Kamu Hizmeti konusu hakkında ders kitaplarının ilgili bölümleri:

* Tan s.345-402
* Gözler s.477-524
* Yıldırım et.al. s.411-471

Konu çalışıldıktan sonra anlam ve kapsamlarının bilinmesi gereken kavramlar:

* Kamu Yararı
* Kamu hizmetinin organik ve maddi unsurları
* Niteliği gereği kamu hizmeti – Evrensel kamu hizmeti – Virtüel kamu hizmeti
* Kamu hizmetine hakim ilkeler
  + Eşitlik
  + Süreklilik
  + Uyarlanma
* Kamu hizmetinin görülüş usulleri
  + Kamu tüzel kişileri tarafından görülme usulleri
    - Emanet usulü
  + Özel hukuk kişileri tarafından görülme usulleri
    - Müşterek emanet
    - İltizam
    - İmtiyaz
    - Ruhsat
  + Kamu hizmetinin görülüşünde yeni usuller
    - Yap-İşlet-Devret
    - Kamu özel ortaklığı

İlgili yargı kararları:

1. **Kamu hizmeti tanımı**

ANAYASA MAHKEMESİ

Esas Sayısı : 1994/43

Karar Sayısı : 1994/42-2

Karar Günü : 9.12.1994

Resmi Gazete Tarihi : 24 Ocak 1995

Resmi Gazete Sayısı : 22181

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyesi Mümtaz SOYSAL, Nami ÇAĞAN ve seksendokuz Milletvekili.

İPTAL DAVASININ KONUSU : 22.2.1994 günlü, 3974 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, 7.11.1985 Tarihli ve 3238 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve 1177 Sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Kamu İktisadî Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanuna Ek Maddeler Eklenmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun"un Anayasa'nın 2., 5., 8., 11., 48., 125., 167. ve 168. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve uygulanması giderilmesi olanaksız durumlar yaratacağından yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

(...)

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

(...)

EK MADDE 5.- Enerji ve Tabiî Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadî Devlet Teşekküllerinin bu Kanuna dayanarak veya diğer kanunların özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devir almalarını öngören hükümlerine göre üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmezler.

(...)

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI KARARI

11.4.1994 günü yapılan dava konusu Yasa'nın yürürlüğünün durdurulması istemini inceleme toplantısında ise, "22.2.1994 günlü, 3974 sayılı Yasa'nın uygulanmasından doğacak ve sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi bakımından;

A. Yasanın iptali isteminin reddi durumunda karar gününe kadar,

B. İptal isteminin kabulü durumunda ise, iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı güne kadar, yürürlüğün durdurulmasına ilişkin oyçokluğu ile verilen 1994/42-1 sayılı karar, 15.4.1994 günlü, 21906 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

V- ESASIN İNCELENMESİ

(...)

a- Ek 5. maddenin (Maddede Sözleşmelerin "Özel Hukuk Hükümlerine Bağlı" Tutulması Nedeniyle) Anayasa'nın 2., 11., 37. ve 125. Maddeleri Yönünden İncelenmesi

Anayasa'nın 2. maddesinde "hukuk devleti" olmak, Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılmış; 11. maddesinde, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve öbür kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu vurgulanmış; bu kuralların doğal gereği olarak da 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargıyolunun açık olduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın 125., 140. ve 155. maddelerinin birlikte incelenmesinden idarî eylem ve işlemlerin yargısal denetiminin idarî yargının görev alanına girdiği anlaşılmaktadır. Anayasa'nın "Kanunî Hakim Güvencesi" başlığını taşıyan 37. maddesinde ise "Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz" denilmektedir.

Tüm bu kurallara uygun yapılmayan yasal düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı düşeceği kuşkusuzdur. Bu durum, dava konusu ek 5. maddenin anılan kurallar yönünden incelenmesini gerektirmektedir.

Öğretide de kabul edildiği gibi bir sözleşmenin idarî sözleşme sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime, özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının varlığı gereklidir.

Kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır. Bununla birlikte kamu hizmeti çeşitli biçimlerde tanımlanmaya çalışılmıştır. En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinmeleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.

Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturmuştur. Çünkü, bunun yokluğu toplum yaşamını altüst eder. Bir kamu hizmeti, ülke çapında, tüm halkın gereksinmesine yanıt verebileceği gibi; belli bir yörede belli bir topluluğun gereksinmesini de karşılayabilir. Başka bir anlatımla, hizmetin ülkesel, yöresel veya toplumun bir kesimi için söz konusu olması onun kamu hizmeti olma niteliğini etkilemez. "Kamu hizmeti kavramı"nın gerek öğretide gerekse uygulamalarda Devletçe ve öteki kamu tüzel kişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamın da gittikçe genişlediği bir gerçektir. Çağdaş kamu hizmeti kavramına giren hizmetler yalnızca devlet etkinlikleri ile sınırlandırılamaz.

Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 26.3.1974 günlü, Esas 1973/32, Karar 1974/11 sayılı kararında, "...kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindendir" denilerek, elektrik hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu açıkça vurgulanmıştır.

Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımıyla bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasakoyucunun istenci rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindekideğerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur.

Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez. Nitekim, Anayasa'nın 47. maddesinde, "kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler.... devletleştirilebilir" denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir.

Ek 5. madde kapsamına giren 3291, 3974 ve 3096 sayılı Yasalara göre düzenlenecek sözleşmeler için sözleşmenin taraflarından biri olan yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler verildiği görülmektedir. Gerçekten, 3974 sayılı Yasa ile TEK'in ve birimlerinin yalnızca mal varlığının satılmasının düzenlemesine karşı 3096 sayılı Yasa, özel hukuk hükümlerine bağlı sermaye şirketi statüsüne sahip kimi yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretim, iletim ve dağıtımı ile görevlendirilmesini düzenlemektedir. Bu Yasa, "yap-işlet-devret" ya da "devral-işlet-devret" modelini içeren, belli süre ile tesislerin işletme hakkının devrini öngören yasadır. Bu tür yasalarda yönetimi üstün kılan hükümler bulunması kaçınılmazdır.

Dava konusu 3974 sayılı Yasa'da, yönetime üstünlük tanıyan kurallara yer verilmiştir. Gerçekten, ek 1. maddenin ikinci fıkrasında, "bu şekilde özelleştirilmesine karar verilen teşekkül, kuruluş, müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri tamamen özelleştirilinceye kadar 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre Enerji ve Tabiî Kaynaklar Bakanlığı ile ilgileri devam eder"; ek 2. maddenin ikinci fıkrasında, "sermayelerindeki kamu payı % 50'nin altına düşünceye kadar kuruluşları, faaliyetleri, organları, yönetimi, denetimi, sermaye miktarını tespite, bu işlemleri kolaylaştırıcı tedbirleri almaya, Enerji ve Tabiî Kaynaklar Bakanlığı yetkilidir"; ve aynı maddenin dördüncü fıkrasında da, "Elektrik enerjisi dağıtımı alanında faaliyet gösteren kamu ve özel sektör kuruluşlarının Elektrik Enerjisi Fonunda toplanmak üzere sektör altyapı giderlerine katkı paylarını, bunların enerji satış tarifelerinin % 10'unu geçmeyecek şekilde tespite, Enerji ve Tabiî Kaynaklar Bakanlığı yetkilidir." denilmektedir.

Bu nedenlerle ek 5. madde kapsamında bulunan ve "özel hukuk hükümlerine" bağlı olduğu belirtilen sözleşmelerin "idarî sözleşmeler" olduğu kuşkusuzdur. Dolayısıyla, bu tür sözleşmelerin yargısal denetimi Anayasa uyarınca idarî yargının görev alanına girmektedir. Ek 5. maddede ise, bu sözleşmeler idarî yargının görev alanından çıkarılmakta, böylece ek 5. madde Anayasa'ya aykırı düşmektedir. Çünkü, niteliği gereği idarî olan sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulması olanaksızdır.

Anayasa'nın "yargı yolu" başlığı altındaki 125. maddesinin birinci fıkrasındaki "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." biçimindeki kural, kuşkusuz, yönetimin "her türlü", başka bir anlatımla kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Bunlardan, kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idarî yargının, özel hukuk alanındakiler için de adlî yargının görevli olduğunda duraksanamaz. Yasama organı, Anayasal bir gerek olarak idare hukuku alanına giren bir idarî eylem ya da işleme karşı adlî yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir. Tersi durum Anayasa'nın "Kanunî hâkim güvencesi" başlığı altındaki 37. maddesinin birinci fıkrasında "hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz" biçimindeki buyurucu kurala aykırılık oluşturur. Bunun içindir ki, Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında, idarî uyuşmazlıkları çözümleme Danıştay'ın görevleri arasına alınmıştır.

Bu nedenlerle ek 5. madde, özelleştirme ile ilgili idarî nitelikteki sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine bağlı tutarak idarî yargı denetimi dışına çıkaran içeriğiyle Anayasa'nın 2., 11., 37. ve 125. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

VI- SONUÇ

22.2.1994 günlü, 3974 sayılı Yasa'nın:

A- 1. maddesiyle 28.5.1986 günlü, 3291 sayılı Yasa'ya eklenen;

a) Ek 1. maddenin üçüncü fıkrası ile Ek 4. ve Ek 5. maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

(...)

9.12.1994 gününde karar verildi.

1. **Eşitlik**

**T.C. DANIŞTAY 12. DAİRE E. 2009/5045 K. 2013/5796 T. 27.6.2013**

Dava; lisans mezunu olduğu halde 2008 yılında ortaöğretim mezunları için yapılan Kamu Personel Seçme Sınavı'na katılarak başarılı olan ve sağlık teknisyeni olarak göreve başlayan davacının, lisans mezunu olduğunun anlaşılması üzerine sözleşmesinin feshedilmesine dair Mersin Valiliği'nin işleminin iptali

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

**KARAR :**Dava; lisans mezunu olduğu halde 2008 yılında ortaöğretim mezunları için yapılan Kamu Personel Seçme Sınavı'na katılarak başarılı olan ve sağlık teknisyeni olarak göreve başlayan davacının, lisans mezunu olduğunun anlaşılması üzerine sözleşmesinin feshedilmesine dair Mersin Valiliği'nin 07.05.2008 günlü ve 14500 sayılı işleminin iptali ile işlemin dayanağı 2008 Ortaöğretim/Önlisans Kamu Personel Seçme Sınavı ( KPSS ) Kılavuzu'nun 2.1. maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 17. maddesi gereğince herkese tanınan yaşama, maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı birbirleriyle sıkı sıkıya bağlantılı, devredilmez ve vazgeçilmez haklardandır.

Anayasa'nın 56. maddesinde ise, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilmekte ve böylece devlete vatandaşın korunmuş çevre şartlarında beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmek için pozitif yükümlülük vermektedir. Bu yükümlülük devletin sağlık politikasının güven ve kararlılık içinde, sürekli olarak yürütülmesini gerektirmektedir. Esasında insanların hastalandıklarında ya da hastalanmadan koruyucu hekimlik kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanmaları, tedavi olmaları insan olmanın asgari yaşam standardıdır.

Kişinin yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklarındandır. Yaşama ve vücut bütünlüğü üzerindeki temel hak devletlere pozitif ve negatif yükümlülük yükleyen haklardandır. Öte yandan sağlıklı yaşama hakkına ilişkin Anayasa'nın 56. maddesi, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğunu belirtir. Devlet herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak için sağlık kuruluşlarını planlayıp verimli şekilde hizmet vermelerini düzenler.

Sağlık kuruluşlarında görev yapan uzman hekim, hekim, memur, hemşire, ebe ve sağlık memurlarının görevleri ile ilgili eğitim almış olmaları, sağlık hizmetinin etkin, verimli yürütülebilmesi için zorunludur.

Anayasa'nın 10. maddesinde de, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." denilmektedir.

İdare hukuku alanında eşitlik ilkesinin uygulanması kamu hizmeti kavramı ile birlikte aktarılmaktadır. Buna göre eşitlik kamu hizmetinin genel ilkelerinden biridir. Bu çerçevede idare, kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak zorundadır. Ayrıca kamu hizmetinin tarafsızlığı ilkesi, "ayrımcılık yapmama" yükümlülüğünü de içinde barındırmaktadır.

TC. Anayasasının; kamu hizmetlerine girme hakkının düzenlendiği 70 inci maddesinde de; "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiç bir ayırım gözetilemez. " hükmü yer almaktadır.

Anayasanın yukarıda yer verilen hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, aynı meslek diplomasına sahip olan herkes, kamu hizmetine girmede eşittir. Ortaöğretim düzeyinde aynı mesleki eğitimi alan kişilerden bazılarının daha sonra lisans düzeyinde eğitim almış olmalarının, mesleki eğitimi yerine getirmelerine engel kabul edilmesi eşitlik ilkesine aykırı olacaktır.

(...)

Anayasanın yukarıda anılan hükümleri gereğince, kişinin yaşama ve vücut bütünlüğü üzerindeki temel hakkının korunması bakımından yükümlülüğü bulunan devletin yürütme organının, bu temel hakkın korunmasında görev alacak personelin belirlenmesinde eşitlik ilkesine göre düzenleme yapması gerekirken, Tercih Kılavuzunun bu ilkeye aykırı düzenlemesinde hukuka uygunluk görülmemiştir.

Hukuka aykırı düzenlemeye dayalı olarak sağlık meslek lisesi mezunu olan davacının, sağlık memuru olarak yürüttüğü görevini sonlandıran hizmet sözleşmesi feshi işleminde de hukuka uygunluk görülmemiştir.

1. **Süreklilik**

**T.C. DANIŞTAY 8. DAİRE E. 2007/8336 K. 2009/2995 T. 6.5.2009**

* **Taşımacılık yapmak amacıyla satın alınan ticari araca güzergah izni verilmesi talebiyle yapılan başvurunun reddi**
* **“5216 sayılı Büyükşehir Belediye Yasası ile düzenlenen ve bu Yasa uyarınca faaliyet gösteren Ulaşım Koordinasyon Merkezinin, çalışma usul ve esaslarını belirleyen yönetmeliğinin iptali”**

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

**KARAR :**Uyuşmazlık, davacının taşımacılık yapmak amacıyla satın aldığını ileri sürdüğü plakalı ticari araca güzergah izni verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 24.10.2005 günlü Mersin Büyükşehir Belediyesi APK Daire Başkanlığı yazısıyla bildirilen Mersin Ulaşım Koordinasyon Merkezinin 21.9.2005 gün ve 8-7 sayılı kararının iptali isteminden doğmuştur.

(...)

Temyize konu İdare Mahkemesi kararı ile; davacının toplu taşımacılık faaliyeti için izin verilmesi talebinin reddine ilişkin Mersin Büyükşehir Belediyesi Ulaşım Koordinasyon Merkezi kararı, işlem tarihi itibariyle yürürlükte olan 5216 sayılı Yasa uyarınca, ulaşım koordinasyon merkezlerinin nasıl oluşacağı, çalışma usul ve esaslarının ne şekilde gerçekleşeceği hususunda bir düzenleme bulunmadığı ve 3030 sayılı Yasa uyarınca çıkarılan yönetmelik hükümlerinin somut olaya uygulanamayacağı gerekçesiyle hukuki bir temelde oluşturulmayan Ulaşım Koordinasyon Merkezi kararının iptaline karar verilmiştir.

Toplu ulaşım hizmetinin, kamu yararına, bir gereksinimi karşılayan kamu hizmeti niteliğinde bir faaliyet olduğu açık olup bu nedenle sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülmesi esastır. Bu süreklilik kamu hizmetinin mutlak bir şekilde her an yürütülmesi anlamına gelmemektedir. Kamu hizmetinin yürütülmesi ile giderilecek olan gereksinimin kendini hissettirdiği anda kesintisiz olması esastır.

Ulaşım Koordinasyon Merkezi ilk olarak 5216 sayılı Yasa ile öngörülmüş değildir. 5216 sayılı Yasadan önce uygulaması bulunan bir koordinasyon merkezi olup büyükşehir belediyelerinin toplu taşıma hizmetinin ve trafiğin düzenlenmesinde karar merciidir. Ulaşım koordinasyon merkezlerinin bu özelliği ve ulaşım hizmetinin süreklilik arzeden bir gereksinimi karşılayan niteliği dikkate alındığında 5216 sayılı Yasada görevleri belirlenmiş olan bu karar merciinin, salt çalışma esas ve usullerini belirleyen idari bir düzenleme bulunmaması nedeniyle görev yapamayacak olması kamu hizmetlerinin sürekliliği ( kesintisizliği )ve idari fonksiyonunun sürekli bir devlet fonksiyonu olması ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Diğer taraftan dayanağı olan 3030 sayılı Yasa yürürlükten kalksa da, işlem tarihi itibariyle yürürlükte olan Büyükşehir Belediyeleri Koordinasyon Merkezleri ve Fon Yönetmeliğinin 5216 sayılı Yasaya aykırı olmayan hükümleri somut olaya uygulanabilecek iken ve yasal nitelikte bir düzenleme varken ( 5216 sayılı Yasa )idari nitelikte düzenleme yokluğundan idari fonksiyonunun yerine getirilmemesi, yukarıda anılan temel idare hukuku prensipleri karşısında hukuken kabul edilebilirlikten uzaktır.

Bu durumda, idari nitelikteki düzenleme yokluğundan dolayı Mersin Büyükşehir Belediyesi Ulaşım Koordinasyon Merkezi kararını iptal eden temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

**SONUÇ :**Açıklanan nedenlerle, Mersin 1. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine, 06.05.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

1. **Uyarlanma**

**T.C. ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ 1. DAİRE E. 1996/114 K. 1996/720 T. 17.9.1996**

**Hizmet ihtiyacının ortadan kalkması sebebiyle davacı uzman erbaşın istihdam edildiği kadronun lağv edilmesi nedeniyle sözleşmenin yenilenmemesi.**

(...)

Kendisine tevdi edilen kamu hizmetini en iyi şekilde sunma ve yerine getirme mecburiyetinde olan davalı idarenin; bu hizmeti yerine getirirken ihtiyaç duyacağı kamu personeli kadrolarını belirleme, tespit etme, günün koşullarına ve hizmet gereklerine göre yeniden düzenleme ve gerek görülmeyen ya da ihtiyaç duyulmayan kadroları kaldırma ya da yeni kadrolar ihdas etme yetkisinin bulunduğu kuşkusuzdur. Bu, aynı zamanda idarenin genel düzenleme ve takdir yetkisinin tabii bir gereğidir. Ne var ki, bu yetkinin de objektif ve kamu yararına kullanılmadığının ileri sürüldüğü her durumda yargı denetimine tabi olacağında şüphe yoktur.

Dava konusunda da, kendi bünyesindeki bir kısım uzman erbaş sınıfı kadrolarını söndüren Dz.K.K.lığının bu yöndeki işleminde, belirtilen nedenlerle hukuka aykırı herhangi bir yön görülmemiş; hizmet ihtiyacı ve gerekleri dışında başkaca bir nedene dayalı olmayan, esasen bu yönde herhangi bir iddia de da bulunulmayan işlemin, kamu yararını sağlamaya yönelik bir idari işlem mesabesinde olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan, Uzman Erbaş Yönetmeliğinin 12 nci maddesi hükmüne göre, sözleşmenin uzatılması için gerekli koşullar arasında yer alan "fiili kadroda münhal bulunmak" koşulu, bu idari işlemin tesisi ile birlikte esasen yerine gelemeyeceğinden; davacı yönünden sözleşmesinin bitim tarihinde artık yenilenmesi imkanı fiilen ortadan kalkmış bulunmaktadır. Esasen, Yönetmelikte böyle bir hüküm olmasaydı dahi, tarafların akit yapma özgürlüğü dikkate alındığında, yürüteceği hizmetin gerektirdiği sayı ve nitelikte elemanı istihdam etmede tam bir takdir yetkisi bulunan idarenin, ihtiyacı olmayan elemanla yeniden sözleşme yapmasının zorunlu kılınması sözkonusu olamazdı. Bu itibarla, kadrosu bulunmayan ve bu nedenle kendisinden istifade etme imkânı olmayan davacının sözleşmesinin yenilenmemesinde hukuka aykırı bir durum bulunmamaktadır.

(...)

Açıklanan nedenlerle; davacı hakkında tesis edilen uzman erbaş sözleşmesinin yenilenmemesi işleminde hukuka aykırı herhangi bir yön görülmediğinden, yasal dayanaktan yoksun davanın reddine...

1. **Meccanilik**

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 1987/16

Karar Sayısı : 1988/8

Karar Günü : 19.4.1988

R.G. Tarih-Sayı :23.08.1988-19908

İPTAL DAVASINI AÇAN : Anamuhalefet Partisi (Sosyaldemokrat Halkçı Parti) adına Grup Başkanı Erdal İNÖNÜ.

İPTAL DAVASININ KONUSU : Resmî Gazete'nin 15 Mayıs 1987 günlü, 19641. sayısında yayımlanan 7.5.1987 günlü. 3359 sayılı "Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu"nun 2. maddesindeki kimi sözcüklerle 3. maddesinin a, c, g, h bendlerinin, 4. ve 5. maddelerinin, 7. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının, 9. maddesinin b ve c bentlerindeki kimi sözcüklerin ve geçici 3. maddesi ile 10. maddesinin Anayasa'nın 2., 7., 9.. 10., 38., 56., 73. ve 128. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali istemidir.

II- YASA METİNLERİ :

MADDE 3..............................

"c) Bütün sağlık kurum ve kuruluşları ile sağlık personelinin ülke sathında dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılması esastır. Sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesi bu esas içerisinde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca düzenlenir. Bu düzenleme ilgili Bakanlığın görüşü alınarak yapılır. Gerek görüldüğünde özel sağlık kuruluşlarının her türlü ücret tarifeleri Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca onaylanır. **Kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları veya sağlık işletmelerinde verilen her türlü hizmetin fiyatları Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca tespit ve ilân edilir."**

Sağlık kuruluşlarının kurulup işletilmesinin ülke düzeyinde dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılması esası içerisinde ilgili bakanlığın görüşü alınarak Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nca düzenlenmesi, kamu kurum ve kuruluşları sağlık kuruluşlarında verilen her türlü hizmetin fiyatının tesbiti ile gerek görüldüğünde özel sağlık kuruluşlarının ücret tarifelerinin bu bakanlıkça onaylanmasının sosyal hukuk devletine aykırı düştüğü savının "fiyat" kavramının tanımıyla kanıtlanması yeterli bulunmamıştır. Bir iktisadî kuruluş için satış bedelini anlatan "fiyat"ın kâr kapsadığı temelde doğru ise de, hizmetin kamu kurumunca verilmesinin bedeli olup giderleri asgarî" düzeyde karşılayan "ücret"in "fiyat" sözcüğüyle adlandırılması, genel anlamda iktisadî 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. Yasanın 3. maddesinin öngördüğü temel esasların gerçekleştirilmesi hizmetlerin karşılığında bir ücret alınmasını doğal kılmakta, bunun sosyal hukuk devleti niteliğine ters düşen bir yanı görülmemektedir. "Sosyal devlet" tamlamasının, Anayasa'nın Başlangıç kısmının sekizinci paragrafında açıklanan, doğuştan sahip olunan onurlu bir hayat sürdürme, maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisinin kullanılmasına devletin sosyal adalet gereklerince olanak sağlama yükümlülüğünü anlattığı anımsanırsa, sosyal devletin hukuk devletinin ileri bir aşaması olduğu anlaşılır. Anayasa, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler konusunda devleti öncelikle görevlendirmiştir. Ancak, devlet bu görevlerini yine Anayasa'nın 65. maddesinin çizdiği sınır içinde, "...malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.". Klasik idare hukukunun bedelsiz-meccanî olmasını ilk koşul saydığı kamu hizmeti kavramı, giderek değişiklik görmüş, günümüzde karşılık olarak yararlananlardan ödeme güçleri oranında bir ücret alınması uygulaması yaygınlaşmıştır. Böylece, yararlananlarla yararlanmayanlar arasındaki eşitsizlik de giderilmiştir. Bu ücreti ödeyemeyecek durumda olanlar için değişik uygulama yapılması gereği ayrıdır. İncelenen konuyla doğrudan ilgisi yoktur. Kaldıki yasa, bu durumda olanlar için geçici 3. madde ile olanaklar getirmiştir.

Özel sağlık kuruluşlarının her türlü ücret tariflerinin Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nca onaylanmasının, gerek görülen durumlarda olması, özel kesimin kayırılması, başıboşluğa bırakılması ya da engelleme, gereksiz müdahale değil, kamu kurum ve kuruluşlarının sağlık hizmetlerine göre çok yüksek ya da çok düşük ücret tespitiyle hizmetleri olumsuz yönde etkileyip verimin düşürülmesinde denge ve düzen sağlayan, hizmetin konusuna, amacına ve niteliğine uygun bir işlemdir. İncelenen bendin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savı yerinde değildir.

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları :

7- "GEÇİCİ MADDE 3.- Genel Sağlık Sigortası yürürlüğe girinceye kadar, hiç bir sosyal güvenlik kurumuna tabiî olmayanlar müracaatları ve talepleri halinde sağlık kütüğüne kaydolunur.

G- Yasanın Geçici 3. Maddesi :

Bu madde, Genel Sağlık Sigortası yürürlüğe girinceye kadar, hiçbir sosyal güvenlik kuruma bağlı olmayanların başvurmaları ve istemeleri durumunda yazılacakları "sağlık kütüğü"yle ilgilidir. Oluşturulması ve işletilmesiyle ilgili yöntem ve ilkelerin Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nca tespit edileceğini, sağlanacak malî destek ve yardımlarla ilgili yöntem ve ilkelerin ise Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nın teklifi üzerine Başbakanlıkça düzenleneceğini, yoksullukları nedeniyle prim ödeyemeyenlerin primlerinin bir bölümünün ya da tamamının sosyal yardım maksadıyla kurulmuş fon ve kuruluşlar tarafından ödeneceğini, prim miktarının Bakanlar Kurulu'nca saptanmasını öngörmektedir.

Maddede geçen "prim ödeme"nin bir tür vergi-resim-harç benzeri malî yükümlülük olup olmadığını, prim miktarının Bakanlar Kurulu'nca saptanmasının aykırılık sayılıp sayılmayacağını belirlemek için Anayasa'nın "Vergi ödevi" başlıklı 73. maddesine dayanmak gerekir.

Denetlenen yasa maddesinde sağlık kütüğüne yazılacaklardan Bakanlar Kurulu'nun tespit edeceği miktarda alınacağı bildirilen paranın adı "prim" olsa da, kamu yönetimlerinin alacakları paralar adlarına değil niteliklerine göre değerlendirilir. Belki amaçlarının gerçekleştirilmesine, belli yararların sağlanmasına bağlı prim, kesenek, ödenti adını taşıyan ödemeler yasalara dayandıklarından öz yönünden vergilere benzeseler de vergilerden ayrıdırlar. **Bunlar vergiler gibi genel ya da belirli kimi kamu hizmetlerinin giderlerini karşılamak için değil belirli kişilere, ödeyenlere, yarar sağlayan hizmetler için alınır. Sağlık kütüğü için prim, devletçe sağlanan hizmetinden somut biçimde yararlananların, giderlerin karşılanmasında, kamu gücüne dayanılarak alınan vergi, resim, harç, kesenek, ödenti gibi devletin geniş anlamda vergilendirme yetkisi kapsamındaki türler gibi düşünülebilirse de onlardan ayıran yanı zorunlulukla değil istekle ödenmesidir. Sağlık kütüğüne yazılmak, başvuruya, isteğe bağlıdır. Ödemeyenlerin rehabilite giderleri de kendilerinden ya da kayıt oldukları özel sigorta kurumlarından, ödemeyecek düzeyde yoksullukları yerel yönetimlerce belgelenenlerin primlerinin bir bölümü ya da tamamı sosyal yardım maksadıyla kurulmuş fon ve kuruluşlardan alınacaktır. Yazılanların isteğinden kaynaklanan bir zorunluluk vardır.** Bir malî yüküm, sorumlusunun isteğine bağlı ise, onun iradesi uyarınca zorunluluk taşıyorsa tümüyle yasadan gelen zorunluluk niteliğinde olmadığından "vergi benzeri malî yüküm" sayılması olanaksızdır. Bu nedenle vergi benzeri niteliğinde olmayan primin miktarının Bakanlar Kurulu'nca saptanmasında Anayasa'nın 73. maddesine aykırılık görülmemiştir.

İptal isteminin reddi gerekir.