- **Kamu Hizmeti Tanımı**

Esas Sayısı : 1996/63

Karar Sayısı : 1997/40

Karar Günü : 26.3.1997

Resmi Gazete Tarihi : 28 Haziran 2001

Resmi Gazete Sayısı : 24446

İPTAL DAVASINI AÇAN : Mümtaz SOYSAL ve 112 Milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 30.8.1996 günlü, 4180 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen "3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun"un 11. maddesinin, Anayasa'nın Başlangıç'ının dördüncü paragrafı ile 2., 5., 7., 10., 11., 153. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

(...)

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

30.8.1996 günlü, 4180 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen "3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun"un 11. maddesi şöyledir:

"Madde 11.- Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca aktedilen sözleşmeler gereği, yap-işlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketleri ya da yabancı şirketlere, kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin satın alacakları mal ve hizmet bedelleri ile kamu kuruluşlarınca, bu şirketlere taahhüt edilmiş üretim girdilerinin temin edilememesi halinde ilgili sözleşme çerçevesinde ortaya çıkabilecek ödeme yükümlülükleri için garanti vermeye, bu çerçevede mali yükümlülük altına giren fonlar lehine garanti vermeye, gerektiğinde, proje ile ilgili anlaşmalardaki koşullar çerçevesinde köprü krediler sağlanmasına veya sağlanacak bu krediler için geri ödeme garantisi vermeye ve yap-işlet-devret modeline dayanan tesisin ve/veya şirket hisselerinin söz konusu projelere ilişkin anlaşmalardaki koşullara uygun olarak satın alınması halinde de dış kredi borçlarını yüklenecek kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin lehine, finansör kuruluşlara garanti vermeye ve garanti koşullarını belirlemeye Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu bakan yetkilidir."

(...)

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi, işin esasına ilişkin rapor ve ekleri, iptali istenilen yasa kuralıyla dayanılan Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ve öbür yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

(...)

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, 11. maddenin "Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca aktedilen sözleşmeler" biçimindeki bölümünün, daha önce iptal edilen bir yasa hükmüne dayanılarak çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararını yeniden yasa hükmü haline getirdiği, Anayasa Mahkemesi'nin, 3996 sayılı Yasa'nın 5. maddesine ilişkin iptal kararında, bu Yasa uyarınca yapılacak sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olduğu ve Danıştay denetimine bağlı olduğunun kabul edildiği; oysa, maddede göndermede bulunulan Bakanlar Kurulu Kararında, bu Yasa'ya göre imzalanacak sözleşmelerin imtiyaz oluşturmayacağının, bu bağlamda Danıştay denetiminden de geçirilmeyeceğinin belirtildiği; bu nedenle, yapılan değişiklikle Anayasa'ya aykırı "Usul ve Esaslara İlişkin Karar"ın geçerli hale getirildiği; ayrıca bu kararda, Bakanlar Kurulu her zaman değişiklik yapabileceği için düzenlemenin aynı zamanda "süresiz ve sınırsız" bir yetki devri olduğu ileri sürülerek söz konusu bölümün, Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına ilişkin 153. maddesine, yasaların Anayasa'ya aykırı olamayacağına ilişkin 11. maddesine, yasama ile yürütmenin ilişkisini düzenleyen "Başlangıç"ının dördüncü paragrafına, yasama yetkisinin devredilemeyeceğine ilişkin 7. maddesine, hukuk devleti ilkesini benimseyen 2. maddesine, imtiyaz sözleşmelerinin denetimi için Danıştay'ı görevlendiren 155. maddesine aykırı olduğu belirtilmiştir. Maddenin diğer bölümünün de, yapılan düzenlemenin, ne için olduğu anlaşılmayacak biçimde, üretim girdilerinde devlet garantisi getirmesinin, aynı girdilerle üretim yapan öteki şirketler zararına ayrıcalık yaratarak eşitliği bozacağı; ayrıca, Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı bulunduğu Bakanlığa tanınan yetkinin sınırlı ve bağlayıcı olmaması nedeniyle aynı Yasa kapsamındaki projelerden bazılarına bu garantinin verilebileceği, bazılarına da verilmeyebileceği, bu yönden de eşitsizliğe yol açılabileceği; 3996 sayılı Yasa kapsamındaki hizmetlerin kamu hizmeti olması nedeniyle ancak imtiyaz sözleşmeleriyle devredilebileceği; imtiyaz sözleşmelerinin temel özelliklerinden olan yönetimi üstün kılan kurallardan, devlet adına sözleşmeyi imzalayacak idarenin vazgeçemeyeceği; Yasa'nın, buna izin veremeyeceği; devletin ve onun adına hareket edenlerin devlete ait yetkileri geri alınmayacak biçimde özel şirketlere devretme yetkisinin bulunmadığı belirtilerek, Anayasa'nın 2. maddesi ile "Türk Milletinin bağımsızlığını korumak", "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak amaç ve görevlerini devlete veren 5. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

(...)

Bu sözleşmenin, taraflarından biri İdare, konusu ise Yasa'nın 2. maddesinde sayılanlarla benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesidir. Sözleşmenin diğer tarafı olan şirketin yapacağı yatırım projeleri için 11. madde ile garanti verilmekte 10. maddede de Yasa'da öngörülen yatırım ve hizmetler için gerektiğinde idare tarafından kamulaştırmaya olanak sağlanmaktadır. Bunun yanısıra 12. maddede, şirketlere yapacakları bütün iş ve işlemler için vergi bağışıklığı getirilmektedir. Böylece, kamu yetki ve usullerinin kullanılması öngörülmüş olmaktadır. 7. maddede, sözleşmelerin 49 yıla varan uzun sürelerle yapılmasına olanak tanınmaktadır. Ayrıca, sözleşmenin imzalanması aşamasında ve gerçekleştirilecek yatırım sonucu üretilecek mal ve/veya hizmetlerin karşılığı olarak ödenecek

ücretlerin belirlenmesi sırasında 4. ve 8. maddelerle, idareye özel hukuk sözleşmelerini aşan üstün yetkiler verilmektedir. Yap-İşlet-Devret Modeli çerçevesinde yapılacak sözleşmelerin, Yasa ile belirlenen bu özellikleri birlikte değerlendirildiğinde, bunların idarî sözleşmeler olduğu açıkça görülmektedir. Çünkü kamu hukukunda, idarenin yaptığı sözleşmelerden, konusu kamu hizmeti olan ve idareye üstünlük ve ayrıcalık tanıyan sözleşmelerin "idarî" sayılacağı kabul edilmektedir. İdarî sözleşmeyi belirleyen ölçütler arasında en tartışılanı "kamu hizmeti"dir.

Görevsel bakımdan bir girişim ve etkinliğin kamu hizmeti sayılması veya sayılmaması, 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, toplumun yararına olarak genel ve ortak gereksinimlerini 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.

(...)

- **Köprü tünel baraj içme suyu ... vb. etkinlikler**
- **Kamu Hizmeti Tanımı, Niteliği Gereği Kamu Hizmeti**

Esas Sayısı : 1994/71

Karar Sayısı : 1995/23

Karar Günü : 28.6.1995

Resmi Gazete Tarihi : 20 Mart 1996

Resmi Gazete Sayısı : 22586

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Mümtaz Soysal, Nami Çağan ve seksensekiz milletvekili.

İPTAL DAVASININ KONUSU : 8.6.1994 günlü, 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun"un 5. maddesinin Anayasa'nın 2., 5., 8., 9., 11., 125., 129. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline; bu maddenin iptali Yasa'da öngörülen işlemlerin yapılmasını olanaksız kılacağından, Yasa'nın tümüyle iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

Kapsam

MADDE 2.- Bu Kanun, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar.

(...)

IV- ESASIN İNCELENMESİ

İşin esasına ilişkin rapor, dava dilekçesi ve ekleri, iptali istenen yasa kuralı ile dayanak yapılan Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ve öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- 3996 sayılı Yasa'nın 5. Maddesinin Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

(...)

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 yargı yolunun 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. Bu kurallara uygun yapılmayan yasal düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılık oluşturacağı kuşkusuzdur. Bu durum, dava konusu 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 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.

(...)

Yasa'nın 2. maddesinde belirtilen köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bunlar, toplumun ortak gereksinmelerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerdir.

Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların iradesi olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımla, bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasakoyucunun iradesi rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin zorunlu kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri 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 kamusal olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğini etkilemez. Nitekim, Anayasa'nın 47. maddesinde, "kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler.... devletleştirilebilir" denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir.

(...)

Anayasa yargısı alanında bir hizmetin "kamu hizmeti", bir sözleşmenin de "imtiyaz sözleşmesi" olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir. Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapamaz. Tersi durum, Anayasa'nın yargıya ve öndenetime ilişkin kurallarıyla bağdaşmaz. Öte yandan, hukuk devleti ilkesi, yürütmenin ve yasamanın tüm işlemlerinin yargısal denetime bağlı tutulmasını gerektirir ki, idarî yargı ve Anayasa yargısı bunun için öngörülmüştür. Kuşkusuz, düzenleme yetkisi yasama organınındır. Ancak, bu yetkinin kullanılması anayasal ilke ve kurallarla sınırlıdır. Anayasa'ya uygunluk denetiminde yetkinin anayasal sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığı belirlenirken, kimi saptamalar yapmak, kimi yargılara varmak gerekir. Anayasal denetime, Anayasa'da olmayan sınırlar getirilirse denetim, amacından uzaklaşır ve anlamsız kalır.

Bu nedenlerle, yönetim ile sermaye şirketleri arasında yapılacak sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte olması öngörülerek, Danıştay'ın öndenetimi dışına çıkaran içeriği nedeniyle 5. maddenin birinci tümcesi Anayasa'nın 155. maddesine aykırıdır. Tümcedeki "imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte" sözcüklerinin iptali gerekir.

- **Elektrik iletim ve Dağıtımı ile ilgili etkinlikler**
- **Niteliği Gereği Kamu Hizmeti**

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. NitekimAnayasa 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 getirmesindeki**

değerlendirmeleri 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.

- **Özel eğitim kurumları**
- **Niteliği gereği Kamu Hizmeti**

Esas Sayısı: 1990/4

Karar Sayısı: 1990/6

Karar Günü: 12.4.1990

Resmi Gazete Tarihi: 17 Haziran 1990

Resmi Gazete Sayısı: 20551

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay 8. Dairesi.

İTİRAZIN KONUSU: 8.6.1965 günlü, 625 sayılı Özel Öğretim Kurumlan Kanunu'na 11.7.1984 günlü, 3035 sayılı "8.6.1965 Tarihli ve 625 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Geçici Bir Maddesinin Kaldırılması, Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun"un 19. maddesi ile eklenen ek 4. Maddenin Anayasa'nın 42. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptali istemidir.

I- OLAY:

İtiraz konusu Ek 4. Madde özel öğretim kurumlarına öğrenci kapasitelerinin % 2'sinden aşağıya düşmemek üzere ücretsiz öğrenci okutma yükümlülüğünü getirmiştir. Maddenin ikinci fıkrasıyla da ücretsiz okutulacak öğrencilerin miktarı, seçimi ve kurumlara kabul koşullarının Milli Eğitim Bakanlığı'nca çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenme ve ayrıca Bakanlığa ücretsiz okutulacak öğrenci sayısını yüzde ona kadar artırabilme yetkisi verilmiştir.

(...)

“Kolej Ayşe Abla Özel Eğitim ve Öğretim Tesisleri Ticaret ve Sanayi Limitet Şirketi” vekili, 1.5.1989 günlü ve duruşma istemli, dava dilekçesinde, müvekkili şirkete ve diğer özel öğretim kurumlarına yüklenen ücretsiz öğrenci okutma yükümlülüğünün ve 28.2.1989 günlü onayla yürürlüğe konulan Yönetmeliğin tüm hükümleri ile 4.6.1988 günlü Yönetmeliğin 12. maddesinin Anayasa'ya aykırılığını ileri sürerek iptali için Danıştay'a dava açmıştır.

Danıştay Sekizinci Dairesi, davalı idarenin savunmasını aldıktan sonra, davacı tarafın Anayasa'ya aykırılık savının ciddi olduğu kanısına vararak 1.12.1989 gününde Anayasa Mahkemesine başvuru kararı almıştır.

(...)

III- YASA METİNLERİ:

A. İptali İstenen Yasa Kuralı:

28.7.1984 günlü, 18472 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 11.7.1984 günlü, 3035 sayılı Yasa'nın 19. maddesiyle 625 sayılı Yasa'ya eklenen ve iptali istenilen madde şudur:

“Ek Madde 4.- Özel Öğretim Kurumları, öğrenci kapasitelerinin, % 2'sinden aşağıya düşmemek üzere ücretsiz öğrenci okutmakla yükümlüdürler.

Bakanlık, ücretsiz okutulacak öğrencilerin miktarı, seçimi ve kurumlara kabul şartlarını yönetmelikle düzenler, ücretsiz öğrenci miktarını yüzde ona kadar artırabilir.”

(...)

V- ESASIN İNCELENMESİ:

İşin esasına ilişkin rapor, başvuru kararıyla ekleri, iptali istenilen yasa kuralı ile dayanılan Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ve öteki yasama belgeleri okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

(...)

Anayasa'da, bir hizmet ünitesinin kurulması halinde, ona varlık verecek olan yasada ne gibi kurallara ve ilkelere uyulacağı öngörülmemiş ise, bu husus kural olarak yasa koyucunun takdirine bırakılmış olur. Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararlarında belirtildiği gibi “yasakoyucu, Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla, her alanda her çeşit düzenlemeyi yapabilir.” Anayasa'nın 42. maddesinin yedinci fıkrasında, “Devlet, maddi imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar.” tümcesinde yer alan “başka yollarla” sözcüğü, yardım kapsamı içinde tamamlayıcı genel bir hükümdür. Bu duruma göre, kuruluş gücünü Anayasa'dan almakla beraber, “Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak” kanunla düzenleneceği öngörülen ilk ve orta dereceli özel okulların, Anayasa'nın belirlediği konular dışında kalan statüsünün oluşturulması, yasakoyucunun takdir alam içindedir.

Kamu hizmetleri, aslında bir bütündür. Bunun yerine getirilmesi de ilke olarak Devlete aittir. Ancak toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmakta,

bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, kamusal hizmet ünitelerinin nitelik ve özellikleriyle uyuşabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırılmaları mümkündür. Bu sebepledir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülsün kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur.

T.C.

DANIŞTAY

10. DAİRE

E. 2009/11303

K. 2009/8021

T. 15.9.2009

- **Özel eğitim kurumunda görev yapan öğretmenin kamu personeli olup olmadığı**

İstemin Özeti : ... vekili Av. ... tarafından, davacının Mersin İli, Mut İlçesinde bulunan ... Özel Eğitim ve Rehabilitasyon Merkezinde öğretmen olarak görev yaptığı dönemle ilgili olarak yapılan soruşturmaya dayanılarak idari, mali ve disiplin yönünden yapılacak işlemleri bildiren Mersin Valiliği İl Milli Eğitim Müdürlüğünün 3.3.2009 tarih ve 881 sayılı işlemin iptali ile bu işlem uyarınca maaşından tahsil edilen 857.28 TL'nin yasal faiziyle birlikte iadesi istemiyle Mersin Valiliğine karşı açılan dava sonucunda; Mersin 1. İdare Mahkemesinin, davacının halen Kırıkkale İlinde bulunan Özel ... Eğitim ve Rehabilitasyon Merkezinde İşitme Engelliler Sınıf Öğretmeni olarak görev yaptığı anlaşıldığından, 2577 sayılı Yasa'nın 33/3. maddesi uyarınca, uyuşmazlığın görüm ve çözümünde davacının görevli bulunduğu yer idare mahkemesi olan Kırıkkale İdare Mahkemesinin yetkili olduğuna ilişkin 29.4.2009 tarih ve E:2009/396, K:2009/490 sayılı yetki ret kararı ile Kırıkkale İdare Mahkemesinin; kamu görevlisi statüsünde bulunmayan davacı hakkında 2577 sayılı Yasanın 33. maddesinin uygulanamayacağı, bu nedenle aynı Yasanın 32. maddesi uyarınca dava konusu işlemi tesis eden idari merciin bulunduğu yer idare mahkemesi olan Mersin İdare Mahkemesinin yetkili olduğuna İlişkin 10.7.2009 tarih ve E:2009/519, K:2009/479 sayılı yetki ret kararları üzerine ortaya çıkan yetki uyuşmazlığı üzerine, 2577 sayılı Yasa'nın 43. maddesi uyarınca oluşturulan dava dosyası incelenerek, gereği görüşüldü:

KARAR : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 33/3. maddesinde "Kamu görevlilerinin görevle ilişkisinin kesilmesi sonucunu doğurmayan disiplin cezaları ile ilerleme, yükselme, sicil, intibak ve diğer özlük ve parasal haklarıyla ilgili davalarda yetkili mahkeme, ilgilinin görevli bulunduğu yer idare mahkemesidir." kuralına yer verilmiştir.

Anayasanın 42. maddesinde, bir kamu hizmeti olan eğitim ve öğretimin Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı, ilköğretimin kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunlu ve Devlet okullarında parasız olduğu, özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esasların, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak kanunla düzenleneceği, Devletin, maddi imkanlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile

burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapacağı, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alacağı kurala bağlanmıştır.

Anayasanın, "Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler" bölümünün, "Genel ilkeler" başlıklı 128. maddesinde ise; Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasanın, yukarıda aktarılan maddelerine göre, bir kamu hizmeti olduğu hususunda duraksama bulunmayan eğitim ve öğretim de dahil olmak üzere diğer kamu hizmetlerinin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, bu itibarla kamu hizmeti görevlisi tabirinin, organik yönden yapılacak bir ayrım sonucunda sadece kamuda çalışan memurlar ve diğer kamu görevlilerini ifade etmediği, Anayasa ve Yasada kamu hizmeti olduğu belirtilen bir hizmetin, özel hukuk hükümlerine tabi gerçek veya tüzel kişilerince veyahutta bunların çalışanlarınca görülmesi, bu kişilerce görülen hizmetin, kamu hizmeti olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği gibi, kamu hizmeti gören kişinin kamu hizmeti görevlisi kabul edilmesine de bir engel oluşturmamaktadır.

(...)

- **Kamu Hizmetinin Kurulması**

T.C.

DANIŞTAY

1. DAİRE

E. 1992/232

K. 1992/294

T. 24.9.1992

“TEK dışındaki kuruluşların elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesi hakkında Yasa" hükmüne göre yapılan sözleşmeler

(...)

(...)

Dairemizce yapılan çağrı üzerine gelen Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı 1. Hukuk Müşaviri M. D. ile Enerji Dairesi Başkanlığı mühendisi N. Ö.`nün açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

İstişari düşünce isteminin konusu, 19 Aralık 1984 günlü ve 18610 sayılı Resmi Gazete`de yayımlanarak yürürlüğe giren 4 Aralık 1984 günlü 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu

Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde yapılan üretim şirketi (üretim tesisi kurma ve işletme) sözleşmesiyle görev şirketi sözleşmesinin Danıştay`ın incelemesinden geçirilmesine gerek bulunup bulunmadığı, diğer bir deyişle anılan Kanun uygulamaları kapsamında yapılan üretim ve görevli şirket sözleşmelerinin hukuki mahiyetinin saptanması hususu oluşturmaktadır.

İstişari düşünce istemine konu olan olayda öncelikle, Türkiye`de elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı tesisleri kurmak ve işletmek şeklinde yürütülen hizmeti, hukuki niteliğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Gerek öğretide, gerekse uygulamalarda vurgulandığı üzere, kamu hizmetleri, Devletçe ve diğer kamu tüzel kişilerince genel idare hukuku esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının giderek dışına taşıp, kapsamı genişlemektedir.

Günümüzde kamu hizmeti kavramının belirlenmesinde, faaliyetin kamuya yararlı nitelik taşımasına koşut olarak, kamusal ayrıcalık ve yükümlülüklerin varlığı durumları da gözününde bulundurularak geniş bir kamu hizmeti kavramının benimsendiği gözlenmektedir.

Çağdaş anlamıyla kamu hizmeti, bir kamu kurumunun ya kendisi tarafından ya da bu kamu kurumunun yakın gözetimi altında özel girişimci eliyle kamuya sağlanan hizmettir. Ayrıca bir hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için, onun tekel altında yürütülmesi de gerekmez. **Kamu hizmeti kurmak ya da özel bir faaliyeti kamu hizmeti haline getirmek ise yasa koyucuya ait bir yetkidir. Bir kamu hizmeti doğrudan doğruya kanunla kurulabileceği gibi kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yürütme organınca da kurulabilir.**

(...)

Bütün bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, Türkiye`de elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı tesisleri kurmak ve işletmek, ticaretini yapmak bir kamu hizmetidir.

(...)