir. Bunlardan ilki, kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından yürütülen bir faaliyetin davacının kimliğine göre aynı olayda dahi farklı nitelendirilmesi dolayısıyla ortaya çıkan hukuki rejim farklılığı; ikincisi, yargı organının idari sözleşmenin ana ölçütlerinden biri olan sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması şartına ilişkin bir değerlendirme yapmadan sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğuna karar vermesi; son olarak ise yargının sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi olarak nitelediği durumda sözleşmenin tarafları arasındaki ilişkiyi sözleşmeden bağımsız değerlendirmemesi, kamusal yetki kullanımına ilişkin bir denetim yapmadan uyuşmazlığı sözleşmenin tabi olduğu özel hukuk rejimine tabi kılmasıdır.

A. İktisadi Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü

Kamu hukuku-özel hukuk ayrımı bağlamında idare hukukunun uygulama alanının tespitinde temel kavram olarak kabul edilen kamu hizmetinin⁵²⁸ Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1873 tarihli Blanco kararı ile ortaya çıkan ölçüt olma niteliği⁵²⁹, 20'nci

⁵²⁸ Ulusoy, **Kamu Hizmeti**, s.11; Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.95.

⁵²⁹ Bu kararla benimsenen kamu hizmeti kriterine göre; mahallî veya millî, idari veya ticari nitelikte olsun, kamu hizmetlerinin kuruluşuna ve işleyişine ilişkin bütün hususlar, idare hukukunun uygulama alanına girer ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargının görev alanına girmektedir. Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s.77-78. Bu kriter, daha sonra da CE tarafından, 6 Şubat 1903 tarihli Terrier ve 4 Mart 1910 tarihli Therond kararlarında;

yüzyılın başından İkinci Dünya Savaşı'nın sonuna kadar geçerli kabul edilmiştir.⁵³⁰ Bu ölçüt, idare hukukunun uygulama alanını, giderilmesinde kamu yararı bulunan toplumsal bir gereksinmeyi karşılayan hizmetlerle açıklamaktadır.⁵³¹ İdarenin sahip olduğu zor kullanma yetkisi, onun kamu hizmetlerini yerine getiren olmasından kaynaklanmakta ve bu nedenle bireyler arası ilişkilerden farklı bir hukuki rejime tabi olduğu kabul edilmektedir.⁵³² Bu ölçüt uyarınca, kamu gücü kullanılsın ya da kullanılsın bir kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar idari yargının görev alanına girmektedir.⁵³³ Kamu hizmetinin ortaya çıkışından bu yana her devrin siyasi, sosyal ve ekonomik yapısına göre geçirdiği sürekli değişimle geline nokta, idare hukukunun uygulama alanının tespitinde bugün artık kamu hizmeti, tek başına bir kriter olma niteliğini tamamen yitirmiştir.⁵³⁴ Devletin değişimi ve dönüşümünün idare hukukuna

Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından, 29 Şubat 1908 tarihli Feutry kararında kullanılmıştır. Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s.78.

⁵³⁰ Bu kriter, Duguit, Jèze, Bonnard, Rolland gibi kamu hizmeti ekolü (ya da Bordeaux ekolü) mensupları tarafından benimsenmiştir. Giritli - Bilgen - Akgüner - Berk, **İdare Hukuku**, s.68.

⁵³¹ Giritli - Bilgen - Akgüner - Berk, **İdare Hukuku**, s.68.

⁵³² Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.35. Yazar, “*kamu gücü kriteri*”nin temsilcisi Hauriou’nun kamu hizmeti tanımına da, kamu gücü-kamu hizmeti anlayışlarının birbirinden kopuk olmaması nedeniyle dikkat çekmektedir. Hauriou’nun kamu hizmeti tanımı şu şekildedir: “*Kamu hizmeti, kamu düzeni (police) anlayışı içinde belirlenmiş bir hizmetin topluma düzenli ve sürekli biçimde sunulmasını üstlenen kamu gücünün ve kamu yetkilerinin örgütlenmesidir.*” Hauriou, Précis de Droit Administratif et de Droit Public, s.16. (Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, 37.)

⁵³³ Zabunoğlu, **İdare Hukuku Cilt I**, 2012, s.76; Günday, **İdare Hukuku**, s.31; Gözübüyük - Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s.6-7; Tan, **İdare Hukuku**, s.345; Ulusoy, **Türk İdare Hukuku**, s.21; Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s.75.

⁵³⁴ Türk hukuku açısından kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilerce yürütülmesinin anayasal düzeyde kabul edilmesi, Anayasa’nın 47’nci maddesine eklenen son fıkrayla gerçekleşmiştir. Bkz. AY m.47/son: “(...) yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği

etkisi, bu alanın ana kavramlarından olan kamu hizmetine ilişkin görülme usulleri, kamu hizmetinin finansmanı gibi önemli hususlarda yaşanan başkalaşım ile ortaya çıkmaktadır. Klasik kamu hizmeti anlayışı karşısında, hizmetin sunulmuş yönteminde, niteliğinde ve kapsamında meydana gelen değişiklikler, kamu hizmeti kavramının da değişmesine neden olmaktadır.⁵³⁵ Nitekim kamu hizmeti kavramının giderek belirsizleşmesiyle idare hukukunun uygulama alanını belirleyen bir ölçüt olarak kabul edilmesi mümkün olmamaktadır.⁵³⁶

Devletin işlevlerindeki dönüşüm 20'nci yüzyılın başı ile İkinci Dünya Savaşı arasındaki dönemde kamu hizmetleri alanının genişlemesiyle bir kriz yaratırken; 1970'lerin sonlarından itibaren yaşanan iktisadi krizle kamu hizmeti alanının daralması yönünde bir kriz belirmiştir.⁵³⁷ 1980 sonrasında, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemleri ağırlık kazanmıştır. Geniş anlamda özelleştirmenin etkisiyle kamu hizmetlerinden yararlananların müşteri olduğu kabul edilmekte; idari işlev ise söz konusu faaliyetlerin düzen ve denetimine yönelik bir kolluk haline gelmektedir.⁵³⁸ Kamu

kanunla belirlenir.” 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun’la Anayasa’nın 47’nci maddesine eklenen 4’üncü fıkra hükmünün, kamu hukuku rejiminin kamu hizmetlerinin ayırt edici özelliği olma niteliğine son verdiği kabul edilir. Elvin Evrim, Dalkılıç, “*İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devrine Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşımı*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 2, Yıl 2013, s.110.

⁵³⁵ Aytuğ Altın, “*Kamu Hizmeti Anlayışında Değişim*”, **Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 1, Sayı 2, Yıl 2013, s.111.

⁵³⁶ Günday, **İdare Hukuku**, s.31.

⁵³⁷ Onur Karahanoğulları, “*Kamu Hizmetleri Kavramı ve Kamu Hizmetleri Alanında Yeni Eğilimler*”, Şubat 2003, s.8. (<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/kamuhizmeti-yeniegilimler.pdf>, Erişim tarihi: 25.03.2018).

⁵³⁸ Cüneyt Ozansoy, “*Neoliberalizmin Dünyasında İdare Hukukuna Dair Birkaç Gözlem...*”, Hukuk ve Ekonomi İlişkisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Kamu Düzeni Kavramı (Birinci Gün-

hizmetlerinin klasik rejimi içinde açıklanamayan⁵³⁹ özel hukuka tabi iktisadi kamu hizmetleri alanının ve bu hizmetlerin yürütücüsü olan kamu iktisadi teşebbüslerinin, özelleştirmenin hukuki sonuçlarının, hukuki yapılanma yanında kamu hizmetinin ve kamu personelinin hukuki rejimi üzerindeki etkileriyle söz konusu krizlerin merkezinde yer aldığı görülmektedir. İktisadi kamu hizmetlerinin niteliklerinin kolaylıkla açıklanamamasının temel sebebi olarak, klasik idare hukuku anlayışının özel hukuk sözleşmesini yadsıması kabul edilmektedir.⁵⁴⁰

1. Yargı Organının Davacının Kimliği Uyarınca Hukuki Rejimi Belirlemesi

a. Davacının Üçüncü Kişi ya da KİT’lerde Çalışan Kamu Görevlisi Olması Halinde Faaliyetin “*Kamu Hizmeti*” Niteliğinin Önceliği

Kamu hizmetlerinin idare hukuku yanında özel hukuk rejimine de tabi olmasıyla birlikte kamu hizmeti kavramı, tek başına idari yargının görev alanını belirlemede bir ölçüt olabilme özelliğini kaybetmiştir.⁵⁴¹ Bu noktada özel hukuk kurallarına tabi olan iktisadi kamu kurumlarının yürüttüğü faaliyetlerin niteliği, hukuki tartışmaların

Birinci Oturum), **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, 8-11 Ocak 2008, Ankara Barosu Yayınları, Cilt 4, Ankara, 2008, s.35.

⁵³⁹ Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.92. Daha önce kamu hizmetlerinin tek tip olduğu kabul edilen hukuki rejimi için dönüm noktası olarak Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin Bac d’eloka kararına işaret edilmektedir. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.91-92.

⁵⁴⁰ Tekin Akıllıoğlu, “*Yönetim Hukumuz ve Geleceği*”, s.10 (<https://www.idare.gen.tr/akillioglu-yonetim.htm>, Yayın tarihi: 11.08.2004, Erişim tarihi: 15.12.2018).

⁵⁴¹ Şeref Gözübüyük- Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku**, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s.130-131. Kamu hukuku usullerinin kamu hizmetinin değişmez karakteri ve unsuru olmaktan çıktığı yönündeki kararı için bkz. UYM, E.1992/33, K.1992/36, T.26.10.1992, R.G.01.12.1992-21422.

odağındadır. Öyle ki, kamu tüzel kişilerinin mutlaka kamu yararı amacı gütmeyeceği ve kamu hizmeti sunmadığına ilişkin olarak iktisadi devlet teşekküllerinin ticari nitelikte faaliyette bulunmaları örnek gösterilmektedir.⁵⁴² Özel hukuk tüzel kişilerinin kurulmasındaki amaç, manevi olabileceği gibi iktisadi de olabilecektir; iktisadi bir amaç güdüp gütmemelerine ilişkin yapılan ayırım, bu tüzel kişilere uygulanacak hukuk kurallarının Medeni Kanun veya Ticaret Kanunu'ndan hangisine tabi olacağının tespiti açısından önem taşımaktadır.⁵⁴³ Kamu tüzel kişileri açısından tartışma konusu olan ise bir kamu tüzel kişinin salt ekonomik kazanç ya da kâr elde etmek amacı güdüp güdemeyeceğine ilişkindir. Bu yönde bir tespit, kamu iktisadi teşebbüslerinin yürüttükleri kamu hizmetlerini, onların iktisadi faaliyetlerinden ayırmaya da ışık tutacaktır. Bununla birlikte, yargının teşebbüsler tarafından yürütülen faaliyetlere ilişkin kararlarında, faaliyetin niteliğini “*kamu hizmeti*” ya da “*iktisadi faaliyet ya da ticari iş*” olarak ayırdığını; aynı teşebbüs tarafından yürütülen aynı faaliyeti, davacının kimliğine göre farklı olarak nitelediğini görmekteyiz. Kararların gerekçesi incelendiğinde görülmektedir ki, yargı organları, davalı kurumun görev ve yetkilerini tespit ederek kurumun kamu hizmetine ilişkin faaliyetlerini diğer faaliyetlerinden ayırmakla bu sonuca varmamaktadır. Davacının kimliği, kurum ile arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine ve rejimine ilişkin tespitte önem arz etmekle birlikte, kararlardaki asıl sorun, aynı idarenin bir görevinin hem kamu hizmeti hem de kararlarda olduğu gibi “*günlük iktisadi faaliyet*” olarak nitelendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Zira bu nitelendirme, kamu iktisadi teşebbüslerinin eylemlerinden doğan aynı zarara ilişkin sorumluluk rejimini etkilemekte ve değiştirmektedir. Bu başlık altında, yargı organlarının davacının kimliğine göre yaptığı hukuki ilişki tespiti üzerinden “*kamu hizmeti*”ni ölçüt olarak kullandığı kararlara yer verilecektir.

⁵⁴² Gözler, “*Kamu Tüzel Kişiliği*”, s.16.

⁵⁴³ Akipek - Akıntürk - Ateş, **Kişiler Hukuku**, s.525.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesine yönelik eylemleri nedeniyle TCDD'nin davalı olduğu ve hizmet dışındaki üçüncü kişilerin zarara uğramasına neden olan uyuşmazlıkların çözüm yeri konusundaki kararlarında Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, taraflar arasında yolcu sözleşmesi ya da 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun uygulanmasını gerektiren bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığını değerlendirdiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme, meydana gelen olay ile taşıma sözleşmesi arasında uygun illiyet bağı aramakta⁵⁴⁴; olayın, taşıma ilişkisi dışında gerçekleştiğini belirlemesi⁵⁴⁵ halinde kamu hizmeti yürüten TCDD'nin sorumluluğunun bu bağlamda idari yargı yerlerince idare hukuku ilkelerine göre saptanabileceğine hükmetmektedir. Hemzemin geçitte kara yolu taşıtları ile tren çarpışması sonucu meydana gelen kazalardan doğan ve üçüncü şahısların gördükleri zararın tazmini için TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü aleyhine açılan davaların çözümünün idari yargının görev alanına girdiğine karar veren Uyuşmazlık Mahkemesi'nin gerekçesinin esasını, TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün bir kamu kurumu olması ve kamu hizmeti yürütmesi oluşturmaktadır. Öyle ki Yüksek Mahkeme, bu davalara ilişkin tüm kararlarda yer alan "233 sayılı KHK

⁵⁴⁴ Tren beklerken tinercilerin kavgası sonucu trenle person arasına düşen yolcunun açtığı davaya ilişkin olarak UYM, bu olay ile taşıma sözleşmesi arasında uygun illiyet bağı olmadığına; idarenin güvenlik hizmetlerinin gereği gibi işleyip işleminin denetiminin, idari yargının görev alanına girdiğine karar vermiştir: UYM, E. 2014/1132, K.2014/1174, T.29.12.2014, R.G. 21.01.2015-29243. Bununla birlikte başka bir olayda, trenle seyahat ederken dışarıdan atılan taş ile yolcunun zarar görmesi durumunda ise taraflar arasındaki taşıma sözleşmesi sonucu, olayın özel hukuk kurallarına göre çözülmesi gereğine hükmedilmiştir. UYM, E.2011/93, K.2011/261, T.19.12.2011 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

⁵⁴⁵ Bir olayda UYM, hareket halindeki trenden düşen yolcu refakatçisinin, taşıma sözleşmesinin taraflarından biri olmaması dolayısıyla olayın taşıma ilişkisi dışında gerçekleştiğine ve hizmet kusurunun denetimin idari yargı yerlerince yapılacağına karar vermiştir. UYM, E.2002/74, K.2002/69, T.18.11.2002 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

ve Ana Statü⁵⁴⁶ ile, özerk bir tarzda ve ekonomik gereklere uygun olarak karlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda yönetilmesi amacıyla, İşletmenin iktisadi faaliyetleri bakımından özel hukuk hükümlerine tabi kılınmış olması, onun kamu hizmeti yürütmesine ve kamu kurumu niteliğine engel teşkil etmemektedir.” ifadesiyle TCDD’nin neden olduğu zararı, hizmet kusuru ile ilişkilendirmektedir. Bu nedenle TCDD’nin kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında kişilere verdiği zararın tazmini talebiyle açılan davada, hizmet kusuru ya da başka bir nedenle idarenin sorumlu olup olmadığının tespitinin idare hukuku ilkeleri uyarınca yapılacağı; bu bağlamda, Anayasa’nın 125’inci maddesinin son fıkrasında düzenlenen idarenin mali sorumluluğu ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2’nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında yer alan tam yargı davasında görevli yargı kolunun idari yargı olduğuna karar verilmektedir.⁵⁴⁷ Yüksek

⁵⁴⁶ Karar gerekçesinde söz konusu düzenlemelere, şu ifadelerle yer verilmektedir: “28/10/1984 tarih ve 18559 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü (TCDD) Ana Statüsünün ‘Amaç ve Kapsam’ başlıklı 1. maddesi ‘Bu Ana Statünün amacı; 8/6/1984 tarih ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi olarak söz konusu Kanun Hükmünde Kararname çerçevesinde faaliyette bulunmak üzere Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü adı altında teşkil olunan Kamu İktisadi Kuruluşunun hukuki bünye, amaç ve faaliyet konuları, organları ve teşkilat yapısı, müessese, bağlı ortaklık ve iştirakleri ile bunlar arasındaki ilişkileri ve ilgili diğer hususları düzenlemektedir...’ hükmünü taşımakta; ‘Hukuki Bünye’ başlıklı 3. maddesinde, bu Ana Statü ile teşkil olunan TCDD İşletmesinin, sermayesinin tamamı Devlete ait, tüzel kişiliğe sahip, faaliyetlerinde özerk ve sorumluluğu sermayesiyle sınırlı bir ‘Kamu İktisadi Kuruluşu’ olduğuna ve 233 sayılı KHK ile bu Ana Statü hükümleri saklı kalmak üzere özel hukuk hükümlerine tabi bulunduğuna işaret edilmekte; 4. maddesinde, sayılan Kuruluş amaç ve faaliyet konularının tamamına yakının ‘tekel’ kapsamında işler olduğu belirtilmekte; kuruluşu, yönetimi ve denetimi konularında 233 sayılı KHK hükümlerine paralel düzenlemelere yer verilmektedir.”

⁵⁴⁷ UYM, E.1998/63, K.1999/1, T.22.02.1999, R.G.23.03.1999-23648; UYM, E.1998/70, K.1999/3, T.22.02.1999 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.1999/37, K.1999/34, T.15.11.1999, R.G. 09.03.2000- 23988; UYM, E.1999/59, K.2000/4, T.27.03.2000, R.G.16.05.2000-24051; UYM, E.2000/16, K.2000/22, T.12.06.2000; UYM, E.2000/32,

Mahkeme'nin karar gerekçesine ilk bakışta, Mahkeme'nin bu kurumların iktisadi faaliyetleri ile kamu hizmetlerine yönelik faaliyetlerini birbirinden ayırdığı sanılmaktadır. Zira gerekçede de belirtildiği üzere, kurumun iktisadi faaliyetleri bakımından özel hukuka tabiiyeti, onun kamu hizmeti yürütmesine engel olarak kabul edilmemektedir. Ancak görülmektedir ki, davacının kimliğinin değiştiği benzer olaylarda, yargı bu kez, faaliyeti iktisadi olarak nitelemektedir.⁵⁴⁸

Hemzemin geçitte meydana gelen ve yukarıda sözü edilen kazalara ilişkin uyuşmazlıklarda Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, uyuşmazlığın işletenin hukuki sorumluluğu kapsamında çözümlenmesi gerektiği yönündeki iddialara ilişkin olarak durumu, 2918 sayılı Kanun açısından da değerlendirdiği; bu Kanun'un 85, 90 ve 106'ncı maddeleri uyarınca, hemzemin geçitin kara yolunun uzantısı olduğunu belirten bir tanım ve düzenleme bulunmaması ve ayrıca trenin bu düzenlemeler kapsamında bir motorlu taşıt sayılmamasından dolayı, iddianın kabulüne olanak bulunmadığını belirttiği görülmektedir. Bununla birlikte, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda 19.01.2011 günlü ve 27820 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 14, 15 ve 18'inci maddeleri ile yapılan değişiklikten sonra ise "2918 sayılı Yasanın 19.1.2011 günlü Resmi Gazetede

K.2000/35, T.03.07.2000 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2000/45, K.2000/45, T.23.10.2000 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2000/53, K.2000/53, T.20.11.2000 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2000/66, K.2000/70, T.18.12.2000 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2000/75, K.2001/5, T.26.02.2001; UYM, E.2001/24, K.2001/32, T.11.06.2001 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2001/56, K.2001/63, T.09.07.2001 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2001/68, K.2001/77, T.12.11.2001 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2002/93, K.2003/2, T.10.03.2003 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2003/29, K.2003/35, T.16.06.2003 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2003/113, K.2003/113, T.29.12.2003 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

⁵⁴⁸ Bu yöndeki kararlara bir sonraki başlık altında yer verilmiştir. Bkz. aşağıda s.159 vd.

yayımlanarak yürürlüğe giren 6099 sayılı Yasanın 14. maddesiyle değişik 110. maddesinde ‘İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dahil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez. Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümleri uygulanır.’” şeklindeki açık belirleme gerekçesiyle uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevli olduğu sonucuna varmaktadır.⁵⁴⁹

Demiryolu hattında meydana gelen kazalar, hemzemin geçitte tren ile diğer kara yolu taşıtlarının çarpışmasından ibaret değildir. Bu hat üzerinde meydana gelen kazalardan doğan 2011 tarihinden sonraki uyuşmazlıklarda Yüksek Mahkeme, öncelikle 2918 sayılı Kanun’un uygulama alanını ve bu Kanun’da yapılan 2011 yılı değişikliğini

⁵⁴⁹ UYM, E.2011/178, K.2011/274, T.19.12.2011 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2013/1099, K.2013/1248, T.01.07.2013, R.G. 01.08.2013-28725; UYM, E. 2013/1797, K.2013/2005, T.30.12.2013, R.G. 21.02.2014-28920; UYM, E.2018/448 K.2018/582, T.22.10.2018 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>). 2918 sayılı Kanun’da meydana gelen bu değişikliğe ilişkin Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ret kararını da gerekçesine ekleyen Uyuşmazlık Mahkemesi, “2918 sayılı Yasanın 19.1.2011 tarihinde yürürlüğe giren 110. maddesi ile Anayasa Mahkemesi’nin işaret edilen kararı gözetildiğinde, bahsi geçen Kanun maddesinin karayollarında, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzeninin sağlanarak trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemleri kapsadığı ve Kanunun, trafik ile ilgili kuralları, şartları, hak ve yükümlülükleri, bunların uygulanmasını ve denetlenmesini, ilgili kuruluşları ve bunların görev yetki ve sorumlulukları ile, çalışma usullerini kapsadığı, dolayısıyla oluşan trafik kazası nedeniyle açılacak sorumluluk davalarının görüm ve çözümünde adli yargının görevli olduğu; meydana gelen zararın tazmini istemiyle açılan bu davanın da adli yargı yerinde çözümlenmesi” gerektiği sonucuna varmaktadır. UYM, E.2014/704, K.2014/762, T.14.07.2014, R.G. 26.07.2014-29072; UYM, E.2015/105, K.2015/122, T.02.03.2015, R.G. 27.03.2015-29308; UYM, E. 2016/23, K.2016/60, T.15.02.2016, R.G. 08.03.2016-29647.

açıklamakta ve olayın -kazanın- gerçekleştiği yeri, bu düzenlemeler kapsamında değerlendirmektedir. Yaptığı değerlendirme ile “*Bu durumda dava konusu olayın, trenle binış, iniş veya trenle yolculuk sırasında ya da hemzemin geçitte meydana gelmediği açıktır. Dolayısıyla taraflar arasında yolcu taşıma sözleşmesinin veya 2918 sayılı Yasanın uygulanmasını gerektiren bir hukuki ilişkinin varlığından söz edilmesi de mümkün olmayacaktır.*” gerekçesiyle ve Ana Statü çerçevesinde yaptığı değerlendirmeye TCDD’nin kamu hizmeti yürüten ve tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu olduğunu; 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve Ana Statü ile özerk bir tarzda ve ekonomik gereklere uygun olarak kârlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda yönetilmesi amacıyla işletmenin iktisadi faaliyetleri bakımından özel hukuk hükümlerine tabi kılınmış olmasının, onun kamu hizmeti yürütmesine ve kamu kurumu niteliğine engel teşkil etmediğini belirtmektedir. Yüksek Mahkeme, “*İdarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetine ilişkin olarak uygulamaya koyduğu plan ve projeye göre meydana getirdiği yol, kanal, baraj, su yolları, su şebekesi gibi tesislerin kurulması, işletilmesi, bakım ve onarımı sırasında kişilere verdiği zararların tazmini istemiyle açılacak davaların; Anayasa’nın 125’inci maddesinin son fıkrasında yer alan, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralı ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2’nci maddesinin 1 ‘inci fıkrasının (b) bendindeki, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları ihlal edilenler tarafından açılan tam yargı davalarına idari yargı yerlerinde bakılacağı yolundaki düzenleme uyarınca, İdari Yargı’nın görevinde bulunmaktadır.*” gerekçesiyle TCDD’nin sunduğu kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla kurulan demir yolu hattı boyunca alınan önlemlere ilişkin idarenin kusurunu ya da sorumluluğunu gerektirecek nedenlerin araştırılması gereğiyle davanın çözümünde idari yargının görevli olduğuna

hükmetmektedir.⁵⁵⁰ Demir yolu tüneline geçmek isteyen kişinin, kopmuş elektrifikasyon seyir teline temas etmesi sonucunda gördüğü zararın tazminine ilişkin davada⁵⁵¹; trenin geçişi sırasında fırlayan fren balatasının bir kişinin başına isabet etmesi nedeniyle doğan zararın tazminine ilişkin davada⁵⁵²; demir yolu hattında ray tamirâtı, bakım ve onarım ile kaynak işleri sırasında, ray kesme makinesinden çıkan kıvılcımların otları tutuşturması nedeniyle çıkan yangın sonucu tarlalardaki ekinlerin yanması ile oluşan zararın tazmini için açılan davada⁵⁵³; demir yolu köprüsünü boyama faaliyetleri sırasında çıkan yangın nedeniyle devlet ormanının yanmasından doğan zarara ilişkin açılan davada⁵⁵⁴ kamu hizmetinin yönteminin ve hukuka uygun yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusurunun veya başka nedenle idarenin sorumluluğunun varlığının tespiti amacıyla görevli yargı düzeninin idari yargı olduğuna karar verilmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin TCDD dışındaki kamu iktisadi teşebbüslerinin eylemlerinden üçüncü kişilerin zarar görmesi halinde ortaya çıkan uyuşmazlıklar hakkında verdiği kararlarında da, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile iktisadi faaliyetleri bakımından özel hukuka tabi kılınmış olsa da kurumun kamu kurumu

⁵⁵⁰ UYM, E.2013/918, K.2013/1048, T.04.06.2013, R.G.16.07.2013-28709; UYM, E.2013/1023, K.2013/1180, T.01.07.2013, R.G. 01.08.2013-28725; UYM, E.2014/70, K.2014/64, T.27.01.2014, R.G. 12.03.2014-28939; UYM, E.2014/249, K.2014/288, T.03.03.2014, R.G. 15.04.2014-28973; UYM, E.2014/719, K.2014/774, T.14.07.2014, R.G. 26.07.2014-29072; UYM, E.2015/242, K.2015/256, T.06.04.2015, R.G. 30.04.2015-29342; UYM, E.2016/334, K.2016/609, T.26.12.2016, R.G. 19.01.2017-29953.

⁵⁵¹ UYM, E.2000/47, K.2000/52, T.20.11.2000, R.G. 03.04.2001-24362.

⁵⁵² UYM, E.2003/14, K.2003/21, T.28.04.2003, R.G. 07.07.2003-25161.

⁵⁵³ UYM, E.2008/56, K.2008/289, T.17.11.2008 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

⁵⁵⁴ UYM, E. 2015/575, K.2015/589, T.28.09.2015, R.G. 03.11.2015-29521.

niteliğinin değişmemesi⁵⁵⁵; yürüttüğü hizmetin kamu hizmeti niteliğinde olması⁵⁵⁶ gerekçeleriyle uyuşmazlığın idare hukuku esaslarına göre çözülmesine karar verdiği görülmektedir. Zira Mahkeme, kamu hizmeti yürütülmesi amacıyla kamu gücüne dayanılarak gerçekleştirilen faaliyetlerin idari eylem niteliği taşıdığından bahisle açılan tazminat davalarının, idari yargı yerlerince görülmesini gerekli bulmaktadır.⁵⁵⁷ Yüksek Mahkeme, davalı kamu iktisadi teşebbüsünün özelleştirme kapsamında bulunduğu hallerde verdiği kimi kararlarında, ortaya çıkan zararlara yönelik görev uyuşmazlığında, olay tarihi itibarıyla kurumun kamu kurumu olması halinde davanın tam yargı davası niteliğinde olduğunu kabul ederken⁵⁵⁸; kimi kararlarında ise davanın açıldığı tarihte davalı mevkiinde bulunan şirketin kamu kuruluşu niteliği taşımadığından bahisle idari bir

⁵⁵⁵ Makine Kimya Enstitüsü Kurumu'nun bağlı ortaklığı olan MÜHİMMATSAN A.Ş. fabrikasında meydana gelen patlamadan dolayı konutu zarar gören kişi tarafından açılan davada, ortaya çıkan görev uyuşmazlığına yönelik olarak UYM, şirketin görev alanı itibarıyla hizmetin kuruluş ve işleyişinin tehlike ve risk taşıdığı; bu itibarla uyuşmazlığın AY m.125/son ve İYUK m. 2/1-b gereği idari yargıda çözümlenmesi gerektiğine hükmetmektedir. UYM, E.1998/76, K.1998/72, T.28.12.1998, R.G. 05.02.1999- 23602.

⁵⁵⁶ Çalışma alanında gerekli önlemleri almayarak maddi hasarlı bir trafik kazasının meydana gelmesine neden olan Çoruh Elektrik Dağıtım A.Ş. hk. karar için bkz. UYM, E. 2007/538, K.2008/193, T.07.07.2008, R.G.24.07.2009-27298. Mahkeme, kararında şu tespite de yer vermektedir: “Öte yandan, davacı Sigorta Şirketi, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1301. maddesinde yer alan, ‘Sigortacı sigorta bedelini ödedikten sonra hukuken sigorta ettiren kimse yerine geçer. Sigorta ettiren kimsenin vâkı zarardan dolayı üçüncü şahıslara karşı dava hakkı varsa, bu hak, tazmin ettiği bedel nispetinde sigortacıya intikal eder’ hükmü uyarınca zarar görenin kanuni halefi olduğundan, incelenen uyuşmazlığın konusunu oluşturan dava tipik bir tam yargı davasıdır.

Bu nedenle, uyuşmazlığın, adli yargı yerinde aleyhine açılan tazminat davasını kaybedenler tarafından, hissesinden fazla ödediği miktardan sorumlu bulunan idare aleyhine açılan ve bir borçlar hukuku müessesesi olan ‘rücuen alacak’ davası kapsamında olmadığı açıktır.”

⁵⁵⁷ UYM, E.2017/232, K.2017/429, T.10.07.2017 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

⁵⁵⁸ UYM, E.2007/392, K.2008/41, T.03.03.2008, R.G. 05.08.2008-26958; UYM, E.2009/21, K.2010/31, T.01.03.2010 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

davadan söz edilemeyeceğine ve uyuşmazlığın adli yargının görev alanına girdiğine karar vermektedir.⁵⁵⁹

Kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından yürütülen kamu hizmetleri sırasında gerçekleşen eylemlerden doğan zararlara ilişkin olarak Yargıtay ise bazı kararlarında, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de üçüncü şahısların sözleşme dışı ilişkiler nedeniyle uğradıkları zararlar sonucu açılacak davaların, idare hukuku hükümlerine tabi olacağı yolunda bir kural bulunmadığından⁵⁶⁰; bu kurumların, kuruluş yasalarında açık bir hüküm bulunmadığı hallerde tüm hukuki ilişkilerinde (sözleşme, haksız eylem, sebepsiz iktisap vb.) özel hukuk hükümlerine tabi olacaklarını ve davaya konu olayın bir kamu hizmetinin görülmesi sırasında gerçekleşmesine rağmen taraflar arasında meydana gelen davaya konu hukuki ilişkinin (sözleşme dışı sorumluluk) incelenmesinde özel hukuk hükümlerinin (TBK. m. 41, 55, 58) uygulanması gerektiğini belirtmektedir.⁵⁶¹

⁵⁵⁹ UYM, E.2010/137, K.2011/18, T.07.02.2011 (www.uyusmazlik.gov.tr); UYM, E.2015/754, K.2015/772, T.30.11.2015 (www.uyusmazlik.gov.tr); UYM, E.2017/212, K. 2017/280, T.08.05.2017 (www.uyusmazlik.gov.tr); UYM, E.2018/395, K.2018/420, T.25.06/2018 (www.uyusmazlik.gov.tr).

⁵⁶⁰ Davanın konusu, davacının, davalı TEK Erciyes Dağıtım Müessesesi’nin hatalı elektrik hattı çekmesi sonucu evinin yandığı iddiasıyla oluşan zararının tazminine ilişkindir. Y.4HD, E.1990/4231, K.1991/3143, T.29.03.1991 (LBEHB).

⁵⁶¹ Dava, Türkiye Elektrik Kurumu’na ait yüksek gerilim hattının çekilmesi sırasında gerekli önlemler alınmadığından oluşan kazada çocuklarının öldüğünü ileri süren davacılar tarafından, maddi ve manevi tazminat isteği ile açılmıştır. Yargıtay kararının gerekçesinde ayrıca şu ifadeler yer almaktadır: “(...) davalının bir kamu kuruluşu olmasına ve davaya konu olayın bir kamu hizmetinin görülmesi sırasında gerçekleşmesine rağmen taraflar arasında meydana gelen davaya konu hukuki ilişkinin (sözleşme dışı sorumluluk) incelenmesinde özel hukuk hükümlerinin (BK. m. 41, 55, 58) uygulanması gerekir. Aslında bu hüküm kamu iktisadi teşebbüsleri için 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile getirilmiş yeni bir kural değildir. Onların yürürlükten kaldırılmış önceki özel kuruluş yasalarında da benzer kurallar bulunmaktaydı. Hukuk öğretisi de bu yoldadır (Bkz. S. Sami Onar, İdare Hukuku Umumi Esasları, c. II, s. 917 vd).” Y.4HD, E.1986/277, K.1986/932, T.06.02.1986 (LexHBS).

Yargıtay’ın bir kararında, kamu hizmetine ilişkin olmakla birlikte “*özel hukuk kuralları altında, özel hukuk tüzel kişisi gibi yaptığı eylem ve işlemleri, özel hukuk alanına ilişkin olduğundan bunlar idari eylem ve işlem olarak nitelendirilemez. Kamu idare ve kurumlarının kamu otoritesinin (egemenlik hakkının) bir temsilcisi olarak yaptığı faaliyetlerinde veya ondan kaynaklanan eylemlerinde hizmet unsuru söz konusu olduğu halde, kamu tüzel kişilerinin özel hukuk tüzel kişisi olarak yürüttüğü hizmetlere ilişkin faaliyetleri sırasında meydana gelen zararlardan ötürü, ilgili kamu tüzel kişisinin sorumluluğu*”nun özel hukuk esaslarına göre belirlenmesi gerektiğine karar verdiği görülmektedir.⁵⁶² Buna karşılık, Yüksek Mahkeme’nin kamu kurumu tarafından kamu yasaları uyarınca yapılmış tesislere bakma ve o tesisleri kullanma yükümlülüğünün, yine kamu yasalarından doğan bir yükümlülük olduğundan bahisle bu nitelikte bir kusurdan doğan zararların idari karar ve eylemlerden doğan zarar niteliğinde olduğu yönünde bir kararı da bulunmaktadır.⁵⁶³ Zararın kamu hizmeti niteliğindeki idari faaliyetlerin

⁵⁶² Y.4HD, E. 2003/138, K.2003/706, T.23.01.2003 (LexHBS).

⁵⁶³ Dava, demir yolundan geçmek isterken tren çarpması sonucu ölen davacıların desteğinin tazminat istemine ilişkindir. YHGK, E.2010/178, K. 2010/206, T.07.04.2010 (LexHBS).

yürütülmesi sırasında meydana gelmiş olması halinde⁵⁶⁴, hizmet kusurundan doğması⁵⁶⁵ nedeniyle tazminine ilişkin taleplerin tam yargı davası olarak idari yargıda açılacak davada ileri sürülmesi gerekmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından gerçekleştirilen bir eylemden zarar gören kişinin, bu teşebbüslerde çalışan bir kamu görevlisi olması halinde ortaya çıkan zararın, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin görevi sırasında uğradığı zarar olmasından bahisle uyuşmazlığın idare hukuku esaslarına göre idari yargı yerlerince incelenmesi gerektiğini belirtmektedir.⁵⁶⁶ Davacının, hizmet sözleşmesi çerçevesinde bir

⁵⁶⁴ Dava, TPAO Genel Müdürlüğü tarafından yürütülen sondaj çalışmaları nedeniyle ağır tonajlı araçların yapımı tamamlanan yolun bir kısmını tahrip etmesinden doğan zararın tazminine ilişkindir. Y.4HD, E.2013/12041, K.2014/7633, T.13.05.2014 (LexHBS). Karara karşı oy gerekçesi, TPAO'nun tacir sıfatına ve özel hukuk kişisi gibi yaptığı işlemlerin idari işlem ya da eylem olarak nitelendirilemeyeceğine dayanmaktadır: “Öncelikle, davalı TPAO' lığının hukuki statüsünün irdelenmesi gerekir (....) TPAO' lığı özel hukuk hükümlerine göre idare edilen bir kamu kuruluşu olmasının yanında, ticari şekilde veya iktisadi esaslara göre işletilmekte; yaptığı işler itibariyle ticarethane sayılmakta ve sonuç itibariyle de çok açık biçimde tacir sıfatını taşımaktadır. TPAO' lığının TTK' nun 3. maddesinde sayılan haksız fiilden kaynaklanan eldeki davanın, hizmet kusuru bulunduğu bahisle idari yargı yerinde görüleceğinin ileri sürülmesi mevcut yasal düzenleme ve eylemsel uygulama karşısında geçerli bir görüş olarak benimsenemez. Kamu tüzel kişilerinin kamu hizmetine ilişkin olmakla beraber özel hukuk kuralları altında, özel hukuk tüzel kişisi gibi yaptığı eylem ve işlemleri, özel hukuk alanına ilişkin olduğundan bunlar idari eylem ve işlem olarak nitelendirilemez. Hal böyle olunca tacir sıfatını taşıyan davacı ile yine açıklanan nedenlerle tacir olduğu kabul edilmesi gereken davalı TPAO arasındaki haksız fiilden kaynaklanan davaya adli yargı yerinde bakılacağına kuşku yoktur.”

⁵⁶⁵ Dava, Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü'ne bağlı (S...) Suyu Tarım İşletmeleri'nin çalışanları tarafından, olay yerine bırakılan kale direklerinin çocuklarının başına düşmesi nedeniyle hayatını kaybetmesi üzerine açılmıştır. Y.4HD, E.2014/5120, K.2014/15510, T.18.11.2014 (LBEHB).

⁵⁶⁶ Dava, trenin raydan çıkarak devrilmesi sonucu olan kazada hayatını kaybeden bilet kondüktörünün ölümü nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. UYM, E.2006/213, K.2006/268, T.25.12.2006 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

çalışan olduğu bir kararında Yüksek Mahkeme'nin, “399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin ‘İstihdam Şekilleri’ başlıklı 3'üncü maddesinin (a) bendinde, teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda hizmetlerin memurlar, sözleşmeli personel ve işçiler eliyle gördürüleceği, ‘Sosyal Güvenlik’ başlıklı 12'nci maddesinde, sözleşmeli statüde istihdam edilecek personelin 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununa tabi olduğu hüküm altına alınmıştır. / Buna göre, TCDD İşletmesinin, tekel kapsamında kamu hizmeti yürüten, tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu; kurum çalışanlarının da kamu personeli olduğu tartışmasızdır.” ifadeleriyle davacının hukuki statüsünü değerlendirdiği ve yeterli denetimin yapılmaması, gerekli önlemlerin alınmaması nedeniyle oluşacak zararlardan dolayı tazminle sorumlu olan idareye karşı açılacak tam yargı davasında idari yargının görevli olduğuna karar verdiği görülmektedir.⁵⁶⁷ Kamu hizmetine katılan kişilerin görev sırasında ve görev nedeniyle uğradıkları zararlara görev arasında doğrudan bir ilişki olduğu açıktır.⁵⁶⁸ Bununla birlikte, kurum tarafından kiralanan aracın karıştığı trafik kazası sonucunda yaralanan dağıtıcı olarak görev yapan personelin uğradığı zararın tazmini için açılan davada, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu yönünden bir değerlendirme yapan Mahkeme, “ (...)posta dağıtım hizmetinde kullanılan araç idareye ait olmadığı gibi, uzun süreli bir kiralama ya da aracın idare adına işletilmesi de söz konusu olmadığından işleten veya işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibi sıfatını

⁵⁶⁷ Dava, TCDD Genel Müdürlüğü 2. Bölge Behiçbey Malzeme Müdürlüğü'nde uzman teknisyen olan davacının, Karabük Demir Çelik Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin fabrikasından alınacak malzemelerin kontrolü sırasında ray parçasının kendisine çarpmasıyla gördüğü zarar nedeniyle açılmıştır. UYM, E.2015/660, K.2016/189, T.11.04.2016, R.G. 08.05.2016-29706.

⁵⁶⁸ Hüseyin Çelikkol, “İdarenin Objektif Sorumluluğu”, **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı 2, Yıl 1985, s.22.

taşımayan idarenin, anılan Yasanın 85. maddesinde düzenlenen sorumlulukla herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Söz konusu sorumluluğun, ancak aracın işleteni ve sürücüsü olan kişi aleyhine açılan davada esas alınacağı doğaldır.” gerekçesiyle posta dağıtım hizmetini yerine getirirken doğan zararın idarece tazmini talebinin, Anayasa’nın 125’inci maddesi uyarınca, kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında kamu görevlisinin uğradığı zararlardan dolayı idarenin hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk esasları çerçevesinde idari yargı yerlerinde değerlendirileceğini belirlemektedir.⁵⁶⁹ Posta dağıtıcısının PTT Genel Müdürlüğü tarafından kiralanan araçta bulunması ve trafik kazası sonucu hayatını yitirmesinden kaynaklanan zararın tazmini için açılan bir başka davaya ilişkin ortaya çıkan görev uyuşmazlığının çözümünde, 2918 sayılı Kanun’un 85’inci ve 106’ncı maddeleri yanında 110’uncu ve geçici 21’inci maddelerine dikkat çekilmektedir. Zira uyuşmazlık konusu aynı olmasına rağmen, “2918 sayılı Kanun’un 110. maddesinde 6099 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle, işleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davalarının, adli yargıda görüleceği, zarar görenin kamu görevlisi olmasının, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemeyeceğinin açıkça

⁵⁶⁹ “2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 85. maddesi ile, işleten ve teşebbüs sahibi, bir motorlu aracı işletilmesinden ve bu arada aracın sürücüsünün ve işletme yardımcılarının eylem ve davranışlarından dolayı üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardan, kusurlu olup olmamalarına bakılmaksızın ‘tehlike esası’na göre sorumlu tutulmuşlar; 106. madde ile de, maddede sayılan kamu kurum ve kuruluşları da işleten gibi aynı hukuki sorumluluğa tabi kılınmışlardır.

Anılan Yasa’da, ‘İşleten: Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehni gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir. Ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracını kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır.’ tanımına yer verilmiştir.” UYM, E.2005/52, K.2005/64, T.11.07.2005 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2004/97, K.2005/10, T.16.05.2005. (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

belirtilmiş olması” gerekçesiyle uyuşmazlığın görüm ve çözümünde adli yargının görevli olduğu sonucuna varılmıştır.⁵⁷⁰ Bu kararlardaki kamu görevlisi vurgusu, Yüksek Mahkeme’nin oluşturduğu gerekçe bakımından bir önem taşımaktadır. Zira teşebbüs çalışanın dar anlamda kamu görevlisi olmadığı durumlarda, Mahkeme’nin davacının kurumdaki istihdam şekline değinmeden üçüncü kişinin zarar görmesi yönündeki gerekçelerle idari yargının görevli olduğunu kabul ettiği görülmektedir. Sonuç olarak, özel bir kanuni düzenleme ile adli yargının görevli kılınmaması ve davacının hizmetten yararlanan olarak idare ile bir sözleşme ilişkisinde bulunmaması halinde, kamu iktisadi teşebbüslerinin eylemlerinden doğan zararların hizmet kusuru kapsamında idari yargı yerlerinde açılacak tam yargı davalarına konu edilmesi gerektiği yönündeki kararlar çoğunluktadır.

b. Davacının Hizmetten Yararlanan Olması Halinde Faaliyetin “İktisadi”

Niteliğinin Önceliği

Bireylerin kamu hizmetleri karşısında hizmetten yararlananlar olarak hukuki durumları, kamu hizmetinin yürütülmesinin tabi olduğu rejime göre farklılık göstermektedir. Bu bağlamda, karma hukuki rejime tabi olan iktisadi kamu hizmetleri karşısında, bireylerin hukuki durumları aradaki sözleşme ilişkisine dayandırılmakta ve özel hukuka tabi olmaktadır.⁵⁷¹ Özel hukuka tabi kamu hizmetleri çerçevesinde idarenin eylemlerinin neden olduğu zararlar ve bu zararlar karşısında idarenin tabi olduğu sorumluluk esasları ve görevli yargı düzenine ilişkin istikrarlı bir uygulama, ancak bu alanda geliştirilen öncül ilkeler ile mümkündür. Bu hususta bir inceleme için yine öncelikle yüksek mahkemelerin geliştirdiği içtihadı değinmemiz gerekmektedir.

⁵⁷⁰ UYM, E.2010/100, K.2011/12, T.07.02.2011, R.G. 14.10.2011-28084.

⁵⁷¹ Duran, **İdare Hukuku**, s.324-325; Günday, **İdare Hukuku**, s.341.

Bu konuda sıklıkla karşımıza çıkan örneklerden ilki, TCDD'nin taraf olduğu uyuşmazlıklardır. Yaşanan tren kazalarında zarar gören yolcular ya da onların yakınları tarafından açılan davalarda ortaya çıkan görevli yargı düzeni sorunu Uyuşmazlık Mahkemesi'nin önüne gelmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi yaptığı değerlendirmede, TCDD'nin tekel kapsamında kamu hizmeti yürüten, tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu olmakla birlikte *“233 sayılı KHK ve Ana Statü ile, özerk bir tarzda ve ekonomik gereklere uygun olarak kârlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda yönetilmesi amacıyla, işletme, iktisadi faaliyetleri bakımından özel hukuk hükümlerine tabi kılınmış”* olduğunu ve bu nedenle öncelikle yürütülen faaliyetin ve TCDD ile zarar gören arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Yüksek Mahkeme, yolcu ölümünden doğan zarara ilişkin bir uyuşmazlıkta verdiği kararında, yürürlükte olan mevzuat uyarınca TCDD Ana Statüsü'nde, demir yolu taşımacılığının TCDD'nin faaliyet konuları arasında olduğunu; 6752 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 12'nci maddesi uyarınca, kara, deniz ve havada, nehir ve göllerde yolcu ve eşya taşımak üzere kurulan müesseselerin ticarethane sayılacağını; 7981'inci maddesi uyarınca, yolcuların, taşıyıcılar tarafından iç hizmetleri tanzim için konmuş olan usul ve talimatı ihlal etmemekle mükellef olduklarını; 806'ncı maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca, taşıyıcının, yolcuları gidecekleri yere sağ ve salim olarak ulaştırmakla mükellef bulunduğunu; yolcuların kazaya uğramaları halinde bundan doğacak zararların taşıyıcı tarafından tazmin edileceğini; yolcunun kaza neticesinde ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalan kimselerin dahi uğradıkları zararlara karşılık taşıyıcıdan tazminat isteyebileceklerini; ancak taşıyıcının, kazanın kendisine ve yardımcılara yükletilmesi mümkün olan bir kusurdan doğmadığını ispat ettiği takdirde bu iki haldeki tazminattan kurtulacağını belirtmektedir. Yüksek Mahkeme, bu düzenlemeler uyarınca *“yolcu taşıma işinin ücret karşılığında yapılan ticari bir faaliyet niteliği taşıdığı ve bu işi yapanın da tacir olduğu”*nu ve olayda zarar görenin yolcu, TCDD'nin ise taşıyıcı olması

dolayısıyla taraflar arasında taşıma sözleşmesine dayanan bir özel hukuk ilişkisi olduğunu; olayda, idari bir eylem ya da işlemten doğmuş herhangi bir zarar söz konusu olmadığını; davanın çözümünde adli yargının görevli olduğunu belirlemiştir.⁵⁷² Yüksek Mahkeme, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonraki daha yakın tarihli bir kararında da, trenin hareketi esnasında trenden düşme nedeniyle uğranılan zarara ilişkin açılan davada, görevli mahkemenin tespitine yönelik “*iktisadi devlet teşekkülü statüsünde olan ve davacı ile arasında, yürütülen taşıma faaliyeti kapsamında yapılmış taşıma sözleşmesi ilişkisi bulunan davalının, taşıma sırasında gerçekleşen kaza nedeni ile uğranıldığı iddia olunan zararı giderme borcunun, özel hukuk hükümleri çerçevesinde adli yargı yerinde ele alınması gerektiği*”ne hükmetmektedir.⁵⁷³

⁵⁷² UYM, E.2008/363, K.2009/27, T.02.02.2009.

⁵⁷³ UYM, E.2016/135, K.2016/194, T.11.04.2016 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>) Yeni TTK uyarınca karar gerekçesinde söz konusu yasal düzenlemeler, şu ifadelerle aktarılmıştır: “Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun ‘Taşıma İşleri’ başlıklı 4. Kitabının, ‘Yolcu Taşıma’ başlıklı 5. Kısımında yer alan ‘Taşıyıcının Sorumluluğu’ başlıklı 914. Maddesinde “(1) Taşıyıcı, yolcuları rahat bir yolculukla ve sağlıklı olarak gidecekleri yere ulaştırmakla, özellikle hava, ses, yer ve çevre kirliliğine meydan vermemek için gerekli düzeni kurmakla, gerekli diğer tüm önlemleri almak ve mevzuatta öngörülen kurallara uymakla yükümlüdür. (2) Taşıyıcı, yolcuların kazaya uğramalarından doğacak zararı tazmin eder. Yolcunun kaza sonucunda ölmesi hâlinde, onun yardımından yoksun kalanlar uğradıkları zararın tazminini taşıyıcıdan isteyebilirler. Ancak, taşıyıcı, kazanın kendisinin veya yardımcılarının en yüksek özeni göstermelerine rağmen, kaçınamayacakları ve sonuçlarını önleyemeyecekleri bir sebepten ileri geldiğini ispat ederse tazminattan kurtulur. (3) Taşıyıcı, bilette belirtilen yerin başka bir kişiye verilmesi, bilette gösterilen araç yerine onunla aynı düzeyde olmayan başka bir aracın sefere konulması, aracın belli saatten önce hareketi nedeniyle yolcunun yetişememesi, taşıma aracında durumun gerektirdiği ilk yardım malzemelerinin ve ilaçlarının bulundurulmaması veya bunlardan derhâl yararlanma imkânının sağlanmamış olması sebebiyle de, ikinci fıkraya göre sorumludur; herhangi bir zarar ispat edilmese bile taşıyıcı bilet parasının üç katını tazminat olarak öder. (4) Üçüncü fıkrafta gösterilen hareketleri yapan araç şoförleri, araçları emri altında bulunduran kişiler ile araçları taşıma işinde kullanılanlar, şikâyet üzerine, kolluk görevlileri

tarafından yüz Türk Lirasından binbeşyüz Türk Lirasına kadar idari para cezasıyla cezalandırılır.” denilmek sureti ile yolcunun, taşıma sözleşmesinin tamamlanmasının ardından, taşıma sırasında meydana gelen olaylardan doğan zararını, taşıyıcıdan isteyebileceği düzenlenmiştir.

Yine Aynı Kanunun ‘Ticari davalar, çekişmesiz yargı işleri ve delilleri’ başlıklı 4. Maddesinde; “(1) Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın;

a) Bu Kanunda,

b) Türk Medenî Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde,

c) 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde,

d) Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta,

e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde,

f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde, öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır.

(2) Ticari davalarda da deliller ile bunların sunulması 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine tabidir.” denilmek sureti ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenip, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar dışındaki tüm davaların ticari dava niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Aynı Kanunun ‘Ticari davalar ve çekişmesiz yargı işlerinin görüleceği mahkemeler’ başlıklı 5. Maddesinin 1. Fıkrasında da “Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir.” denilmek sureti ile de ticari davalara Asliye Ticaret Mahkemeleri’nde bakılacağı açıkça düzenlenmiştir.”

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, yolcu taşıma işinin ücret karşılığında yapılan ticari bir faaliyet niteliği taşıdığı ve yolcu ile taşıyıcı arasındaki taşıma sözleşmesinin bir özel hukuk ilişkisi olması dolayısıyla ortada bir idari eylem ya da işleminden doğan zarar olmadığı şeklindeki içtihadına yönelik kimi kararlarında, Anayasa Mahkemesi'nin kamu hizmetlerinden ücret alınabileceği yönündeki kararına da yer vererek TCDD'nin kârlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda ticari alanda yürüttüğü taşımacılık faaliyetinin özel hukuk kurallarına tabi olduğunu belirlediği görülmektedir. Mahkeme, bu yöndeki gerekçesinde, *“Anayasa Mahkemesi 18.2.1985 günlü, E: 1984/ 9, K: 1985/ 4 sayılı kararında, karayollarından, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demiryolları, hava yolları, kimi hastane ücretleri gibi, ekonomik koşullara göre oluşturulan ve tesislerin bakımını, idamesini ve yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için yapılan ödemeleri, belirli kamu hizmetleri karşılığında kişilerden alınan, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden ayrı kabul etmiş olup; bu kabule göre, demiryollarından alınan yolcu taşıma ücretlerinin, kamu gücüne dayanılarak alınan vergi benzeri mali yükümlülükler kapsamında olmadığı da açıktır.”* şeklindeki ifadesiyle, faaliyetin ücret karşılığı yapılan bir ticari faaliyet olduğunu vurgulamak çabasıındadır.⁵⁷⁴ Demir yoluyla taşımacılık hizmetini tekel olarak yürüten davalı TCDD ile hizmetten yararlanan davacı arasında özel hukuk hükümlerine dayalı olarak kurulan taşımacılık ilişkisinden kaynaklanan davanın çözümünde adli yargının görevli olduğuna, Danıştay tarafından da karar verilmektedir.⁵⁷⁵

⁵⁷⁴ UYM, E.1999/56, K.2000/3, T.27.3.2000 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); Benzer yönde kararlar için bkz. UYM, E.2000/6, K.2000/5, T.27.03.2000, R.G.16.05.2000-24051; UYM, E.2000/8, K.2000/6, T.27.03.2000 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2000/12, K.2000/8, T.27.03.2000 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E. 2000/9, K.2000/7, T.27.03.2000; UYM, E.2000/25, K.2000/27, T.12.06.2000, R.G. 27.07.2000-24122.

⁵⁷⁵ D.10D, E.1996/9554, K.1998/1981, T.13.05.1998 (LexHBS).

Kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin eylemlerden doğan zararların sıklıkla uyuşmazlık konusu olduğu bir alan da posta hizmetleridir. Yüksek Mahkeme, ÖSYM sınav giriş belgesinin sınav tarihinden önce adrese ulaştırılamaması⁵⁷⁶; postaya verilen belgelerin geç ulaştırılması ya da ulaştırılamaması nedeniyle ödenen idari para cezası⁵⁷⁷; gönderilen iadeli taahhütlü mektupların kaybolması⁵⁷⁸; eski hükümlü ve işsiz olan davacıya işe davet mektubunun zamanında ulaştırılamaması⁵⁷⁹; borca ilişkin takip dosyasında usulüne uygun ödeme emri gönderilmemesi⁵⁸⁰ gibi çok çeşitli konularda oluşan zararların tazmini istemiyle açılan uyuşmazlıklara yönelik görevli yargı yerinin tespitine ilişkin kararlarında, tekel kapsamında kamu hizmeti yürüten tüzel kişiliği haiz bir kamu kurumu olan PTT'nin “233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve Ana Statü ile, özerk bir tarzda ve ekonomik gereklere uygun olarak karlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda yönetilmesi amacıyla, iktisadi faaliyetleri bakımından özel hukuk hükümlerine tabi kılındığı”nı; posta hizmeti sunan PTT ile hizmetten yararlananlar arasındaki hukuki ilişkinin, “kuruluşun günlük iktisadi faaliyetlerinden doğan bir özel hukuk ilişkisi niteliği” taşıdığını tespit etmektedir.⁵⁸¹

⁵⁷⁶ UYM, E.2005/63, K.2005/78, T.10.10.2005 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

⁵⁷⁷ UYM, E.2005/8, K.2005/26, T.04.04.2005 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2010/325, K.2011/106, T.06.06.2011 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

⁵⁷⁸ UYM, E.2006/280, K.2006/244, T.11.12.2006, R.G. 21.07.2007-26589.

⁵⁷⁹ UYM, E.2007/552, K.2008/161, T.02.06.2008 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

⁵⁸⁰ UYM, E.2013/810, K.2013/962, T.04.06.2013, R.G. 16.07.2013-28709.

⁵⁸¹ Benzer yöndeki bir karardaki karşı oy gerekçesi ise şu şekildedir: “Davacı, uyuşmazlık konusu olayda, kayıt yaptırmak istediği sağlık meslek lisesi müdürlüğü tarafından kendisine gönderilen taahhütlü tebligatın geç verilmesi ve okula kayıt yaptıрма süresini geçirmesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini istemektedir. Tekel halinde, kamu hukuku ilişkisi içinde yürütülen bu hizmet bir akit ilişkisine dayanmaktan çok PTT hizmetinin görülmesiyle ilgilidir. PTT kurumu Devlet adına yürüttüğü bu hizmetle, kâr ve karşılıklı çıkar sağlamaktan

Telefon faturasının iptali istemiyle idari yargıda açılan bir davada ortaya çıkan görev uyuşmazlığına ilişkin olarak Yüksek Mahkeme, kararında, PTT'nin bir kamu iktisadi teşebbüsü olduğunu; 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de sayılan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu; telefon ve her türlü haberleşme tesislerini kurmak ve işletmek konularında tekel olduğunu ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 35'inci maddesi uyarınca, teşebbüs, müessese ve bağlı ortaklıkların işletmelerinde üretilen mal ve hizmet fiyatlarını tespit etme yetkisi serbest olduğunu belirtmektedir:

*“Bu durumda kamu kurumu olan PTT işletmesinin, kamu hizmetinin karşılığı olarak ürettiği mal ve hizmetlerin fiyatını günün ekonomik koşullarına göre tespit etme yetkisi bulunmaktadır. İdare ürettiği hizmeti sözleşme yapmak suretiyle abonelerine satmaktadır. Hizmetin karşılığı tarife ve abonman sözleşmesine dayalı olarak tahsil edilmektedir. Bu ise idareyle kişi arasında özel hukuk alanında alacak-borç ilişkisinin varlığını göstermektedir. Bu sözleşmeler, görülecek hizmetin tekel niteliği ve çok kimseye götürülme zorunluluğundan dolayı tip sözleşmeler biçiminde de olsa kişinin bu sözleşmeye katılımı nedeniyle özel hukuk sözleşmesi niteliği taşımaktadır. (...) Bu hizmetin karşılığını teşkil eden ücretin ödenmemesi halinde tahsilatın 6183 sayılı Yasa hükümlerine göre değil, özel hukuk kurallarına göre takip edileceği gerçeği de ilişkinin özel hukuku ilgilendirdiğini göstermektedir.”*⁵⁸²

çok Anayasa'nın 22. maddesinde öngörülen haberleşme özgürlüğünün güvenceli ve süratli 'haberleşmenin gizliliği' ilkesine uygun bir biçimde uygulanmasını sağlamak durumundadır. Anayasa'ya ve dolayısıyla kamu hukuku esaslarına göre yürütülen bu hizmetin yerine getirilişi sırasında uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemine yönelik davanın görüm ve çözümü, adli yargının değil idari yargının görev alanına girmektedir.” UYM, E.1990/22, K.1990/22, T.22.10.1990, R.G. 09.12.1990-20720.

⁵⁸² UYM, E.1994/26, K.1994/28, T.28.06.1994, R.G. 11.12.1994-22138.

T.C. Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü'nün, 23.05.2013 tarih ve 28655 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu ile görevlerinin yeniden düzenlenmesi ve “*Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi*” adını alması itibarıyla verilen Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında, ilgili yasal düzenlemelere geniş bir şekilde yer verildiği ve nihayet, bir idari işlem ya da eylemden doğmuş bir zararın olmadığı belirlendiği görülmektedir.⁵⁸³ Söz konusu Kanun

⁵⁸³ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin benzer nitelikteki olaylarda, içtihadını koruyarak anılan Kanun'un 21, 22 ve 29. maddelerine geniş bir şekilde gerekçesinde yer verdiği kararlar da bulunmaktadır: “Öte yandan, 2.3.1950 tarih ve 5584 sayılı Posta Kanununun yerini alan 9.5.2013 tarih ve 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu ile *Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi* kurulmuş olup, Kanun'un ‘ Kuruluş ’ başlıklı 21.maddesinde; ‘ (1) Bu Kanun ile kuruluş ve tescile ilişkin hükümleri hariç olmak üzere 6102 sayılı Kanun ve özel hukuk hükümlerine tabi *Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi* unvanı altında bir anonim şirket kurulmuştur.

(2) PTT'nin sermayesinin tamamı Hazineye aittir. Hazine Müsteşarlığının mülkiyet hakkı ile kâr payı hakkı saklı kalmak üzere ve kamunun pay sahipliğinden kaynaklanan bütün mali hakları Hazine Müsteşarlığında kalmak kaydıyla Hazine Müsteşarlığının PTT'deki pay sahipliğine dayanan oy, yönetim, temsil, denetim gibi hak ve yetkileri Bakanlık tarafından kullanılır. Bu hak ve yetkilerin kullanımına ilişkin her türlü mali ve hukuki sorumluluk Bakanlığa aittir.

(3) PTT, bu Kanun ve 6102 sayılı Kanunun bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerine göre Kalkınma Bakanlığının görüşü ve Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanın uygun görüşü alınarak hazırlanan esas sözleşmesinin Genel Kurul tarafından onaylanmasını müteakip yapılacak tescil ve ilan ile faaliyete geçer. Esas sözleşmede yapılacak değişikliklerde Kalkınma Bakanlığının görüşü ve Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanın uygun görüşü aranır. 6102 sayılı Kanunun aynı ve nakdî sermayesinin vaz'ına müteallik hükümleri ile 414 üncü madde hükmü PTT hakkında uygulanmaz.

(4) 16/7/1965 tarihli ve 697 sayılı Ulaştırma ve Haberleşme Hizmetlerinin Olağanüstü Hallerde ve Savaşta Ne Suretle Yürütüleceğine Dair Kanun ile millî güvenlik ve kamu düzeni gerekleri ve sıkıyönetim ve seferberlik hâllerinde posta hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin özel kanunların hükümleri saklıdır. ’ hükümleri,

‘Faaliyet Konuları ve Nitelikleri’ başlıklı 22.maddesinde; (1) PTT; yurt içinde ve yurt dışında her türlü taşımacılık hizmetlerini de içerecek şekilde posta, koli, kargo ve lojistik

hizmetleri, pul basımı ve satımı, denetlemeye ilişkin hükümleri saklı kalmak kaydıyla, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununa tabi olmaksızın, anılan Kanun kapsamında belirtilen faaliyet konuları ile ilgili olarak bankalarla yapacağı sözleşmeler doğrultusunda bankalara destek hizmeti, parasal posta hizmeti, ödeme hizmeti sunma, adres bilgi kayıt sistemi ve elektronik sertifika hizmet sağlayıcılığı, elektronik ortam dâhil her türlü tebligat ve telgraf hizmetine ilişkin faaliyetler ile esas sözleşmesinde belirlenen diğer faaliyetleri yürütür.

(2) PTT, 2/4/1987 tarihli ve 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun hükümlerine tabidir.

(3) PTT'nin teşkilatı, sermaye miktarı, hisseleri, hesapları ve kârın dağıtımına ilişkin esaslar esas sözleşmesinde gösterilir.

(4) PTT'nin yurt içinde ve yurt dışında şirket kurma veya kurulu bulunan şirketlere ortak olmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlar Kurulu tarafından belirlenir.

(5) PTT, uluslararası birlik ve kuruluşların çalışmalarında, işletmeci olarak posta sektörünü temsil etmeye ve protokol yapmaya yetkilidir. ‘ ‘ hükümleri yer almakta olup,

‘Sorumluluk, Başvuru Hakkı ve Zamanaşımı’ başlıklı 29.maddesinde de; ‘ (1) Hizmet akdiyle görev yapan işçiler hariç diğer PTT çalışanları ve acenteleri, PTT'nin paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ve ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır.

(2) PTT hizmetleri ile ilgili olarak herhangi bir talepte bulunmak ve PTT'nin sorumlu olduğu hâllerde dava etme hakkı o hizmetten yararlanana aittir.

(3) PTT hizmetleri ile ilgili olarak talepte bulunma ve dava açma hakkı faaliyet konusu işlemin tesisi tarihinden itibaren bir yılın sonunda zamanaşımına uğrar. Bu süre, PTT'ye başvuru ile kesilir ve yapılan inceleme ve araştırmaların sonucunun ilgililere bildirildiği tarihte kesildiği yerden yeniden başlar. Bu süre yeni bir başvuru ile tekrar kesilmez.

(4) PTT anlaşmazlık konusu olmayan posta hizmetine ait evrakı iki yıl saklamak zorundadır. Ancak mahkemeye, icra dairesine ve kanunla yetkili kılınmış mercilere başvurulduğunun tebliğ edilmesi hâlinde, anlaşmazlık konusu evrak ihtilaf sonuçlanıncaya kadar saklanır.

(5) Mahkemeye, icraya ve kanunla yetkili kılınmış mercilere başvurulması hâlinde zamanaşımı süresi hariç genel hükümler uygulanır.’ hükümleri yer almaktadır. Benzer düzenlemeler, olay tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 5584 sayılı Posta Kanununun 46 – 55 inci maddelerinde de yer almaktadır.” UYM, E.2014/535, K.2014/572, T.05.05.2014,

değişikliğinden sonra Yargıtay, kimi kararlarında, kurumun kamu tüzel kişiliğinin sonra ermesi ve anonim şirkete dönüştürülmesi itibarıyla davanın idari yargıda görülmesine imkân bulunmadığı gibi; kurumun hukuki yapısının değişmesinden önceki düzenlemelerle de ticari iş niteliğinde taşıma sözleşmesinden kaynaklanan ilişkiden doğan uyuşmazlığın adli yargı yerlerince çözülmesi gerektiğini belirtmektedir.⁵⁸⁴ Yüksek Mahkeme bir başka kararında, sermayesinin tamamı Hazine'ye ait olan PTT A.Ş.'nin kamu iktisadi teşebbüsü niteliğinin halen sürdüğünü ve özel hukuk tüzel kişisi olduğunu belirtmekte; bu nedenle diğer özel hukuk tüzel kişilerinde olduğu gibi bu kurumun faaliyetlerinin özel hukuka tabi olduğuna hükmetmektedir.⁵⁸⁵ Bununla birlikte, istisnaen de olsa Yargıtay tarafından, uyuşmazlığa konu olan kamu hizmetinin dayanağının aradaki sözleşme olmadığı ve bu bağlamda, özel hukuka tabi sözleşmeye aykırı eylemin de idari nitelikte kabul edilmesi dikkat çekicidir. Yüksek Mahkeme'nin, adli tebligatlarla ilgili faaliyetlerin tekel şeklinde yürütülen kamusal bir faaliyet olması nedeniyle ortaya çıkan zararın hizmet kusurundan kaynaklandığı gerekçesiyle idari yargı yerinde tam yargı davası açılması gerektiğine karar verdiği görülmektedir.⁵⁸⁶ Yüksek Mahkeme'nin karar gerekçesini posta alıcısı açısından ele aldığımızda, PTT tarafından yürütülen hizmetin

R.G. 17.06.2014-29033; UYM, E.2014/895, K.2014/934, T.13.10.2014, R.G. 06.11.2014-29167; UYM, E.2015/807, K.2015/822, T.30.11.2015, R.G. 30.12.2015-29578; UYM, E.2015/13, K.2015/20, T.26.01.2015, R.G. 20.02.2015-29273; UYM, E. 2016/171, K.2016/217, T.11.04.2016, R.G. 08.05.2016-29706; UYM, E.2016/218, K.2016/264, T.09.05.2016, R.G. 05.06.2016-29733; UYM, E. 2017/667, K.2017/724, T.27.11.2017 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>)

⁵⁸⁴ Y.11HD, E.2015/155, K.2015/1263, T.04.02.2015 (LexHBS); Y.11HD, E.2015/14947, K.2016/148, T.12.01.2016 (LexHBS).

⁵⁸⁵ Y.4HD, E.2015/341, K. 2015/3111, T.16.03.2015 (LBEHB).

⁵⁸⁶ Y.4HD, E. 2013/8842, K.2014/5067, T. 26.03.2014 (LBEHB); Y.4HD, E. 2014/2149, K. 2014/2872, T. 21.02.2014 (LBEHB).

dayanağının, alıcı ile idare arasında kurulan bir sözleşme olmadığı çok açıktır.⁵⁸⁷ Bu durumda tekel şeklinde yürütülen bir kamu hizmetinin yürütülmesinde sorumluluğa kaynak oluşturacak bir sözleşmenin de olmaması halinde kamu hizmeti ile günlük iktisadi faaliyet ayrımı daha da belirsiz hale gelmektedir.

2. İktisadi Kamu Hizmetlerinin İktisadi Faaliyetlerden Ayrılması

Kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından yürütülen hizmetlerden doğan uyuşmazlıkların incelenmesi sonucunda, hukuki rejimin davacının kimliğine göre tayininin, bu kurumlar tarafından gerçekleştirilen aynı faaliyetin yargı organlarınca aynı uyuşmazlıkta dahi farklı nitelendirilmesine yol açtığı görülmektedir. Bununla birlikte yüksek mahkemeler, bir faaliyeti kamu hizmeti olarak nitelendirdiklerinde, uyuşmazlığın idari yargının görev alanına girdiğini kabul ederken; iktisadi faaliyet olarak nitelendirdiklerinde, uyuşmazlıkların çözümünde adli yargının görevli olduğunu kabul etmektedirler. Karma hukuki rejime tabi olan kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların farklı yargı düzenlerinin görev alanına girmesi, bu kurumların hem kamu hukukuna hem özel hukuka tabi faaliyetlerinin olduğunun yasalarla da öngörülmüş olması itibarıyla açıklanabilir olmakla birlikte burada sorun, aynı faaliyete ilişkin farklı nitelendirmelerin tabi olunacak hukuki rejimin farklılaşmasına yol açmasından kaynaklanmaktadır. Yüksek mahkemeler, bu kurumlar tarafından yürütülen hizmetlerden doğan uyuşmazlıklarda da kamusal yetki-serbest irade ayrımını esas almakta; karar gerekçelerinde görüldüğü üzere, bir yandan tarafların serbest iradesi ile yapılan bir sözleşme ile iktisadi faaliyet arasında diğer yandan kamu hizmeti ile kamu gücü arasında bağ kurmaktadır.

⁵⁸⁷ Onar, posta alıcısının durumunu örnek göstererek hizmetten yararlanan tüm bireyler ile ilişkinin sözleşme teorisi ile açıklanamayacağını belirtmektedir. Onar, **İdare Hukuku Cilt I**, s.518.

Kamu hizmeti, devletin genel ve ortak toplumsal ihtiyaçlara yönelik bir müdahale biçimidir.⁵⁸⁸ Sürekli olarak sunulmadığında toplumsal bir huzursuzluğa yol açacak ve ortak nitelikteki ihtiyaçlara yönelik bu faaliyetler⁵⁸⁹, idare tarafından ya da onun denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülmektedir. İdarenin bu faaliyetler üzerindeki denetimi, kolluk denetimini aşar bir niteliktedir; bu denetimle söz konusu faaliyetler ile kamu arasında bir bağ kurulmaktadır.⁵⁹⁰ Devlet müdahaleciliğinin gittikçe artması nedeniyle tanımlanması gitgide daha zor hale gelen kamu hizmeti⁵⁹¹, Anayasa’da ve kanunlarda da tanımlanmamış; organik yönü ya da faaliyet yönü ile farklı niteliklerde yer almıştır.⁵⁹² İdare hukukunun tarihsel gelişiminde kamu hizmeti kavramının objektivist (mutlakçı) kamu hizmeti anlayışından⁵⁹³ subjektivist (göreceli) kamu hizmeti

⁵⁸⁸ Özay, **Günışığında Yönetim**, s.223.

⁵⁸⁹ İl Han Özay, “Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: ‘Çok Yaşa’ Ya Da ‘A Tes Amour’”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 56, Sayı 1-4, Y, 1998, s.295; Özay, **Günışığında Yönetim**, s.237. Aynı yönde bir AYM kararı için bkz. AYM, 28.6.1995, E.1994/71, K.1995/23, R.G.20.03.1996-22586: “(...) devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.”

⁵⁹⁰ Aydın Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt 9, Sayı 1-3, Yıl 1988, s.150.

⁵⁹¹ Duran, **İdare Hukuku**, s.303.

⁵⁹² Anayasa’nın 33, 47, 70, 76, 126, 127, 128, 132’nci maddelerindeki farklı anlamlarına yönelik bkz. Gülan, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, s.102.

⁵⁹³ Kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun oluşumunda etkili iki büyük ekolden birine, kamu hizmeti ekolüne kaynak teşkil etmektedir. İdare hukukunun temel ölçütü olarak “kamu hizmeti” kavramını kabul eden ve Duguit ekolü ya da Bordeaux ekolü olarak bilinen bu ekole göre, idare hukuku alanını kamu hizmeti sunulmasına yönelik faaliyetler oluşturmakta; kararların yürütülmesinde yöneticilerin bireyler üzerindeki birtakım yetkilerinin (kamu gücü kullanmalarının) meşruiyetini de yine bu hizmetler sağlamaktadır. Ulusoy, **Türk İdare Hukuku**, s.17. Duguit’in mutlakçı kamu hizmeti anlayışı, “eğer ortada toplumsal yaşam için mutlaka gerekli bir faaliyet varsa ve bu faaliyet özel girişim tarafından düzenli ve sürekli bir şekilde yürütülemiyorsa, o faaliyet doğası gereği kamu

anlayışına⁵⁹⁴ doğru gerçekleşen değişimi sonucunda, modern idare hukukunda geçerli olan kamu hizmeti tanımı; “*Kamu yararı içermesi ve özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmasının mümkün olmaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olamayacak bir ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine (spesifik hukuksal rejim) tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen faaliyet*” olarak verilmektedir.⁵⁹⁵ Günümüzde de geçerli olan kamu hizmeti

hizmetidir ve idare tarafından üstlenilmesi gerekir” şeklinde aktarılmaktadır. Ulusoy, **Kamu Hizmeti**, s.12. Geleneksel olarak kamu hizmeti; devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların denetim ve gözetiminde, kamu yararını sağlamak amacıyla, kamu hukukuna özgü usullerle yürütülen sürekli ve düzenli faaliyetler şeklinde tanımlanmaktadır. Onar, **İdare Hukuku Cilt I**, s.13; Ulusoy, **Kamu Hizmeti**, s.17.

⁵⁹⁴ Etkilerini günümüzde gösteren anlayış ise Jèze'e aittir. Ortak ihtiyaçların karşılanmasındaki temel yöntemleri, özel kişilerin menfaat eşitliğine dayanan özel hukuk yöntemleri ile idarenin menfaat eşitsizliğine dayanan kamu yöntemleri olarak ikiye ayıran Jèze, kamu hizmetinin ölçütü olarak yönetenlerin iradesini benimsemekte; kamu hizmetini, “*Sadece ve sadece belirli bir zamanda, belirli bir ülkede yönetenlerin kamu hizmeti usulüyle karşılamaya karar verdikleri ortak ihtiyaçlar*” şeklinde tanımlamaktadır. Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, 1930, s.16. (Aktaran: Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.38-41.) Subjektif (göreceli) kamu hizmeti anlayışı olarak adlandırılan bu anlayış, mutlakçı anlayışın dogmatik kabul edilen yapısından farklı olarak, içeriğe yönelik bir belirleme yapmamakta; sadece siyasi iktidar tarafından kabul edilenleri kamu hizmeti olarak tanımlayarak şekli bir ölçüte başvurmaktadır. Ulusoy, **Kamu Hizmeti**, s.27. Bu anlayış “*(...) pratik gerekçelerle kamu hizmeti konusu, hukuk ötesi (toplumsal, iktisadi ...vs) kökenlerinden koparılmakta, yönetenlerin keyfiliğine sıkıştırılmaktadır.*” gerekçesiyle eleştirmektedir. Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.40.

⁵⁹⁵ Ulusoy, **Kamu Hizmeti**, s.13. Kanun koyucunun hangi faaliyetin kamu hizmeti olduğunu belirleme yetkisi bulunmaktadır. Nitekim Anayasa’nın 47’inci maddesinde “*kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebileceği*”ni düzenleyen hükümle yasama organının bir özel faaliyetin kamu hizmeti olmasına karar verebileceğinin öngörülmüş olması da bu ölçütün pozitif düzenlemelerde de yer aldığını göstermektedir. Turgut Tan, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı*”, **Anayasa Yargısı**, Cilt 8, Yıl 1991, s.235. Zira bir faaliyetin kamu hizmeti niteliği kazanması ya da yitirmesi yer ve zamana ilişkin koşullara

anlayışı göstermektedir ki, yasama organının bir faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul etmesi için bulunması gereken esaslı unsurlardan biri, kamu yararadır. Kamu hizmetinin, özel kişilerin faaliyetlerinden ve idarenin özel hukuk alanındaki etkinliklerinden ayrılmasında kamu yararına ölçüt olarak başvurulmaktadır.⁵⁹⁶ “*Kamu hizmeti aslında bir ‘kamu yararını gerçekleştirme tekniği’*” olarak tanımlanmakta⁵⁹⁷; kamu yararı, kamu hizmetinin maddi unsurunu oluşturmaktadır.⁵⁹⁸ Kamu yararı unsuru, kamu hizmetini hem

göre değişiklik gösterebilmektedir ve bu husus yöneticilerin iradesine bağlıdır. Duran, **İdare Hukuku**, s.304.

⁵⁹⁶ Giritli – Bilgen – Akgüner - Berk, **İdare Hukuku**, s.69.

⁵⁹⁷ Jean-François Lachau: “*L’usager du service public industriel et commercial géré par l’entreprise publique*”, CJEG, 1994, No.Spec.500, s.318, dn. 49. (Aktaran: Ali Ulusoy, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları” içinde **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, (Edit. Ali Ulusoy), Birinci Basım, Liberte Yayınları, Ekim 2001. s.21-22.)

⁵⁹⁸ Kamu hizmeti, organik açıdan, belli bir görevi yürütmek için bir kamu tüzel kişisi tarafından tahsis edilmiş olan ajan ve vasıtaların tümü; maddi açıdan, faaliyetin niteliğine bakılarak yapılan tanımla, tatmininde kamu yararı olan toplumsal bir gereksinimi karşılayana faaliyet olarak tanımlanmakta; şekli açıdan ise belli bir hukuki rejimi ifade etmektedir. Günday, **İdare Hukuku**, s.330. Anayasa Mahkemesi’nin bu ölçüte yer veren bir kararının gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır: “Görevsel bakımdan bir girişim ve etkinliğin kamu hizmeti sayılması, değişik koşullar dikkate alınarak yasakoyucunun görüşleri doğrultusundaki belirlemelerine göre şekillenen değişken ve göreceli bir konudur. Kamu hizmetinin yönetsel ögesi, genelde kamusal yönetim biçimi ise de, idarenin özel hukuk hükümlerine göre yürüttüğü kimi etkinliklerin de bu nitelikte olduğu görülmektedir. Fakat bir hizmetin amacı kamu yararı ise kamu hukuku esaslarına bağlı kalacağı açıktır. Bu nedenle idarenin, toplum yararına olarak genel ve ortak gereksinimleri karşılamak için giriştiği etkinlikler hangi yol ve usulle yapılırsa yapılsın kamu hizmeti sayılacağından “kamu hizmeti” kavramının en önemli ögesi yönetim biçimi değil, hizmetin amacı ve bunun sorumluluğunu üstlenen organın niteliğidir. Böyle olunca, kamu hizmetleri, devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin toplumun genel ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla yürüttüğü veya buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı etkinlikler olarak tanımlanabilir.” AYM, 26.03.1997, E.1996/63 K.1997/40, R.G. 28.6.2001-24446. Danıştay da kararlarında, kamu hizmetini tanımlarken kamu yararı unsuruna yer vermektedir. Bkz.

özel girişimden hem de idarenin özel faaliyetlerinden ayırması dolayısıyla kamu hizmetinin en önemli unsurudur.⁵⁹⁹ İncelenen yargı kararlarında, yargının, sözleşmenin konusunu kamu hizmeti değil de iktisadi faaliyet olarak belirlerken bu hususları incelememiş; bu ayrımı, faaliyetin niteliğine ilişkin bir değerlendirme olmaksızın sadece davacının kimliğinden yola çıkarak yaptığı görülmektedir. Kamu iktisadi teşebbüslerinin, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 2'nci maddesi uyarınca “*iktisadi alanda ticari esaslara göre*” faaliyet göstermeleri itibarıyla özel hukuka tabi oldukları yönündeki düzenlemelerin varlığı sonucu, bir kamu iktisadi teşebbüsünün faaliyetinin özel teşebbüs faaliyetine benzemesi ve özel hukuk kurallarına tabi olması mümkün olmakla birlikte burada bir teşebbüsün yürüttüğü iktisadi kamu hizmeti ile iktisadi faaliyeti birbirinden ayırt etmek gerekecektir.⁶⁰⁰ Zira farklı nitelendirmelerin aynı faaliyete yönelik olması itibarıyla ortaya çıkan sonuç, bir kamu hizmetinin salt bir iktisadi faaliyet ya da salt bir ticari iş olarak kabul edilmesidir. Bu bağlamda, öncelikle davacının kimliğine göre değişen bu nitelendirmeden yola çıkarak idarenin yürüttüğü iktisadi nitelikteki kamu hizmetleri ile kamu hizmeti niteliğinde olmayan iktisadi nitelikteki faaliyetlerin ayrımı üzerinde durulacaktır. Zira bu ayrım, tabi olunacak hukuki rejim ve görevli yargı düzeni açısından da belirleyici olmaktadır. Yüksek mahkemeler tarafından davacının hizmetten yararlanan olması halinde faaliyetin iktisadi faaliyet olarak nitelendirilmesinin gerekçesini, kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından yürütülen uyuşmazlık konusu faaliyetlerin bedel karşılığında özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülmeleri oluşturmaktadır.

D.2D, E.2008/3392, K.2011/5944, T.30.11.2011 (LexHBS); D.8D, E.2008/8235, K.2011/2451, T. 29.4.2011 (LBEHB).

⁵⁹⁹ Giritli - Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri**, s.20.

⁶⁰⁰ Kamu hizmetinin kolektif gereksinimleri karşılamak ve kamu yararı unsurlarını dikkate alarak bu ayrımın yapılması gereği hakkında bir çalışma için bkz. Taner Ayanoğlu - Burak Oder, “*İdarenin Özel Faaliyetlerinin Anayasal Temelleri Üzerine Kuramsal Bir Sorgulama*”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt 15, Sayı 174, Yıl 2017, s.2802-2838.

Bu bağlamda, kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetlerinin yargı kararlarındaki ifadesiyle “*ücret karşılığında yapılan ticari bir faaliyet*” olarak nitelendirilmesi, kamu hizmetlerinin karşılığı olan bedel ile birlikte incelenmesi gereken bir husustur. Zira burada, yargı kararlarından yola çıkarak tespit ettiğimiz ve idarenin bir bedel karşılığında sunduğu mal ve hizmetlerinin nitelendirilmesine ilişkin sorunun, ücret karşılığında sunulan özel faaliyet ile kamu iktisadi teşebbüslerinin bedel karşılığında sundukları kamu hizmetlerinin, kârlılık ve verimlilik amaçları doğrultusunda faaliyet göstermelerine ilişkin düzenlemeler nedeniyle ayrıştırılmamasından kaynaklandığı görülmektedir.

Bir kamu hizmetinin yürütülmesinde kâr amacının bulunup bulunmamasının kamu hizmetlerinin türlerine ilişkin bir ölçüt olarak kabul edildiği⁶⁰¹ Fransa’da ortaya çıkan idari ve iktisadi kamu hizmetleri şeklindeki temel ayrım⁶⁰², Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin Bac d’Eloka Kararı’na dayanmaktadır. Bu kararda, uyuşmazlık konusu zarar için adli yargıda dava açılması gereği, “*ücret karşılığında, insanları ve araçları bir kıyidan diğerine taşıma işinin, özel taşımacılığa benzer nitelikte olduğu ve bu nedenle özel hukuka tabi olacağı*”⁶⁰³ gerekçesi ile açıklanmaktadır. Bu karar ile geliştirilen ayrım, devletin kamu tüzel kişiliği ve özel hukuk tüzel kişiliğine dayandırılan hâkimiyet-temşiyet ayrımından farklıdır. İdarenin kamusal tek bir kişiliği vardır; özel faaliyetlere benzer faaliyetlerin rejimi, kamu hukuku rejiminden farklılaşmaktadır.⁶⁰⁴ Türkiye’de ise bu hususta hizmetin konularına göre ayrılması ile dörtlü bir ayrım kabul görmekte; kamu hizmetleri konularına göre, idari, iktisadi, sosyal, bilimsel-teknik-kültürel kamu

⁶⁰¹ Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.308.

⁶⁰² Aydın Gülan, **Kamu Hizmeti ve Görülüş Usûlleri**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1987, s.24.

⁶⁰³ Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.305.

⁶⁰⁴ Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.306.

hizmetleri olarak ayrılmaktadır.⁶⁰⁵ Kamu hizmetinin konularına göre türlere ayrılması, hem bu hususun tespitinin tartışmalı olması hem de bu ayrımın idare hukuku ilkelerinin uygulanışı bakımından pratik bir yönü olmaması nedeniyle eleştirilmekte; kamu hizmetlerinin görülüş usulleri⁶⁰⁶ ya da yönetim biçimlerine hâkim olan hukuksal rejime göre ayrılması önerilmektedir.⁶⁰⁷ Bu ayrım ile idari kamu hizmetlerinde idare ile hizmetten yararlananlar, personel ve üçüncü kişiler arasındaki ilişki kamu hukukuna; iktisadi kamu hizmetlerinde ise özel hukuka dayanmaktadır.⁶⁰⁸ Yönetim biçimlerine hâkim olan hukuksal rejime göre ayrım önerisinin, Fransa'daki idari-iktisadi kamu hizmetleri ayrımına paralel olduğu görülmektedir. Bu ayrım ile amaçlanan, bu hizmetlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tabi olduğu yargı düzeninin belirlenmesinin kolaylaşmasıdır.⁶⁰⁹ Bununla birlikte, kamu hizmetinin türleri arasındaki ayrıma yönelik olarak kanun koyucu hizmete ilişkin nitelendirmeyi açıkça ya da zımnen yapmamışsa bu niteliğin tespitinde yararlanılacak tamamlayıcı nitelikteki içtihadi ölçüte işaret edilmekte ve bu ölçüt, hizmetin konu bakımından özel teşebbüslerin faaliyetine benzemesi;

⁶⁰⁵ Günday, **İdare Hukuku**, s.338.

⁶⁰⁶ Kamu hizmeti alanında biçimsel ölçütün çözülmesi ve iktisadi kamu hizmeti kategorisinde özel hukuk yanında idare hukukunun da uygulama alanı olması sonucu, devlet ile piyasanın iç içe geçmesi, kamu hizmetlerinin görülüş usullerine ilişkin bu yönde bir ayrım yapmayı zorlaştırmaktadır. Sever, **Özel Güvenlik ve Özel Sağlık**, s.39.

⁶⁰⁷ Gülân, **Kamu Hizmeti ve Görülüş Usûlleri**, s.25

⁶⁰⁸ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, İkinci Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2009, s.271. Jeze tarafından, idarenin faaliyetleri arasında görülüş usullerine göre bir ayrım yapılmakta ve idare tarafından özel hukuk usullerine göre yürütülen hizmetler kamu hizmeti yerine “*idari işletme*” olarak; özel kişilerin idarenin denetimi altında özel hukuk usullerine göre yürüttükleri faaliyetler ise “*düzenlenmiş özel girişim*” olarak adlandırılmaktadır. Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s. 43.

⁶⁰⁹ Gülân, **Kamu Hizmeti ve Görülüş Usûlleri**, s.26. Hizmetler arasında ayrımın tabi olunan hukuksal rejim itibarıyla yapılması gerektiği konusunda bkz. Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 271.

hizmetin yararlanıcılarının ödediği bedelle finanse edilmesi; özel yönetim usulleriyle görülmesi şartlarının birlikte bulunmasını içermektedir.⁶¹⁰ Bu bağlamda, iktisadi kamu hizmetlerinin diğerlerinden ayırt edilmesinde öne çıkan özel sektördeki usullerle işletilme şartı, yani ticari esaslara göre işletilme şartı olarak bu hizmetlerde gelir elde etme amacının, bu hizmetler karşılığında alınan bedelin hukuki niteliğini idari kamu hizmetlerindeki vergi ve benzeri yükümlülüklerden farklılaştırdığı⁶¹¹; kârlılık ve verimlilik esaslarına göre sunulan mal ve hizmetlerin satışından kaynaklı olarak fiyat ile bedellendirildiği kabul edilmektedir.⁶¹² Bununla birlikte 29.02.1984 tarih ve 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanunu’nun bazı hükümlerinin Anayasa’ya aykırılığı iddiası ile açılan iptal davası sonucunda, “*Karayollarından, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demiryolları, havayolları, kimi hastane ücretleri gibi, iktisadi şartlara göre oluşturulan ve hizmetin konusu tesislerin bakım ve idamesini ve yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir fiyattır ve belirtilen nitelikleri bakımından muayyen kamu hizmetleri karşılığı kişilerden alınan resim, harç veya benzeri mali yükümlülüklerden de sayılamaz.*” ifadelerinin yer aldığı ve kamu hizmetinin sonu olarak nitelenen kararda⁶¹³, Anayasa Mahkemesi de fiyat kavramına yer vermiş; söz konusu tesislerin gelir ortaklığı senedi yolu ile özel kişilere bırakılmasını Anayasa’ya aykırı bulmamış; bu karar ile kamu

⁶¹⁰ Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s.273-274.

⁶¹¹ Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s.275-277.

⁶¹² Çınar Can Evren, “*Bir Danıştay Kararı Üzerine Kamu Hizmetinde Bedel Sorunu*”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11, Sayı 1, Yıl 2007, s.687.

⁶¹³ Turan Yıldırım, “*Kamu Hizmetleri ve Kâr Amacı*”, içinde **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Birinci Basım, (Edit. Ali D. Ulusoy), Liberte Kitabevi, Ankara, 2001, s.40. Aynı yönde bkz. Yıldızhan Yayla, “*Sosyal Devletten İktisadi Devlete (Veya Kamu Hizmetinin Sonu)*”, **Hukuk Araştırmaları**, Cilt 1, Sayı 2, s.36.

hizmetlerinden kâr elde edilebileceği kabul edilmiştir.⁶¹⁴ Danıştay ise bir kararında, bedelin fiyat olarak düzenlendiği iktisadi kamu hizmetlerinde fiyat belirlenirken, piyasa ihtiyaçları yanında kamu yararının gözetilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁶¹⁵

Kamu hizmetlerine egemen olan ilkeler başlığı altında yer alan bedelsizlik ilkesi, hukuki dayanağını kamu hizmetlerinin genelliği ve eşitliğinden almaktadır.⁶¹⁶ Bugün bu ilkenin, tüm kamu hizmetlerinde geçerli olan genel bir ilke olarak kabulünün mümkün olmadığı⁶¹⁷; hizmetin, hizmetten yararlananlardan alınacak bedelle karşılanmasına ilişkin olağan ve temel bir ilke haline geldiği⁶¹⁸; söz konusu ilkenin, hizmetten yararlananların bu hizmetin karşılığını ödeme güçleri oranında karşılamasına dönüştüğü görülmektedir.⁶¹⁹ Bu bağlamda ilke, parasızlık yerine kâr amacı gütmeme olarak

⁶¹⁴ AYM, E.1984/9, K.1985/4, T.18.02.1985, R.G. 26.06.1985-18793.

⁶¹⁵ D.10D, E.1995/5447, K.1998/1162, T.16.03.1998 (LexHBS). Danıştay THY tarafından iç hat uçak bilet fiyat tespitine karşı açılan davada, “*Davalı idarenin 233 sayılı KHK.’nin öngördüğü biçimde üstlendiği kamu hizmetini ekonomik ve sosyal gereklere uygun olarak verimlilik ilkesi doğrultusunda yürütebilme amacını gerçekleştirebilecek şekilde fiyat tesbiti yapması gereklidir.*” diyerek zam kararının iptalini gerekli görmemiştir. D.10D, E.1989/96, K.1989/2636, T.26.12.1989 (LexHBS).

⁶¹⁶ Yayla, “*Sosyal Devletten İktisadi Devlete*”, s.36. Meccaniliğin eşitlik ilkesi ile ilgili olduğu hk. Bkz. Onar, **İdare Hukuku Cilt I**, s.18; Gülan, **Kamu Hizmeti ve Görülüş Usûlleri**, s.40. Kamu hizmetlerinin paralı ya da parasız oluşunun hizmetin niteliği ile mi ilgili olduğu yoksa bir mali politika sorunu mu olduğu tartışmalıdır. Balta, **İdare Hukuku I**, s.22; Birsen Çırakman, “*Kamu Hizmeti*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 9, Sayı 4, Yıl 1976, s.83.

⁶¹⁷ Bedelsizliğin genel bir ilke olup olmadığı yönünde öğretideki tartışmalar için bkz. Volkan Özgüven, “*Kamu Hizmetinde Bedel Sorununun Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Işığında İncelenmesi*”, **Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan**, Cilt 1, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2009, s.324. Kamu hizmeti ve bedel konusunda ayrıca bkz. Onur Çağdaş Artantaş, **Kamu Hizmeti ve Bedel**, 1. Bası, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2018.

⁶¹⁸ Ayanoğlu - Oder, “*İdarenin Özel Faaliyetleri*”, s.2820.

⁶¹⁹ AYM, E.1987/16, K.1988/8, T.19.04.1988, R.G.23.08.1988-19908. Kararda ayrıca şu ifadeler yer almaktadır: “*Bir iktisadi kuruluş için satış bedelini anlatan ‘fiyat’ın kâr kapsadığı temelde doğru ise de, hizmetin kamu kurumunca verilmesinin bedeli olup giderleri*

belirlendiğinde eşitlik açısından önemini hala korumaktadır.⁶²⁰ Anayasa Mahkemesi'nin ifadesiyle “*Kamu idareleri tarafından alınan paraların isimlerine değil, içerik ve niteliklerine göre değerlendirilmesi gerekir.*”⁶²¹ Fiyat, piyasa ekonomisi gereğince arz ve talep kuralı uyarınca özel hukuka tabi olarak belirlenmektedir.⁶²² Oysa hizmetten yararlanma karşılığında alınan bedelin, bu anlamda fiyat niteliğinde olmaması gerekir.⁶²³ Hizmet karşılığında talep edilen bedel, hizmetin sürekliliğini sağlamaya yöneliktir ve sadece gelir elde etme amacıyla bu yetkinin kullanılması mümkün olmamalıdır.⁶²⁴

Özel hukuka ve iktisadi esaslara göre yürütülecek birtakım kamu hizmetlerinin sağlanması amacıyla kurulan kamu iktisadi teşebbüslerinin kamu tüzel kişiliğine sahip olmalarına rağmen özel hukuk alanında faaliyet göstermeleri, yürüttükleri faaliyetlerin

asgari düzeyde karşılayan ‘ücret’in ‘fiyat’ sözcüğüyle adlandırılması, genel anlamda iktisadi işletmenin ‘satış’ yapmasıyla bir tutulamaz. Kamu hizmetinin giderlerine yurttaşın bir ölçüde katılımının istenmesi, bu hizmetin satışı sayılamaz. Sağlık kurumlarının işletme durumunda çalışması, bu nedenle ücret alınması da sosyal hukuk devleti niteliğiyle bağdaşmaz değildir.”

⁶²⁰ Gülân, **Kamu Hizmeti ve Görüş Usûlleri**, s. 40. Bir kamu hizmeti karşılığında kâr amacı içeren bir bedel alınmasının hizmetten yararlanmaya ilişkin getirdiği sınırlama, ancak herkesin karşılayabileceği bir bedel ile aşılabilecektir. Yıldırım, “*Kamu Hizmetleri ve Kâr Amacı*”, s.40-41.

⁶²¹ AYM, E. 1986/20, K. 1987/9, T.31.01.1987, R.G.2805.1987-19473. (Kararı aktaran: Tan, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı*”, s.248.)

⁶²² Özay, **Günüşğinde Yönetim**, s.224.

⁶²³ Tan, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı*”, s.250. Kâr amacı güdülürse ulaşılabilecek rakamdan daha düşük bir bedelin saptanması önerilmektedir. Gülân, **Kamu Hizmeti ve Görüş Usûlleri**, s.42.

⁶²⁴ Atay, **İdare Hukuku**, s.614. Rakipsiz olarak idare tarafından yerine getirilen ve hizmetten yararlananlar için başka bir seçeneğin bulunmadığı söz konusu hizmetler karşılığında alınacak kârı da içeren fiyatın yol açacağı sonuca ilişkin Yayla'nın tespiti ise şu şekildedir: “*Sonuçta denilebilir ki, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olan kamu hizmetleri, iktisadi devlet uygulaması içinde, daraltılabilme ve rakipsiz ‘Devlet özel işletmeleri’ haline getirilebilme olgusuyla karşı karşıyadır.*” Yayla, “*Sosyal Devletten İktisadi Devlete*”, s.36.

niteliğinin bir gereği olarak kabul edilmekte ise de⁶²⁵ söz konusu içtihadi kritere dayanan ayrımında, iktisadi kamu hizmetlerinin özel yönetim usullerine göre işletilme şartı kapsamındaki kâr amacı, bu kurumların asıl amacının kâr olup olmadığı noktasında tartışmaya açıktır. Ölçütün, bir hizmetin yürütülmesinde kâr amacı bulunmamasına dayanması, idari kamu hizmetlerinin tespitine yönelik bir kolaylık sağlamakta; iktisadi hizmetlerin kâr getiren faaliyetleri içermesi ise bu hizmetlerin temel amacını kâr elde etmeye indirgemektedir.⁶²⁶ Oysa bu faaliyetlerde kârlılık aranması bir metot olarak yorumlanmaktadır.⁶²⁷ Hizmetten alınan bedelin, maliyeti karşılandıktan sonra kâr bırakması halinde, buradaki kâr amaç değil de bir sonuç olarak nitelendirilebileceğinden kamu yararı amacına aykırılık oluşmayacaktır.⁶²⁸ Nitekim kârlılık ve verimlilik esaslarına göre yürütülen iktisadi kamu hizmetlerinin asıl amacı kâr elde etmek değildir.⁶²⁹

⁶²⁵ Gözübüyük- Tan, **İdare Hukuku Cilt I**, s.245. Anayasa Mahkemesi de, kamu iktisadi teşebbüslerinin “*özel teşebbüsler gibi kârlılık ve verimlilik anlayışı içinde çalışmak durumunda olduklarından, dış ilişkilerinde ticari ilke ve yöntemlere göre başka bir anlatımla özel hukuk kurallarına göre davranmak zorunda*” olduklarını belirtmektedir. AYM, E. 1994/70 K. 1994/65-2, T.22.12.1994, R.G. 28.01.1995-22185.

⁶²⁶ Kuruluş amacının ekonomik gereklere uygun olarak kârlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda sermaye birikimine yardım etmek ve daha fazla yatırım kaynağı yaratma olmasından dolayı da bu teşebbüslerin kârlarının sadece kendi masraflarını kapatacak düzeyde olması, yeterli kabul edilmemektedir. Erdem, **Tacir Sıfatı**, s.34. Devletin bütçeye gelir sağlamak amacıyla da teşebbüs kurabileceğine dikkat çekilmektedir. Baklacioğlu, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.18.

⁶²⁷ Onar, **İdare Hukuku Cilt I**, s.121.

⁶²⁸ Onar, **İdare Hukuku Cilt I**, s.19. Giritli -Bilgen ise kârlılık ve verimlilik anlayışı içinde çalışmanın, bu kurumlar için kanuni bir zorunluluk olmasından dolayı kâr elde etmenin bir sonuç değil amaç olduğunu belirterek bu yöndeki düşünceye katılmamaktadır. Giritli - Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri**, s.195.

⁶²⁹ Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.308. Övgün, asıl amacı kamu hizmeti sunmak olan kuruluşların özel sektöre hâkim olan bu kârlılık ve verimlilik esasları çerçevesinde değerlendirilmesinin, ekonominin bütününde gözlemlenen iktisat politikalarının kamu

Kâr amacı gütmemenin, idari faaliyetlerin özel kesim faaliyetlerinden ayrılmasında temel ölçütlerinden biri⁶³⁰ olduğunun kabulüyle bu amacın kamu hizmetinin türleri arasındaki bir ayırmadan öte kamu iktisadi teşebbüsleri özelinde faaliyetin niteliğinin tespiti için kullanılarak⁶³¹, asıl amacın kâr elde etmek olup olmadığı belirlenmelidir. Kârlılık ve verimlilik esaslarına göre yürüttükleri hizmetlerin karşılıksız olmadığı kamu iktisadi teşebbüslerinin kendi aralarında yapılan sınıflandırmada, kamu iktisadi kuruluşlarının kamu hizmeti sunma nitelikleri ağır basmakta ve hizmetler ekonomik ve sosyal gereklerle verimlilik ilkesine uygun olarak yürütülmektedir. Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekkülleri arasındaki yapılarına ve varlık nedenlerine ilişkin fark⁶³², bu kurumların faaliyetlerinin hukuki niteliğine de yansımaktadır. 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname 1’inci maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinde, kamu iktisadi kuruluşlarının kendilerine verilen görev ve kamu hizmetlerini ekonomik ve sosyal gereklere uygun olarak verimlilik ilkesi doğrultusunda yürütmeleri öngörülmüş; aynı Kararname’nin 35’inci maddesinin birinci fıkrasında, teşebbüs, müessese ve bağlı ortaklıkların işletmelerinde üretilen mal ve hizmet fiyatlarının tespitinde serbest oldukları hükme bağlanmıştır. Nihai amacı toplumsal ihtiyaçları karşılayarak kamu yararını sağlamak olan idarenin faaliyetlerinin, iktisadi anlamda kâra değil, sosyal faydaya yönelik olması gerekmektedir.⁶³³ Nitekim bir

iktisadi teşebbüslerindeki yansıması olduğunu belirtmektedir. Övgün, **Kamu İktisadi Teşebbüsü Olgusu**, s.17.

⁶³⁰ Tayfun Akgüner, “*Belediye İşgal Harcı*”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt 3, Sayı 1-3, Yıl 1982, s.16.

⁶³¹ Hizmette kâr sağlama amacının, idarenin bir kamu hizmetini iktisadi usulle yürütmesine ilişkin belirleyici bir ölçüt olduğu yönünde bkz. Ayanoğlu - Oder, “*İdarenin Özel Faaliyetleri*”, s.2821.

⁶³² Ayaydın, **Devletin Faaliyet Alanı**, s.307-308.

⁶³³ Ayaydın, **Devletin Faaliyet Alanı**, s. 304. Kaldı ki, kar ve zarar hesabında doğacak tabloya bakılmaksızın süreklilik ilkesi gereği yürütülmeleri zorunlu olan kamu hizmetlerinin, özel

hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için, onun doğrudan kamuya yararlı olması gerektiğini belirten Balta, kamu iktisadi teşebbüslerinin yürüttüğü faaliyetler arasında yaptığı ayırmada, bunların tüm faaliyetlerinin -örneğin bankacılık gibi serbest rekabet alanındaki faaliyetlerin- kamu hizmeti niteliği taşımadığına dikkat çekmektedir.⁶³⁴ Bu bağlamda kamu iktisadi teşebbüslerine yönelik olarak da faaliyetlerinin özel kesime benzerliği itibarıyla iktisadi nitelikte bir faaliyetin kamu hizmeti olarak yürütülmesi ve bunun sonucunda kâr elde edilmesi ile bir faaliyetin gelir elde etme amacıyla ve kamu hizmeti olarak yürütülmemesine ilişkin sonuçlar birbirinden ayrılmalıdır.

İdarenin özel faaliyetleri, Anayasa Mahkemesi tarafından bir kararında, “*idare hukuku ilkelerine göre idari eylem ve işlem sayılmayan ve medeni veya ticari nitelikteki tasarrufları haksız eylemleri, mallarının idaresi, özel hukuk çerçevesi içinde yapılan ekonomik ve ticari nitelikteki faaliyetleri, medeni ve ticari nitelikteki sözleşmeleri*” olarak örneklendirilmektedir.⁶³⁵ İdarenin kamu hizmeti niteliğinde olmayan özel faaliyetler yürütüp yürütemeyeceği tartışmasına ilişkin bir anayasal temellendirme arayışında, Anayasa’nın 35’inci maddesinde yer alan mülkiyet hakkı ve 48’inci maddesinde yer alan

sektördeki gibi “kâr” esasına dayanan usullerden ziyade rasyonel düzenlemelerle “verimli” olarak yürütülmeleri yönünde izlenecek yöntemler, en nihayetinde doğacak zararı karşılamak zorunda olan vatandaşların faydasıdır. Özyörük, **İdare Hukuku**, s.62-63.

⁶³⁴ Balta, **İdare Hukuku I**, s.19. Bir kamu tüzel kişinin özel yararına olan faaliyetin kamu hizmeti olamayacağı yönünde bkz. Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 255-256. Farklı yönde görüşler için bkz. Derbil, **İdare Hukuku**, s.447; Örneğin bu hususta Azrak şunları dile getirmektedir: “*Millileşmiş teşebbüslerin kollektif ihtiyaçların sürekli ve en iyi şekilde tatmini amacından saparak, bir kapitalist kuruluş gibi, özel teşebbüslerle ticarî rekabet rejimi içerisine girmesi, bunların kuruluş amacına da aykırı olacağından, böyle bir davranış aleyhine ilgililerin, idarî yargı mercilerine başvurabileceklerine şüphe yoktur.*” Ülkü Azrak, “*Millileştirme ve Kamu Hizmeti*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 36, Sayı 1-4, Yıl 1970, s.78.

⁶³⁵ AYM, E.1996/63, K.1997/40, T. 26.03.1997, R.G. 28.06.2001-24446.

çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen hükümlere dayanılmaktadır.⁶³⁶ Bu hususta yapılan bir başka değerlendirmede konu, Anayasa'nın 128'inci maddesi bağlamında ele alınmakta ve kamu iktisadi teşebbüslerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri hizmetleri memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görececeklerini düzenleyen bu maddede, dolaylı olarak başka esaslara göre kamu hizmeti yürütülebileceğinin öngörüldüğüne; bu düzenlemede kamu hizmeti niteliği taşımayan faaliyetlerin de görülmesine engel bir içeriğin bulunmadığına dikkat çekilmektedir.⁶³⁷ Bununla birlikte, idarenin hiçbir faaliyeti sadece iktisadi bir amaç güdememekte; idare, yürüttüğü tüm faaliyetlerde ve yaptığı tüm işlemlerde kamu yararı gözetmek zorunda olmakla birlikte, kamu yararına uygun hareket etmek mutlak anlamda bir kamu hizmeti yürütmek anlamına gelmemektedir. İdarenin kamu hukuku-özel hukuk ayrımı gözetmeksizin tüm faaliyet alanlarında nihai amacı kamu yararı olmakla birlikte bu amacın doğrudan ya da dolaylı olması, idarenin faaliyetlerinin tabi olduğu hukuki rejim üzerinde etkili olmaktadır.⁶³⁸ Kamu hizmetlerini, idarenin özel faaliyetlerinden ayıran asıl özellik kolektif ihtiyaçları tatmin etmek ve kamu yararını sağlamaktır. Bununla birlikte medeni hakları kullanma ve onlardan yararlanma ehliyetine sahip olan idarenin, birtakım faaliyetlerini yürütürken ilk ve asıl amacının kamu yararını sağlamak olmadığı açıktır. Ancak yine de idare bunlar sonucunda eğer bir fayda elde ederse burada yine dolaylı da olsa bir kamu yararından söz etmek mümkün olacaktır.⁶³⁹ Bu noktada en basit örnek mali

⁶³⁶ Ayanoğlu - Oder, “İdarenin Özel Faaliyetleri”, s.2826.

⁶³⁷ Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s.135- 136. Yazar ayrıca Anayasa'nın 47'nci maddesinde yer alan “hizmetler” ifadesinin, kamu hizmeti niteliğinde olmayan faaliyetleri de kapsadığını belirtmektedir. Bkz. Bülbül, **Kamu İştirakleri**, s.136 vd. Aksi yöndeki görüş için bkz. Ayanoğlu - Oder, “İdarenin Özel Faaliyetleri”, s.2824, dn.41.

⁶³⁸ Giritli - Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri**, s.193.

⁶³⁹ Onar, **İdare Hukuku Cilt I**, s.16-17. Bununla birlikte, kamu hizmeti olarak kabul edilen bazı faaliyetlerin kamu yararıyla doğrudan bir bağının kurulamadığına ilişkin Ulusoy şu görüşü aktarmaktadır: “(...) kamu hizmeti olarak kabul edilen bazı faaliyetlerin de kamu

alanın idaresi hususunda verilmektedir.⁶⁴⁰ İdarenin özel mallarını satmak ve benzeri tasarruflarda bulunmak konusunda özel kişiler gibi serbest takdir sahibi olmaması, idarenin tasarruflarını kamu yararına uygun olarak düzenleme zorunluluğu ile açıklanmaktadır.⁶⁴¹ İdarenin özel malları ile mülkiyet ilişkisi, Anayasa Mahkemesi tarafından da, özel hukuktaki malik-taşınmaz arasındaki mülkiyet ilişkisinden farklı olarak yorumlanmıştır. Burada, Yüksek Mahkeme'nin idarenin özel mallarına ilişkin “*kamu hizmetine dolaylı özgülleme*” tespiti dikkat çekicidir: “*Kamu taşınmazlarının bir bölümü, kamu hizmetine özgülenmeden gelir getirmek amacıyla kiraya verilmektedir. Kamu hizmetine özgülenen taşınmazlar, kamu hukuku ilişkisi içerisinde ve idare hukuku kurallarına göre yönetilmesine karşın kiraya verilen diğer taşınmazlar ise, üçüncü kişiler yönünden özel hukuk kurallarına bağlıdır. Ancak kamu idaresi ile taşınmaz ile taşınmaz arasındaki ilişki özel hukuktaki malik-taşınmaz arasındaki mülkiyet ilişkisinden farklıdır. Özel hukukta malik, taşınmazı üzerinde dilediği biçimde tasarruf yetkisine sahip iken, kamu idareleri, sahip oldukları taşınmazların kiralanmasında, satılmasında belli kurallara uymak ve elde ettikleri gelirleri kamu hizmetine ayırmak zorundadırlar. Diğer yandan bunlardan elde edilen gelirin, kamu idaresinin yapmakla yükümlü olduğu hizmete harcanması da, bu taşınmazların kamu hizmetine dolaylı olarak özgülmesi*

*yararıyla doğrudan bir bağının kurulamadığı görülmektedir. Örneğin, kamu hizmeti olarak belli bir faaliyete ait ve onunla yakından bağlantılı bir hizmet kolunun/türünün doğrudan kamu yararı içermese de sırf kamu yararı içerden diğer bir hizmet türüne gelir sağlama, onun finansmanına katkı sağlama amacıyla kamu hizmeti olarak kabul edilmesi ve böylece bazı ayrıcalık, üstünlük ve avantajlardan yararlandırılmasında olduğu gibi (örneğin vergi toplama, telefon ve posta hizmetlerindeki gelir getirici bazı yan hizmetler).” René Chapus, Droit Administratif Général, T.1, 11 éd., Montchrestien, Paris, 1997, s.525. (Aktaran: Ulusoy, **Kamu Hizmeti**, s.19-20.)*

⁶⁴⁰ Derbil, **İdare Hukuku**, s.446. Aynı yönde bkz. Kıratlı, **Koruyucu İdari Hizmetler**, s.1. Karşıt yönde Waline'in görüşleri için bkz. Giritli - Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri**, s.193.

⁶⁴¹ Süheyp Derbil, **İdare Hukuku**, s.446.

anlamındadır. Böylece, taşınmazını kiraya veren kamu idareleriyle, kiralayan gerçek ve özel kişiler ayrı hukuksal konumdadır.”⁶⁴² Görülmektedir ki, idarenin, özel mallarına ilişkin olarak yürüttüğü faaliyetler kamu hizmeti olmasalar da kamuya dolaylı olarak yarar sağlamaktadır.⁶⁴³

Sonuç olarak, idarenin yürüttüğü ve doğrudan kamuya yararlı ve temel amacı kâr elde etmek olmayan iktisadi nitelikteki kamu hizmetleri ile kamu hizmeti niteliğinde

⁶⁴² Bkz. AYM, E. 1994/44, K.1994/56, T.18.7.1994, R.G.01.08.1996-22714. Bu kararda AYM’nin, idarenin özel hukuk taşınmazlarının kira gelirlerini artırmaya yönelik itiraz konusu kanun hükümlerini iptalden kaçınmasının sebebi, “*bu taşınmazların kamu hizmetine dolaylı olarak özgülenmesi*” olarak tespit edilmiştir. Bkz. Ayaydın, **Devletin Faaliyet Alanı**, s.299 vd. Kira sözleşmeleri ile ilgili bir başka karar için bkz. AYM, E. 1986/3, K. 1986/15, T.03.07.1986, R.G. 10.12.1986-19307.

⁶⁴³ Balta, **İdare Hukuku I**, s.19. Onar bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “(...) *medenî haklardan istifade ve bu medenî hakları istimal ehliyetlerine sahip olan Devlet diğer âmmе hükmî şahısları da sırf kendi patrimuanlarını alâkalandıran ve bu patrimuanlara malî menfaatler temin eden teşebbüslere ve faaliyetlere girmek imkânlarına sahiptirler. Meselâ Devlet kendisine miras yolu ile intikal etmiş olan bir apartmanı kiraya verebilir. Bu gibi hallerde umumî ve kollektif ihtiyaçları tatmin sebep ve saiki ve âmmе menfaatini sağlamak maksadı mevcut değildir. Bu faaliyetlerin neticesinde Devletin veya alâkalı hükmî şahsın patrimuanında ziyade husule gelebilir. Bunlar da netice itibariyle âmmeye, kamuya ait oldukları için bu ziyadede vasıtalı olarak faydalanacak gene âmmedir. Bu itibarla bu teşebbüslerde de netice itibariyle de dolayısı ile âmmе (kamu) menfaati sağlanmaktadır. Ancak bir teşebbüs ve faaliyetin âmmе hizmeti sayılması için kuruluş ve işleyiş sebebinin bir umumî ihtiyaç olması ve doğrudan doğruya ilk maksadın da bu faaliyetin ifası ile âmmе menfaatinin sağlanmak maksadı bulunması lâzımdır. Halbuki, bir apartmanın idaresine umumî ve kollektif bir ihtiyaç sebep olmadığı gibi, bu idare ile takip edilen maksad ve gaye de mali bir menfaat istihsalidir.*” Onar, **İdare Hukuku Cilt I**, s.16-17. Bununla birlikte Ayaydın, burada da doğrudan bir kamu yararı güdüldüğünü ileri sürmektedir. Yazara göre, idarenin özel mallarını kiralaması sonucu elde edilen geliri, yine devlet faaliyetlerinin finansmanı için kullanacak olması da kamuya yararlı bir amaca işaret eder. İdare bu faaliyetlerinde de doğrudan bir kamu yararı gözetmektedir ve serbestçe sözleşme yapamaz; kira bedelini dilediği gibi belirleyemez; ihaleye çıkmak zorundadır. Ayaydın, **Devletin Faaliyet Alanı**, 299.

olmayan ancak dolaylı da olsa kamu yararı sağlayan iktisadi nitelikteki faaliyetleri birbirinden ayrılmalıdır. Bu husustaki tartışmaları, kamu iktisadi teşebbüslerinin yürüttükleri faaliyetlere ilişkin olarak kamu hizmetlerinin bu kurumların diğer iktisadi faaliyetlerinden ayrılması gereği ile sonlandırmak istesek de yüksek mahkeme kararlarının incelenmesi ile varılan sonuca ilişkin değerlendirme, farklı bir bakış açısını gerektirmektedir. Zira yargı, bu kurumların faaliyetleri arasında yukarıda değinilen nitelikte bir ayırım yapmamakta; hatta davacının kimliğini ölçüt aldığı kararlarda, faaliyetin hukuki niteliği irdelenmeden yapılan belirleme ile sonuca varmaktadır. Bir kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmesi ile yürütülmesinin onun hukuki niteliğini “*iktisadi faaliyet*” olarak belirleme yönündeki gerekçesine katılmadığımız söz konusu kararlarda, hizmetten yararlanan davacılar ile kamu iktisadi teşebbüsleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların dayanağı, taraflar arasındaki sözleşmedir. Öğretide de kamu hizmetlerinin özel sektör tarafından yürütülen faaliyetlere benzetilmesi ve iktisadi faaliyet ya da ticari iş sayılmasına ilişkin sürecin önemli yapı taşlarından biri olarak abonman sözleşmeleri gösterilmektedir.⁶⁴⁴ Bu nedenle bir sonraki başlıkta, sözleşmenin hukuki rejime etkisini irdelemek amacıyla sözleşmenin hukuki niteliği ele alınacaktır.

B. Hizmetten Yararlananlarla Kurulan Sözleşme İlişkisinin Hukuki Niteliği

Bir kamu hizmetinin yaratılması ile bir faaliyet artık özel hukuku aşan kurallara bağlanmakta ve bu sebeple kamu hizmeti sadece bir kurum değil, bir hukuki rejim olarak ortaya çıkmaktadır.⁶⁴⁵ Bu bağlamda, kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından yürütülen iktisadi nitelikteki kamu hizmetleri, işleyişleri ve dış ilişkilerinde özel hukuk kurallarına tabi olmakla birlikte teşebbüslerin hizmete yönelik birtakım kamusal yetkilerle

⁶⁴⁴ Ayaydın, *İdare Hukuku’na Giriş (II)*, s.205.

⁶⁴⁵ Azrak, “*Millileştirme ve Kamu Hizmeti*”, s.53.

donatıldığı görülmektedir.⁶⁴⁶ Özel yönetim usulleri ile yürütülen kamu hizmetlerinden yararlanmak genel olarak ilgililerin iradesine bağlı olduğundan, bu hizmetlerden yararlanma bir sözleşme çerçevesinde gerçekleşmekte⁶⁴⁷ ve kamu iktisadi teşebbüslerinin yürüttükleri kamu hizmetlerinde, hizmetten yararlananlar ile kurdukları ilişkinin özel hukuk sözleşmesine dayandığı kabul edilmektedir.⁶⁴⁸ Yüksek mahkemelerin bu sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi kabul etmesinin nedeni olarak, öteden beri 440 sayılı Kanun referans alınarak tabi olunan mevzuat hükümleri gösterilmektedir.⁶⁴⁹ Bununla birlikte yargı yerlerinin günümüzde de bu gerekçeye dayandığı yukarıda değinilen kararlarda da görülmektedir.

Bir faaliyetin kamu hizmeti olarak düzenlenmesi ile artık o hizmetten yararlananlar ile idare arasındaki ilişkinin özel işletmelerin müşterileriyle olan ilişkilerinden farklı olarak özel hukuk kurallarına değil idare hukuku kurallarına tabi olacağı⁶⁵⁰ görüşünün aksine, iktisadi kamu hizmetlerinden yararlananlar ile yapılan sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların öteden beri Danıştay tarafından da adli yargının görev alanına girdiği kabul edilse de bunun iş yükü bakımından pratik

⁶⁴⁶ Günday, **İdare Hukuku**, s.339.

⁶⁴⁷ Lûtfî Duran, “*Peştemallık ve Ulûfe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 20, Sayı 1-3, Yıl 1987, s.12.

⁶⁴⁸ Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s.571.

⁶⁴⁹ Kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından yürütülen kamu hizmetleri sebebiyle yapılan sözleşmelerin, 440 sayılı Kanun’da bu kurumların özel hukuk kurallarına tabi oldukları yönündeki kanun hükmü gereği olması hususunda bkz. Pertev Bilgen, **Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri**, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1970, s. 104-105.

⁶⁵⁰ Süheyp Derbil, “*Kamu Hizmeti Nedir?*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7, Sayı 3, Yıl 1950, s.30.

gerekçelerle olduğu da ileri sürülmektedir.⁶⁵¹ Bugün de iktisadi kamu hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan sözleşmelerde idareye tanınan birtakım yetki ve ayrıcalıklara rağmen⁶⁵² yüksek mahkeme içtihatlarında kamu iktisadi teşebbüsleri ile hizmetten yararlananlar arasındaki ilişkide, hem işlemde hem eylemde kaynaklanan uyuşmazlıkların açık bir şekilde bir özel hukuk sözleşmesine dayandırıldığı ve bu bağlamda, görevli yargı düzeninin adli yargı olduğu kabul edilmektedir. İncelenen yargı kararlarında da görüldüğü üzere, ücret karşılığında yapılan bir ticari faaliyet ya da kârlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda yürütülen günlük iktisadi faaliyetler olarak ifade edilen bu hizmetlerin yürütülmesindeki özel hukuk ilişkisi, ücret karşılığında yapılan bir hizmete ilişkin bir alacak-borç ilişkisi olarak kabul edilir. Yüksek mahkemelerin bazı kararlarında, davalı teşebbüsün bir kamu kurumu olduğu ve yürütülen hizmetin kamu hizmeti olduğu belirtilmekle birlikte, aynı sonuca varıldığı görülmektedir. Yargı organı, taraflardan birinin kamu tüzel kişisi olduğu ve konusu bir kamu hizmeti olan sözleşmelerin, idari sözleşme olmadığı yönünde hüküm kurmaktadır. Bu yöndeki içtihatla idari sözleşmenin niteliğinin tespitinde Türk yargı içtihatlarında büyük önem

⁶⁵¹ Lûtfi Duran, **İdare Hukuku Meseleleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1957, 566-570. Yazarın bu hususta belirttikleri, uygulama açısından önemlidir: “*Şu kadar ki, Adliye mahkemeleri bu çeşit dâvalara, Hususî hukuk hükümlerinden ziyade, Âmm Hukuku tasarrufları olan ve aynı mahiyette kaideler ihtiva eden abonman mukavelesi, imtiyaz mukavelesi veya hizmetin organik ve fonksiyonel statüsünü, İdare Hukuku Esaslarını uygulamak mevkiindedir. Bu bakımdan, Adlî kazanın görevli ve yetkili merci kabul edilmesi, uyuşmazlığın esasına tatbik edilecek Hukuk kaidelerinde büyük bir fark doğurmamakta ve hal suretini değiştirmemektedir.*” Duran, **İdare Hukuku Meseleleri**, s.570. Bununla birlikte, bu tür uyuşmazlıklarda Yargıtay’ın kamu hizmetinden henüz yararlanmayan üçüncü kişi durumundaki kişilerin de idareye karşı istem ve davalarını özel hukuk hükümlerine ve adli yargının görevine tabi tutan görüşüne dikkat çekilmektedir. Lûtfi Duran, “*Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülâhazalar (III)*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 18, Sayı 4, Yıl 1985, s.65.

⁶⁵² Sezginer, “*İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri*”, s.1592.

atfedilen kamu hizmeti ölçütünün mutlak geçerliliği görülmemektedir.⁶⁵³ İktisadi kamu hizmetlerinden yararlananların bu hizmetleri yerine getiren kamu iktisadi teşebbüsleriyle yaptıkları abonman sözleşmeleri, birçok idari sözleşme özelliği taşımakta ise de, özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmeleri itibarıyla bu sözleşmeler, idari sözleşme alanını dar tutma eğilimine örnek gösterilmektedir.⁶⁵⁴

Hizmetten yararlananlarla yapılan bu sözleşmelerin bir özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesi halinde de bir özel teşebbüsün müşterisi ile olan ilişkisine benzeyen bu tür bir sözleşme ilişkisinde, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması ve hizmete belli ölçüde kamu hukuku kurallarının uygulanması, söz konusu ilişkiyi alelade bir sözleşme ilişkisi olmaktan uzaklaştırmaktadır.⁶⁵⁵ Zira, idarenin üstlendiği görev ve yetkileri, onun taraf olduğu sözleşme ilişkisini etkilemektedir; idare, bu ilişkide yalnızca bir taraf değildir.⁶⁵⁶ Bu husus, Danıştay tarafından bir kararında, iktisadi kamu hizmetlerinden yararlanmayı konu alan abonman sözleşmelerine yönelik olarak şu ifadelerle dile getirilmektedir: “Abonman sözleşmelerinin konusu ve kapsamı tarafların

⁶⁵³ Öztoprak, **İdari Sözleşmeler**, s.84-86. Nitekim bu hususa, idari sözleşmelere yönelik bir çalışmada şu ifadelerle dikkat çekilmektedir: “Yargı organı, idarenin sözleşmelerinden bazılarının niteliğini tespit ederken; ya sözleşmenin konusunun kamu hizmeti niteliğinde olduğunu kabul ettiği halde, sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi olarak nitelemekte ya da kamu hizmeti ölçütüne hiçbir şekilde başvurmamaktadır. Her iki durumda da, kamu hizmeti ölçütü, idari sözleşme niteliğinin tespitinde anlamsız hale gelmektedir.” Öztoprak, **İdari Sözleşmeler**, s.98.

⁶⁵⁴ Kadir Can Özel, “İdari Sözleşmelerin Ölçütleri Üzerine Bir Değerlendirme”, **Ombudsman Akademik**, S. 12, 2020, s.197, s. 210. Kutlu, Fransa’da, özel hukuku aşan şartlar sözleşmede yer almasa dahi kamu hizmetinin bizzat yürütülmesine ilişkin sözleşmelerin idari sözleşme olarak kabulü ile iki koşuldan birinin yeterli olmasına; Türk hukukunda ise, bu koşulların birlikte aranması itibarıyla idari sözleşme uygulamasının kapsamının daraltıldığına dikkat çekmektedir. Meltem Kutlu, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75, İzmir, 1997, s.30-35.

⁶⁵⁵ Günday, **İdare Hukuku**, s.341.

⁶⁵⁶ Tekinsoy, **İdari Sözleşme Rejimi**, s.11.

serbest iradelerinin ürünü olmadığı gibi, bu sözleşmeyi hazırlayan idare bile bunu (bir şirket gibi) serbestçe hazırlamak yetkisine sahip değildir. Bunlar da diğer kamu hizmetleri ve kamu hukuku kuralları gibi düzenleyici işlemlerle hazırlanır ve kural-işlem niteliğindedir ve aboneyi olduğu gibi idareyi de bağlarlar. Bu nedenle meydana getirdiği durum da genel bir hukuki durumdur ve sübjektif sözleşmelerle bu kurallar değiştirilemeyeceğinden, sübjektif, kişisel ve akdi durum ancak görünürde vardır.

Bu nedenledir ki abonman sözleşmesi süresince idare yine düzenleyici tasarruflarla, kamu hizmetinin bedelini indirir veya çıkarır, bu değişiklikler belirli bir süreyle akdedilmiş ve halen devam etmekte olan abonman sözleşmelerine de etki eder. Çünkü bu sözleşmeler tam anlamıyla özel hukuk sözleşmeleri olmayıp, köken bakımından imtiyaz sözleşmesine ve şartnamelere benzer. Şartnameler, tamamen düzenleyici bir tasarruf niteliğindedir, hizmeti ve dolayısıyla bu hizmeti düzenleyen sözleşmeyi objektif hukuk kuralı saymak gerekir. Bu nedenle tarifelerdeki değişiklikleri, objektif hukuk kuralında yapılan değişiklik saymak gerekir. Sözleşmenin kendisi de hizmetin objektif kaidelerini, statüsünü kapsayan kurallardır. İdare de bu objektif kurallara tabidir. Hizmetten yararlanacaklara sunulan bu kurallar aslında bir statünün kurallarıdır. İdare de bu statünün kurallarını belirlemede irade serbestliğine sahip olmayıp, kamu hukuku kuralları ile bağlıdır.

Bu nedenle bu tür kamu hizmetlerinin ifası sırasında idare ile kamu hizmetinden yararlananlar arasındaki sözleşme yapılmadan önce ve sonra sözleşme şartlarının tek taraflı olarak idarece, sunulan kamu hizmetinin niteliği, özellikleri ve günün koşulları göz önüne alınarak belirlenmesi ve hizmete ilişkin tarifelerin düzenlenmesinde idarenin kamu gücünü kullanarak idari tasarrufta bulunduğunu kabul etmek gerekir.”⁶⁵⁷ Sonuç

⁶⁵⁷ D.8D, E.1998/2595, K.1998/4026, T.03.12.1998 (LexHBS). Onar da, abonman sözleşmelerinin görünüşte sözleşmeye benzediklerini; şart işlem niteliğindeki

olarak görülmektedir ki, iktisadi kamu hizmetlerinin kuruluşu, bunları yerine getiren teşebbüslerin hukuki yapıları ve amaçlarının, hizmetten yararlananlarla aralarındaki ilişkiyi özel hukuk sözleşmesi de olsa etkilemesi kaçınılmazdır.

İdarenin kamu yararının temsilcisi olarak üstün yetkilere sahip olduğu bir hukuki rejime tabi olduğu kabul edilen idari sözleşmeler ise ⁶⁵⁸ tek yanlı irade ile hukuki sonuç doğurabilen idari işlemlerden, sözleşmede idarenin iradesinin yanına ilgilinin iradesinin eklenmesi ile ayrılmaktadır.⁶⁵⁹ Bununla birlikte, idari sözleşmelerin çoğunlukla tip sözleşmeler şeklinde yapıldığı görülür. Bu da demektir ki, katılmalı sözleşme şeklindeki bu sözleşmelerde sözleşmenin çerçevesi ve ilkeleri, daha önceden idare tarafından belirlenmekte ve sözleşmenin karşı tarafına sözleşmeyi olduğu gibi kabul etme ya da sözleşmeden vazgeçme seçenekleri bırakılmaktadır.⁶⁶⁰ Bu nitelikleri itibarıyla bu sözleşmelerin sadece ismen ve sözde sözleşme oldukları dile getirilmiş ve tek yanlı hukuki işlem oldukları dahi ileri sürülmüştür.⁶⁶¹ Bu bağlamda idari sözleşmeler açısından yapılan bir değerlendirmeden⁶⁶² yola çıkarak, abonman sözleşmelerinde özel kişilerin iradesinin belirsizleşmesinden ve kamu gücünün akdi görünümü belirsiz hale getirmesinden söz edilebilir.⁶⁶³

düzenlemelerin hizmetin objektif kurallarını içerdiğini belirtmiştir. Bkz. Onar, **İdare Hukuku Cilt I**, s.524.

⁶⁵⁸ Tekinsoy, **İdari Sözleşme Rejimi**, s.39.

⁶⁵⁹ Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, s.17.

⁶⁶⁰ Erkut, **İdari İşlemin Kimliği**, s.39.

⁶⁶¹ Murat Sezginer, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Yetki Yayınları, Ankara, 2000, s.122-123.

⁶⁶² Sezginer, **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s.124.

⁶⁶³ Yargıtay bir kararında bu durumu idare açısından bir ayrıcalık olarak şu ifadelerle açıklamaktadır: “Bu sözleşmelerde, taraflardan biri olan İdare, önceden sözleşme koşullarını hazırlayarak bir icap şeklinde, umuma arz eder ve hizmetten yararlanma ihtiyacı içinde olan yurttaş bunları zımnen kabul etmek suretiyle bağlanır. Genel koşulları önceden

Bahsi geçen özellikleriyle bu sözleşmelerin özel hukuk alanında yaygın bir uygulama haline gelen borçlar hukuku hükümlerine tabi olan genel işlem koşulları taşıyan sözleşmelere benzerlikleri dile getirilebilir. Özel hukukta bir hukuki işlem türü olarak eşit bireyler arasındaki ilişkileri hukuken düzenleyen sözleşmenin kaynağı, tarafların serbest iradeleridir ve herhangi başka bir hâkimiyet unsurunun bulunmadığı bu alanda, sözleşme özgürlüğü ilkesi karşımıza bu alanın en önemli unsurlarından biri olarak çıkmaktadır.⁶⁶⁴ Bununla birlikte, irade özgürlüğü ve tarafların eşitliği varsayımının tam olarak uygulama alanı bulduğu klasik sözleşme modeli karşısında, sözleşme görüşmelerinin yapılmasının şekline göre farklılaşan standart sözleşmeler yer almakta; hatta bu tür yaygınlaşmaktadır.⁶⁶⁵ Bu sözleşmelerin temel özelliği, sözleşmenin içeriğinin kısmen ya da tamamen genel işlem koşullarıyla önceden belirlenmesi⁶⁶⁶; esasen sözleşmenin müzakere aşamasının ortadan kaldırılmış olmasıdır.⁶⁶⁷ Genel işlem koşulları, *“Taraflardan birinin ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak üzere önceden tek başına hazırlayıp düzenleyerek sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa sunduğu*

tespit eden taraf, bunlarda değişiklik yapma olanağına sahiptir. Ekonomik bakımdan güçlü olduğu için karşı tarafın ileri sürebileceği değişiklikleri kabule yanaşmaz. Bu durumda taraflardan birinin kendi şartlarını diğerine dikte etmesine yol açan bir sözleşme özgürlüğü; özgürlük olmaktan çıkıp bir ayrıcalık halini kazanır.” Y.13HD, E.1996/1734, K.1996/2495, T.18.3.1996 (LexHBS) (Kararı aktaran: Hasan Ayrancı, **Enerji Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s 250.)

⁶⁶⁴ Yeşim Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2001, s.9-10.

⁶⁶⁵ Murat Aydoğdu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi**, Cilt 8, Özel Sayı, Yıl 2013, s. 573- 575.

⁶⁶⁶ Ayrancı, **Enerji Sözleşmeleri**, s.278.

⁶⁶⁷ Cemal Oğuz, “Standart Sözleşmelerin BK.21 ile 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hakim Tarafından Kontrolü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt 10, Sayı 1, Yıl 1998, s.25.

standartlaştırılmış sözleşme hükümleri”dir.⁶⁶⁸ Bu koşulların varlığı halinde, taraflardan biri sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünü tek taraflı olarak ve kendi lehine kullanmakta; diğer taraf ise sözleşmenin şekillendirilmesine katılmamaktadır.⁶⁶⁹ Ancak burada, özel hukuk alanında statü ilişkisine benzer bu durumlarda, taraflardan birinin iradesinin diğeri üzerinde hukuksal üstünlüğünün olmadığı⁶⁷⁰ özellikle vurgulanmalıdır. Oysa iktisadi kamu hizmetlerinden yararlanmak isteyenlerin idarenin belirlediği koşullar altında idarenin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen bu sözleşmeyi imzalamak zorunda olması ile taraflar arasında bir eşitlikten söz etmek mümkün değildir. İdarenin, sözleşmenin kurulması aşamasında karşı tarafın seçimine ya da sözleşme koşullarını belirlemeye yönelik kullandığı kamu gücü ayrıcalıklarının, sözleşmenin idari niteliğini belirlemede tek başına bir ölçüt teşkil etmese de sözleşmenin karşı tarafı ile eşitliği bozması itibarıyla sözleşmenin niteliğine etkisinin göz önüne alınması gerekmektedir.⁶⁷¹

İdarenin sahip olduğu birtakım yetkilerin özel hukuk sözleşmelerindeki yetkilere benzemesi ve bu sözleşmelerle de benzerlik taşımasına karşılık, idari sözleşme rejiminde belirleyici olan “*idarenin sözleşmeyi tek yanlı değiştirebilmesi ve sözleşme ilişkisinin bu değişen şartlar altında devam edebilmesidir.*”⁶⁷² İdarenin taraf olduğu abonelik sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, yargının sözleşmenin niteliğine ilişkin bu yönde bir irdeleme yapmadığı görülür. Oysa ki, idarenin sözleşmeden ayrılabilir nitelikte olduğu kabul edilen tek taraflı işlemlerinin esasen sözleşmenin abonelik koşullarında değişiklik yaptığı açıktır. Bu hususta, uyuşmazlık konusu sözleşmelerin idarenin sahip

⁶⁶⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.215. Bkz. Türk Borçlar Kanunu m.20/1: “*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.*”

⁶⁶⁹ Atamer, **Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, s.63.

⁶⁷⁰ Karahanoğulları, **Yasallık ve İdari İşlemler**, s.154.

⁶⁷¹ Öztoprak, **İdari Sözleşmeler**, s.79.

⁶⁷² Tekinsoy, **İdari Sözleşme Rejimi**, s. 69.

olduğu yetkiler ve bu yetkilerin dayanağı çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir⁶⁷³, yargı içtihatlarında özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen sözleşmelere yönelik bu nitelendirmelerin, sadece görev sorununu çözmeye yönelik olduğu görülmektedir. Sözleşmenin niteliğinin tespiti ile sözleşmenin uygulanmasına yönelik hukuki rejim de belirlenebilecektir. Bununla birlikte taraflar arasında yargı organlarınca belirlenen nitelikte bir özel hukuk sözleşmesinin varlığının kabulü halinde dahi, bu ilişkinin ilgili her işlem ve eylemi özel hukuka tabi kılıp kılmadığının ayrıca incelenmesi gerekir. Bu husus, aşağıda idari işlev dahilinde hizmet yürüten idarenin kamusal yetki sahibi olması, taraflar arasındaki ilişkinin sadece borçlar hukuku ile açıklanamayacak olması itibarıyla “*ayrılabilirlik*” kuramı ile ele alınacaktır.

C. Hizmetin Yürütülmesinde Kamusal Yetki Kullanımından Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Sözleşmeden Ayrılabilir Niteliği

İktisadi kamu hizmetlerinden yararlananlar ile kamu iktisadi teşebbüsleri arasında bir sözleşme bulunması itibarıyla bu hizmetlerin yürütülmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tabi olunacak hukuki rejimin tespitinde, yargı organlarının sıklıkla izlediği yol, öncelikle taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi aralarındaki sözleşmenin niteliği üzerinden tespit etmek ve özel hukuk sözleşmesi nitelemesi yaptığı hallerde “*sözleşmenin uygulanmasından*” kaynaklandığını tespit ettiği uyuşmazlığı sözleşmenin hukuki rejimine tabi kılmak şeklindedir. Bu durumu bir karar üzerinden açıklamak gerekirse, Uyuşmazlık Mahkemesi’nin, TEDAŞ Burdur Elektrik Dağıtım Müessese Müdürlüğü tarafından yapılan bir denetimde, elektrik abonesinin kaçak elektrik kullandığından

⁶⁷³ Örneğin bu konuda öğretilde Ergün, abonelik sözleşmelerinde idarenin özel hukuk kural kurallarına bağlı olduğunu; sözleşmede değişiklik yapma yetkisinin kamu hizmetinin değişkenliği ilkesi yanında sözleşme ilişkisinden kaynaklandığı belirtmektedir. Çağdaş Evrim Ergün, **Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti**, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010, s.191.

bahisle sayacının mühürlenmesi, adına cezalı olarak belli bir miktarda elektrik kullanım bedeli tahakkuk ettirilmesi ve bu bedelin kendisince ödenmesi üzerine yapılan tahakkukun haksız olduğunu ileri sürerek ödediği paranın iadesine ilişkin açtığı davada, adli yargının görevli olduğuna karar verdiği görülmektedir. Tüzel kişiliği haiz bir kamu kurumu olan TEDAŞ'ın, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de saklı tutulan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabi olduğu; 26.01.1994 tarih ve 21830 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ana Statü'nün 4'üncü maddesinin birinci bendi uyarınca *“sözleşmeler çerçevesinde elektriğin alışı, satışı ve ticaretini yapma ve yaptırma”*nın görevleri arasında yer aldığı belirtilmektedir. Yüksek Mahkeme bu davanın, taraflar arasında abonman sözleşmesine dayanan özel hukuk hükümlerine tabi bir alacak-borç ilişkisinden doğması nedeniyle adli yargının görev alanına girdiğini şu gerekçeye dayandırmaktadır: *“Elektrik bedeli, ekonominin kurallarına uygun olarak serbestçe tespit edilen bir tarife ve abonman sözleşmesine göre alınmaktadır. Başka bir deyişle, idare ile kişi arasında sözleşmeyle alacak-borç ilişkisi doğmakta, ödenecek miktar TEDAŞ ile kişi arasında abonman sözleşmesiyle özel hukuk ilişkisi kurulmasından sonra verilen hizmet karşılığında maliyet-kâr esasına göre belirlenmektedir. Ödemenin hukuksal dayanağı, kamu gücüne değil, tarife ve iki taraf arasında yapılan abonman sözleşmesine dayanmaktadır. Nitekim, ödemelerin yapılmaması durumunda TEDAŞ alacağını, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun hükümlerine göre değil, sözleşme ilişkisine dayalı olarak özel hukuk hükümlerine göre tahsil etmektedir. Abone ile TEDAŞ arasında yapılan abonman sözleşmesi, daha çok ‘tip’ sözleşme görünümündedir. Hizmetten yararlanan kişinin, sözleşmeyi idare ile birlikte düzenlenmesi yerine katılımı (iltihakı) sözkonusudur. Ancak, bu durum, idare ile kişi arasında kurulan özel hukuk ilişkisini, idare hukuku ilişkisine dönüştürmez. Çünkü, birçok durumda hizmetin tekel niteliği ve çok kişiye götürülme zorunluluğu, işin*

çoğunlukla tip sözleşmelerle ve hizmetten yararlanacakların katılımı yoluyla gerçekleştirilmesini olanaklı kılmaktadır.”⁶⁷⁴

İdarenin hizmetten yararlananlarla kurduğu ilişki özel hukuk kurallarına tabi olsa da, idarenin hizmetin örgütlenmesine ve düzenlenişine yönelik tek yanlı işlemlerinin sözleşmeden ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.⁶⁷⁵ Burada belirleyici olan idarenin faaliyetinin ve bu faaliyete yönelik işlemlerin “idari” niteliğidir.⁶⁷⁶ İktisadi kamu hizmetlerinde hizmetten yararlananların tabi oldukları abonelik şartlarını belirleyen idari işlemlere ilişkin değişikliklerin, sözleşmenin uygulanmasından bağımsız değerlendirilmesi, Danıştay tarafından da şöyle açıklanmaktadır: “(...) bu tür kamu hizmetlerinin ifası sırasında idare ile kamu hizmetinden yararlananlar arasındaki sözleşme yapılmadan önce sözleşme şartlarının tek taraflı olarak idarece, sunulan kamu hizmetinin niteliği, özellikleri ve günün koşulları göz önüne alınarak belirlenmesi ve

⁶⁷⁴ UYM, E.2003/86, K.2003/87, T.17.11.2003 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>). Aynı yönde UYM, E.2003/38, K.2003/43, T.16.06.2003, R.G. 11.07.2003-25165. Söz konusu gerekçeyle daha sonraki kararlarda da aynen yer verilmekte; bu kararlarda farklı olarak, somut uyuşmazlıkta taraf olan elektrik dağıtım şirketinin dahil olduğu özelleştirme süreci aktarılmakta; bu durumun -TEDAŞ’ın kamu kurumu niteliğini sürdürmesi ve somut uyuşmazlıkta taraf olan Meram Elektrik Dağıtım A.Ş’nin hisse devrinin henüz gerçekleşmediği- görevli yargı düzeni üzerinde etkisi olmadığı görülmektedir. UYM, E.2008/62, K.2009/6, T. 02.02.2009, R.G.24.07.2009-27298. Bununla birlikte, özelleştirme işlemi tamamlanan elektrik dağıtım şirketlerinin taraf olduğu uyuşmazlıklarda da Yüksek Mahkeme’nin gerekçesi değişmemektedir. UYM, E.2014/464, K.2014/516, T.05.05.2014, R.G. 17.06.2014-29033; UYM, E.2014/1004, K.2014/1045, T.17.11.2014, R.G. 11.12.2014-29202. Bu kararlarda dikkat çeken husus, tahsilat tarihinin özelleştirmenin tamamlanmasından önce olmasıdır.

⁶⁷⁵ Bu husus, özel hukuk öğretisinde de dile getirilmektedir: “(...) abonelik sözleşmesiyle verilen hizmetlerin kamu hizmeti niteliği bulunduğundan, bu tür sözleşmelerde tamamen özel hukuk hükümleri geçerli olsa da kamu hukuku hükümlerinin de dikkate alınması bir zorunluluktur.” Hüseyin Altaş, “Telekominikasyon Alanındaki Abonelik Sözleşmeleri”, **Prof. Dr. Ali Naim İNAN'a Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2009, s.157.

⁶⁷⁶ Tekinsoy, **İdari Sözleşme Rejimi**, s.144.

*hizmete ilişkin tarifelerin düzenlenmesinde idarenin kamu gücünü kullanarak idari tasarrufla bulunduğunu kabul etmek gerekir. Elektrik, su ve doğal gaz gibi bedeli karşılığında dağıtılan kamu hizmetlerinde, bu kamu hizmetlerinden yararlanmak için öngörülen koşulların idarece tek taraflı olarak düzenlenmesi, sözleşmenin uygulanması anlamına gelmeyeceğinden, uyuşmazlığın görüm ve çözümünde adli yargının görevli olduğu düşünülemez. İdarenin tek taraflı olarak kamu gücüne dayanarak belirlediği abone olma ve sözleşme koşullarından doğan uyuşmazlıkta idari yargı yerleri görevlidir.”*⁶⁷⁷ Bu bağlamda, hizmetten yararlananlar ile kamu iktisadi teşebbüsleri arasında bir sözleşmenin varlığı ve tüm uyuşmazlıkların sözleşmeden kaynaklandığından bahisle özel hukuka tabi kılınması nedeniyle sözleşmenin uygulanması aşamasının bütünüyle özel hukuka tabi olduğunun kabulü yerine, her ilişkiyi ya da her hukuki işlemi ayrıca değerlendirmek ve tabi olduğu rejimi belirlemek gerekmektedir.⁶⁷⁸ Bir kamusal yetkinin, kamu gücünün kullanımı söz konusu ise, işlem özel hukuku ilgilendirse de idari yargı yerleri görevlidir.⁶⁷⁹ Böylelikle kamu gücünün hukuka aykırı kullanımı, sözleşmeden ayrı ve bağımsız bir şekilde idari yargı tarafından denetlenebilir.⁶⁸⁰ Görülmektedir ki, abonman sözleşmelerinin düzenleyici hükümleri, idari işlem niteliğindedirler ve idari yargının denetimine tabidir.⁶⁸¹ Sözleşme ilişkisine bağlanabilse de, idarenin kamusal yetkisine dayanarak yaptığı bu işlemler, sözleşmeden ayrılabilir niteliktedir⁶⁸² ve sözleşmeden ayrı olarak bir hukuki değer taşımaktadırlar. Bu ayrım,

⁶⁷⁷ D.8D, E.1997/185, K.1997/2229, T.23.06.1997 (LexHBS).

⁶⁷⁸ M. Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 55, Sayı 2, Yıl 2006, s.223-225.

⁶⁷⁹ Sezginer, **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s.90.

⁶⁸⁰ Ayrılabilir işlem kuramının bu nitelikteki varlık sebebine ilişkin bkz. Özay, “‘İskambilden Şato’ ile Bir Fok ve Penguen Öyküsü”, s. 880.

⁶⁸¹ Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s. 56.

⁶⁸² Tekinsoy, **İdari Sözleşme Rejimi**, s.31.

işlemin hukuka aykırılığının sözleşme kuralları çerçevesinde belirlenip belirlenmediği ile tespit edilmektedir.⁶⁸³ Sonuç olarak, idarenin yaptığı özel hukuk sözleşmeleri de idare hukukunun inceleme konusu kapsamına girmekte ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargı yerleri tarafından çözümlenmektedir.⁶⁸⁴

İdare tarafından özel hukuk alanında yapılan her işlemi özel hukuk işlemi olarak nitelemek ve bu işlemlerin denetimini adli yargıya bırakmak, idarenin bu alanda yaptığı idari işlemlerin iptal davasına konu olmasını engelleyecektir. Bu nedenle ayrılabilir işlem teorisi, idari işlem niteliğinde olduğu tespit edilen bir işlemin hangi hukuki rejime tabi ilişki içinde yer alırsa alsın, idari yargının denetimine tabi kılınması noktasında önem arz etmektedir. Aksi yönde kararları bulunmakla birlikte yüksek mahkemelerin, özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda ve konumuz özelinde abonman sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda, sıklıkla ayrılabilir işlem kuramına yer verdiği ve bu kararlarda idari işlem ile kamusal yetki arasında bir bağ kurduğu görülmektedir. Bununla birlikte, bu sözleşmelerin taraflarından hizmetten yararlananın uğradığı eylemden doğan zararlara ilişkin uyuşmazlıklarda ise yüksek mahkemeler karar gerekçelerinde, bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında gerçekleşen idari eylemin “idarilik” vasfını nasıl kaybettiğini ve yürütülen hizmetin bir kamu hizmeti olmasının nasıl etkisiz hale geldiğini açıklamamaktadırlar. Mahkemelerin karar gerekçelerinde bir kuram geliştirmek zorunda olmadığından ve bu hususta asıl yükümün öğretiye düştüğünden bahisle⁶⁸⁵ söz konusu eylemlerin niteliğinin belirlenmesinde kamu hizmetinin mi yoksa idare ile yararlanan arasındaki ilişkinin mi belirleyici olduğunun tespitine ilişkin öğretiye baktığımızda, bu

⁶⁸³ Akıllıoğlu, “Anonim Ortaklık Ana Sözleşme Değişikliği”, s.464.

⁶⁸⁴ Zehra Odyakmaz, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, **Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 1-2, Ankara, Haziran-Aralık 1998, s.145.

⁶⁸⁵ Lûtfi Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, TODAİE Yayını, No: 138, Ankara, 1974, s.12.

görüşlerin içtihadı eğilime paralel olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin akdi niteliği düşüncesi karşısında, bu eylemleri idari eylem olarak kabul eden görüş yer almakta ve bu görüş, idarenin sorumluluğunun asıl olarak hizmet kusuruna dayanıyor olmasından ve bu faaliyetlerin kamu hizmeti niteliğinden yola çıkmaktadır.⁶⁸⁶

Kamu iktisadi teşebbüslerinin kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında meydana gelen zararlardan doğan sorumluluğunda görevli yargı düzeninin davacının kimliği ile farklılaşması yönündeki içtihat, idarenin sözleşme dışı sorumluluğunda eylemin idari eylem olarak kabul edilmesine rağmen; sözleşme sorumluluğunda aynı eylemin niteliğinin idari olmadığı belirlenmesinde, aradaki ilişkinin bir sözleşme ilişkisine dayandırılmasından öte bir gerekçe içermemektedir. Bu durumda akla şu soru gelmektedir: Bir eylemin sorumluluk türlerine göre hukuki nitelik değiştirmesi mümkün müdür? İdari eyleme “idarilik” vasfını veren nedir? Bu yönde bir tespit çabasının, idarenin eylemlerinin tamamının idari eylem olarak nitelendirilmemesi ve özel hukuka tabi kamu hizmetlerinde hizmetten yararlananlara yönelik eylemlerin idari eylem olarak kabul edilmemesini açıklayarak; en azından bu kabulün dayanağının hizmete ulaşmak için kurulması zorunlu akdi ilişkinin ötesinde ve idarenin eylemi üzerinden yapılmasını sağlaması umulmaktadır.

İdarenin faaliyetlerini yürütürken bilerek ya da bilmeyerek gerçekleştirdiği maddi fiiller yanında, idarenin hareketsiz kalması ile ortaya çıkan fiili durumlardan oluşan idari eylem⁶⁸⁷; “*kamu hukuku rejimine tabi bulunan kamu hizmetleri alanında, idarenin kanunilik temeline bağlı bulunan ve kamu görevlileri aracılığı ile gerçekleştirdiği fiziksel*

⁶⁸⁶ Kazım Yenice - Yüksel Esin, **Açıklamalı – İçtihatlı – Notlu İdari Yargılama Usulü**, Arısan Yayınevi, Ankara 1983, s.298.

⁶⁸⁷ Yenice - Esin, **İdari Yargılama Usulü**, s.298.

ve maddi sonuçlar doğuran davranışları” olarak tanımlanmaktadır.⁶⁸⁸ Bunun yanında yargı kararlarında, idarenin bir eyleminin idari eylem olarak nitelendirilmesinin, kamu hukuku alanında olması; idare hukuku alanında sonuç doğurması; kamu kudreti kullanılarak yapılmasına bağlı olduğu görülmektedir. Mahkeme kararlarında ortaya konulan haksız fiil ile idari eylem arasındaki fark, idari usul ve esaslara uygunluk üzerinden belirlenmektedir.⁶⁸⁹ Bu bağlamda, idari eyleme kamu gücünün kullanımı ile “idarilik” veren unsur olarak kanunilik ilkesine, idarenin eylemlerinin bir idari işlem ya da yasal bir yetkiye dayanıyor olması esasına dikkat çekilmektedir.⁶⁹⁰ Hatta bu durumda, kamu hizmetlerinin eylemlerle gerçekleştirilmesi ve burada eylemin kanunla idareye bir görev olarak verilmesi dolayısıyla hizmet içinde yer alması ile idarilik söz konusu olacaktır.⁶⁹¹ “İdare, kanunla verilen bir görevi yerine getirmek üzere yetkilendirilmiş ise, idarenin bu görevi yerine getirmek üzere alacağı kararlar ve bu kararları yerine getirmek için yapacağı plan ve projeler ile bu plan ve projeler için yapacağı eylemler, aynı yasal dayanağa bağlı olarak ‘idari’ sayılacaktır. İdarenin kararını, plan ve projesini, eylemini ‘idari’ kılan unsur, kanunla verilen görev ve yetkisinin uygulanmasıdır.”⁶⁹² Tam da bu noktada özel hukuka tabi kamu hizmetlerinin idareye görev ve yetki veren kanunlarla düzenlenmediğinden söz etmek mümkün müdür, sorusu akla gelmektedir. Bu durumda, tabi olduğu hukuki rejim fark etmeksizin hizmetin yerine getirilmesinde idarenin bir eylemi nedeniyle ortaya çıkan zararda, bu zarara neden olan aksaklığın, hizmetin düzenlenişine ilişkin bir karardan kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti önem

⁶⁸⁸ Ayanoğlu, **İdari Eylemin Tanımlanması**, s.324.

⁶⁸⁹ Selami Demirkol, “İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu”, **Sayıştay Dergisi**, Cilt 12, S. 40, Ocak 2001, s.2.

⁶⁹⁰ Ayanoğlu, **İdari Eylemin Tanımlanması**, s.96.

⁶⁹¹ Ayanoğlu, **İdari Eylemin Tanımlanması**, s.100.

⁶⁹² Ayanoğlu, **İdari Eylemin Tanımlanması**, s.97.

taşımaktadır. Bu bağlamda, bir kamu iktisadi teşebbüsünde asli ve sürekli nitelikteki bir görevi yerine getiren, statü hukukuna tabi bir kamu görevlisinin aldığı, hizmetin düzenlenişine ilişkin bir karara dayanan eylemin zarara sebebiyet vermesi ihtimalinde, kamusal yetkiyi görmezden gelmek mümkün olmayacaktır. Zira burada, hizmetin düzenlenişi, idare hukuku ilkelerine tabidir. Hizmetin, kamu hizmeti olması nedeniyle özel kişilerin faaliyetlerinden farklı olarak kolluk denetimi değil de hizmete ilişkin bir içsel denetime tabi olduğunu da göz önünde bulundurmak gerekmektedir.

Bu noktada konuyu bir özel hukuk sözleşmesinin varlığı üzerinden değil de idarenin eylemleri üzerinden değerlendirmek için, bir de hizmet kusuru kavramı açısından ele almak gerekmektedir. Bugün de geçerli olan bir tanıma başvursak, hizmet kusuru; “(...) idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir âmme hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilâtında, bünyesinde, personelinde yahut işleyişinde- gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, murakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan vasıtaların kifayetsiz, elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi, (...) şeklinde tecelli eden- bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık arz etmesidir.”⁶⁹³

Tanımda, idarenin yürüttüğü kamu hizmetlerinin türleri arasında bir ayırım yapılmamış; tüm kamu hizmetleri için kabul edilen hizmet kusurundan dolayı idarenin sorumluluğunun doğacağı belirtilmiştir.⁶⁹⁴ Nitekim yargı kararlarında da, özel hukuka tabi kamu hizmetlerinin yürütülmesinde üçüncü kişilerin ya da kamu görevlilerin uğradıkları zararların kaynağı olarak hizmet kusuru kabul edilmiş ve uyuşmazlıkların idari yargıda çözümleneceği benimsenmiştir. Zira, “hizmetin yapı ve işleyişinden çıkan, organ ve personelin tamamen dışında, kendine özgü bir karakteri” haiz olduğu kabul

⁶⁹³ Ragıp Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 15, Sayı 4, Yıl 1949, s. 858.

⁶⁹⁴ Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, s.886.

edilen hizmet kusurunun⁶⁹⁵, kamu hukukuna özgü olduğu ve özel hukukun kusur ve haksız fiil kavramlarından farklı olarak idarenin sorumluluğuna yol açtığı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, sorumluluğun özel hukuk kuralları dışında ve hizmet kusuru teorisine özgü şekilde tesis edilmesi gerekmektedir.⁶⁹⁶ Nitekim bu hususta Uyuşmazlık Mahkemesi’nin daha eski tarihli bir kararında, kamu hizmetinin kaynağının abonman sözleşmesi olmadığını belirleyerek şu ifadelerle yer verdiği görülür: “*Olayda da (TEDAŞ)’ın yukarıda açıklanan KHK ve ana statü hükümleriyle kendisine verilen görevi hatalı yapıp yapmadığı, bu hizmetin ifası sırasında kusurlu olup olmadığı hususu uyuşmazlığın esasını teşkil etmektedir. Olayda davacının, (TEDAŞ)’ın abonesi olmasının davaya etkisi yoktur. Burada konu olan kamu hizmetinin kaynağı, dayanağı, abonman sözleşmesi değildir. (TEDAŞ)’ın abonelere elektrik verme görevi bir kamu hizmetidir. Yukarıda açıklandığı üzere kamu hukuku alanına giren düzenlemelerle uygulamaya konulmuştur.*”⁶⁹⁷

Hizmet kusuru, idarenin asli ve birinci dereceden sorumluluğunu gerektirmektedir. Anayasa ve Devlet Memurları Kanunu’nda, kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirdikleri esnada kusurlu davranışlarıyla neden oldukları zarardan dolayı, ancak idare aleyhine dava açılabilceği ve ilgili kamu görevlisine dava açılmayacağı öngörülmektedir.⁶⁹⁸ Bununla birlikte Devlet Memurları Kanunu’nun 13’üncü maddesinde “*kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak*” ifadesi geçmekte; 1982 Anayasası’nın 129’uncu maddesinin beşinci fıkrasında ise “*memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri*” ifadesi yer almaktadır.

⁶⁹⁵ Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, s.27.

⁶⁹⁶ Necdet Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1963, s.35.

⁶⁹⁷ UYM, E. 1996/21, K. 1996/61, T. 18.03.1996 (www.uyusmazlik.gov.tr).

⁶⁹⁸ Günday, **İdare Hukuku**, s.377.

Maddenin gerekçesinde yer alan “*hususî hukuka tabî hizmetlerde çalışan personel bakımından, tabîî, hususî hukuk esasları uygulanacaktır.*” ifadesiyle madde metninden ve gerekçesinden kastedilenin kamu hukukuna tabî görevler olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bu şekilde bir açıklığın Anayasa’daki ifadede yer almaması üzerine Anayasa’nın 129’uncu maddesinin beşinci fıkrasının uygulama alanı bakımından özel hukuka tabî yetkilerin kullanılmasına ilişkin durumun ne olacağı, akla gelmiştir.⁶⁹⁹ Anayasa metninde, yetkilerin tabî olduğu hukukî rejime ilişkin açık bir nitelendirme bulunmaması; sorumluluk anlayışının tabî olduğu hukukî rejimin de açıkça belirlenmemesi üzerine, bu ifadenin Devlet Memurları Kanunu’nun 13’üncü maddesiyle aynı yönde anlaşılması ve kamusal yetki olarak kabul edilmesi gerektiğine dikkat çekilmektedir.⁷⁰⁰ Nitekim bu görüş uyarınca; kamu görevlisinin içinde bulunduğu hukukî statü değil, yerine getirdiği görevin hukukî rejimi önem taşımaktadır.⁷⁰¹ Bu husus, kamu görevlilerinin asli ve sürekli görevlerinin niteliği hakkında yapılan incelemede ele alınmıştır. Özel hukuka tabî kamu hizmetlerin de genel idare usullerine tabî bir içeriği olması gerçeği karşısında, asli ve sürekli nitelikteki görevlerle hizmetin düzenlenişinde kullanılan kamusal yetkiler, hizmetten ayrı düşünölemeyecektir. Bu durumda sorulması gereken soru şudur: İdare ile hizmetten yararlanan arasındaki özel hukuk sözleşmesi, zararın, idarenin bir kamu hizmetinin yürütölmösinde doğan sorumluluğuna neden olduğu gerçeğini değıştirmekte midir? Zira bu noktada, sorumluluğun dayanağı özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilse de kamu görevlisi açısından değörlendirildiğinde,

⁶⁹⁹ Yasin Yerebasmaz, **Yargı Kararları Işığında Hizmet Kusuru Kişisel Kusur Ayrımı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012, s.187.

⁷⁰⁰ Cüneyt Ozansoy, **Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1989, s.301.

⁷⁰¹ Ozansoy, **İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, 303.

onun kamu hukukuna tabi bir kamu görevi yürüttüğünden kamusal yetki kullanması inkâr edilemez. Bu bağlamda, hizmet kusurunun tespiti, idari yargı yerlerince yapılacaktır. Bununla birlikte, burada kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından çoğunlukla tekel niteliğinde yürütülen bir iktisadi kamu hizmeti karşısında, hizmetten yararlanan bireylerin hem seçme şansı yoktur hem de idarenin hizmetin düzgün işleyişine ilişkin kamu hukuku sorumluluğu devam etmektedir.⁷⁰² İktisadi kamu hizmetlerinin de kuruluş şekli, teşkilat yapısı, personel ve mallarının tabi olduğu rejim, hizmetin yürütülmesine hâkim ilke ve esaslar, kamu hukukuna göre belirlenmekte; hizmetten yararlananlarla kurulan özel hukuk ilişkisi bu bağlamda sınırlanmış olmaktadır.⁷⁰³ Aksi yorum, kamu

⁷⁰² Bu hususta özel kişiler tarafından sunulan sağlık hizmetlerinde, hizmet sunan ile yararlanan arasındaki ilişkinin kamu hukukuna özgü bir niteliği barındırması şu ifadelerle aktarılmıştır: *“Sağlık hizmeti sunan personel veya sağlık kuruluşu ile bireylerin ilişkisi iç ilişki olarak belirlenebilir. Sağlık hizmeti sunan personel özel kişi veya kamunun denetimi ve gözetimi altında hizmet veren özel sağlık kuruluşu ise uygulanan tıbbi faaliyetin yükümlülükleri ve bireyin ücret ödeme yükümü bu iç ilişkiden kaynaklanır. Sağlık hukuku incelemelerinde genellikle bu kısım vurgulanmaktadır. Bu kısmın vurgulanması, sürecin sağlık personeli ile ilişki ya da özel sağlık kuruluşuna kabul bakımından sözleşme olarak incelenmesini kolaylaştırmaktadır. Ancak, hiçbir sağlık faaliyeti ilişkisi tek başına iç ilişkinin analizi ile anlaşılamaz. Çünkü devletin kimlerin sağlık mesleklerini icra edebileceklerini belirleme ve denetleme, hangi ilaçların yurt içinde kullanılabileceği, hangi tesislerde sağlık mesleklerinin faaliyete dönüştürülebileceğine ilişkin belirleme ve denetleme yetkileri mutlaklardır. Açılan bir özel hastanenin sağlıksız ortamında hizmet verilmesi, iç ilişki bakımından özel hukuk sorumluluğunu gerektirir ve ancak yetkili kurumların denetim ve gözetim yükümlülüğünden kaynaklanan kamu hukuku sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Nihayetinde iç ilişki asimetrik bir ilişkidir. Tıbbi personelin bilgi ve olanakları karşısında başvuran ‘aciz’ durumdadır. Sağlık hizmeti sunan kamu kurum veya kuruluşu ve bunların personeli ile tıbbi bir hizmetten yararlanmak isteyen kişi arasındaki iç ilişkide dahi kamu hukukuna özgü bir ilişkiden söz edilebilir.”* Özgür Temiz, **Türk Hukukunda Sağlık Hakkı ve Bir Kamu Hizmeti Olarak Sağlık**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013, s.158-159.

⁷⁰³ Ayaydın, **İdare Hukuku’na Giriş (II)**, s.202.

hukukuna ilişkin ilke ve esasların bir özel hukuk sözleşmesi ile değiştirilebileceği anlamına gelmektedir.

Her iki yargılama usulü sonunda da idarenin eyleminin zarara neden olduğunun tespiti ile idarenin bir tazminata mahkûm edileceği açıktır. Nihayet, tazmin yükümlülüğü, hukuki sorumluluğun bir müeyyidesidir ve bununla, yargı organı tarafından yüklenen maddi bir ödevle bozulan mali dengenin düzeltilmesi amaçlanmaktadır.⁷⁰⁴ Bununla birlikte, idari dava türleri içinde tam yargı davaları, hukuk devleti ilkesinin sağlanmasında ve idarenin faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun denetiminde etkin bir denetim aracı olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷⁰⁵ İdari yargıda, tazminat miktarının tespit edilmesinde uygulanacak esaslara ilişkin olarak özel hukuk hükümlerinden faydalanılabileceği öteden beri kabul edilmekle birlikte idari yargı yerlerinin idarenin sorumluluğu ile ilgili olmayan özel hukuk kurallarına göre karar vermesinin mümkün olmaması gerektiği vurgulanmaktadır.⁷⁰⁶ İdarenin sorumluluğuna özel hukuk hukukun uygulanmayacağı⁷⁰⁷, Blanco kararına dayanır. Zira bu durum, hizmet kusuru bağlamındaki objektif sorumluluğun da yadsınmasına yol açacaktır.⁷⁰⁸ Nitekim bu yönde bir yadsımanın, bu davaların çözüm yerinin adli yargı düzeni olmasının

⁷⁰⁴ Recep Başpınar, “*Tam Yargı Davaları*”, içinde **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, İkinci Baskı, Ankara, 1986, s.482; Yenice - Esin, **İdari Yargılama Usulü**, s.107; Bahtiyar Akyılmaz, “*İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması*”, **Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 1-2, Yıl 1998, s.165.

⁷⁰⁵ Akyılmaz, “*İdari Yargıda Tazminat*”, s.165.

⁷⁰⁶ Akyılmaz, “*İdari Yargıda Tazminat*”, s.190-191.

⁷⁰⁷ İdarenin sorumluluğunun ilk özelliği “*medenî*” ve “*adli*” yargıdan ayrılmış özel bir sorumluluk türü olmasıdır. Hasan Nuri Yaşar, “*İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 66, Sayı 1, Yıl 2008, s.207.

⁷⁰⁸ Taner Ayanoğlu, “*İnsan Zararlarına İlişkin Tam Yargı Davalarını Çözme Görevini Asliye Hukuk Mahkemelerine Vermek Reform mu Yoksa Fantezi mi?*”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 86, Sayı 2, Yıl 2012, s.80.

kabulünde de karşımıza çıktığı görülmektedir. Bu nedenle, uyuşmazlığa neden olan eylemlerin sözleşmenin uygulanmasından ayrılarak, “*idari eylem*” olmaları itibarıyla idari yargı yerlerince denetlenmesi gerekmektedir. Zira bir kamu hizmetinin işleyişinden kaynaklanan sorumluluk rejimini, sözleşmenin kamu hukukunun önüne geçmesini kabul ederek özel hukuk rejimine terk etmek, kamu hizmetinin alanını tamamen özel hukuk usullerine terk etmek anlamına gelecektir. İdare, hizmetin koşullarına uygun olarak yerine getirilmesinden hizmetin asli sahibi olarak sorumludur.

Sonuç olarak görülmektedir ki, idare ile ilgili arasındaki ilişki, özel hukuk ilişkisi olsa da bu ilişkiyi etkileyen her işlem ve eylemin özel hukuka tabi olmadığı açıktır. İktisadi kamu hizmetlerinde de idari işlev kapsamında hizmet yürüten idarenin konumu, herhangi bir kişi gibi değerlendirilemez ve hizmetten yararlananla kurulan ilişki, sadece borçlar hukuku kurallarıyla açıklanamaz. Yürütülme usulü, bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğini ortadan kaldırmamaktadır ve bu bağlamda hizmet kusuru da medeni hukuktaki gibi bir davranış eksikliğinden ibaret değildir.⁷⁰⁹ İdare, bu ilişkide de hizmetin ifası nedeniyle üstün ve yetkilidir. Bu noktada önerimiz, konunun “*ayrılabilir işlem*” kuramından yola çıkarak sorumluluk rejimi açısından “*ayrılabilir eylem*” bağlamında değerlendirilmesidir. Nitekim bu yönde bir değerlendirmenin, aynı eylemden hem yararlanan hem üçüncü kişilerin zarar görmesi halinde, aynı kamusal yetkiye dayanan eylemin niteliğinin farklılaşmasının yarattığı ya da bir kişinin aynı eylemden hem üçüncü kişi hem de yararlanan olarak zarar görmesi halinde ortaya çıkan uygulamadaki sorumluluk ve tazmin borçlarının paylaştırılmasında yaşanan sorunların da önüne geçeceği düşünülmektedir.

⁷⁰⁹ Kemal Tahir Gürsoy, “*İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları*”, **İdare Hukuku Alanında Sorumluluk-Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, 12-13 Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, 1980, s.76.

III. KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİ İLE PERSONELİ ARASINDAKİ İSTİHDAM İLİŞKİLERİNDE HUKUKİ REJİMİN BELİRLENMESİ

Kamu iktisadi teşebbüslerinin personeli ile arasındaki istihdam ilişkisinden doğan hukuki sorunlar, personel rejiminin ele alınmasını gerektiren çok geniş kapsamlı bir konu olup çalışmamızda bu konu, yüksek mahkemelerin görevli yargı düzeninin belirlenmesine ilişkin geliştirdiği ölçütler çerçevesinde ele alınacaktır. İncelenen yüksek mahkeme kararları göstermektedir ki, görevli yargı düzeninin belirlenmesinde sorun, *“daha çok statü hukukuna tabi kamu çalışanları ile yine kamuda çalışan işçiler arasındaki ayrım noktasında ortaya çıkmaktadır.”*⁷¹⁰ Bu husustaki uyuşmazlıklarda, yüksek mahkemelerin karar gerekçelerini, personelin tabi olduğu mevzuat hükümlerinin incelenmesinden sonra, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu görevin niteliğine ya da kadro esasına dayandırarak temellendirdiği; kadro dışında personel ile kurum arasında bir sözleşme bulunan hallerde ise sözleşmenin niteliği uyarınca hukuki rejimi belirlediği görülmektedir. İncelenen uyuşmazlıklar göstermektedir ki, idari yargının görevli olduğu yönündeki kararlarda personelin statü hukukuna tabi olduğu belirlenirken başvuru esas ölçüt, idarenin kullandığı kamusal yetkiler olmaktadır.

A. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Genel İdare Esaslarına Göre Yürüttükleri Kamu Hizmetleri ve Kamusal Yetki Kullanımı

İdarenin sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının varlık nedeni kamu yararının sağlanması düşüncesidir.⁷¹¹ İdari işlevin temel kavramı olan kamu yararı, idari faaliyet

⁷¹⁰ Y.7 HD, E.2013/18211, K.2014/13160, T.12.06.2014 (LexHBS); Y.9HD, E.2009/35757, K.2012/1051, T.23.01.2012 (LexHBS).

⁷¹¹ René Chapus, Droit administratif général, Paris, Montchrestien, Onbeşinci Baskı, 2001, Cilt I, s.470. (Gözler, **İdare Hukuku Cilt I**, s.87.); Özyörük, **İdare Hukuku**, s.2; Günday, **İdare Hukuku**, s.16-17. Ayrıca Duguit’ye göre, idare tarafından kullanılan zor kullanma gücünün konusu kamu hizmetleridir. Bkz. Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.34-35. Bütün idari

alanının sınırlarını çizerken, idarenin sahip olduğu yetkilerin de kaynağını oluşturmaktadır.⁷¹² Bu nedenle, kamu gücünü kamu hizmetinden bağımsız ele almak mümkün değildir. Bu iki kavram birbirlerini etkilemekte ve ayrı bir idari rejimin tespitinde kesişmektedirler. Kamu hizmetinin en önemli unsurlarından biri olan kamu gücü kavramı, bugün idari yargı kararlarında, idari faaliyetlerin hukuki rejiminin belirlenmesinde “*kamu hizmeti*” kavramını takip etmektedir.⁷¹³ İdareye tanınan, üçüncü kişilerin hukuki durumlarında onların iradelerine gerek kalmaksızın değişiklik yapma yetkisinin amacı, kamu hizmetlerinin daha etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesidir. İdarenin faaliyetleri ile özel kişilerin faaliyetlerinin amaçları arasındaki ayrım, bu faaliyetlerin araçlarını da farklılaştırmaktadır. Kamu yararına hareket eden idarenin, idare edilenlerin muhtemel direncini yenme yetkisiyle donatılması, bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷¹⁴ Anayasa ve kanunlarla tabi olduğu görevlerin niteliği gereği, idarenin kamu gücü ile hareket etmesi zorunludur.

faaliyetlerin amacının kamu yararı olduğu, Onar tarafından şu ifadelerle dile getirilmiştir: “(*...idarenin elindeki kudret, âmmeye menfaatine ve hizmeti fikrine bağlıdır. Bu kudretin bir kısmı olan irade ızharı ve hukukî tasarruflar yapma iktidarı da ancak bu fikrin tahakkuku için kullanılabilir. Tasarruf ancak bu sayede meşruluk vasfını ve hukukî kıymeti kazanır. (...)*) maksat bütün idarî faaliyetlerin nihaî gayesi olan amme menfaati bakımından nazara alınır: (...) bir tasarrufun idareye atf ve izafe edilebilmesi için onun âmmeye bir menfaat temin etmek için yapılmış olması şarttır.” Onar, **İdare Hukuku Cilt I**, s.317-319.

⁷¹² Tekinsoy, **İdari Sözleşme Rejimi**, s.9.

⁷¹³ Charles Debbasch-Jean-Claude Ricci, “*Contentieux Administratif*”, 4 4ème édit, Paris, Dalloz, 1985, s.125. (Aktaran: Erkut, **Kamu Kudreti**, s. 36.); Duran, **İdare Hukuku**, s.345.

⁷¹⁴ Giritli - Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri**, s.12. Aynı yönde bkz. Günday, **İdare Hukuku**, s.16; Tekinsoy, **İdari Sözleşme Rejimi**, s.9.

1. Anayasa'nın 128'inci Maddesi Bağlamında Genel İdare Esaslarının

Anlamı

Türk personel hukukunun temel taşı olarak kabul edilen 1982 Anayasası'nın 128'inci maddesinin⁷¹⁵ birinci fıkrasında, “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle” görüleceği düzenlenmiştir. Kanunla düzenleme zorunluluğunu getiren bu Anayasal hükümle öngörülen personel rejimi, statü hukuku olarak adlandırılır.⁷¹⁶ Bu düzenleme, 1961 Anayasası'nın 117'nci maddesinin kapsamını, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu görevlilerini de madde hükmüne ekleyerek genişletmektedir.⁷¹⁷ Anayasa'nın 128'inci maddesinin kapsamına alınmasıyla ayrı yönetim usullerine tabi kamu iktisadi teşebbüslerinin klasik idari teşkilattan farklı nitelikteki varlığı kabul edilmiştir.⁷¹⁸ Bununla birlikte, kamu iktisadi teşebbüslerinin 128'inci madde kapsamına alınmasının, özel idare esaslarına tabi olma niteliklerine

⁷¹⁵ Sait Güran, “Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 6, Yıl 1989, s.40.

⁷¹⁶ Yıldırım - Yasin – Kaman – Özdemir – Üstün – Çakır – Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.255.

⁷¹⁷ 1961 Anayasası'nın 117'nci maddesi şu şekildedir: “Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar eliyle görülür.” 1982 Anayasası döneminde Danışma Meclisi'nin maddeye KİT'leri eklemesinin nedeni olarak, Anayasa Mahkemesi'nin iki kararında (AYM, E.1967/41, K.1969/57, T.23-25.10.1969, R.G.12.03.1971-13776; AYM, E.1976/1, K.1976/28, T.25.05.1976, R.G.16.08.1976-15649) memur statüsünde olmayan kamu personelinin, memurlara özgü görevlere getirilemeyeceğini ifade eden içtihadı gösterilmektedir. Güran, “Personel Hukuku”, s.43.

⁷¹⁸ Güran, “Personel Hukuku”, s.41.

uygun bir düzenleme olmaması⁷¹⁹ ve bu madde hükmü ile “*genel idare esasları*” ile “*özel idare esasları*”na göre yürütülen kamu hizmetlerinde çalışanlar arasında bir fark kalmaması hususları eleştirilmiştir.⁷²⁰ Ancak belirtmek gerekir ki, kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından yürütülen kamu hizmetleri de belli ölçüde genel idare esaslarına tabidir; zira bu hizmetlerin düzenlenmesi, planlanması ve yürütülmesinde kamu gücüne dayanan idari işlemler tesis edilmektedir.⁷²¹ Hatta bu hizmetlerin de kamusal ayrıcalık ve yükümlülöklere tabi olmadığı oranda özel idare esaslarına tabi olduğu vurgulanmalıdır.⁷²²

⁷¹⁹ Ozansoy, **İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, s.316-317. Lûtfi Duran, “*Anayasa’nın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri Bakanların Durumu İle İlgili Yorumu*”, **Anayasa Yargısı**, Ankara 1984, s.184.

⁷²⁰ Lûtfi Duran, “*Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye’nin Hukuk Düzeni (II)*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 19, Sayı 2, Yıl 1986, s.18; Sait Güran, “*Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu*”, **Anayasa Yargısı**, 1984, s.205; Güran, “*Personel Hukuku*”, s.44. 1961 Anayasası Ön Tasarı’daki yaklaşımın aktarılmasında, Tasarı’nın 31’inci maddesinde yer alan “*idari kamu hizmetleri, ancak genel idare usulleriyle görölebilir.*” düzenlemesinden yola çıkılarak genel idare usullerinin, iktisadi kamu hizmetlerini yürüten KİT’lerin dışında kaldığı ve kamu hukuku kurallarına tabi usuller içinde düşünölebileceğı belirtilmektedir. 150 ve 151’inci maddeleri gereğı KİT’lerin görevleri ise özel idare usullerine tabi olarak, sürekli istihdam edilen ve memur statüsüne girmeyen kişiler tarafından yerine getirilecektir. Bununla birlikte, genel ve özel idare esaslarıyla yürütölecek kamu hizmetleri arasında yapılan bu yöndeki ayrım 61 Anayasası’nda yer almamıştır. Güran, “*Personel Hukuku*”, s.41; Bülent Serim, “*Anayasa Mahkemesinin Son Kararı ve KİT Personeli*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 22, Sayı 3, Yıl 1989, s.53. Aksine, 1961 Anayasası’nın 117’nci maddesinde yer alan hükmün, yüksek ücret ödemek amacıyla sözleşme ile çalıştırma ile asli ve sürekli görevlerde işçi statüsünde personel çalıştırılmasına bir tepki olduğu, belirtilmektedir. Yıldırım Uler, “*Sözleşmeli Personel İdarî Sözleşmeler*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi**, Cilt 22, Sayı 1, Yıl 1996, s.235-236, s.231. KİT’lerin özel idare esaslarına tabi olduğu yönündeki yaklaşım, 1982 Anayasası’nın Danışma Meclisi’nde kabul edilen metninde hâkim durumda olmakla birlikte, 128’inci madde düzenlemesi KİT’leri kapsamına almıştır. Serim, “*KİT Personeli*”, s.54.

⁷²¹ Günday, **İdare Hukuku**, s.582.

⁷²² Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.313.

Pozitif hukukta ise 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname m.3/b’de, “*Teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda, devlet tarafından tahsis edilen kamu sermayesinin karlı, verimli ve ekonominin kurallarına uygun bir şekilde kullanılmasında bulunduğu teşkilat, hiyerarşik kademe ve görev unvanı itibariyle kuruluşunun karlılık ve verimliliğini doğrudan doğruya etkileyebilecek karar alma, alınan kararları uygulatma ve uygulamayı denetleme yetkisi verilmiş asli ve sürekli görevler genel idare esaslarına göre yürütülür.*” ifadesi yer almakta; çalışma kapsamında inceleme konusu çok sayıda kararda idari yargının görev alanının tespitinde, kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetlerinin genel idare esaslarına tabi olmasına dayanıldığı görülmektedir. Bu kararların gerekçelerinde açıkça “*faaliyetin genel idare esaslarına tabi olduğu*” ifade edilmese de, kararlarda genel idare esaslarının anlamına içkin kamu gücü ölçütüne yer verildiğini görmekteyiz.

Anayasa’nın 128’inci maddesinde yer almakla birlikte tanımı verilmeyen “*genel idare esasları*”nın ne olduğuna ilişkin, hem öğretide hem de yargı kararlarında çeşitli açıklamalar yer almaktadır. 128’inci maddede yer almamakla birlikte bu esasların, Anayasa’nın 5’inci maddesinde yer alan “*Devletin temel amaç ve görevleri*” doğrultusunda, Anayasa’nın “*İdare*”yi düzenleyen hükümlerinde belirlendiği dile getirilmektedir. Bu bağlamda “*idarenin bütünlüğü*” ve “*kamu tüzel kişiliği*”; “*idarenin düzenleme yetkisi*”; “*idarenin yargısal denetimi*”; “*idarenin kuruluşunun merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı*”; “*kamu hizmeti görevlileri ve bunların görev ve sorumlulukları ile güvenceleri*”; “*kanunla düzenleme esası*” ve “*kanunsuz emir*” genel idare esaslarını ifade etmektedir.⁷²³ Esasen bu belirleme, genel idare esaslarının kamu hukuku rejimini ifade ettiği ve kamusal yönetim usulleri anlamına geldiğinin kabulüyle de paraleldir.⁷²⁴ Zira genel idare esasları, bir hukuki rejimi ifade

⁷²³ Tayfun Akgüner, **Kamu Personel Yönetimi**, Der Yayınları, İstanbul 2014, s.48

⁷²⁴ Günday, **İdare Hukuku**, s.582. Memur tanımının da temel unsuru olan “*genel idare esasları*” ile kamu rejimi ifade edilmektedir. Serim, “*KİT Personeli*”, s.54.

etmektedir ve Anayasa'nın “İdare” başlığı altındaki 123-136'ncı maddeleri arasında da bu rejimin esasları düzenlenmektedir.⁷²⁵

İdarenin bireyler arası eşit ilişkilerden kaynaklanan kurallara tabi olarak faaliyet göstermesi, özel idare usulleri olarak adlandırılır ve bu faaliyetleri özel hukuk çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir.⁷²⁶ Bu durumda, Anayasa'nın 128'inci maddesi bağlamında kamu hizmetleri arasında genel idare esaslarına ve özel idare esaslarına tabi hizmet üzerinden bir ayırım yapılarak şu soru sorulmaktadır: Kamu iktisadi teşebbüsleri genel idare esaslarına dahil edilince, özel idare usulleriyle görülecek hizmet tipi ve bu hizmetler nelerdir?⁷²⁷ Bununla birlikte, genel idare esasları “(...) sadece devletin merkezi idare düzen ve örgütünü ifade eden ‘genel idare’ anlamında olmayıp, özel kesimde kullanılan kural ve usuller karşısında da, ‘kamusal yönetim biçimi’ni deyimlemekte ve dolayısıyla tüm kamu kesimini kapsayan bir idare yönetimini anlatmaktadır.”⁷²⁸ Kamusal yönetim usullerinin açıklanmasında kullanılan ve kabul gören asıl ölçüt ise kamu gücüdür. Belli bir idari faaliyetin ya da kamu hizmetinin yürütülmesinde kamu gücü kullanılarak tek yanlı işlemler tesis edilmesi, söz konusu faaliyet ya da hizmetin kamu hukuku rejimine ve kamusal yönetim usullerine, yani genel idare esaslarına tabi olduğu anlamına gelmektedir.⁷²⁹ Kamusal yönetim usullerinin tarihsel kökeninde, egemenin ayrıcalıkları ön plandayken; kamu gücü ayrıcalıkları, modern idare hukukunda ise kamu hizmeti rejimi ile açıklanan ve özel kişiler arasında

⁷²⁵ Akgüner, **İdare Hukuku**, s.520.

⁷²⁶ Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.313; Kadriye Bakırcı, **Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel Sorunu**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992, s.39.

⁷²⁷ Güran, “*Personel Hukuku*”, s.44.

⁷²⁸ Lûtfi Duran, “*Sözleşmeli Kamu Personeli*”, **Cumhuriyet**, 12.12.1988, s.12.

⁷²⁹ Günday, **İdare Hukuku**, s. 582.

geçerli olmayan ilke ve kurallara işaret etmektedir.⁷³⁰ Zira genel idare esasları rejimi kapsamında, bugün idarenin söz konusu yetki ve ayrıcalıkları; idarenin mallarının kamu malı olması, personelinin farklı hukuksal statüsü, kamu hizmetlerine egemen olan ilkeler, bütçe ve denetime ilişkin kurallar, kamulaştırma, yaptırım uygulama, kamu alacaklarının tahsili usulü gibi çeşitli kamusal yetkilerle ifade edilmektedir.⁷³¹ Bu bağlamda 128’inci maddede yapılan ayrımın, kamu hizmetlerinin konularına göre türleri arasındaki (idari ve iktisadi şeklinde) ayrıma paralellik teşkil etmesi yanında, aynı zamanda hizmetin içerisinde yürütülen faaliyetin içeriğine göre hukuksal rejimin belirlenmesinden söz ettiğine dikkat çekilmektedir; nitekim, kamu iktisadi teşebbüslerinde de kamu görevlileri yer almaktadır.⁷³² 128’inci maddede belirtilen “*asli ve sürekli*” görevlerin bu niteliği, çalışanların kişiliği ve durumuna göre değil; yapılan göreve göre belirlenecektir.⁷³³ Maddede yer alan “*genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler*” ifadesi, bu görevlerin neler olduğunun belirlenmesinde kullanılan ölçüttür ve bu bağlamda maddeden çıkan asıl sonuç, mutlaka devlet tarafından ve kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunlu bir görev alanının varlığı olarak kabul edilmektedir.⁷³⁴ Nitekim Anayasa Mahkemesi de “*Bu görevlerin, kadroya bağlanması dışında, merkezi idare ile statüler bir ilişki içinde olması ve kamu gücünün*

⁷³⁰ Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.313.

⁷³¹ Bakırcı, **Sözleşmeli Personel**, s.39. Yazara göre “(…) *genel idare esasları kavramı, kamu kamu gücü anlamına gelmemektedir (....) kamu hizmetlerinde kullandığı yöntemidir ve kamu gücünün kullanılması da bu yöntemlerden biridir.*” Bkz. Bakırcı, **Sözleşmeli Personel**, s.38. Gözler, genel idare esaslarını-kamusal yönetim usullerini, “*kamu gücü*” kavramı ile tanımlamanın sınırlandırıcı olduğundan söz etmektedir. Gözler, **İdare Hukuku Cilt II**, s 282.

⁷³² D. Çiğdem Sever, “*Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Çözülme ve Anayasa’nın 128. Maddesinin I. Fıkrası*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 3, Yıl 2013, s.253.

⁷³³ Duran, “*Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye’nin Hukuk Düzeni (II)*”, s.18.

⁷³⁴ Sever, “*Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Çözülme*” s. 251; Günday, **İdare Hukuku**, s.582.

*kullanılması biçiminde özellikleri” ne değinmektedir.*⁷³⁵ Bu bağlamda, söz konusu Anayasal hükmün, kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlere ilişkin istihdam yapısı, bu görevleri yürütecek personelin hukuki statüsü ile birlikte ele alınması gerekmektedir.

2. Genel İdare Esaslarına Tabi Asli ve Sürekli Görevleri Yerine Getiren Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personelinin Hukuki Statüsü

Anayasa’nın 128’inci maddesinin 1961 Anayasası’nın 117’nci maddesinin kapsamını, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu görevlilerini de madde hükmüne ekleyerek genişletmesiyle kamu personeline ilişkin ayrımları ortadan kaldırarak memurlarla diğer kamu görevlilerini aynı kurala tabi kılmak suretiyle tek bir personel kategorisi yaratmış görünümde olduğu⁷³⁶ yönündeki eleştirilere yukarıda da değinmiştik. Bu değişiklik, o dönemde tartışma konusu olan “*memur*” kavramı yanına bir başka kamu personeli statüsü eklenmesi⁷³⁷ ve özel idare esaslarına tabi kamu iktisadi teşebbüslerinin personelinin de bu maddede düzenlenmesinin yaratacağı hukuki sorunlar bağlamında birçok tartışma ve eleştiriyi de beraberinde getirmiştir.⁷³⁸ Oysa ki, idari teşkilat içinde yer alan kamu iktisadi teşebbüslerinin hizmetten yararlananlarla arasındaki ilişkinin özel hukuk kurallarına tabi olmasından bahisle yönetim biçimlerinin tamamen genel idare esaslarına tabi olması söz konusu olmamakla birlikte, kamu hizmeti yerine getiren kamu tüzel kişilikleri olmaları itibarıyla personeli, kamu personeli sayılmaktadır.⁷³⁹ Kamu

⁷³⁵ AYM, E.1992/44, K.1993/7, T.09.02.1993, R.G.19.06.1993-21612. (Kararı aktaran: Sever, “*Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Çözölme*” s. 253.)

⁷³⁶ Duran, “*Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye’nin Hukuk Düzeni (II)*”, s.18.

⁷³⁷ Tekin Akıllıoğlu, “*Anayasaya Uygunluk Denetiminde Yönetim Hukuku Ölçüleri*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 20, Sayı 3, Yıl 1988, s.20-21.

⁷³⁸ Güran, “*Personel Hukuku*”, s.44.

⁷³⁹ Duran, “*Sözleşmeli Kamu Personeli*”, s.2.

iktisadi teşebbüslerinin istihdam sistemi ve bu teşebbüslerde çalışan kamu görevlilerinin hukuki statüsü, kuruluşlarından günümüze kadar geçirdikleri dönüşümden bağımsız değerlendirilemez.⁷⁴⁰ Bununla birlikte çalışma kapsamımız itibarıyla üzerinde durulması gereken husus, kamu iktisadi teşebbüsleri ile personeli arasındaki hukuki ilişkinin tespiti olduğundan, personel rejiminin tüm sorunları ele alınmayacak olup bu kapsamla sınırlı bir inceleme yapılacaktır. Zira inceleme konusu yargı kararlarında da görüleceği üzere, çalışanların tabi olduğu istihdam türü, teşebbüsün çalışanı ile arasındaki hukuki rejimin belirleyicisi olmaktadır.

Diğer kamu görevlilerinin Anayasa'nın 128'inci maddesinin kapsamına eklenmesi ile “*memur nedir?*” sorusu yanında yeni bir soru olarak “*diğer kamu görevlileri kimlerdir?*” sorusu eklenmiştir.⁷⁴¹ 1961 Anayasası'nda yer almamakla birlikte 1982 Anayasası'nın madde gerekçesinde de tanımı yer almayan diğer kamu görevlileri, görevleri çerçevesinde belirlenmektedir. Madde hükmü gereğince bu görevler, “*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler*”dir.⁷⁴² Bu bağlamda, idare hukuku kurallarına tabi olarak istihdam olunan kamu görevlileri ile ilgili temel ilkeleri koyan⁷⁴³ Anayasa'nın 128'inci maddesinin birinci fıkra hükmünde yer alan “*memur ve diğer kamu görevlileri*”, dar anlamda kamu görevlilerine

⁷⁴⁰ Kamu yönetimi anlayışındaki değişimin personel rejimine etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım - Yasin – Kaman – Özdemir – Üstün – Çakır – Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.243.

⁷⁴¹ Akıllıoğlu, “*Yönetim Hukuku Ölçüleri*”, s.21.

⁷⁴² Akgüner, **İdare Hukuku**, s.517; Yıldırım - Yasin – Kaman – Özdemir – Üstün – Çakır – Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.265.

⁷⁴³ Günday, **İdare Hukuku**, s.581.

işaret etmektedir.⁷⁴⁴ Dar anlamda kamu görevlileri, devletin siyasi yapısını oluşturan organlardaki görevliler ile özel hukuk hükümlerine tabi olarak çalışanlar dışındaki kamu görevlilerini kapsamaktadır.⁷⁴⁵ Zira asli ve sürekli hizmet tanımı, idarenin rolüne işaret ettiğinden tanımın kapsamı, statü hukukunun da güvencelerini içermektedir.⁷⁴⁶ Nitekim Anayasa’da, memurlar ve diğer kamu görevliler arasında bu bağlamda bir ayrım öngörülmemektedir.

Anayasa’nın 128’inci maddesinin ilk fıkrasında öngörülen görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirilecek; madde kapsamındaki “*diğer kamu görevlileri*” de memurlar gibi idare ile kamu hukuku ilişkisi içinde ve asli olarak görev yürütecektir. Bununla birlikte, bu görevlerin kural olarak memurlar tarafından yerine getirileceği⁷⁴⁷; bunun yanında “*bu satırların ‘diğer kamu görevlileri’ için de geçerli*

⁷⁴⁴ Akgüner, **Kamu Personel Yönetimi**, s.41; Mutlu Kağıtçıoğlu, **Kamu Personel hukukunda Geçici Personelin Hukuksal Statüsünün Dönüşümü (2017 Değişikliği Öncesi ve Sonrası)**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2019, s.58.

⁷⁴⁵ Günday, **İdare Hukuku**, s.580. Anayasa’nın 129’uncu maddesinde yer alan düzenlemelerin genel ilkelerle ve bu bağlamda 128’inci madde ile özdeş olduğu yorumlanmaktadır. Cihan Kanlıgöz, “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlamı ve Kapsamı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 43, Sayı 1-4, Yıl 1993, s.185.

⁷⁴⁶ Yıldırım - Yasin – Kaman – Özdemir – Üstün – Çakır – Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, s.258.

⁷⁴⁷ Güran, “*Kamu Görevlileri*”, s. 199. Memurları kapsamayan 308 sayılı KHK düzenlemesi yazar tarafından şu şekilde eleştirilmiştir: “*Madde 128, anılan görevlerin memurlar ‘ve’ diğer kamu görevlilerince yürütüleceğine izin verirken; memursuz bir Örgütlenmeyi kasd ve ifade etmiş değildir. Diğer kamu görevlilerini, memurların tamamlayıcısı, onlarla birlikte ve onlardan sonra düşünülen kamu ajanları olarak görmüştür. Bu yüzden, 308’in örneğini verdiği, memursuz KİT personel rejimi modeli hukuken olanaksızdır. Bu noktada, 128’in, 61’in 117’sinden ve özellikle Ön Tasarı’dan ayrılarak memurlarla KİT’leri bir araya getiren yazılışını, gözden kaçırmamak gerekir.*” Güran, “*Personel Hukuku*”, s.55.

olduğu” belirtilmelidir.⁷⁴⁸ Anayasa Mahkemesi ise kamu iktisadi teşebbüslerinde memurlar ve diğer kamu görevlileri arasında öncelik ve sonralık belirlemeden bu yöndeki düzenlemenin, yasa koyucunun takdirinde olduğuna değinmektedir.⁷⁴⁹ İçeriği bir önceki bölümde, kapsamı ise bu başlıkta sunulan 128’inci maddeden asıl varılacak önemli sonuç ise idareye verilmiş asli ve sürekli görevlerin, bu hüküm gereği memurlar ya da diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesinin zorunlu olması ve bu nedenle bu görevlerin özel hukuk sözleşmeleri ile memur ya da diğer kamu görevlileri dışında bir istihdam biçimiyle yürütülmesinin Anayasa’ya aykırı olmasıdır.⁷⁵⁰

Konumuz kapsamı sınırlarında bu sonucu kamu iktisadi teşebbüsleri açısından değerlendirmek için öncelikle bu teşebbüslerdeki istihdam biçimlerine değinilmelidir. 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 3’üncü maddesinde, teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda hizmetlerin memurlar, sözleşmeli personel ve işçiler eliyle gördürüleceği düzenlenmiş; işçilerin, bu Kararname’ye tabi olmadığı öngörülmüştür. Kamu iktisadi teşebbüslerinde çalışan işçiler, özel hukuk hükümlerine tabi olarak istihdam edilmekle birlikte, konumlarına göre toplu iş sözleşmesi uyarınca çalışanlar; sendikalı büro personeli ve kapsam dışı kabul edilen (sendika üyesi olmayan ve toplu iş sözleşmesi yapmayan vs. gibi) personel olarak yer almakta ve bu pozisyonlarda çalışanlar, 4857 sayılı İş Kanunu ile ilgili mevzuat hükümlerine tabi olmaktadır.⁷⁵¹ Kamu iktisadi teşebbüslerinde istihdam edilen memurlar, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tabi

⁷⁴⁸ Ozansoy, **İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, s.316-317. Aynı yönde Kanlıgöz, “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramı”, s.190.

⁷⁴⁹ Serim, “*KİT Personeli*”, s.60. Bkz. AYM, E.1988/5, K.1988/55, T.22.12.1988, R.G. 25.7.1989-20232.

⁷⁵⁰ Kağıtçıoğlu, **Geçici Personelin Hukuksal Statüsü**, s.69.

⁷⁵¹ Bkz. Özlem Taner Köroğlu, “*Kamu İktisadi Teşebbüslerinin 1980’den Sonra Geçirdiği Dönüşüm Süreci ve İstihdam Sistemine Etkileri*”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakülte Dergisi**, Cilt 17, Sayı 1, Yıl 2012, s.472.

personeldir. Bununla birlikte, 657 sayılı Kanun'dan yararlanmak yanında, ayrıca çalıştıkları kuruluşların kuruluş kanunlarından yararlananlar da bu kapsamdadır.⁷⁵² 399 sayılı Kararname m.3/b'de asli ve sürekli görevleri genel idare esaslarına göre yürütecek personel, “*genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul ve daire başkanları, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürleri, müfettiş ve müfettiş yardımcıları ile ekli 1 sayılı cetvelde kadro unvanları gösterilen diğer personel*” olarak yer almaktadır. Bu personel hakkında 657 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağına yönelik düzenleme ile kamu iktisadi teşebbüslerinde yönetim ve denetim konularında asli ve sürekli görevlerin memur statüsündeki görevlilere gördürüleceği hüküm altına alınmıştır.⁷⁵³ Bu düzenlemelerden yola çıkarak Anayasa'nın 128'inci maddesi bağlamında, kamu iktisadi teşebbüslerinde çalışan memurların madde kapsamında kamu görevlisi olduğu; işçilerin ise bu kapsam dışında olduğu çok açıktır. Nitekim kamu iktisadi teşebbüsleri ile personeli arasındaki istihdam ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, Danıştay'ın, davacının bir kadroya bağlı olarak çalışan olması itibarıyla işçi statüsünde olmayan kamu görevlisine yönelik işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözümleneceğine karar verdiği görülmektedir.⁷⁵⁴

1982 Anayasası'nın 128'inci maddesindeki kapsam genişlemesi sonucunda, kamu iktisadi teşebbüslerinde memurlar yanında diğer kamu görevlilerinin çalıştırılmasının mümkün olması ile bu kurumlarda çalışan sözleşmeli personelin “*diğer kamu görevlileri*” kapsamında olup olmadığı şeklinde bir hukuki sorun ortaya çıkmıştır.⁷⁵⁵ Devletin yapısal

⁷⁵² Akgüner, **İdare Hukuku**, s.516.

⁷⁵³ Fevzi Şahlanan, “*Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Personel Rejimi*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Özel Sayı, Yıl 2013, s.52.

⁷⁵⁴ D.10D, E.1984/1023, K.1984/944, T.07.05.1984 (KİBB).

⁷⁵⁵ Metin Kutal, “*Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel Statüsü (Hukuki Sorunlar Yargı Kararları)*”, **Mülkiye Dergisi**, Cilt 24, Sayı 221, Yıl 2000, s.194.

dönüşümü sürecinde klasik personel rejiminin dönüşümünün de odağında yer alan ve sınırlı da olsa bir esneklik yaratması⁷⁵⁶ amaçlanan sözleşmeli personel statüsünün⁷⁵⁷ belirlenmesi gerekmektedir. Sözleşmeli personel uygulamasının yaygınlaşması, kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmeleri ile eş zamanlı yürütülmüştür.⁷⁵⁸ Bununla birlikte, kamu iktisadi teşebbüslerindeki hâkim istihdam şekli olan memur statüsündeki ilk kırılmanın, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye dayanılarak çıkarılan 1985 tarihli Ekonomik İşler Yüksek Koordinasyon Kurulu Kararı ile gerçekleştiğine işaret edilmektedir.⁷⁵⁹ Zira bu karar ile teşebbüslerde boş olan ya da boşalacak memur kadrolarının iptaline ve ağırlıklı olarak sözleşmeli personel istihdamına gidilmesi düzenlenmiştir. Ardından, 308 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kamu iktisadi teşebbüsleri personeli, sözleşmeli personel ve işçilerle sınırlanmış; sözleşmeli personelin hizmet koşullarına, statülerine, hak, yükümlülük ve sorumluluklarına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi, Yüksek Planlama Kurulu'na verilmiştir. Kararname'nin 42'nci maddesinde sözleşmeli personel, hizmet sözleşmesi ile çalışan ve işçi niteliğinde olmayan personel olarak tanımlanmıştır.⁷⁶⁰ Uyuşmazlıkların adli yargıda çözüme bağlanacağını kabul edilmesiyle de idare ile personel arasında bir özel hukuk ilişkisi yaratıldığı

⁷⁵⁶ Çalışma zamanları, zor temin edilmeleri, yüksek ücretle daha serbest çalışmaları gibi sebeplerle memurların tabi oldukları şartların dışında tutulmaları gereğiyle bu yola başvurulduğu görülmektedir. Yayla, **İdare Hukuku**, s.297.

⁷⁵⁷ Onur Karahanoğulları, “Belediye Personelinin Hukuki Yapısına İlişkin Gözlemler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 47, Sayı 1, Yıl 1998, s.299.

⁷⁵⁸ Kepenek, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, s.105.

⁷⁵⁹ Köroğlu, “Kamu İktisadi Teşebbüslerinin 1980'den Sonra Geçirdiği Dönüşüm Süreci”, s. 464.

⁷⁶⁰ Söz konusu KHK ile ortaya çıkan bu modelin amaçları şu şekilde sıralanmaktadır: Maliyet içindeki personel giderleri payını azaltmak, KİT'lerde çalışanların sayılarını azaltmak, bir kısım personele fazla ücret ödemek, uyumlu ve sessiz bir personel kitlesi yaratmak. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serim, “KİT Personeli”, s.142-145.

görülmektedir.⁷⁶¹ 308 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, hizmet akdi ile çalışanların bir kısmını işçi statüsünden çıkararak işçi haklarının ortadan kaldırıldığı bir personel rejimi yaratmıştır.⁷⁶² Bununla birlikte, 233 ve 308 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerin kamu iktisadi teşebbüslerinde çalışan personel rejmine ilişkin temel düzenlemeleri, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.⁷⁶³ Bu karar ile Yüksek Mahkeme, kamu iktisadi teşebbüslerinde genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerinin varlığını ve bu görevlerde memur ya da diğer kamu görevlilerinin yer alacağını; genel idare esaslarına göre yürütülmeyen ve geçici işlerde sözleşmeli personel çalıştırılabileceğini ve bu personelin 128'inci maddedeki “*diğer kamu görevlisi*” olmadığını; işçi de sayılmayan ve “*kendine özgü bir istihdam türü*” olarak tanımlanan sözleşmeli personel ile idare arasındaki sözleşmenin idari nitelikte olduğunu ve bu bağlamda sözleşmeli personel rejiminin statü nitelikte olduğunu; bu personelin de çalışma güvencesinin yasalarla düzenlenmesi gerektiğini belirlemiştir. Bu kararda açıkça kamu iktisadi teşebbüslerinin memur ya da diğer kamu görevlisi çalıştırması zorunluluğu vurgulanmakta; genel idare esaslarına göre yürütülmekle yükümlü olunan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin istisnai ve

⁷⁶¹ Serim, “*KİT Personeli*”, s.141.

⁷⁶² Fazıl Sağlam, “*Hukuk, ‘Sözleşmeli’yi Reddediyor*”, içinde Sözleşmeli Personel Tartışması-2 (Şükran Ketenci), **Cumhuriyet Gazetesi**, 30.01.1988, s.8.

⁷⁶³ “Söz konusu KHK’lerin getirdiği sözleşmeli personelin ‘diğer kamu görevlileri’ kapsamında sayılabileceğine ilişkin bir yorumu, Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen ve memurlara olduğu kadar, diğer kamu görevlileri için de uygulanması zorunlu ‘atama’ koşulu ile bağdaştırma olanağı yoktur. / (...) Sözleşmeli personel istihdamında ise ‘akdi’ bir durum söz konusudur ve atamadan tamamen başkadır. Genelde sözleşmenin tarafları arasında özgür ve karşılıklı irade uyumu esastır / (...) Şu halde, kamu iktisadi teşebbüslerinde çalıştırılan ve KHK’de bir hizmet sözleşmesine tâbi olduğu belirlenen sözleşmeli personelin, Anayasa’nın 128. maddesinde yer alan ve atamaya tâbi ‘diğer kamu görevlileri’ kapsamına dahil edilmelerine anayasal olanak yoktur.” AYM E.1988/5, K. 1988/55, T.22.12.1989, R.G. 25.7.1989-20232.

geçici nitelik taşıyan sözleşmeli personel eliyle gördürülmesinin mümkün olmadığı belirlenmektedir. Yüksek Mahkeme, sözleşmeli personeli 128’inci madde kapsamında “*diğer kamu görevlisi*” olarak kabul etmeyerek bu sonuca varmıştır.⁷⁶⁴ Anayasa’nın 128’inci maddesinin ikinci fıkrasında, atamaya yer verilmesi dolayısıyla diğer kamu görevlisinin atama ile göreve gelen kimse olduğu ve sözleşmeli personelin atama ile göreve başlamaması, bu karara gerekçe olmuştur. Bu gerekçe idare ile personel arasındaki bu ilişkinin tümüyle sözleşme ile düzenlenmesi halinde geçerli kabul edilebilecek olsa da, kamu kurumlarında çalışan sözleşmeli personel açısından, bu ilişkide sözleşmenin bir isimden ibaret olması nedeniyle eleştirilmiştir.⁷⁶⁵ 308 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin iptal edilmesiyle doğan yasal boşluğun giderilmesi için Bakanlar Kurulu’nca 22.01.1990 tarihinde kabul edilen 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname’nin⁷⁶⁶ bazı maddeleri, kanunla düzenlenmesi gereğinden bahisle Anayasa’ya aykırı bulunarak

⁷⁶⁴ Bununla birlikte aksi yönde bkz. AYM, E.1987/16, K.1988/8, T.19.04.1988, R.G. 23.8.1988-19908; AYM, E.2013/88, K.2014/101, T.04.06.2014, R.G. 22.07.2014-29068.

⁷⁶⁵ Serim, “*KİT Personeli*”, s.64. Uler, bu türden sözleşmelere ilişkin benzer yönde şu ifadelere yer vermektedir: “(...) *statüiter sayılmayan fakat durumları yasama ve idarenin düzenleyici işlemleriyle geniş ölçüde tek yanlı olarak tesbit olunan personelin de idare hukuku ile hukukî bağlarının açıklanmasında sözleşme kavramına başvurulmaktadır. Burada, bir sözleşmeliler statüsü söz konusu ve hatta bu duruma, beğenip benimsediğimiz ‘sözleşme benzeri’ ya da ‘sözleşme faraziyesi’ adı verilmektedir. Gerçekten, hukukumuzda Devletin memur sayılmayan personeli arasında hizmete girerken akit serbestisine sahip olduğu düşünebilecek olanlar pek istisnaidir. Normal olarak, sözleşmelerinin iki yanlılığı sözde kalan, çok halde ortada şekli bir sözleşmenin de mevcut olmadığı bu personelin hizmete alınışlarının tek taraflı atama işleminden farkı ancak farazî olabilir.*” Uler, “*Sözleşmeli Personel*”, s.235-236.

⁷⁶⁶ R.G. 29.01.1990-20417.

Anayasa Mahkemesi’nin 04.04.1991 tarih ve E.1990/12, K.1991/7 sayılı kararıyla⁷⁶⁷ iptal edilmiştir. Bunun üzerine Anayasa Mahkemesi’nin iptal gerekçeleri dikkate alınarak, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin ilgili maddelerini düzenleyen 3771 sayılı Kanun yürürlüğe girmiş⁷⁶⁸; kamu iktisadi teşebbüslerindeki istihdam türleri memur, sözleşmeli personel ve işçiler olarak belirlenmiştir.

Sözleşmeli personel, 399 sayılı Kararname m.3/c’de, “*teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel idare esasları dışında yürüttükleri hizmetlerinde bu Kanun Hükmünde Kararnamede belirtilen hukuki esaslar çerçevesinde akdedilecek bir sözleşme ile çalıştırılan ve işçi statüsünde olmayan personel*” olarak tanımlanmaktadır. 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 58’inci maddesinde sözleşmeli personele ilişkin olarak, Kararname’de hüküm bulunmayan hallerde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun ilgili hükümlerinin uygulanacağı öngörülmektedir. 6’ncı maddede ise “*Sözleşmeli personel yönetim kurulu kararı ile işe alınır. Yönetim kurulları bu yetkilerini, sınırlarını göstermek suretiyle devredebilirler. Sözleşmeli personel ile akdedilecek sözleşmeler Devlet Personel Başkanlığınca hazırlanacak yönetmelikle tespit edilecek tip sözleşme çerçevesinde ve takvim yılı itibariyle yıllık olarak düzenlenir.*” hükmü yer almaktadır. Kararname’de yer alan düzenlemelerle görülmektedir ki, sözleşmeli personel statüsü birçok açıdan memur statüsüne yaklaşmakta⁷⁶⁹; bu bağlamda, sözleşmeli personelin statüsünü belirleyen sözleşmenin hukuki niteliği önem arz etmektedir.

⁷⁶⁷ R.G. 13.08.1991- 20959.

⁷⁶⁸ R.G. 11.02.1992-21139.

⁷⁶⁹ Mehmet Rauf Karşlı, “Sözleşmeli Personel İstihdamı Üzerine Hukuki Bir İnceleme: KİT Sözleşmeli Personeli Örneği”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 73, Sayı 2, Yıl 2015, s.81-85.

B. Yargı Organının Statü Hukuku-İş Hukuku Ayrımıyla Sözleşmeye Dayanan İstihdam İlişkisini Belirlemesi

Yüksek mahkemelerin kararlarında, kamu iktisadi teşebbüsleri ile personeli arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların hukuki rejiminin sözleşmenin hukuki niteliğine göre belirlendiği ve bu nitelemde, idarenin kamusal yetki kullanımının esas ölçüt olduğu görülmektedir.⁷⁷⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, bir kamu iktisadi teşebbüsünde sözleşmeli personel olarak çalışan davacının görevine son verilmesi işlemine karşı açtığı davada ortaya çıkan görev uyuşmazlığında personel ile idare arasındaki ilişkiyi, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 3'üncü maddesinden yola çıkarak açıklarken⁷⁷¹ uyuşmazlık konusunun bir kamu hukuku ilişkisi olduğuna ilişkin şu gerekçeyi sunmaktadır: “Sözleşmeli personel ile idare arasında düzenlenen sözleşmede, taraflardan birinin kamu idaresi olması, idarecilerinin personelden daha üstün bir hakka sahip olduğunu göstermektedir. Sözleşmeler genellikle idare tarafından

⁷⁷⁰ Bununla birlikte özel hukuk kurallarına tabi faaliyet gösteren kamu kurum ve kuruluşlarının personeliyle yaptığı hizmet sözleşmelerinin de özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabulüne ilişkin eski tarihli Danıştay kararlarına dikkat çekilmektedir. Zira “Kamu tüzelkişilerinin, ilgili yasalarında özel hukuk hükümlerine tabi olarak faaliyette bulunacağı yolundaki hükümler, bunların yaptığı sözleşmelerin blok olarak özel hukuk alanında bırakılmasına yol açmıştır.” Bkz. Tekinsoy, **İdari Sözleşme Rejimi**, s.191.

⁷⁷¹ Karar gerekçesinde bu hususta: “Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesine ilişkin 399 sayılı KHK.nin 3-a maddesinde: Teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda hizmetler memurlar, sözleşmeli personel ve işçiler eliyle görülür hükmü yer almaktadır. Aynı maddenin (b) bendinde ise, teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda Devlet tarafından tahsis edilen kamu sermayesinin karlı verimli ve ekonominin kurallarına uygun şekilde kullanılmasında kuruluşun karlılık ve verimliliğini doğrudan doğruya etkileyebilecek kararları alma, alınan kararları uygulatma ve uygulamayı denetleme yetkisi verilmiş asli ve sürekli görevleri, genel idare esaslarına göre yürüten personelin, bu KHK dışında 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'na tabi, bu KHK de belirtilen hukuki esaslar çerçevesinde aktedilecek bir sözleşme ile çalıştırılan sözleşmeli personel olduğu belirtilmiştir.” ifadeleri yer almaktadır.

*düzenlenen -tip sözleşmeler- olup, idari sözleşme niteliği taşımaktadır. Bu sebeplerle Kamu İktisadi Teşebbüslerinde, asli ve sürekli kamu görevini yerine getiren ve kamu görevlisi olan sözleşmeli personelin yönetimle arasındaki ilişki, idare hukuku ilkelerine dayanan ve idare hukuku kurallarıyla düzenlenen bir kamu hukuku ilişkisidir.”*⁷⁷² Yüksek Mahkeme bir başka kararında, PTT’nin kamu hizmeti niteliği ağır basan bir kamu iktisadi kuruluşu olduğunu belirlemekte; sözleşmeli personel olarak çalışan davacının Yüksek Disiplin Kurulu kararı ile sözleşmesi feshedilerek görevine son verilmesi işlemine karşı açılan davada ortaya çıkan görev uyuşmazlığında davacı açısından yaptığı değerlendirmede, aynı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca bu kuruluşlardaki istihdam şekillerine değinerek 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 3’üncü maddesiyle değişik şeklinde, sözleşmeli personelin bu Kanun Hükmünde Kararname ile belirtilen hukuki esaslar çerçevesinde akdedilecek bir sözleşme ile çalıştırılan ve işçi statüsünde olmayan personel olarak tanımlandığını belirtmekte; bu bağlamda, davacının davalı kurumda sözleşmeli olarak çalışan bir kamu görevlisi olduğunu tespit etmektedir. Mahkeme, idari yargının görevli olduğuna yönelik verdiği bu kararda, şu ifadelere yer vermektedir: “Sözleşmeli personel statüsünün düzenleme ve yürütme biçiminin özel hukuk esaslarından çok kamu hukuku esaslarına uygun bulunması karşısında İdare ile vatandaş arasında idare hukuku alanına giren bir anlaşmazlık söz konusu olmaktadır.”⁷⁷³

Danıştay, Anayasa’nın 128’inci maddesiyle memurlar ve diğer kamu görevlilerinin iş hukuku kurallarına tabi olan işçilerden farklı olarak statü hukuku içinde yer almaları esasını benimsediğini vurgulayarak, çalışan ile davalı müessese arasında bir idari sözleşme bulunduğu ve bu idari sözleşmenin düzenleme ve yürütme biçiminin özel hukuk esaslarından çok kamu hukuku esaslarına uygun olduğu gerekçesiyle uyuşmazlığın

⁷⁷² UYM, E.1996/64, K.1996/109, T.23.12.1996, R.G. 21.01.1997-22884.

⁷⁷³ UYM, E.1992/9, K.1992/12, T.23.03.1992, R.G.17.05.1992-21231.

çözümünün idari yargının görevine girdiğine hükmetmektedir.⁷⁷⁴ Ayrıca kararda, “*Anayasa Mahkemesi kararlarında ve doktrinde, idari sözleşmelerin; kamu tüzel kişileri tarafından, kamu hizmetinin yürütülmesi amacı ile tek yanlı olarak düzenlenen, yazılı, tip sözleşmeler olduğu*” vurgulanmaktadır.⁷⁷⁵ İdarenin hizmet sözleşmelerine ilişkin yargı kararlarında, esas ölçüt olarak kanunda yer alan kamu gücü ayrıcalıkları ön plana çıkmaktayken⁷⁷⁶; idari sözleşmenin bu yöndeki tanımına Yargıtay kararlarında da yer verilmekte⁷⁷⁷, Yüksek Mahkeme, ilgili mevzuat incelemesinden sonra memur ve sözleşmeli personelin statü hukukunu ilgilendirdiği gerekçesiyle statü hukukuna tabi kamu çalışanları ile kamuda çalışan işçiler arasındaki ayrım noktasında ortaya çıkan bu sorunu, somut olayda sözleşmeli personel statüsüne ilişkin sözleşmenin idari yargı tarafından denetlenmesi gereği yönünde çözmektedir.⁷⁷⁸ Davacı ile davalı arasında iş sözleşmesi bulunmayan hallerde davacının statü hukukuna tabi olduğu⁷⁷⁹, davacının sözleşmeli personel olması halinde ya da atama işlemi ile çalışması⁷⁸⁰ halinde anlaşmazlığın çözüm yerinin idari yargı olduğu⁷⁸¹; davacının İş Kanunu’na tabi hizmet akdi imzalayan, asli ve sürekli hizmetlere ilişkin bir kadroda çalışmayan bir personel

⁷⁷⁴ D.5D, E.1992/4384, K.1994/5672, T.29.11.1994 (LexHBS).

⁷⁷⁵ İdare tarafından hazırlanarak özel hukuk kişinin imzasına sunulmuş tip sözleşmelerin yargı organı tarafından idari sözleşme niteliğini belirleyen önemli bir ölçüt olarak kabul edildiği yönündeki tespit için bkz. Öztoprak, **İdari Sözleşmeler**, s.78.

⁷⁷⁶ Öztoprak, **İdari Sözleşmeler**, s.116.

⁷⁷⁷ Y.9HD, E.2007/29878, K.2008/34630, T.22.12.2008 (LexHBS); Y.9HD, E.2008/14912, K.2008/34642, T.22.12.2008 (LexHBS).

⁷⁷⁸ Y.22HD, E.2016/1161, K.2016/2597, T.08.02.2016 (KİBB).

⁷⁷⁹ Y.7HD, E.2015/6368, K.2016/5966, T.10.03.2016 (LexHBS).

⁷⁸⁰ Y.22HD, E.2014/18444, K.2015/30625, T.10.11.2015 (LexHBS).

⁷⁸¹ Y.22HD, E. 2013/36007, K.2015/10206, T.16.03.2015 (LexHBS).

olduğu tespit edildiğinde adli yargının görevli olduğu kabul edilmektedir.⁷⁸² Mevzuat hükümlerinin incelenmesi ile taraflar arasındaki hukuki ilişkinin İş Kanunu'na tabi işçi-işveren ilişkisi olması halinde, görevli yargı düzeni adli yargı olarak belirlenmektedir.⁷⁸³

Yukarıda değinilen yargı kararlarında da görüldüğü üzere, sözleşmeli personelin kamu görevlisi olduğu; bu personelin kurum ile aralarındaki ilişkinin kamusal bir ilişki olması dolayısıyla ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünün idari yargının görev alanına girdiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca kamu iktisadi teşebbüslerinin genel idare esasları dışında yürüttükleri hizmetlerde çalışan sözleşmeli personelin, Anayasa'nın 128'inci maddesi kapsamında olup olmadığı hala tartışılmakta⁷⁸⁴; bu personelin AY m.128 bağlamında memurlar ve diğer kamu görevlileri gibi statü hukukuna tabi olmadığı, aradaki sözleşme ilişkisinin statü hukukuyla bağdaşmadığı ileri sürülmekte; bu nedenle bu personelin yalnızca geçici işlerde çalışması ve kamu görevlisi olmaması gerektiği belirtilmektedir.⁷⁸⁵ Diğer kamu görevlilerinin idareye bir kamu hukuku statüsü ile bağlı olmasının ancak bir kadro ile mümkün olabileceği düşüncesiyle kadrosuz sözleşmeli personel statüsüne yer veren 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de yer alan istihdam türlerinin, Anayasanın 128'inci maddesine aykırı olduğuna da dikkat çekilmektedir. Bu görüş uyarınca, idare ile personel arasındaki hizmet sözleşmesi, özel hukuk işlemi niteliği taşımaktadır.⁷⁸⁶

Kamu hizmetine sözleşme ilişkisiyle bağlansa da, sözleşme ilişkisinin temeli niteliğindeki irade serbestisinin bulunmayışı ve sözleşmenin içeriğinin ve sözleşmenin

⁷⁸² D.5D, E.2004/5154, K.2007/85, T.26.01.2007.

⁷⁸³ Y.9HD, E.2014/3972, K.2014/8213, T.13.03.2014 (LexHBS).

⁷⁸⁴ Mustafa Avcı, “*Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel Çalıştırılması*”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 4, Sayı 36, Yıl 2009, s.75.

⁷⁸⁵ Avcı, “*Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel*”, s.80-81.

⁷⁸⁶ Hasan Dursun, “*KİT’lerde Çalışan Sözleşmeli veya Kapsam Dışı Personel Uyuşmazlıkları İdari Yargıda Çözülür Mi?*”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 6, Sayı 61, Yıl 2011, s.52.

yapılma yönteminin önceden yasal düzenlemelerle oluşturulan tip sözleşmelerle belirlenmesi itibarıyla⁷⁸⁷ sözleşmeli personel statüsü, yüksek mahkeme kararları ile kamu hukuku içinde statüler bir niteliğe bürünmüştür.⁷⁸⁸ Sözleşmeli personel ile kurulan ilişkinin genel, nesnel ve kişilik dışı kurallarla düzenlenmesi dolayısıyla aradaki sözleşmenin sadece bir isim olarak kaldığı ve söz konusu ilişkinin statü hukukuna tabi olduğu kabul edilmektedir.⁷⁸⁹ Kamu iktisadi teşebbüslerinin sözleşmeli personel rejiminin, yasal çerçeve ile belirlenmesi ve bu düzenlemelerde bir hüküm bulunmaması halinde 657 sayılı Kanun’un uygulanmasının mümkün olması ile bu statünün diğer kamu görevlisi kavramı içerisinde olduğunun kabulü mümkündür.⁷⁹⁰ Ayrıca belirtmeliyiz ki, kamu hizmetine ilişkin bir görevin asli ve sürekli olmasından söz edebilmek için görevin bir kadroya bağlanmış olmasının gerekliliği ve kamu görevlisinin kamu hizmetine ilişkin bir kadro ile bütünleştiği kabul edilse de⁷⁹¹ bugün artık parçalanmış bir memurluk statüsü ve “sözleşmeli memur” uygulamasının geçerliliği⁷⁹² karşısında, bu durumun dar yorumlanmaması gereği kanaatindeyiz. Zira Anayasa’nın 128’inci maddesi ile bu maddede belirlenen nitelikteki hizmet ve görevleri yerine getirecek kamu görevlilerine

⁷⁸⁷ Yargı kararlarında idarenin hizmet sözleşmesinin niteliğinin belirlenmesinde tip sözleşmeye, sözleşmenin idari niteliğini öne çıkaran unsur olarak yer verildiğine dikkat çekilmektedir. Öztoprak, **İdari Sözleşmeler**, s.72.

⁷⁸⁸ Karahanoğulları, “*Belediye Personelinin Hukuki Yapısı*”, s.299, s.301.

⁷⁸⁹ Güran, “*Personel Hukuku*”, s.56.

⁷⁹⁰ Anayasa’nın 128’inci maddesi ile “*kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar yanında diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi*” mümkün kılınması itibarıyla kanunla düzenlenecek farklı personel statülerinin yaratılmasının mümkün olduğu yönünde bkz. Bayram Keskin, **Sözleşmeli Personel**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.76. Karşı yönde bkz. Selami Er, “*Kamu İktisadi Teşebbüsü Sözleşmeli Personelinin Hukuki Statüsü*”, **Sayıştay Dergisi**, Sayı 89, Yıl 2013, s.56.

⁷⁹¹ Günday, **İdare Hukuku**, s.583.

⁷⁹² Kagitcioğlu, **Geçici Personelin Hukuksal Statüsü**, s.78.

sağlanan kanuni güvence ile hizmetlerin daha düzenli ve sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlamak amaçlanmıştır.⁷⁹³ Nitekim maddenin ikinci fıkrasında, “*memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir*” hükmü getirilmiştir. İdare ile kamu hukuku ilişkisi içinde asli görevleri yerine getiren görevlilerin, 128’inci madde kapsamında olmadığını kabul etmek ve bunları yasal güvence kapsamı dışına çıkarmak, kamu personel hukuku ile bağdaşmayan sonuçlara neden olacaktır.⁷⁹⁴

C. Özelleştirme Kapsamına Alınan Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Personel Rejimi

Kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirme kapsamına alınmaları ile istihdam yapısına ve nakle tabi personelin hukuki statüsüne dair yapılan düzenlemeler ve işlemler, özelleştirilen kuruluşlarda çalışanların hukuki durumlarını büyük ölçüde etkilemekte ve çok sayıda uyuşmazlığa konu olmaktadır. Yargı organları, öncelikle özelleştirme sürecindeki kurumların tabi olduğu özel mevzuatı incelemekte; davalı kurumun hukuki statüsü ile davacı personelin tabi olduğu istihdam rejimini belirlemekte ve buna göre görevli yargı düzenine karar vermektedir. Kamu iktisadi teşebbüsleri ile personeli arasında özelleştirme sürecindeki uyuşmazlıklar konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından verilen en önemli kararlardan biri, 1996 tarihli ilke kararıdır.⁷⁹⁵ Bu kararda Yüksek Mahkeme, özelleştirme kapsamına alınan teşebbüsler ve bağlı ortaklıklarının özel hukuk tüzel kişiliğine geçiş döneminde kamu kurumu vasıflarını tamamen yitirmediklerinden, özelleştirme kapsamında bulunan bu kurumlarda çalışan sözleşmeli ve kapsam dışı personelin kamu personeli sayıldığına ve idare ile ilişkileri nedeniyle

⁷⁹³ Kutal, “*Sözleşmeli Personel Statüsü*”, s.195.

⁷⁹⁴ Güran, “*Personel Hukuku*”, s.52.

⁷⁹⁵ UYM, E.1995/1, K.1996/1, T.22.01.1996, R.G. 01.03.1996-22567.

ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, işlemin yasaya ve hukuka uygun olup olmadığı incelemesinin idari yargının görev alanına girdiğine ve bu hususun ilke kararına bağlanmasına hükmetmektedir. Bu karar döneminde özelleştirme kapsamına alınan kamu kurumlarında çalışan personelin statüleri, 24.11.1994 gün ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine İlişkin Kanun ile düzenlenmektedir. Yüksek Mahkeme, bu Kanun'un ilgili hükümlerine⁷⁹⁶ yer vererek, bu hükümler karşısında özelleştirme kapsamına alınan kurumlarda sözleşmeli statüde bulunanlar ile kapsam dışı personelin, kamu personeli olarak kabul edildikleri sonucuna varmaktadır.

Kapsam dışı personel, toplu iş sözleşmesi hukukuna özgü bir kavram olarak; uygulamada, *“işletmelerin üretim, yönetim veya denetim birimlerinde çalışan, taraf işçi sendikasına üye olan veya olabilecek olan, başka işçi sendikasına üye olan veya olabilecek olan genel üst düzey yönetimde görev alan müdür, müdür yardımcısı, mühendis, şef gibi elemanlar yanında, sekreter, koruma görevlisi gibi yönetime yakın*

⁷⁹⁶ Karar gerekçesinde bu hususta: *“Bu Yasa'nın, amaç ve kapsam başlıklı 1. maddesinin (A) bendinde, Yasanın amacı belirlenmiş ve bu amaca yönelik olarak (B) bendinin (e) fıkrasında da: Yasanın kapsamının, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda -hizmet akdi ile çalışan- personelden özelleştirme uygulamaları sonucu işsiz kalacak olanlara mali ve sosyal haklar sağlanması; (d) fıkrasında ise: Yine bu kuruluşlarda çalışan kamu personelinin özlük ve sosyal haklarıyla ilgili hükümler olduğu belirtilmiştir. Nitekim 21. maddesinde, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda hizmet akdiyle ücret karşılığı çalışanlar hakkında düzenlemelere yer verilmiştir. Kamu Personeli ile ilgili olarak da: -Kuruluşlardaki personelin nakli- başlıklı 22. maddesinde: ‘Özelleştirme programına alınan, özelleştirilen faaliyetleri durdurulan, küçültülen, kapatılan veya tasfiye edilen kuruluşlarda çalışan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi personel ile sözleşmeli personel (kapsam dışı personel dahil) diğer kamu kurum ve/veya kuruluşlarına 217 sayılı KHK.nin 8. maddesinin (f) bendinde yer alan hükümlerde dikkate alınarak aşağıdaki şekilde nakledilirler...’ denilmekte; aynı maddenin (b) bendinde: ‘...ataması yapılan personelin işe başlama sürelerine ve işe başlamama halinde yapılacak işlemlere ilişkin olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 62. ve 63. maddeleri hükümleri uygulanır...’ hükmü yer almaktadır. Geçici Madde 9 da da yine gerek sözleşmeli, gerekse de kapsam dışı personel, kamu personeli olarak kabul edilmiş bulunmaktadır.”* ifadesi yer almaktadır.

olan ve toplu iş sözleşmesinden sendika üyeliği ya da dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmaları önlenmiş olan çalışanlar” olarak tanımlanmaktadır.⁷⁹⁷ 03.07.2005 tarih ve 5398 sayılı Kanunun 8’inci maddesiyle 4046 sayılı Kanun’un değiştirilen 22’nci maddesinin birinci fıkrasında ise kapsam dışı personel; “iş kanunlarına tâbi olarak görev yapmakla birlikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanmayan genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul başkanı, daire başkanı, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürü, müfettiş ve müfettiş yardımcısı, müşavir ve başuzman unvanlı kadrolara atanmak suretiyle görev yapan personel” olarak belirlenmiştir. Bu personel, idare ile İş Kanunu uyarınca özel hukuk sözleşmesi imzalamakta; yönetim ve denetim kademelerinde yaptıkları görevin niteliği gereği kapsam dışılıkları, toplu iş sözleşmesi dışında olmalarından ileri gelmekte ve bu sözleşme kapsamı dışında tutulmaktadır.

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin anılan ilke kararında, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarında kapsam dışı personel adı altında İş Kanunu çerçevesinde çalıştırılan personele, 4046 sayılı Kanun’da memur ve sözleşmeli personel ile birlikte yer verilmesine dikkat çekilmekte ve şu sonuca varılmaktadır : “Kapsam dışı personel olarak belirlenen görev unvanlarını taşıyanların kurumda belli bir süre çalıştıktan sonra sendika ile ilişkisini kesen ve daha çok idareci niteliğindeki personel olduğu, bu ayrımındaki amacın, bu kesimin, yetki ve ücretinin tayin ve takdirinin idareye bırakılması ve statülerinin, asli ve sürekli görevleri genel idare esaslarına göre yürütülen personele yaklaştırılması olduğu anlaşılmaktadır.”⁷⁹⁸ Bu nedenle 4046 sayılı Yasa hükümlerinden,

⁷⁹⁷ Aziz Can Tuncay, “İş Hukuku İdari Yargının Kısacasında Mı?”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan Cilt II**, (Edit. Prof. Dr. H. Fehim Üçışık), Beta Basım Yayın, İstanbul, 2001, s.1376-1377.

⁷⁹⁸ Karar gerekçesinde yer alan, “Kaldı ki Anayasa Mahkemesi’nin gerek 18.1.1988 gün ve 308 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanun Hükmünde Kararnameye Bir Madde Eklenmesine

kapsam dışı personelin de kamu personeli sayıldığı sonucu çıkmaktadır.” Görülmektedir ki Yüksek Mahkeme, kamu personeli statüsünü belirlerken “genel idare esaslarına tabi asli ve sürekliliği görevleri yerine getirme”yi bir ölçüt olarak kullanmakta; ilgili mevzuat uyarınca personelin statüsünü tespit etmektedir. Yüksek Mahkeme, görevin niteliğini ölçüt kabul ettiği bir başka kararında da davacının statüsünü Anayasa’nın 128’inci maddesi bağlamında ele almakta ve “Bu bağlamda, Türk Telekom A.Ş. Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği adı altındaki düzenlemeye göre istihdam olunan personelin durumu incelendiğinde: Türk Telekom’un 233 sayılı KHK hükümlerine tabi bir Kamu İktisadi Kuruluşu olduğu dönemde 399 sayılı KHK hükümlerine tabi sözleşmeli personel olarak görev yapmakta iken, 406 sayılı Yasa’ya 4502 sayılı Yasa ile eklenen Ek 22. madde uyarınca asli ve sürekli görevler için belirlenen kadrolar dışında kalmakla birlikte aynı nitelikteki bazı idareci pozisyonlarında görev yapmak üzere iş mevzuatına geçerek kapsam dışı personel statüsünde çalışanların, sendikası ve toplu sözleşmesiz istihdam edildikleri açıktır. Sendika yasağı nedeniyle toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışında kalan bu idareci kesimin yetki ve ücretinin tayin ve takdirinin idareye bırakılması, görevlerinin de genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevlerden farklılık taşımaması

Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin ve gerekse 22.1.1990 gün ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin iptali istemlerinin incelenmesi sonucu verilen 22.12.1988 gün ve 5-55 sayılı ve 4.4.1991 gün ve E.90/12, K.91/7 sayılı kararlarında: KİT lerde kamu hizmetlerinin yürütülmesiyle ilgili kararların idari nitelik taşıdığı ve asli ve sürekli kamu görevini yerine getiren çalışanlar hakkındaki işlemlerin de aynı nitelikte olup bu bağlamda yönetimle görevlileri arasındaki ilişkinin idare hukuku ilkelerine dayanan kamu hukuku ilişkisi olduğu ve bunların yönetimle olan ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların kamu hukukuna göre idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği görüşüne yer verilmiştir.” ifadesiyle de kapsam dışı personelin, asli ve sürekli kamu görevini yerine getiren çalışanlar arasında kabul edildiği görülmektedir.

karşısında, Türk Telekom A.Ş.'de kapsam dışı personel statüsünde İlçe Telekom Müdür Yardımcısı olarak görev yapan davacının, olay tarihinde kamu personeli sayıldığıının kabulü gerekir.” diyerek, kamu personeli sayılan kapsam dışı personel ile olay tarihinde kamu kuruluşu niteliği taşıyan Türk Telekom arasında sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta idari yargının görevli olduğuna hükmetmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, idari yargı denetiminin, Türk Telekom hisselerinin devrinin fiilen gerçekleştiği tarihten önce tesis edilen işlemlerden doğan uyuşmazlıklarla sınırlı olacağını da kararında belirtmektedir.⁷⁹⁹

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin söz konusu ilke kararı, sonraki tarihli çok sayıda kararına da dayanak teşkil etmektedir.⁸⁰⁰ İlke kararını gözeterek verdiği kararlarda, kimi zaman kapsam dışı personel statüsünün “*Kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarında, işveren ile sendikalar arasında akdedilen toplu iş sözleşmelerinin kapsamı dışında tutulan ve bu nedenle “kapsam dışı personel” olarak adlandırılan personelin, hizmet sözleşmelerine konulan yasakla sendika üyesi olamaması, yönetim kademesindeki daimi kadrolarda görev alarak işverene ait yetkileri kullanması ya da görevinin özel bir önem taşıması ve özellikle de yetkileri, ücret ve diğer haklarının tayin ve takdirinin idareye ait olması nedeniyle statülerinin, asli ve sürekli görevleri genel idare esaslarına göre yürüten memur ve sözleşmeli personel statüsüne yaklaşmakta*” olduğunu ve ilgili düzenlemelerde de yasa koyucu tarafından memur ve sözleşmeli personel ile anıldığını vurgulamakta⁸⁰¹; kapsam dışı personelin kamu personeli olduğu,

⁷⁹⁹ UYM, E.2005/94, K.2006/38, T.03.04.2006 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

⁸⁰⁰ UYM, E.1999/20, K.1999/28, T.15.11.1999, R.G. 09.03.2000-23988; UYM, E.1999/32, K.1999/38, T.06.12.1999, R.G. 09.03.2000- 23988; UYM, E.2004/85, K.2004/87, T.06.12.2004 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2007/356, K.2008/185, T.07.07.2008 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

⁸⁰¹ Karar gerekçesinde bu hususta: “(...) nitekim, 24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı Yasa'nın 22. ve Geçici 9. maddesinde de, (daha önce de, Ana. Mah. 5.2.1992 gün ve E:1990/22, K:1992/6 sayılı kararıyla iptal edilmiş olan 9.4.1990 tarih ve 418 sayılı K.H.K. 'nin 40. maddesinde)

kurumlarıyla ilişkilerinin kamu hukukuna tabi olduğu ve aksinin ancak teşebbüs ve bağlı ortaklıklardaki kamu kesimi paylarının %50'nin altına düşmesi ve bu kurumların kamu kurumu niteliğini kaybetmesi halinde söz konusu olacağını belirtmektedir.⁸⁰² Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme bir kararında, davacının statüsünü açıkça tespit edememekle birlikte davacının hizmet sözleşmesini ilgili mevzuat çerçevesinde inceleyerek “sözleşmeli ve/veya kapsam dışı personel statüsüyle çalıştığı”na⁸⁰³ ve statüsü itibarıyla asli ve sürekli kamu hizmetiyle görevli olduğuna ve 4046 sayılı Kanun’da belirtilen kamu personeli niteliğinde olduğuna karar vermektedir. Kararda, 4046 sayılı Kanun’da yer alan

yasa koyucu tarafından, memur ve sözleşmeli personel ile birlikte anılmaktadır.” ifadesi yer almaktadır.

⁸⁰² UYM, E.2008/197, K.2009/39, T.02.03.2009, R.G.24.07.2009-27298; UYM, E.2008/198, K.2009/40, T.02.03.2009 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2008/399, K.2009/65, T.02.03.2009 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2008/420, K.2009/69, T.02.03.2009 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2008/446, K.2009/76, T.02.03.2009 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2009/3, K.2009/93, T.13.04.2009 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2013/354, K.2013/441, T.11.03.2013, R.G. 18.04.2013-28622.

⁸⁰³ Karar gerekçesinde bu hususta: “Olayda, ilk kez 11.8.1981 tarihinde hizmet akdine bağlı olarak Deniz Nakliyatı T.A.Ş.'de çalışmaya başlayan ve 30.11.1982 tarihinde istifa etmesi üzerine kıdem tazminatını alan davacı, 13.4.1984 tarihinde yeniden çalışmaya başlamış ve bu çalışması da Türkiye Denizcilik İşletmelerine naklen tayin olduğu 10.1.1989 tarihine kadar sürdükten sonra, en son 25.8.1989 tarihinde düzenlenen hizmet sözleşmesiyle yeniden Deniz Nakliyatı T.A.Ş.'nde göreve alınarak bu görevine son verildiği 18.10.1996 tarihine kadar çalışmıştır.

Davacının hizmet sözleşmesinin incelenmesinden, görev ünvanının şube müdürü olduğu; herhangi bir sendikaya üye olamayacağı; sözleşmenin, 233 sayılı KHK. ve sözleşme hükümleri ile genel hükümlerde belirlenen nedenlerle feshedilmesi veya sona ermesi durumlarında ilgiliye iş sonu tazminatı ödeneceği; sözleşmede yer almayan hususlarda 233 sayılı KHK. ile Kurum Personel Yönetmeliği hükümlerinin uygulanacağı yolunda düzenlemelere yer verilmiş olup, ayrıca davalı idarenin savunmasında Emekli Sandığı iştirakçisi olduğu belirtilen davacının, sözleşmeli ve/veya kapsam dışı personel statüsüyle çalıştığı anlaşılmaktadır.” ifadeleri yer almaktadır.

düzenlemeler uyarınca özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlardaki personelin, hizmet akdi ile çalışan personel ve 657 sayılı Kanun’a tabi personel ile kapsam dışı personel dahil sözleşmeli personel olarak iki ayrı kategoriye ayrıldığı; ikinci gruba girenler hakkında statü hukukunun gerektirdiği güvenceler getirildiği ve bunlardan kamu personeli olarak söz edildiği belirtilmektedir. Bu gerekçeler yanında, ilke kararını da gözeterek, uyuşmazlığın çözümünün idari yargının görevine girdiğine karar verilmektedir.⁸⁰⁴ Söz konusu ilke kararı, sadece Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında değil; Danıştay ve Yargıtay’ın kararlarında da idari yargının görevli olduğunun tespitine dayanak oluşturmaktadır.⁸⁰⁵ Yukarıda ele alınan yargı kararlarında da görüldüğü üzere, yürüttükleri görevler dikkate alınarak kamu hukuku rejimine tabi tutulan bu personele yarı kamusal bir statü tanındığı kabul edilmektedir.⁸⁰⁶ Kapsam dışı personele ilişkin olarak, toplu iş sözleşmesi kapsamı dışında kalsalar da iş sözleşmesi ile çalışmaları nedeniyle yönetici olarak çalışmalarının bu personel ile idare arasında bir kamu hukuku ilişkisi doğmasına neden olmadığı da ileri sürülmekle birlikte⁸⁰⁷ sonuç olarak kapsam dışı personele ilişkin mevzuat hükümleri ve öğretideki tartışmalar birlikte değerlendirildiğinde yargının, görevin niteliğinden ve gereklerinden yola çıkarak kamu görevlilerinin tabi olduğu hukuki rejimi belirlediği görülmektedir.⁸⁰⁸

⁸⁰⁴ UYM, E.2000/10, K.2000/18, T.12.6.2000 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>)

⁸⁰⁵ D.8D, E.1996/245, K.1998/1106, T.24.03.1998 (LexHBS); D.10D, E.1995/7175, K.1997/575, T.24.12.1997 (LBEHB); D.11D, E.2005/3933, K.2006/528, T.08.02.2006 (LexHBS); Y.9HD, E.1995/29810, K.1996/3558, T.04.03.1996 (KİBB); Y.9HD, E.1995/36889, K.1996/5632, T.19.03.1996 (KİBB); Y.9HD, E.2009/35757, K.2012/1051, T.23.01.2012 (LexHBS); Y.13HD, E.1996/6444, K.1996/6658, T.01.07.1996 (LexHBS).

⁸⁰⁶ Ulusoy, **Yeni Türk İdare Hukuku**, s.369-370.

⁸⁰⁷ Tuncay, “*İş Hukuku İdari Yargının Kıskaçında Mı?*”, s.1377.

⁸⁰⁸ Bununla birlikte mevzuat değişikliği Uyuşmazlık Mahkemesi’nin bu yöndeki içtihadını etkilemiş ve karar gerekçelerine şu ifadelerle yansımıştır: “*Mahkememizin benzer olaylara ilişkin verdiği 1.3.1996 tarih ve 22567 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 22.1.1996 gün ve*

Kamu iktisadi teşebbüslerinin personeli ile arasındaki uyuşmazlıkların, sıklıkla özelleştirme sürecindeki kurumlara ilişkin münferit olaylarda da ortaya çıktığı görülmektedir. Özelleştirme sürecinde, kamu iktisadi teşebbüslerinde istihdam edilen personelin kamu personeli statüsünden çıkarılması amacıyla bir dizi yasal değişiklik yapılmakta olduğu gibi; İş Kanunu'na tabi sözleşmeli personel statüsüne geçmek istemeyenlerin mevcut statü, sosyal ve özlük haklarıyla istihdamlarına devam olunacağına dair yasal düzenlemeler de mevcut olabilmektedir. Geçiş sürecinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda yüksek mahkemeler, somut olaya ilişkin yapılan değerlendirmelerde kurumun özelleştirme sürecindeki statüsü ve davacının tabi olduğu mevzuatı incelemektedirler. Görülmektedir ki, bu husustaki mevzuatın çeşitliliği mahkemelerin karar gerekçelerini de çeşitlendirmektedir. Örneğin, özelleştirmeye hazırlık çalışmaları kapsamında İş Kanunu'na tabi olarak çalışan kapsam dışı personele başka bir kamu kurumuna nakil hakkı verilmektedir. Bu durumda Yargıtay tarafından,

E:1995/1, K:1996/1 Sayılı ve özelleştirme kapsamında bulunmayan Kamu İktisadi Teşebbüslerinde kapsam dışı statüde çalışan personelin kurumları ile olan ilişkilerinden doğan anlaşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı olduğuna ilişkin ilke kararı bulunmaktaysa da, 25/10/2017 tarih ve 30221 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 37. maddesiyle 399 Sayılı KHK'nin Ek 3. maddesi; 'Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 1. ve geçici 9. maddelerine tabi teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda toplu iş sözleşmesi kapsamı dışında çalışan personel ile bu teşebbüs ve bağlı ortaklıklar arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin dava ve işler iş mahkemelerinde görülür' şeklinde değiştirilmiştir.

Usul hukuku kuralları derhal uygulanırlık ilkesine tabidir. Tamamlanmış olan işlemler hariç olmak üzere yürürlüğe girdiği andan itibaren derhal uygulanır. Görev hususunun da Usul Hukukunun en temel konularından biri olduğu düşünüldüğünde, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde kapsam dışı personel olarak çalışanların işverenleriyle aralarında iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin dava ve işlere 25/10/2017 tarihinden bu yana iş mahkemelerinde bakılacağı anlaşılmaktadır."

UYM, E. 2018/655, K.2018/811, T.24.12.2018 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>). Benzer yönde bkz. UYM, E.2018/359, K.2018/411, T.25.06.2018 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

özelleştirmenin tamamlandığı an itibarıyla istekleri halinde ya da istihdam fazlası olmaları nedeniyle özelleştirme ile başka kuruma nakli sağlanan personel ile ilgili uyuşmazlıklarda idari yargı yerleri; özelleştirmeden sonra da iş yerinde çalışmaya devam eden gerek kapsam içi, gerekse kapsam dışı personel ile ilgili uyuşmazlıklarda ise adli yargı yerlerinin görevli olduğu kabul edilmektedir.⁸⁰⁹ Yüksek Mahkeme bir kararında, aynı yönde istikrar kazanmış yargı kararlarını emsal göstermektedir.⁸¹⁰

Özelleştirme sürecinde personel ile kurum arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda özelleştirmenin tamamlanıp tamamlanmadığının belirlenmesi yanında, sürecin hangi aşamasında olursa olsun davacının tabi olduğu mevzuatın önem arz ettiğini belirtmiştik. Nitekim bu hususa, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bir kararında da dikkat çekilmektedir. Yüksek Mahkemenin kararına göre, Türk Hava Yolları A.O., özelleştirilmesine karar verilse de 4046 sayılı Kanun hükümleri uyarınca sermayesindeki kamu payı %50'nin altına düşmediğinden kamu kurumu niteliğini korumaktadır. Davacı ise bu kurumda 1475 sayılı Kanun hükümlerine tabi ve hizmet akdine dayalı olarak çalışan bir işçi statüsündedir. Sendika ile işveren arasında akdedilmiş toplu iş sözleşmelerinden yararlanarak çalışmış olması nedeniyle -toplu iş sözleşmesinin kapsamına girmesi nedeniyle- başka bir adlandırmayla “*kapsam içi personel*” statüsünü taşımaktadır. Mahkeme, davalı ile davacı arasındaki hukuki ilişkinin İş Kanunu'na tabi hizmet sözleşmesine dayalı olarak kurulmuş bir özel hukuk ilişkisi niteliğinde olduğunu; aksine bir düşüncenin, “*işverenin salt bir kamu kurumu olması nedeniyle statü hukukuna tabi olmayan personeli hakkındaki tüm yazılı irade beyanlarının idari işlem niteliğinde görülerek, özel hukuk alanına dahil bulunan uyuşmazlıkların da idari yargı denetimine*

⁸⁰⁹ YHGK, E.2009/506, K.2009/519, T.18.11.2009 (LexHBS).

⁸¹⁰ “*Danıştay’ın son yıllarda verdiği kararlarda bu yöndedir. (Danıştay 5.Dairesinin 01.04.2008 tarih, 2007/7257 Esas, 2008/1798 karar sayılı kararı)*” YHGK, E.2008/597, K.2008/588, T.08.10.2008 (LexHBS).

tabi kılınması sonucunu” doğuracağını; ilke kararının ise kapsam içi personel statüsünde çalışmış olan davacı ile kurum arasındaki anlaşmazlığı kapsamadığını belirtmektedir.⁸¹¹ Özelleştirme sürecindeki bir kamu bankası ile çalışanları arasındaki uyuşmazlıklarda, yine somut durum değerlendirmesi yapılmakta ve bankanın sermayesinin tamamının halen kamuya ait olması gözetilerek kamu bankası niteliği sürdüğü hallerde bile söz konusu uyuşmazlıklar kapsamında göz önüne alınması gereken 4603 sayılı Kanun’un geçici 1. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*Bankalarda 31.12.2002 tarihinden sonra özel hukuk hükümlerine tâbi olmayan personel çalıştırılmaz.*” hükmü gözetilmekte ve bu tarihten sonra özel hukuk hükümlerine tabi olmayan personel çalıştırılmayacağı ve (4857 sayılı) İş Kanunu’na tabi olarak çalışanlarla davalı banka arasında çıkacak ihtilaflarda iş mahkemelerinin görevli olduğu belirlenmektedir.⁸¹² Uyuşmazlık Mahkemesi benzer başka bir kararında, öncelikle 4603 sayılı Kanun ile getirilen yeniden yapılandırmaya ilişkin süreci aktararak⁸¹³, “*davalı bankanın 4603, 4684 ve 4743 sayılı*

⁸¹¹ UYM, E.2001/90, K.2001/99, T.24.12.2001, R.G. 01.04.2002-24713. Aynı yönde bkz. UYM, E.2003/13, K.2003/15, T.10.02.2003 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>); UYM, E.2003/28, K.2003/31, T.28.04.2003 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

⁸¹² D.12D, E.2008/1987, K.2010/4411, T.22.09.2010 (LexHBS); UYM, E.2009/282, K.2010/115, T.03.05.2010, R.G. 18.01.2011-27819; UYM, E.2010/208, K.2011/139, T.04.07.2011 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

⁸¹³ “4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun’un 1. maddesinde,

‘1.Bu Kanunun amacı, Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketinin (bankalar) çağdaş bankacılığın ve uluslararası rekabetin gereklerine göre çalışmalarını ve özelleştirmeye hazırlanmalarını sağlayacak şekilde yeniden yapılandırılmaları ile hisse satışlarına ilişkin düzenlemelerin ve hisselerin tamamına kadarının özel hukuk hükümlerine tabî gerçek ve tüzel kişilere satışının gerçekleştirilmesidir.

2.Bankalar, anonim şirket statüsündedirler. Bu Kanunda yer alan hükümler dışında 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile genel hükümlere tabidirler.

3. Bankaların çalışma konuları ve amaçları, merkezleri, sermaye miktarları, hisseleri, genel kurulları, yönetim ve denetim organları, hesapları ve kârlarının dağıtımı ile faaliyetlerine, devir, birleşme, fesih ve tasfiyelerine ilişkin diğer esaslar, ana sözleşmelerinde gösterilir.

4. (Değişik: 20/6/2001-4684/1 md.) Bankaların yıllık faaliyetleri ile ilgili olarak (2000 yılı faaliyetleri dahil) genel kurullarına sunacağı yıllık bilançoları ile kâr ve zarar cetvellerinin; 4389 sayılı Bankalar Kanununun 13 üncü maddesinin (2) numaralı fıkrasında belirtilen bağımsız denetim kuruluşlarınca onaylanması şarttır.

5. 233 sayılı Kamu İktisadî Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 399 sayılı Kamu İktisadî Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, (...) 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 6245 sayılı Harcırah Kanunu ve 237 sayılı Taşıt Kanunu ile bunların ek ve değişikliklerine ilişkin hükümler ile 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 13 üncü maddesi ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 277 nci maddesi 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu, 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun ve 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Malî ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname bankalar hakkında uygulanmaz.'

3. maddesinin 5. fıkrasında, '(Ek: 16/7/2004-5230/7 md.) Bankalarda 4857 sayılı İş Kanununa tâbi olarak çalışanlarla bankalar arasında çıkacak ihtilaflarda iş mahkemeleri görevlidir.'

Geçici 1. maddesinde ise, "1. Bankaların ana sözleşmeleri bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde yapılacak ilk genel kurullarının onayı ile yürürlüğe girer. Mevcut yönetim kurulu üyelerinin görevleri genel kurullarca yenileri seçilinceye kadar devam eder. Bankaların tüm diğer personeli bu Kanunla bulundukları kadro ve pozisyonlara atanmış sayılır.

2. Bankaların bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte çalışan personelinden 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa göre emeklilik hakkını kazanmış olanlara Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay, bu hakkı 2002 yılı sonuna kadar kazanacak olanlara da kazandıkları tarihten itibaren üç ay içinde emeklilik başvurusunda bulunmaları halinde emekli ikramiyeleri % 30 fazlasıyla ödenir. Ancak, bu kapsamda emekli olan personel, emekli oldukları tarihten itibaren üç yıl içinde bu bankalarda yeniden istihdam edilemez.

3.(Değişik: 30/1/2002 - 4743/6 md.) Bankalarda 31.12.2002 tarihinden sonra özel hukuk hükümlerine tâbi olmayan personel çalıştırılmaz. Yeniden yapılandırma sürecinde bankaların yönetim kurullarınca gerek özel hukuk hükümlerine göre çalıştırılmak üzere kendisine sözleşme teklif edilen ancak özel hukuk hükümlerine göre çalışmayı kabul etmeyen gerekse özel hukuk hükümlerine göre çalışması uygun görülmeyip sözleşme imzalanmayan personel, bankaların yönetim kurullarınca Devlet Personel Başkanlığına bildirilir.

Devlet Personel Başkanlığı kendisine bildirilen personel listelerini en geç kırkbeş gün içerisinde (özelleştirme kapsam ve/veya programındaki kuruluşlar hariç) tespit edeceği kamu kurum ve kuruluşlarındaki boş kadro ve pozisyonlara atanmalarını sağlamak üzere ilgili kurum veya kuruluşa gönderir. İlgili kurum ve kuruluş bildirimini ulaştığı tarihten başlayarak en geç beş iş günü içinde bu personelin atanmalarını yaparak atamalara ilişkin bilgileri Maliye Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı ile ilgili bankalara bildirir. Atama tarihi itibarıyla personelin bankalarla ilişkisi kesilmiş sayılır. Personelin atandığı kurumda fiilen göreve başlayacağı tarihe kadar geçen sürede her türlü malî ve sosyal hakları bankalarca karşılanmaya devam olunur. Bu fıkrafta hüküm bulunmayan hallerde 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesi hükümleri uygulanır.

Ataması yapılan personel hakkında bankalar tarafından yapılacak tebliğ işlemini takiben 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 62 ve 63 üncü maddelerinin uygulanmasından atamayı yapan kamu kurum veya kuruluşu sorumludur.

Ancak, bu şekilde nakledilen personelden anılan madde uyarınca eski kadrolarına ait hakları şahıslarına bağlı olarak saklı tutulanlar için bankacılık tazminatı da şahıslarına bağlı bir hak teşkil etmez.

4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesi kapsamında Özelleştirme Fonu tarafından yapılması öngörülen ödemeler ilgili bankalar tarafından yapılır.

1.1.2002-31.12.2002 tarihleri arasında uygulanmak üzere bu madde uyarınca, bankalardan genel bütçeli daireler ile katma bütçeli idarelere ve bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlara, genel ve katma bütçelerin transfer tertiplerinden yardım alan kuruluşlar ile sosyal güvenlik kuruluşlarına nakli yapılan personelin aylık ve diğer özlük hakları karşılığı tutar, ilgili bankalarca Maliye Bakanlığı Merkez Saymanlık hesabına yatırılır. Yatırılan bu tutar bir taraftan bütçenin (B) işaretli cetveline özel gelir, diğer taraftan Maliye Bakanlığı bütçesinde açılacak bir tertibe özel ödenek kaydedilir. Özel ödenek kaydedilen tutarları kurum ve kuruluşların bütçelerinin ilgili tertiplerine aktarmaya Maliye Bakanı yetkilidir. Nakli yapılan personelin aylık ve diğer özlük hakları karşılığı tutar, aylık dönemler itibarıyla ilgili bankalar ve Maliye Bakanlığınca müştereken tespit edilir ve bu miktar en

kanunlar çerçevesinde tamamen özel hukuk hükümlerine tabi kılındığı, gerek personel istihdamı ve gerekse diğer işlemlerinde karlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda hareket eden sektördeki diğer özel bankalardan farkı olmayan tamamen Bankalar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre işletilen anonim şirket niteliğini taşıdığı”nı belirtmektedir. Yüksek Mahkeme gerekçesinde, Anayasa Mahkemesi’nin bu husustaki kararına değinmektedir: “Anayasa Mahkemesi’nin 14.3.2006 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 25.6.2002 tarih, 2002/31 E., 2002/58 K. Kararında; ‘T.C. Ziraat Bankası ve Türkiye Halk Bankası, 4603 sayılı Kanun ile kamu iktisadi teşebbüsü kurallarına tabi iktisadi devlet teşekkülü statüsünden çıkarılarak özel hukuk kurallarına bağlı anonim şirket konumuna geçirilmişlerdir. Başka bir anlatımla belirtilen bankaların yürüttüğü hizmetler yasa ile kamu hizmeti olmaktan çıkarılmıştır. Bu durumda, statüsü değiştirilen bankalar tarafından yürütülen hizmeti, Anayasa’nın 128. maddesinde belirtilen genel idare esaslarına göre yapılan asli ve sürekli bir kamu hizmeti ve burada çalışan personeli de memur ya da diğer kamu görevlisi olarak nitelemek olanaklı değildir.’ şeklinde açıklama yapılmak suretiyle, iptal isteminin reddine karar verilmiştir.” Bu karara istinaden, Uyuşmazlık Mahkemesi de davalı banka tarafından yapılan iş ve işlemlerin kamusal hizmet niteliği taşımadığını; davacı ile yapılan belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin İş Kanunu’na tabi olması nedeniyle bunun feshi üzerine zararın tazmini istemiyle açılan davada adli yargının görevli olduğuna karar vermektedir.⁸¹⁴

geç tespitin yapıldığı ay sonuna kadar bankalarca yukarıda belirtilen hesaba yatırılır.’ hükmüne yer verilmiştir.

Öte yandan, 1475 sayılı İş Kanunu, 22.5.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu’nun 120. maddesi ile, -14. madde hariç- yürürlükten kaldırılmış; 4857 sayılı Kanun’un geçici 1. maddesinde, ‘Diğer mevzuatta 1475 sayılı İş Kanununa yapılan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır’ hükmüne yer verilmiştir.

⁸¹⁴ UYM, E.2013/1519, K.2013/1697, T.11.11.2013.

Özelleştirmenin tamamlandığı andan itibaren ise uyuşmazlıkların çözümünde özel hukuk hükümlerinin uygulanacağı açıktır.⁸¹⁵

Görülmektedir ki, bahsi geçen personelin statüsüne ilişkin tüm tartışmalar karşısında, yargı kararlarında ve uygulamada, kamu iktisadi teşebbüslerinde görev yapan memurlar, sözleşmeli personel ve kapsam dışı personel, asli ve sürekli görevleri yerine getiren ve kamu gücü kullanabilen kamu görevlileri olarak kabul edilmiştir. Zira, Anayasa'nın 128'inci maddesinde yer alan genel idare esasları, kamu hukuku rejimini ifade etmekte; bu bağlamda genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerde hizmetin yürütülüşüne ilişkin kamu gücüne dayanan işlemler tesis edilebilmekte ve bu hizmetler kamusal ayrıcalık ve yükümlülöklere tabi olmaktadır. Yine aynı hüküm gereğı bu personelin tabi olduğı hukuki rejim, bireyler arası eşit ilişkilerden kaynaklanan kurallara değil de tip sözleşme niteliğindeki sözleşmelerde idarenin üstün bir hakka sahip olması itibarıyla statü hukukuna tabi olmaktadır.

⁸¹⁵ UYM, E.2012/547, K.2012/443, T.24.12.2012, R.G. 12.02.2013-28557; UYM, E.2011/78, K.2011/228, T.02.11.2011 (<https://www.uyusmazlik.gov.tr/>).

SONUÇ

Kamu iktisadi teşebbüslerinin hukuki rejimini incelediğimiz bu çalışma ile ortaya çıkan en genel sonuç, bu kurumların karma hukuki rejime tabi olduklarını belirlemenin tek başına hukuki sorunların çözümünde yetersiz kalmasıdır. Hukuki rejimin tespiti için yapılması gereken; idarenin hangi faaliyetlerinin özel hukuka, hangi faaliyetlerinin idari rejime tabi olduğuna ilişkin ölçütler geliştirmektir. Bu da esasen sorunun, sadece kamu iktisadi teşebbüsleri özelinde ele alınmasından ziyade, bugün idarenin özel hukuk alanında taraf olduğu hukuki ilişkilerin artması da dikkate alınarak, idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesine ilişkin daha temel bir sorun olarak incelenmesi gerektiğini göstermektedir. Kamu iktisadi teşebbüslerinin hukuki rejimine ilişkin yapılan bu sınırlı çalışma ile ulaşılan sonuç da, bu hususa işaret etmektedir.

Hukuki nitelikleri ve rejimleri tartışmalı olan kamu iktisadi teşebbüslerine ilişkin bu çalışmanın kapsamı ile sınırlı karar incelemeleri sonucunda, yüksek mahkemelerin bazı hallerde, tüzel kişiliğin tabi olduğu hukuki rejimi esas alarak hukuki nitelik tespit ettiği; bazı hallerde ise hukuki rejimin belirlenmesinde, tüzel kişiliğin hukuki niteliğine dayandığı görülmektedir. İdarenin özel hukuk kurallarına göre hizmet yürütecek tüzel kişiler kurabilmesine ilişkin hukuki düzenlemelerdeki belirsizlikler yanında, kamu hizmeti alanında özel hukuk tüzel kişilerinin de varlığının, tüzel kişiliğin niteliğinin tespitini daha zor hale getirdiği açıktır. Bununla birlikte kamu iktisadi teşebbüsleri bağlamında, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile ana statülerinde saklı kalan haller dışında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet göstereceklerine ilişkin düzenlemelerden yola çıkarak, bu kurumların tüzel kişiliğini özel hukuk tüzel kişisi olarak belirlemek; karşılaşılan her uyuşmazlıkta, uyuşmazlık konusu işlem ya da eylemin niteliğine ilişkin bir hukuki irdeleme yapmadan özel hukuka tabi kılmak, idarenin ve idare hukukunun varlığı ile çelişmekte, hatta kimi kararlarda ortaya çıktığı üzere bu varlığı yadsımaktadır. Kaldı ki özel hukuk rejimine tabiyyet, tüzel kişiliğin niteliğini belirleyici

olmadığı gibi, idarenin özel hukuk alanına ilişkin faaliyetlerinin varlığı da asıl olarak idari rejime tabi olduğu sonucunu değiştirmeyecektir. Nitekim 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname dışında özel hukuk hükümlerine tabiiyet, kamu tüzel kişiliği niteliğini ayırt edici ölçütlere başvurarak incelediğimiz kamu iktisadi teşebbüslerinin türlerinin de kamu tüzel kişisi niteliğini değiştirmemektedir.

İdare hukukunun uygulama alanının tespitinde tek başına bir ölçüt olarak kabul edilememekle birlikte tüzel kişinin hukuki niteliği, önemli bir ölçüttür. İdarenin özel hukuk alanındaki işlem ehliyeti, kanunlarla sınırlıdır ve idarenin özel hukuk kişilerinin sahip olduğu irade serbestisi ile aynı nitelikte bir serbestiye sahip olduğu düşünülmemelidir. Sorun, idarenin özel hukuk faaliyetlerindeki irade serbestisi çerçevesinde ele alınınca, kamu tüzel kişiliğini haiz kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında başvuru kamusal yetki, ayırt edici unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira idarenin kurduğu hukuki ilişkilerde kamusal yetki sahibi olması dolayısıyla ayrıcalıklı konumu, sadece tek yanlı işlemlerinde değil; bu işlemler aracılığıyla sözleşme yaparken ve sözleşmenin uygulanması aşamasında da hukuki ilişkiyi etkilemektedir. Kamu iktisadi teşebbüslerinin hukuki rejimlerinin belirlenmesine yönelik bu çalışma için başvuru inceleme konusu yargı kararları da, yargının kamusal yetkiye esas ölçüt olarak yer verdiğini göstermektedir.

Esas ölçüte ilişkin bu belirlemeye rağmen, kamu iktisadi teşebbüsleri ile hizmetten yararlananlar arasındaki ilişkilerin tespitinde, faaliyetin niteliğinin davacının kimliğine göre farklılaşması; hizmetten yararlananların taraf oldukları sözleşmelerin niteliğine ilişkin yeterli bir hukuki değerlendirme yapılmaması; sözleşmenin niteliğinden yola çıkarak kamusal yetki kullanımına ilişkin bir denetim yapılmaması, yargı kararlarındaki en temel sorunlar olarak karşımıza çıkmıştır. Yargı, iktisadi faaliyetleri bakımından özel hukuk hükümlerine tabi kılınan bu kurumların, kamu hizmeti yürütmesine engel bir durumun bulunmadığına gerekçesinde yer verdiği kararlarında dahi

faaliyetin içeriğine ilişkin bir inceleme yapmadan, davacının kimliğinden yola çıkarak taraflar arasındaki sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi kabul ederek karar vermekle yetinmektedir. Buradaki en büyük sorun, yüksek mahkemelerin, kamu iktisadi teşebbüslerinin kamu hizmetlerine yönelik faaliyetleri ile iktisadi esaslara göre yürütülen özel hukuk faaliyetlerini birbirinden ayırmamasından kaynaklanmaktadır. Öyle ki bu durum, aynı faaliyetin davacının kimliğine göre farklı nitelendirilmesine yol açmakta; faaliyetin, iktisadi bir özel hukuk faaliyeti mi yoksa iktisadi kamu hizmeti mi olduğu tespit edilmeden görev sorunu çözülmeye çalışılmaktadır. Aynı faaliyete ilişkin farklı nitelendirmeler, tabi olunacak hukuki rejimi de değiştirmekte ve böylelikle aslında görev sorunu da çözülememektedir. Bu bağlamda, bir teşebbüsün yürüttüğü iktisadi kamu hizmeti ile iktisadi faaliyeti birbirinden ayırt etmek gerekmektedir. Kaldı ki, bu nitelendirmenin gerekçesi olarak sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi kabul edilmesi açısından durum değerlendirildiğinde ise, sözleşmenin niteliğine ilişkin yeterli hukuki değerlendirme yapılmadığı belirlenmiş; yargının, sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi kabul ettiği hallerde de faaliyetin idari niteliğine ilişkin bir belirleme yapmaktan kaçındığı görülmüştür. İdari eylemden doğan zararlara ilişkin uyuşmazlıklarda, görevli yargının adli yargı olarak belirlenmesi ile kamusal yetkilerin hukuka aykırı kullanımı, sözleşmeden ayrı ve bağımsız şekilde değerlendirilip idari yargının denetimine tabi kılınmalıyken; alacak-borç ilişkisine dayanan bir sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan bir hukuki sorun olarak nitelendirilerek adli yargının denetimine bırakılmaktadır.

Özel hukuka tabi kamu hizmetlerinin genel idare usullerine tabi içeriği itibarıyla asli ve sürekli nitelikteki görevlerle hizmetin düzenlenişinde kullanılan kamusal yetkiler, hizmetten ayrı düşünülmemelidir. Kaldı ki yargının bu belirlemeyi, istihdam ilişkilerine dair kararlarında, görevlerin niteliği ile kamusal yetki kullanımı arasında kurduğu bağ ile yaptığı görülür. Zira yüksek mahkemeler kararlarında, kamu iktisadi teşebbüsleri ile

personeli arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların hukuki rejimini sözleşmenin hukuki niteliğine göre belirlerken bu nitelemeye, idarenin kamusal yetki kullanımını esas almakta ve kamu görevlilerinin statüsünü belirlerken genel idare esaslarına tabi asli ve sürekli görevleri yerine getirmeyi, bir ölçüt olarak kullanmaktadırlar.

Sonuç olarak, kamu iktisadi teşebbüslerinin taraf olduğu uyuşmazlıklarda ortaya çıkan hukuki rejimin belirlenmesine ilişkin sorun, idarenin özel hukuk alanındaki faaliyetlerine ilişkin ölçütlerin, sorunların çözümüne katkı sağlayacak şekilde geliştirilmesi ile çözülecek ve böylelikle sözleşme ile kamu hukuku ilişkisinin değişmesi; yargının farklı nitelendirmeleriyle kamu hizmetinin anlam değiştirmesi mümkün olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Abadan, Yavuz, “*Âmme Hukukunun Konusu ve Öğretim Metodu*”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 20, No.2, 1965, Sayı 3-4, s.399-418.
- Akad, Mehmed, **Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992.
- Akalın, Güneri, “*Anayasamızın Piyasa Ekonomisi ile Uyumlaştırılması: Mali ve Ekonomik Hükümler ile Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevlerin Yeniden Düzenlenmesi*”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 11, Yıl 1994, s.71-87.
- Akbulut, Emre, **Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi**, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.
- Akgüner, Tayfun, **Özel Girişim Özgürlüğü ve Yatırımları Teşvik Tedbirleri**, Formül Matbaası, İstanbul, 1979.
- Akgüner, Tayfun, “*Belediye İşgal Harcı*”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt 3, Sayı 1-3, Yıl 1982, s.9-20.
- Akgüner, Tayfun, **Kamu Personel Yönetimi**, Der Yayınları, İstanbul, 2014.
- Akgüner, Tayfun, **İdare Hukuku**, 9. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2021.
- Akıllıoğlu, Tekin, “*Ticaret Bakanlığının Anonim Ortaklık Ana Sözleşme Değişikliğine İzninin Çıkardığı Yönetim Hukuku Sorunları*”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt 10, Sayı 2, Yıl 1979, s.459-478.
- Akıllıoğlu, Tekin, “*Anayasaya Uygunluk Denetiminde Yönetim Hukuku Ölçüleri*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 20, Sayı 3, Yıl 1988, s.19-28.
- Akıllıoğlu, Tekin, “*Yönetim Hukumuz ve Geleceği*” (<https://www.idare.gen.tr/akillioglu-yonetim.htm>), Yayımlı tarihi: 11.08.2004, Erişim tarihi: 15.12.2018)
- Akipek, Jale - Akıntürk, Turgut - Ateş, Derya, **Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, Yenilenmiş Onüçüncü Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, Eylül 2016.

- Aksoy, A. Şinasi, “*Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri; Genel Bir Bakış*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 27, Sayı 2, Yıl 1994, s.3-23.
- Akyılmaz, Bahtiyar, “*İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması*”, **Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 1-2, Yıl 1998, s.165-219.
- Akyılmaz, Bahtiyar - Sezginer, Murat - Kaya, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- Altaş, Hüseyin, “*Telekomünikasyon Alanındaki Abonelik Sözleşmeleri*”, **Prof. Dr. Ali Naim İNAN'a Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2009, s.157-169.
- Altın, Aytuğ, “*Kamu Hizmeti Anlayışında Değişim*”, **Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 1, Sayı 2, Yıl 2013, s.101-118.
- Ansay, Tuğrul, **Anonim Şirketler Hukuku**, Dördüncü Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.
- Aral, Fahrettin, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Ardıçoğlu, M. Artuk, “*Türk İdare Hukukuna Yeni Bir Katkı: Erişim Sağlayıcıları Birliği*”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 5, Sayı 1, Yıl 2014, s.119-138.
- Ardıçoğlu, M. Artuk, “*Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*” **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt 75, Sayı 3, Yıl 2017, s.21-51.
- Artantaş, Onur Çağdaş, **Kamu Hizmeti ve Bedel**, 1. Bası, Çakmak Yayınevi, Ankara 2018.
- Aslan, Zehreddin, “*Devletin Ekonomiye Müdahalesi ve İktisadi Müdahalesi ve İktisadi Kolluk Faaliyeti İçinde Rekabetin Korunması*”, **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Sayı 14, Yıl 1996, s.1-6.

- Ataay, Aytekin, **Medeni Hukukun Genel Teorisi Temel Bilgiler-Genel Kavramlar**, Üçüncü Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- Atamer, Yeşim, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2001.
- Atasoy, Veysel, **Türkiye’de Kamu İktisadî Teşebbüsleri ve Özelleştirme Sorunu**, Nurel Matbaacılık, Ankara, 1993.
- Atay, Ender Ethem, “*İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler ve Bu Hukuk Dahının Belli Başlı Özellikleri*”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11, Sayı 1, Yıl 2007, s.503-528.
- Atay, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- Atıyas, İzak - Oder, Burak, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, TEPAV Yayınları, Ankara, 2008.
- Avcı, Mustafa, “*Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel Çalıştırılması*”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 4, Sayı 36, Yıl 2009, s.75-87.
- Ayanoğlu, Taner, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- Ayanoğlu, Taner, “*İnsan Zararlarına İlişkin Tam Yargı Davalarını Çözme Görevini Asliye Hukuk Mahkemelerine Vermek Reform mu Yoksa Fantezi mi?*”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 86, Sayı 2, Yıl 2012, s.71-81.
- Ayanoğlu, Taner- Oder, Burak, “*İdarenin Özel Faaliyetlerinin Anayasal Temelleri Üzerine Kuramsal Bir Sorgulama*”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt 15, Sayı 174, Yıl 2017, s.2802-2838.
- Ayaydın, Cem, **82 Anayasası’na Göre Devletin Faaliyet Alanı**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1998.
- 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**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları
No:4, 1. Bası, İstanbul, 2003, s.125-158.
- Ayaydın, Cem, **İdare Hukuku’na Giriş (I) Ders Notları**, Birinci Baskı, Yenilik Basım
Evi, İstanbul, 2008.
- Ayaydın, Cem, **İdare Hukuku’na Giriş (II) Ders Notları**, Birinci Baskı, Yenilik Basım
Evi, İstanbul, 2008.
- Aydoğdu, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem
Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi**,
Cilt 8, Özel Sayı, Yıl 2013, s.571-621.
- Ayiter, Kudret, “İktisadî Devlet Teşekkülleri Hakkında 440 Sayılı Kanun ve Anonim
Şirketler Bakımından Getirdiği Yeni Problemler”, **Banka ve Ticaret Hukuku
Dergisi**, Cilt 3, Sayı 1, Yıl 1965, s.1-21.
- Ayrancı, Hasan, **Enerji Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Aysan, Mustafa - Özmen, Selâhattin, **Türkiye’de ve Dünyada Kamu İktisadî
Teşebbüsleri**, Kardeşler Basımevi, İstanbul, 1981.
- Azrak, Ülkü, “Millileştirme ve Kamu Hizmeti”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Mecmuası**, Cilt 36, Sayı 1-4, Yıl 1970, s.44-78.
- Bakırcı, Kadriye, **Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel Sorunu**,
Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992.
- Balta, Tahsin Bekir, **İdare Hukukuna Giriş I**, Sevinç Matbaası, 1970.
- Balta, Tahsin Bekir, **İdare Hukuku I Genel Konular**, Ankara Üniversitesi Siyasal
Bilgiler Fakültesi Yayınları No:326, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara,
1970-1972.
- Baklacıoğlu, Sadık, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri -Genel Esaslar, Çeşitli Ülkelerde,
Türkiyede-**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976.

- Başpınar, Recep, “*Tam Yargı Davaları*”, içinde **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, İkinci Baskı, Ankara, 1986, s.481-511.
- Baytan, İlhan, **Özelleştirme Hukuku ve Uygulamaları**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Bengül, Nejat, “*İktisadî Devlet Teşekkülleri*”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 17, Sayı 3, Yıl 1962, s.15-25.
- Bilgen, Pertev, **Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1970.
- Bilgen, Pertev, **II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, (Tartışmalar Bölümü)**, Ankara, Danıştay Yayınları, Ankara, 1993.
- Bilgen, Pertev, **İdare Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.
- Boratav, Korkut, **Türkiye’de Sanayileşmenin Yeni Boyutları ve KİT’ler**, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 1993.
- Boratav, Korkut, **Türkiye’de Devletçilik**, 2. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, 2006.
- Boz, Selman Sacit, “*Belediye, Köy ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Kurulmasını Düzenleyen Hükümler Anayasanın 123/3 Maddesine Aykırı mıdır?*” (<https://www.idare.gen.tr/boz-ay-m-123-3.htm>, Erişim tarihi:10.09.2018)
- Bulut, Nihat, “*Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu Mu?*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 52, Sayı 2, Yıl 2003, s.173-197.
- Bülbül, Erdoğan, **Kamu İştirakleri, Bir Hukuki Niteleme Denemesi**, 1. Bası, Beta Yayın Dağıtım, İstanbul, 2004.
- Caner, Cantürk, **Pers İstilasına Kadar İlk Çağ Anadolu Uygarlıklarında Devlet ve Yönetim**, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yönetim Bilimleri Bilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Bursa, 2007.

- Cassese, Sabinoen, “19. Yüzyıldan 21. Yüzyıla İdare Hukukunun Dönüşümleri”, Çev. Eren Kalanyuva, **İdare Hukuku İlimleri Dergisi**, Cilt 15, Sayı 2, Yıl 2012, s.153-165.
- Çağlayan, Ramazan, “*Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları*”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı 7, Yıl 2016, s.373-398.
- Çakmak, N. Münci, “*İdare Hukukunun Anlamı ve Önemi*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 69, Sayı 1 -2, Yıl 2011, s.707-718.
- Çakmak, N. Münci, **İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı**, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Çal, Sedat, **Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü**, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) Yayını, Ankara, 2008.
- Çelikkol, Hüseyin, “*İdarenin Objektif Sorumluluğu*”, **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı 2, Yıl 1985, s.14-26.
- Çırakman, Birsen, “*Kamu Hizmeti*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 9, Sayı 4, Yıl 1976, s.75-94.
- Dalkılıç, Elvin Evrim, “*İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devrine Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşımı*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 2, Yıl 2013, s.105-123.
- Dedeoğlu, Emin, “*Kamu Mali Yönetiminde Neler Oluyor?*”, **Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Değerlendirme Notu**, Eylül 2016, s.1-6.
- Demichel, André - Lalumière, Pierre, **Kamu Hukuku**, Çev. İbrahim Kaboğlu, Doruk Yayınları, Ankara, 1984.
- Demirkol, Selami, “*İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu*”, **Sayıştay Dergisi**, Cilt 12, Sayı 40, Ocak-Mart 2001, s.1-17.
- Derbil, Süheyp, “*Kamu Hizmeti Nedir?*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7, Sayı 3, Yıl 1950, s.28-36.

Derbil, Süheyp, **İdare Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş Beşinci Bası, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1959.

Doğan, Yahya, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme**, Fakülteler Kitabevi, İzmir, 1993.

Dural, Mustafa - Öğüz, Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

Duran, Lûtfi, **İdare Hukuku Meseleleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1957.

Duran, Lûtfi, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, TODAİE Yayını, No: 138, Ankara, 1974.

Duran, Lûtfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

Duran, Lûtfi, “*Anayasa’nın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri Bakanların Durumu İle İlgili Yorumu*”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Ankara, 1984, s.201-212.

Duran, Lûtfi, “*Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülahazalar (III)*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 18, Sayı 4, Yıl 1985, s.63-82.

Duran, Lûtfi, “*Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye’nin Hukuk Düzeni (II)*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 19, Sayı 2, Yıl 1986, s.3-28.

Duran, Lûtfi, “*Peştemallık ve Ulûfe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 20, Sayı 1-3, Yıl 1987, s.3-14.

Duran, Lûtfi, “*Sözleşmeli Kamu Personeli*”, **Cumhuriyet**, 12.12.1988.

Dursun, Hasan, “*KİT’lerde Çalışan Sözleşmeli veya Kapsam Dışı Personel Uyuşmazlıkları İdari Yargıda Çözümленir Mi?*”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 6, Sayı 61, Yıl 2011, s.42-53.

Eğilmez, Mahfi, “*Varlık Fonu, Kendime Yazılar*”

(<https://www.mahfiegilmez.com/2016/08/varlk-fonu.html>, Yayın tarihi:

25.08.2016, Erişim Tarihi: 10.01.2018).

- Emek, Uğur, “*Türkiye Varlık Fonu Mali Saydamlık/Hesap Verebilirlik*” (<http://uemek.blogspot.com.tr/2016/09/turkiye-varlik-fonu-ve-mali-saydamlk.html>, Erişim Tarihi 20.01.2018).
- Er, Selami, “*Kamu İktisadi Teşebbüsü Sözleşmeli Personelinin Hukuki Statüsü*”, **Sayıştay Dergisi**, Sayı 89, Yıl 2013, s.35-59.
- Erdem, Ercüment, **KİT’lerin Tacir Sıfatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir, 1992.
- Eren, Fikret, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Ergün, Çağdaş Evrim, **Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti**, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010.
- Erkut, Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990.
- Erkut, Celal, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004.
- Eroğul, Cem, **Devlet Nedir?**, Yordam Kitap, İstanbul, 2014.
- Erol, Ömer Faruk, **İdarenin Sivil Havacılık Alanında Hava Taşımacılığına İlişkin Faaliyetleri**, On İki Levha Yayıncılık, Mart 2018.
- Erten, Ali, “*Sendikaların Mahiyeti*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 28, Sayı 1, Yıl 1971, s.323-340.
- Ertürk, Alperen, **Anayasal Açıdan Özelleştirme**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Ankara, 2010.
- Evren, Çınar Can, “Bir Danıştay Kararı Üzerine Kamu Hizmetinde Bedel Sorunu”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11, Sayı 1, Yıl 2007, s.679-692.
- Giritli, İsmet - Bilgen, Pertev, **İdare Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1979.

- Giritli, İsmet - Bilgen, Pertev- Akgüner, Tayfun - Berk, Kahraman, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş Altıncı Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2013.
- Göze, Ayferi, **Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet**, Beta Basım, 7. Basım, İstanbul, 2013.
- Gözler, Kemal, **İdare Hukuku Cilt I**, İkinci Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2009.
- Gözler, Kemal, **İdare Hukuku Cilt II**, İkinci Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2009.
- Gözler, Kemal, **Mahallî İdareler Hukuku**, Birinci Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2018.
- Gözler, Kemal, “*Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Neye Yarar?*” (<https://www.idare.gen.tr/kamu-tuzel-kisiligi.pdf>, Erişim Tarihi: 10.09.2018).
- Gözübüyük, Şeref, **Türkiye’nin Yönetim Yapısı**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- Gözübüyük, Şeref – Tan, Turgut, **İdare Hukuku Cilt II, İdari Yargılama Hukuku**, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Gözübüyük, Şeref - Tan Turgut, **İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar**, Güncelleştirilmiş 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Gülan, Aydın, **Kamu Hizmeti ve Görülüş Usûlleri**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1987.
- Gülan, Aydın, “*Kamu Hizmeti Kavramı*”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt 9, Sayı 1-3, Yıl 1988, s.147-160.
- Gülan, Aydın, “*Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 56, Sayı 1-4, Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu’na Armağan Sayısı, Yıl 1998, s.97-107.
- Gülan, Aydın, “*İdareler Arası Mal Devri – 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunun 30. Maddesi’Ne İlişkin Düşünceler*”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına**

- Armağan**, (Edit. Nami Barlas - Abuzer Kendigelen - Suat Satı), Beta Basın Yayın Dağıtım, İstanbul, 2000, s.353-364.
- Gülan, Aydın, “*Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği*”, içinde **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Birinci Basım, (Edit. Ali D. Ulusoy), Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s.140-154.
- Gülan, Aydın – Berkarda, Kemal, “*Türk İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler*”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl**, 10-11 Mayıs 2002, Ankara, s.113-137.
- Gümüş, Tarık, **Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü**, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Aralık 2010.
- Günday, Metin, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015.
- Günege, Uğur, **Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Denetim ve Türkiye’deki Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Mali Denetimi**, Fatih Yayınevi, İstanbul, 1984.
- Güner, Ağâh Oktay, **Türkiye’nin Kalkınması ve İktisadî Devlet Teşekkülleri**, Damla Yayınevi, İstanbul, 1978.
- Güran, Sait, “*Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu*”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 1, Yıl 1984, s.193 vd.
- Güran, Sait, “*Anayasa Mahkemesi’nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı*”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 6, Yıl 1989, s.39-66.
- Gürcan, Erol, “*Ulusal Varlık Fonu ve Türkiye Varlık Fonu*”, **Gedik Yatırım Araştırma**, s.1-14. (https://gedik-cdn.foreks.com/yatirim/reports/files/000/001/145/original/TurkiyeVarlikFonuDeğerlendirme_08.02.2017.pdf?1486557228, Erişim tarihi: 08.02.2018).

- Gürsoy Kemal, Tahir, “*İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları*”, **İdare Hukuku Alanında Sorumluluk-Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, 12-13 Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, 1980, s.71-134.
- Hatemi, Hüseyin, **Medeni Hukuk Tüzel Kişileri Cilt I**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:2280, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1979.
- Hatemi, Hüseyin - Kalkan Oğuztürk, Burcu, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Hirsch, Ernst, **İktisadi Devlet Teşekküllerinin Hukuki Mahiyeti**, Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferansları, 1939.
- Huber, Ernst Rudolf, “*Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet*”, Çev. Tuğrul Ansay, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 27, Sayı 3, Yıl 1970, s.27-51.
- Işıқтаç, Yasemin, **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, 2. (Tıpkı) Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- İnanç, Mehmet, **Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemleri**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- İsbir, K. Begüm, **Kamu Tüzel Kişiliği**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- James, Emil, “*Amme Teşebbüslerinin Bugünkü Faaliyet Sahası*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 7, Sayı 4, Yıl 1941, s.973-933.
- Kağıtçıoğlu, Mutlu, **Kamu Personel hukukunda Geçici Personelin Hukuksal Statüsünün Dönüşümü (2017 Değişikliği Öncesi ve Sonrası)**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Şubat, 2019.
- Kanlıgöz, Cihan, “*1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlamı ve Kapsamı*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 43, Sayı 1-4, Yıl 1993, s.169-197.

- Karadeniz, Özcan, “*Hukuk Öğretimi Bakımından Roma Hukuku*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 26, Sayı 1, Yıl 1969, s.323-347.
- Karadeniz Çelebican, Özcan, **Roma Hukuku**, Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış Ondördüncü Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Karagöl, Erdan Tanas – Koç, Yusuf Emre, “*Dünyada ve Türkiye’de Varlık Fonu*”, **Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı**, Analiz, Sayı 169, Ekim 2016, s.7-25.
- Karahanoğulları, “*Belediye Personelinin Hukuki Yapısına İlişkin Gözlemler*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 47, Sayı 1, Yıl 1998, s.279-318.
- Karahanoğulları, Onur, “*Kamu Hizmetleri Kavramı ve Kamu Hizmetleri Alanında Yeni Eğilimler*”, Şubat 2003, s.1-9.
(<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/kamuhizmeti-yeniegilimler.pdf>, Erişim tarihi: 25.03.2018)
- Karahanoğulları, Onur, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejimi)**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Karahanoğulları, Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Karahasan, Mustafa Reşit, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Birinci Cilt**, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilerek Yenilenmiş Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003.
- Karayalçın, Yaşar, **Anayasa ve Hukuk Bakımından Türk Ekonomi Düzeni**, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968.
- Karluk, Rıdvan, **Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme**, Esbank, İstanbul, 1994.

- Kars Kaynar, Ayşegül, “Neo-liberal Dönemde Hukuk ve Neo-formalizm Tartışmalarına Bir Giriş”, **İktisat Dergisi**, Sayı 536, Yıl 2017, s.34-49.
- Karslı, Mehmet Rauf, “Sözleşmeli Personel İstihdamı Üzerine Hukuki Bir İnceleme: KİT Sözleşmeli Personeli Örneği”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 73, Sayı 2, Yıl 2015, s.71-86.
- Kaya, Cemil, “Kamu Hizmeti Kavramı ve Kamu Hizmeti Yürüten Özel Hukuk Tüzel Kişileri Bağlamında Kamu Denetçiliği Kurumu’nun Görev Alanı”, **I. Uluslararası Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Sempozyumu**, Ankara, 2013, s.102-111. (<https://www.ombudsman.gov.tr/document/yayinlar/sempozyumlar/kdk-sempozyum-1.pdf>, Erişim tarihi: 27.03.2019)
- Kayıran, Meltem, “Türkiye Varlık Fonu’nun Kuruluş Amaçları Ve Yapısı Üzerine Bir Değerlendirme”, **Eğitim Bilim Toplum Dergisi**, Cilt 14, Sayı 56, Yıl 2016, s.55-90.
- Kazgan, Gülten, **Türkiye Ekonomisinde Krizler (1929-2009) “Ekonomi Politik” Açısından Bir İnceleme**, Genişletilmiş 3. Baskı İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Ocak 2012.
- Keleş, Ruşen - Yavuz, Fehmi, **Yerel Yönetimler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1989.
- Kepenek, Yakup, **(Gelişimi, Üretim Yapısı ve Sorunlarıyla) Türkiye Ekonomisi**, Savaş Yayınları, İkinci Baskı, Ankara 1984.
- Kepenek, Yakup, **100 Soruda Gelişimi, Sorunları ve Özelleştirilmeleriyle Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri (KİT)**, Birinci Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1990.
- Keskin, Bayram, **Sözleşmeli Personel**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Kılıçoğlu, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

Kıratlı, Metin, **Koruyucu İdari Hizmetler**, Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1973.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip – Hatemi, Hüseyin – Serozan, Rona - Arpacı, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt**, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

Korkut, Sevgi, “*Parlamenter Denetim Kapsamında Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Denetlenmesi: TBMM KİT Komisyonunun Denetim Prosedürü ve KİT’lerin Denetiminde Geleceğe Dönük Öngörüler*”, **Yasama Dergisi**, Sayı 6, Yıl 2007, s.5-48.

Köksal, Mehmetcan, “*Fransız Kamu İktisadi Teşebbüsleri (İktisadi İdare Hukukunda Bir Bilirkişilik ve Denet Sorunu)*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 35, Sayı 1-4, Yıl 1969, s.74-126.

Kutal, Metin, “*Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel Statüsü (Hukuki Sorunlar Yargı Kararları)*”, **Mülkiye Dergisi**, Cilt 24, Sayı 221, Yıl 2000, s.189-211.

Kutlu, Meltem, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75, İzmir, 1997.

Küçük, Eşref, “*XII. Yüzyıl Rönesansı ve “Yeniden Doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 56, Sayı 43, Yıl 2007, s.111-122.

Lee, R.W., **Roma Hukuku Tarihi Bir Bakış MÖ 753’ten MS 1948’e Kadar**, Çev. Serpil Altop, İstanbul, 2002.

Loughlin, Martin, **Kamu Hukuku Kavramı**, Çev. Defne Orhun, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2014.

Malbeği, Nida, “*Belediye İktisadi Teşebbüsleri Üzerine Bir İnceleme*”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt 18, Sayı 1, Yıl 2019, s.31-60.

- Nas, Çiğdem, “*Varlık Fonları ve Uluslararası Kriterler*”, **İktisadi Kalkınma Vakfı Değerlendirme Notu**, Sayı 195, Şubat 2017, s.1-7.
- Odyakmaz, Zehra, “*Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri*”, **Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan**, Gazi Üniveristesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 1-2, Ankara, Haziran-Aralık 1998, s.141-196.
- Oğuz, Cemal, “*Standart Sözleşmelerin BK.21 ile 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hakim Tarafından Kontrolü*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt 10, Sayı 1, Yıl 1998, s.25-37.
- Oğuzman, M. Kemal - Seliçi, Özer - Oktay Özdemir, Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Oğuzman, M. Kemal - M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Okay Tekinsoy, Özge, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, Birinci Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Onar, Sıddık Sami, “*İdare Hukuku Bakımından İktisadî Devlet Teşekkülleri*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 7, Sayı 4, Yıl 1941, s.731-789.
- Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları Cilt I**, İstanbul Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları Cilt II**, İstanbul Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Orak, Cem Çağatay, **Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması**, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2011.

- Ozansoy, Cüneyt, **Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1989.
- Ozansoy, Cüneyt, “*Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 46, Sayı 1, Yıl 1997, s.85-100.
- Ozansoy, Cüneyt, “*Neoliberalizmin Dünyasında İdare Hukukuna Dair Birkaç Gözlem...*”, Hukuk ve Ekonomi İlişkisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Kamu Düzeni Kavramı (Birinci Gün-Birinci Oturum), **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, 8-11 Ocak 2008, Ankara Barosu Yayınları, Cilt 4, Ankara, 2008, s.32-36.
- Öncel, Türkan, “*Kamu iktisadi Teşebbüslerinin Varlık Nedeninin Neo-Klasik Yaklaşımla Açıklaması*”, **Maliye Enstitüsü Konferansları**, Maliye Enstitüsü Yayın No: 65, Güryay Matbaası, İstanbul, 1980, s.97-106.
- Övgün, Barış, **Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsü Olgusu**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 2009.
- Özay, İl Han, “*Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Dramı*”, **İdare Hukuku İlimleri Dergisi**, Cilt 5, Sayı 1-3, Yıl 1984, s.93-106.
- Özay, İl Han, **Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korunma (Denemeler)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.
- Özay, İl Han, “*Futbolda Özelleştirme*”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt 11, Sayı 1-3, Yıl 1990, s.31-37.
- Özay, İl Han, “*Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” Ya Da “A Tes Amour”*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 56, Sayı 1-4, Yıl 1998, s.293-295.
- Özay, İl Han, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim 2004.

- Özay, İl Han, “*İhale Usulleri ya da ‘İskambilden Şato’ ile Bir Fok ve Penguen Öyküsü*”,
Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, 1. Baskı, Alkım Yayınevi, 2007,
s.871-896.
- Özçelik, Hasan, **Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Belediye Şirketleri: İstanbul
Büyükşehir Belediyesi Şirketleri Üzerine Bir İnceleme**, Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010.
- Özdemir, Necdet, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Yeni Desen
Matbaası, Ankara, 1963.
- Özel, Kadir Can, “*İdari Sözleşmelerin Ölçütleri Üzerine Bir Değerlendirme*”,
Ombudsman Akademik, Sayı 12, Yıl 2020, s.181-220.
- Özgüven, Volkan, “*Kamu Hizmetinde Bedel Sorununun Anayasa Mahkemesinin Bir
Kararı Işığında İncelenmesi*”, **Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan**, Cilt 1,
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2009, s.317-339.
- Özkul, İsmet, “*11 Soruda Tüm Yönleriyle Türkiye Varlık Fonu*”, **Dünya Gazetesi**, 2017
(<https://www.dunya.com/ekonomi/11-soruda-tum-yonleriyle-turkiye-varlik-fonu-haberi-349431>, Erişim tarihi 08.01.2017)
- Özmen, Selahattin, **Türkiyede ve Dünyasa İktisadî Devlet Teşekkülleri**, Sevinç
Matbaası, Ankara, 1967.
- Öztan, Bilge, **Tüzel Kişiler**, Dördüncü Bası, Turhan Kitabevi, 2001, Ankara.
- Öztoprak, Sezin, **İdari Sözleşmelerde Kamu Gücü Ayrıcalıkları**, 1. Baskı, Yetkin
Yayıncılık, 2019.
- Öztürk, K. Burak, “*İdarenin Denetlenmesinde Zorunlu Tahkim Yolu*”, **Zabunoğlu
Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2011, s.603-631.
- Özyörük, Mukbil, **İdare Hukuku Dersleri**, Teksir, Ankara, 1972-1973.
- Özsunay, Ergun, **Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler: Tüzel Kişilerin Genel Teorisi,
Dernekler, Vakıflar**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1978.

- Pierson, Christopher, **Modern Devlet**, Çev. Neşet Kutluğ - Burcu Erdoğan, İkinci Basım, Çiviyazıları Yayınevi Nemesis Kitaplığı, Ankara, 2015.
- Poggi, Gianfranco, **Modern Devletin Gelişimi Sosyolojik Bir Yaklaşım**, Çev. Şule Kut-Binnaz Toprak, 6. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mart 2012.
- Rehbinder, Manfred, “*Sosyal Devlet Yolunda Hukuk Yapısı Değişimleri*”, Çev. Hikmet Sami Türk, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 26, Sayı 1, Yıl 1969, s.77-106.
- Sağlam, Dünder, **Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1967.
- Sağlam, Fazıl, “*Hukuk, ‘Sözleşmeli’yi Reddediyor*”, içinde Sözleşmeli Personel Tartışması-2 (Şükran Ketenci), **Cumhuriyet Gazetesi**, 30.1.1988.
- Sancakdar, Oğuz, “*Özelleştirmenin Kamu Hukuku Özel Hukuk Ayırımına Etkileri ve Bu Bağlamda Güncel Özelleştirme Tartışmalarındaki Başlıca Görüşler*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 8, Sayı 1, Yıl 2006, s.241-270.
- Sarıca, Ragıp, “*Hizmet Kusuru ve Karakterleri*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 15, Sayı 4, Yıl 1949, s.858-895.
- Sarıca, Ragıp, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1971-1972.
- Sarısu, Ayhan, “*Türkiye Varlık Fonu Yönetimi A.Ş. Kurulmasına Dair Kanun’un Değerlendirilmesi-I*”, **Yaklaşım**, Yıl 24, Sayı 285, Eylül 2016, s.221-227.
- Sarısu, Ayhan, “*Türkiye Varlık Fonu Yönetimi A.Ş. Kurulmasına Dair Kanun’un Değerlendirilmesi-II*”, **Yaklaşım**, Yıl 24, Sayı 286, Ekim 2016, s.225-232.
- Savaş, Vural, “*Anayasalarda Ekonomik Hak ve Özgürlükler: T.C. Anayasaları Örneği*”, **Anayasa Yargısı**, Sayı 6, Yıl 1989, s.175-203.

- Saymen, Ferit H., **Türk Medeni Hukuku Cilt I Umumî Prensipler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 351, Hukuk Fakültesi No 79, Kenan Matbaası, İstanbul, 1979.
- Serim, Bülent, “*Anayasa Mahkemesinin Son Kararı ve KİT Personeli*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 22, Sayı 3, Yıl 1989, s.51-73.
- Serozan, Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Seven, Vural, “*Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketi’nin Hukuki Durumu ve Denetimi*”, s.1-6. (http://www.ozekesseven.com/tr/images/turkiye_varlik_fonu_yonetimi.pdf, Erişim Tarihi: 01.01.2018).
- Sever, D. Çiğdem, **Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2013.
- Sever, D. Çiğdem, “*Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Çözülme ve Anayasa’nın 128. Maddesinin I. Fıkrası*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 3, Yıl 2013, s.245-268.
- Sevgili Gençay, Fatma Didem, “*Belediye Şirketlerinin Hukuki Statüsü*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 134, Yıl 2018, s.153-176.
- Sezer, Özcan, “*Kamu Hizmetlerinde Müşteri (Vatandaş) Odaklılık: Türkiye’de Kamu Hizmeti Anlayışı Açısından Bir Değerlendirme*”, **Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 4, Sayı 8, Yıl 2008, s.147-171.
- Sezginer, Murat, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Yetki Yayınları, Ankara, 2000.
- Sezginer, Murat, “*İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Birleşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt 17, Sayı 1-2, Yıl 2013, s.1589-1621.

- Şahlanan, Fevzi, “*Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Personel Rejimi*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Özel Sayı, Yıl 2013, s.135-156.
- Şaylan, Gencay, **Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi**, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2003.
- Tan, Turgut, “*Ekonomik Hukuk ve Ekonomik Kamu Hukuku*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 5, Sayı 1, Yıl 1972, s.16-42.
- Tan, Turgut, “*Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 8, Sayı 2, Yıl 1975, s.33-49.
- Tan, Turgut, **Ekonomik Kamu Hukuku**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No.210, Sevinç Matbaası, Ankara,1984.
- Tan, Turgut, “*Özelleştirme*”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt 9, Sayı 1-3, Yıl 1988, s.271-298.
- Tan, Turgut, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı*”, **Anayasa Yargısı**, Cilt 8, Yıl 1991, s. 233-252.
- Tan, Turgut, “*KİT’lerin Özelleştirilmesi ve Sorunlar*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 25, Sayı 1, Yıl 1992, s.27- 64.
- Tan, Turgut, “*İdarenin Özel Hukuk Alanındaki İşlemleri*”, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, **Danıştay Yayınları**, Ankara, 1993, s.107-116.
- Tan, Turgut, “*İdarede Yeni Ussallık Arayışları ve Hukuk*”, **Kamu Yönetimi Disiplini Sempozyum Bildirileri (İkinci Cilt)**, Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını No: 262, Ankara 1995, s.307-325.
- Tan, Turgut, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Tan, Turgut, “*Dönüşüm Geçiren İdare Hukukunun Uygulama Alanı Daralıyor Mu?*”, **Erdal Onar’a Armağan Cilt I**, Ankara Üniversitesi Yayınları No:391, Ankara, 2013, s.121-142.

- Tan, Turgut, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Taner Köroğlu,  zlem, “*Kamu İktisadi Teşebbüslerinin 1980’den Sonra Geçirdiği Dönüşüm Süreci ve İstihdam Sistemine Etkileri*”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt 17, Sayı 1, Yıl 2012, s.453-475.
- Tecer, Meral, “*Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Denetimi*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 21, Sayı 2, Yıl 1988, s.11-20.
- Tekeli, İlhan – İlkin, Selim, **1929 Dünya Buhranı’nda Türkiye’nin İktisadi Politika Arayışları**, Bilge Kültür Sanat, İstanbul, 2009.
- Tekinsoy, M. Ayhan, **İdari Sözleşme Rejiminin Temel  zellikleri**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2002.
- Tekinsoy, M. Ayhan, “*İdari Sözleşmelerde  l  t Sorunu*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 55, Sayı 2, Yıl 2006, s.181-227.
- Temiz,  zg r, **Türk Hukukunda Sağlık Hakkı ve Bir Kamu Hizmeti Olarak Sağlık**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2013.
- Tercier, Pierre - Pichonnaz, Pascal - Develioğlu, Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2016.
- Tiryaki, Refik, “*Ekonomik  zg rl klerin Kamu Hizmetinin Görülüş Usulleriyle İlişki*”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 4, Sayı 1, Yıl 2004, s.67-105.
- Toker,  i dem, “*Türkiye Varlık Fonu’nun Denetimi*”,
([https://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/903392/Turkiye Varlik Fonu nun deneti mi.html](https://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/903392/Turkiye_Varlik_Fonu_nun_deneti_mi.html), Erişim tarihi: 20.01.2017).

- Tuncay, Aziz Can, “*İş Hukuku İdari Yargının Kıskaçında Mı?*”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan Cilt II**, (Edit. Prof. Dr. H. Fehim Üçışık), Beta Basım Yayın, İstanbul, 2001, s.1373-1384.
- Türk, Hikmet Sami, “*KİT’lerin Bölünmesi*”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Aralık, 1996, s.77-100.
- Türkoğlu Karacaova, Ezgi Nur, “*Türkiye Cumhuriyetinin Yeni Hukuki Teknolojisi: Usule Bağlı Olmayan Bir Özelleştirme Yöntemi Olarak Türkiye Varlık Fonu*”, **ViraVerita E-Dergi: Disiplinlerarası Karşılaşmalar**, Sayı 10, Aralık 2019, s.1-29.
- Türkoğlu Özdemir, Gökçe, “*Roma Hukukunda Rüşveti Engellemeye Yönelik Düzenlemeler*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Özel Sayı, Yıl 2007, s.1179-1213.
- T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, **Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018) Kamu İşletmeciliği Özel İhtisas Raporu**, Ankara, 2014 (<https://www.sbb.gov.tr/ozel-ihstias-komisyonu-raporlari/#1543312172966-b62de4d7-b832> , Erişim tarihi: 20.06.2021).
- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, **(2006-2019) Kamu İşletmeleri Raporu** (<https://www.hmb.gov.tr/kamu-sermayeli-kurulus-ve-isletmeler-raporlari>, Erişim tarihi: 20.06.2021).
- Uler, Yıldırım, “*Sözleşmeli Personel İdarî Sözleşmeler*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 22, Sayı 1, Yıl 1996, s.215-238.
- Ulu, Güher, **İdari İşlemin Yetki Unsuru, Birinci Baskı**, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Ulusoy, Ali, “*Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görüş Usulleri Kavramları*” içinde **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, (Edit. Ali Ulusoy), Birinci Basım, Liberte Yayınları, Ekim 2001, s.1-22.

- Ulusoy, Ali, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004.
- Ulusoy, Ali D., **Türk İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar ve İdari Teşkilat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Ulusoy, Ali D., **Yeni Türk İdare Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Uyanık, Halit, “*İdare Hukukunun Eksen Kayması: İdarenin Üstünlüğünün Gerekçelendirilmesi Sorunu*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 69, Sayı 1-2, Yıl, 2011, s.1149-1162.
- Yasin, Melikşah, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.
- Yaşar, Hasan Nuri, “*İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 66, Sayı 1, Yıl 2008, s.201-219.
- Yayla, Yıldızhan, “*Sosyal Devletten İktisadi Devlete (Veya Kamu Hizmetinin Sonu)*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt I, Sayı 1, Yıl 1986, s.33-37.
- Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, 1. Bası, Beta, İstanbul, 2010.
- Yenice, Kazım – Esin, Yüksel, **Açıklamalı – İçtihatlı – Notlu İdari Yargılama Usulü**, Arısan Yayınevi, Ankara, 1983.
- Yerebasmaz, Yasin, **Yargı Kararları Işığında Hizmet Kusuru Kişisel Kusur Ayrımı**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.
- Yeter, Enis, “*Belediyelerin İktisadi ve Ticari Teşebbüsleri*”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl 65, Sayı 400, Eylül 1993, s.79-91.
- Yıldırım, Turan, “*Kamu Hizmetleri ve Kâr Amacı*”, içinde **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Birinci Basım, (Edit. Ali D. Ulusoy), Liberte Kitabevi, Ankara, 2001, s.36-46.
- Yıldırım, Turan, **Türkiye’nin İdari Teşkilatı**, 5. Baskı, Alkım Yayınevi, 2005.

- Yıldırım, Turan, “*Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 23, Sayı 2, Yıl 2007, s.13-28.
- Yıldırım, Turan - Yasin, Melikşah, Kaman, Nur - Özdemir, Eyüp - Üstün, Gül - Çakır, Hüseyin Melih - Okay Tekinsoy, Özge, **İdare Hukuku**, (Edit. Turan Yıldırım), Güncelleştirilmiş 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Zabunoğlu, Yahya Kazım, **İdare Hukuku Cilt I**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- Zabunoğlu, Yahya K., **Devlet Kuramına Giriş**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Zevkliler, Aydın - Havutçu, Ayşe - Ertaş, Şeref - Gürpınar, Damla, **Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)**, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Zevkliler, Aydın - Ertaş, Şeref - Havutçu, Ayşe - Aydoğdu, Murat - Cumalıoğlu, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri**, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2003.

ÖZET

Kamu iktisadi teşebbüslerinin özel hukuk ve kamu hukukunun klasik ölçütleri ile örtüşmeyen özellikleri, bu kurumların tüzel kişiliklerinin ve tabi oldukları hukuki rejimin belirlenmesine ilişkin tartışmalara neden olmaktadır. Kamu iktisadi teşebbüslerinin hem organik hem işlevsel anlamda idare içindeki yerinin belirlenmesi, bu tartışmalara ışık tutacak; bu kurumların hukuki niteliklerini ve faaliyetlerini idare hukukunun kendi özgül alanında açıklayabilecektir. İdarenin özel hukuk kurallarına tabi faaliyetlerinin varlığı kamu tüzel kişiliği niteliğini değiştirmedeği gibi, onun asıl olarak idari rejime tabi olması sonucunu da değiştirmeyecektir. Bu bağlamda söz konusu tartışmalar, genel olarak idarenin özel hukuk alanındaki faaliyetlerinin, özel olarak kamu iktisadi teşebbüslerinin hukuki rejiminin tespitinde kamusal yetkinin esas ölçüt alınmasıyla değerlendirilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Kamu iktisadi teşebbüsleri, kamu hukuku-özel hukuk ayrımı, idarenin özel hukuk alanındaki faaliyetleri, kamusal yetki.

ABSTRACT

The characteristics of state economic enterprises that do not overlap with the classical criteria of private and public law cause debates on their legal personality and legal regime. Determining both organic and functional place of state economic enterprises in the administration will shed light on these discussions, and help explain their legal status and activities specifically from the perspective of administrative law. Private law acts change neither the public legal entity status of the administration nor the fact that it is essentially subject to the administrative legal regime. In this context, these discussions are evaluated by taking the public mandate as the main criterion in determining the general private law activities and particular economic enterprise-related activities of the administration.

Keywords: State economic enterprises, public and private law distinction, private law activities of the administration, public mandate.