

KAMU HİZMETLERİNDE  
BİÇİMSEL ÖLÇÜTTE ÇÖZÜLME  
VE ANAYASA'NIN 128.  
MADDESİNİN I. FIKRASI\*

Dr. D. Çiğdem SEVER\*\*

---

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

\*\* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim görevlisi, dsever@atilim.edu.tr



## ÖZ

*İdare hukukunun temel kavramı sayılabilecek kamu hizmetlerinde önemli bir dönüşüm yaşanmaktadır. Bu dönüşümün birinci görünümü kamu hizmetlerinde daralma yaşanması, ikincisi ise kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle ve özel hukukla görülmeye başlanmasıdır. Bu bağlamda, hangi hizmetlerin kamu hizmeti olmaktan çıkarılamayacağı ya da özel hukukla gördürülemeyeceği günümüzde kamu hizmeti ve hatta genel olarak kamu hukuku bakımından en önemli tartışmalardan biridir. Bu tartışmanın kilit noktası ise Anayasanın 128. Maddesinin birinci fıkrası hükmü ve bu hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından yorumlanmasıdır. Genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin kapsamının ne olduğu kamu hizmetlerinin biçimsel ölçütünü de belirlemektedir. Bu nedenle çalışmada maddenin anlamı ve Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili kararlarındaki yaklaşımı değerlendirilmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** *İdare hukuku, kamu hizmeti, kamu görevlisi, Anayasanın 128. maddesi, Anayasa Mahkemesi*

## IMPAIRMENT ON FORMAL CRITERIA OF PUBLIC SERVICES AND FIRST PARAGRAPH OF ARTICLE 128 OF THE CONSTITUTION

### ABSTRACT

*There is a considerable transformation in public services which is a key concept of administrative law. The first aspect of this transformation is shrinkage of public services. Secondly, public services are carried out by private persons according to private law rather than by administrative and public law. Therefore, the main discussion is which services cannot be excluded from the field of public services and which services cannot be carried out by private persons. The key point of this discussion is the meaning of first article 128th paragraph of the Constitution and the interpretation of this provision by Constitutional Court. This provision has mentioned some essential and permanent functions in a field of services which is to be carried by public law and by officials, which is the formal criteria of public service law. Accordingly, in this article, the meaning of the provision and the interpretation of the provision by Constitutional Court has been studied.*

**Keywords:** *Administrative law, Public services, officials, the 128th article of the constitution, Constitutional Court*

## GİRİŞ

**E**konomik yapıdaki dönüşüme paralel olarak devletin işlevlerindeki dönüşüm, kamu hizmetleri alanında çeşitli biçimlerde karşılığını bulmuştur. Özelleştirme, bir yandan kamu hizmetlerinde bir daralma, yani belli hizmetlerin kamu hizmeti olmaktan çıkarılması şeklinde, diğer yandan da kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle ve özel hukukla gördürülmesi şeklinde karşımıza çıkmıştır. Bu anlamda kamu hizmetini tasvir etmekte kullanılan biçimsel ölçütte önemli bir dönüşüm yaşanmıştır. Artık kamu hizmetleri kamu görevlileri eliyle kamu hukuku rejimiyle tanımlanmaktan çıkmıştır.

Kamu hizmetlerine uygulanacak hukuki rejime ilişkin tartışmalar öncelikle anayasal normlara ilişkindir ve asıl sorun kamu hizmetlerinin herhangi hukuki rejim gördürüp gördüremeyeceği, yani yasa koyucunun bu konudaki takdir yetkisinin sınırınıdır. Devletin işlevlerine ve görevlerine ilişkin pek çok madde bu tartışma bakımından ölçü norm olabilecektir. Devletin sosyal hukuk devleti niteliğine ilişkin 2. madde, görevlerine ilişkin 5. madde, yürütmenin işlevlerini belirleyen 6. madde ile devlete belli yükümlülükler yükleyen temel hak ve özgürlüklere ilişkin normlar devletin işlevlerine ilişkin ölçü normlar olarak sayılabilir. Bu normlar önemli birer yol gösterici ve aynı zamanda sisteme uygun yorum ilkesi gereğince ilgili yasal düzenlemelerde yorum kaynağı olmaları şeklindeki işlevleri de önemlidir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin özel kişilere gördürme türlerinden birine ilişkin bir yasa maddesini değerlendirirken sadece 5. maddede yer alan devletin görevlerine ya da 6. maddeye dayanarak iptal kararı vermesi çoğu zaman mümkün değildir; bu bakımdan bu maddeler genel ve soyut içerikleri nedeniyle daha çok birer destek ölçü norm niteliğine sahip olabileceklerdir.<sup>[1]</sup> Kamu hizmetlerine uygulanacak hukuki rejime ilişkin esas olarak Anayasanın 128. maddesinin I. fıkrasında yer alan hüküm ve bu hükümle bağlantılı olarak 47. madde esas alınmaktadır. Anayasa yargısı bu tür destek ölçü normları ancak 128. madde ile birlikte ve/veya anayasada belirtilen belli hak ve özgürlüklerle birlikte iptal bakımından dayanak oluşturabilecektir. Bu bakımdan, özel kişilere gördürmenin tersten bir analizle sınırının çizilmesi, yani devletin görmesi gereken faaliyetlerin saptanması bakımından diğer maddelerle birlikte en önemli ölçüt, Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve kamu görevlisi tanımını da içerecek şekilde kaleme alınmış olan "genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetleri" kavramı ve bu kavramın Anayasa Mahkemesi tarafından yorumlanmasıdır.

[1] Hukuka uygunluk değerlendirmesinde normların uygulanma biçimi hakkında bir çalışma için bkz. Celal Erkut, Hukuka Uygunluk Bloku, Kavram Yayınları, İstanbul, 1996.

Anayasa'da 4446 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle 47. maddeye eklenen dördüncü fıkra da 128. Madde incelenirken değerlendirilmesi gereken bir maddedir. Zaten Anayasa Mahkemesi'nin bu değişiklikten sonra ilgili uyuşmazlıklarda 47. maddeyi de birlikte değerlendirdiği, hatta bu hükmü 128. madde yerine geçecek şekilde bile kullanabildiği görülmektedir. Bu iki madde değerlendirilirken özel kişilere gördürme ve bunun sınırı konusunun iki aşamalı olduğunu dikkate almak gerekir: Birincisi o hizmetin özel kişiye gördürülüp gördürülemeyeceği, ikinci aşamada ise gördürülebilecekse özel hukukla gördürülüp gördürülemeyeceği. Birinci aşama bakımından sorun, yukarıda anılan ilkeler ve bu ilkelerin de yansımaları şeklinde görülebilecek Anayasanın 128. maddesi iken ikinci aşama konusu Türkiye'de dönemsel olarak değişkenlik göstermiş ve 47. maddeye eklenen fıkrayla yasakoyucunun bu konudaki takdir yetkisi düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası, idare hukukunun gelişim çizgisi ve temel özelliklerine paralel olarak listeleme ve katı biçimde sıralı sayma yöntemi yerine genel kavramlar içermektedir. Zaten idare hukukuna temel oluşturan kavramlar mevzuatta sınırlı biçimde tanımlanmak veya sayılmak yerine genel ilkeler ve yargı kararları doğrultusunda zamanla gelişen ve dönüşebilen bir niteliğe sahip olmuştur. Bu bakımdan idare hukukunun esasını oluşturan bu kavramları anlayabilmek için Anayasal ilkeler ve bu ilkelerin yargı tarafından yorumlanması büyük önem taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 128. maddeyi ve bu maddeyle bağlantılı olarak 47. maddeyi nasıl yorumladığı değerlendirilince daha doğru analizler yapılmasına uygun olduğu düşünüldüğünden yöntem olarak kronolojik sıralama yöntemi tercih edilmiştir.

---

## GENEL İDARE ESASLARINA GÖRE YÜRÜTÜLMESİ GEREKEN KAMU HİZMETLERİNİN GEREKTİRDİĞİ ASLİ VE SÜREKLİ GÖREVLER

---

1961 Anayasası'nda 1982 Anayasası'nın 128. maddesine paralel hüküm "*Memurlarla İlgili Hükümler- A) Genel Kural*" başlıklı 117. maddesidir. Bu maddeye göre "*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'nın 128. maddenin I. fıkrası ise şu şekildedir: "*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*"<sup>[2]</sup> İki madde

[2] 1982 Anayasasının hazırlanması sürecindeki tasarılar ve daha sonra hazırlanan öneriler hakkında bkz. Abdullah Uz, Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Devri

arasındaki en önemli iki fark bu madde kapsamındaki görevliler 1961 Anayasasında sadece memurlar biçiminde düzenlenmişken 1982 Anayasasında diğer kamu görevlilerinin de dahil edilmesidir ve madde bu nedenle de eleştirilmiştir.<sup>[3]</sup> İkinci farklılık ise sınaî ve ticari kamu hizmetlerini görmekle yükümlü ve bu bakımdan ağırlıklı olarak özel hukuka tâbi olduğu kabul edilen kamu iktisadi teşebbüslerinin de bu kapsama alınmasıdır.<sup>[4]</sup> KİTlerin de madde kapsamına alınması özel yönetim usulüne tabi olan bu kuruluşların genel idare esaslarına tâbi olmaması gerektiği, bu anlamda genel idare esasları teriminin anlamına uygun bir düzenleme olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>[5]</sup>

Bu madde, anayasal düzeyde kamu hizmetleri ve kamu görevlisinin tanımlanması bakımından en temel hükümdür. Bununla birlikte bu maddede bir memur tanımı yapılmamakta, bir yandan belli hizmetlerin özel kişilerce görülemeyeceği, diğer yandan da devletçe görülen bu tür bir kamu hizmeti varsa da ancak kamu görevlileri eliyle görülebileceği düzenlenmiş olmaktadır.<sup>[6]</sup> Yasakoyucunun bu görevler dışındaki hizmetlerin de kamu görevlisi eliyle görülmesini düzenlemesi mümkündür ve bu nedenle bu madde doğrultusunda yapılan bir tanım yeterli değildir. Sonuçta maddeden, belli görevlerin mutlaka devlet tarafından ve kamu görevlileri eliyle görülmesi gerektiği anlaşılmakta; “genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler” ifadesi ise bu görevlerin neler olduğunun belirlenmesinde kullanılan ölçütü ifade etmektedir. Ancak özel idare esasından bahsedilmeyen anayasanın bu anlamda belirsiz bir ölçüt getirdiği gerekçesiyle eleştirenler olduğu gibi,<sup>[7]</sup> dolaylı bir memur tanımından hareketle bu tür bir ölçüt geliştirilmesi yönteminden vazgeçilmesi gerektiğini belirtenler de olmuştur.<sup>[8]</sup> Yine de genel idare esasları, tamamen belirsiz bir kavram da değildir. Genel idare esaslarından, “kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usulleri”nin anlaşılması gerekmektedir. Günday’a göre “kamu hukuk rejimi

Bakımından Anayasal Sınırlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 73-76.

- [3] Lütfi Duran, “Anayasa Mahkemesine göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni (II)”, AİD, C.19, S. 2, s. 18.
- [4] Her ne kadar KİTler pek çok açıdan özel hukuka tabi iseler de yürüttükleri hizmetin hala kamu hizmeti olarak örgütlenmiş olmasından dolayı belli açılardan kamu hukukuna tabi olabilmektedirler ve maddede yer alan bu ibarenin bu kapsamda anlaşılması gerekir.
- [5] Lütfi Duran, “Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri yönünden kamu görevlileri, Bakanların Durumu”, Anayasa Yargısı, 1984, s. 205; Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj yayınları, Ankara, 2011, s. 582; Ozansoy, Cüneyt, Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1989, s. 316-317.
- [6] Benzer görüşler için bkz. Uz, Kamu Hizmetlerinin..., s. 80-81; Şerife Yıldız Akgül, İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik, Adalet Yayınları, Ankara, 2011, s. 237.
- [7] Sait Güran, “Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı”, Anayasa Yargısı, C.6, Ankara, s. 40.
- [8] Turgut Tan, “KİTlerin Özelleştirilmesi ve Sorunlar”, AİD, C. 21, S. 3, s. 61.

ve kamusal yönetim usulleri ise, kamu gücü kullanılarak tek yanlı idari işlemler tesis etmek ve idari kararlar almaktır. (...) Bu açıdan bakıldığında, salt kamu hukuku rejimine ve kamusal yönetim usullerine tâbi klasik kamu hizmetleri değil, aynı zamanda esas itibariyle özel hukuk rejimine ve özel yönetim usullerine tabi tutulmuş bulunan; KİT'ler tarafından yürütülen daha ziyade iktisadi, ticari ve sınai kamu hizmetlerine de belli ölçüde genel idare esasları uygulanmaktadır.”<sup>[9]</sup> Bu bakımdan bir görevin aslı ve sürekli olup olmadığı “çalışanın kişiliğine ve durumuna değil, yaptığı göreve” bağlıdır.<sup>[10]</sup> Bu yolla anayasa aslında kamu hizmetlerinin hukukî rejimi bakımından hizmet, teşkilat ve personel arasında bir bağlantı kurmuş olmaktadır.<sup>[11]</sup> Madde bu şekilde kamu hizmetleri bakımından bir ayırım yaparak belli hizmetlerin içindeki belli görevlerin genel idare esasları, yani kamu hukukuna göre yapılması gerektiğini düzenlemektedir.<sup>[12]</sup> Madde yaptığı dolaylı ayırımla bu tür görevlerin dışında kalan görevler bakımından bir sınırlandırma getirmemekte, bu konuyu yasakoyucunun iradesine bırakmış olmaktadır. Bu ayırım bir bakıma idari ve ticari-sınai kamu hizmetleri ayırımıyla paralellik içerebilmekteyse de sadece hizmetin değil, hizmetin içerisinde yürütülen faaliyetin içeriğine göre de hukuki rejimin belirlenmesini içerdiğinden tam olarak aynı kapsamda değildir.<sup>[13]</sup> Zaten KİTlerde de kamu görevlilerinin görev yapabilmesi ve belli açılardan kamu hukuku uygulanabilmesi şeklinde görülen karma hukuki rejim de bunun göstergesidir.

Genel idare esaslarına göre yürütülecek kamu hizmetlerinin neler olduğunun teşkilat esas alınarak belirlenmesi amacıyla 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda değişiklik yapan 15.5.1975 günlü, 1897 sayılı Yasanın 5. maddesi gereğince 26.11.1975 günlü, 7/10986 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı<sup>[14]</sup> çıkarılmıştır. Bu karar kadrolara göre hangi kamu görevinin mutlaka kamu görevlisi olması gerektiğini belirtmemiş, devlete verilmiş aslı ve sürekli bir kamu hizmetini genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü kurumlar ve bu nitelikte olmayan kurumlar listelenmiştir. Bu bakımdan, kararın 2. maddesinde<sup>[15]</sup>

[9] Günay, İdare Hukuku, s. 582. Benzer yönde görüş için bkz. Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku ,C.I, s. 925.

[10] Güran, “Anayasa Mahkemesi'nin ....”, s. 43.

[11] Onur Karahanogulları, Kamu Hizmeti, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 127.

[12] Günay da burada betimlenenin kamu hizmeti rüü değil, kamu hizmetinin içindeki belli görevler şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Günay, İdare Hukuku, s. 582.

[13] Bununla birlikte bu madde kapsamında olmayan hizmetleri doğrudan ticari-sınai kamu hizmetleri kategorisi ve doğrudan özel hukuka tabi bir hizmet olarak belirtenler bulunduğunu da belirtmek gerekir. Bkz. Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 279 vd.

[14] RG 28.11.1975, S. 15426.

[15] Madde şu şekildedir: “Bu karara ekli I ve II sayılı listelerde gösterilen kurumlarda çalışanlardan kimlerin memur, kimlerin işçi statüsüne gireceği, kurumların niteliklerine göre hazırlanan listeler göz önünde bulundurularak 15/5/1975 tarih ve 1897 sayılı kanunun 5. Maddesinin ikinci fıkrası uyarınca teşkil olunacak komisyon tarafından tespit edilir.”



de açıkça belirtildiği üzere bu listeler bu kurumlarda çalışan herkesin kamu görevlisi statüsünde çalışmasının zorunlu olduğu ya da tersine diğer listedeki kurumlardaki personelin kamu görevlisi olamayacağı anlamına gelmemektedir.

Bu karardaki liste o dönemki idari teşkilata göre hazırlanmış olmakla birlikte birinci liste genel olarak bütün Bakanlıkları, mahkemeleri, o dönemki devlet bankalarını ve TMO, Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü, Emekli Sandığı, Diyanet İşleri Başkanlığı, Tekel Genel Müdürlüğü gibi çok kapsamlı bir listeyi içermektedir. Buna karşılık ikinci liste Demir Çelik İşletmeleri, Süt Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü, Petrol Ofisi, Et ve Balık Kurumu, otobüs, su, gaz gibi alanlarda çalışan işletmeler ile AOC vb. kuruluşlardan oluşmuştur. Günümüzde pek çoğu özelleştirilmiş bu kuruluşların ortak özelliği ağırlıklı olarak piyasa tarafından üretilmesi mümkün olan metalar üreten devlet kuruluşları olmasıdır. Bunun dışında KİTlerde yürütülen görevlerden hangilerinin genel idare esaslarına tâbi olduğu 399 sayılı KHK'nın 3. Maddesinin (b) bendinde düzenlenmiştir. Buna göre, "...karar alma, kararları uygulatma ve uygulamayı denetleme yetkisi verilmiş aslı ve sürekli görevler" genel idare esaslarına göre yürütülecektir.

Genel idare esaslarının ne anlama geldiği konusunda Anayasa Mahkemesi sistematik yoruma başvurarak şu değerlendirmeyi yapmıştır: "*Anayasa'nın Yürütme Bölümü'nde idarenin esasları, "İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzelkişiliği"* başlığını taşıyan 123. maddede belirtildikten sonra 125. maddede idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiş, idarenin kuruluşu 126. maddede "*Merkezî idare*", 127. maddede "*Mahalli idareler*" olarak kurala bağlanmıştır. Anayasa'nın 125. maddesinin dördüncü fıkrasında geçen "*yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesi ...*" hükmündeki "*esaslar*" sözcüğü ile 128. maddesindeki "*genel idare esasları*" kamu yönetimlerinin görevlerinin dayanaklarıdır".<sup>[16]</sup> Anayasa Mahkemesi bir kararında da hukuki rejimle yürütecek kişi arasındaki bağlantıya işaret ederek durumu "*genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevlerde kadro esastır. Bu hizmetlerin yapısal ve işlevsel özellikleri onu diğer hizmetlerden ayırır. Genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerine ilişkin aslı ve sürekli görevlerin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği ve bu görevlerin kadroya bağlanması dışında, merkezi idare ile statüer bir ilişki içinde olması ve kamu gücünün kullanılması biçiminde özellikleri görülmektedir*" şeklinde açıklamıştır.<sup>[17]</sup> Bu bakımdan, genel idare esaslarını belirleyen aslı ve sürekli görev kavramı kadro,

[16] AYM, E. 1987/16, K. 1988/8. 19.4.1988, AYMKBB.

[17] AYM, E. 1992/44, K. 1993/7. 9.2.1993, AYMKBB.

yani bir statü ilişkisiyle bağlantılandırılmıştır.<sup>[18]</sup> Bir başka kararında Anayasa Mahkemesi hangi hizmetlerin genel idare esaslarına göre yürütülen faaliyet olduğunu belirlemek için çeşitli kriterler geliştirilmiştir:

*“Statü ayrımının yapılmasında öncelikle genel idare esaslarına göre yürütülecek hizmetleri belirleyecek objektif ölçütlerin getirilmesi gerekmektedir. Merkezi idare ile statüer bir ilişki, devletin kamu gücünün, emretme yetkisinin kullanılması, genel idare esaslarına göre yürütülecek hizmetlerin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken hususlardan bazıları olarak görülmektedir. İktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşlarını kapsayan ve kimi kuruluşları iş kanunu kapsamına giren kamu iktisadi teşebbüslerinde söz konusu ayrımın yapılması kamu hizmetlerinin belirlenmesi anlamına gelmektedir. Kamu hizmetlerini belirlemenin geçerli ölçütünün onu kuranların başka bir anlatımla yasa koyucunun iradesi ile bütünleştiği izlenmektedir.*

*Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 28.11.1985 günlü, E. 1985/2, K. 1985/2 sayılı kararında ‘Hiç şüphesiz Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde yasama organı, herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis edebilir’; esasını kabul etmiş, 21.1.1971 günlü, E. 1969/33, K. 1971/7 sayılı kararında ise ‘Kamu hizmetleri kavramının gerek öğretide, gerekse uygulamada Devletçe ve öteki kamu tüzelkişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamın da gittikçe genişlediği bilinmektedir’ görüşüne yer verilmiştir.”<sup>[19]</sup>*

Ancak genel idare esaslarının tanımı tamamen statü ilişkisi, yani kadroya tabi olarak ve yasaların güvencesi altında görev yapan kişiler üzerinden yapılamayacaktır. Bu durum, esas olarak genel idare esaslarına göre görmenin bir nedeni ve kaynağı değil, sonucudur. Bu bakımdan, bu kararda belirtilen kriterlerden en önemlisi ve genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken hizmeti ayırt etmeye yarayacak unsur kamu gücünün kullanılmasıdır.<sup>[20]</sup>

## ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KONUYA İLİŞKİN KARARLARI VE YORUMU

Anayasa Mahkemesi'nin hangi hizmetlerin kamu görevlisi eliyle görülmesi gerektiğine ilişkin ilk önemli kararlarından biri yeminli serbest mimarlık ve

[18] Günday, İdare Hukuku, s. 583.

[19] AYM, 4.4.1991, E. 1990/12, K. 1991/7, AYMKB. B.

[20] Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 282.

mühendislik bürolarının yapı ruhsatı verme yetkisine ilişkin İmar Kanunu'nun 21. maddesindeki “*yeminli serbest mimarlık ve mühendislik büroları*” ibaresinin oybirliğiyle iptaline ilişkin karardır.<sup>[21]</sup> İmar Kanunu'ndaki bu düzenlemenin en önemli özelliği, bir kolluk faaliyeti niteliğinde olan ruhsat verme yetkisinin belediye ve valiliklerin yanısıra özel kişi niteliğinde olan serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına da verilmiş olmasıdır. Kararda mahkeme, büroların özel cezai yaptırımlara tâbi tutulmuş olmaları dışında hukuki rejim olarak özel hukuka tabi olduğu tespitiyle birlikte idareyle arasında bir denetim ilişkisi olmasına karşılık bu denetim ilişkisinin statüer bir ilişki olmadığına dikkat çekmiştir. Bu nedenlerle de, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetinin gerektirdiği aslî ve sürekli görev niteliğindeki bu kolluk faaliyetinin Anayasa'nın 128. maddesine göre ancak kamu görevlileri eliyle yürütülebileceği gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

Bu karardan kısa bir süre sonra yeminli mali müşavirlere mali tablo ve beyanname onaylama yetkisi veren 3239 sayılı yasadaki hükmün iptali istemiyle açılan davada mahkeme bu defa oyçokluğuyla iptal kararı vermiştir. İlgili yasa hükmünde yer alan mali tablo ve beyanname onaylama yetkisi, yapı ruhsatında olduğu gibi nihai işlemi kurma yetkisini içermemekle birlikte, mükelleflerin mali tablolarının mevzuata uygun, yani bildirilen matrahın gerçeğe uygun olduğunu belirten ve bu bakımdan vergi denetim elemanı raporuna benzer nitelikte bir işlemidir. Hazırlık işlemi niteliğindeki bu işlemde sonra vergi idaresince tahakkuk işlemi gerçekleştirilmektedir. Bu kararda sonuç iptal olmakla birlikte mahkemenin değerlendirmesi yukarıda değinilen karardan farklıdır. Mahkeme, kararında yeminli mali müşavirlerin bu faaliyetinin kamu hizmeti niteliği olduğunu tespit etmiş ve maddeyi adeta tersinden uygulayarak bu kamu hizmeti niteliğinde faaliyeti yürütenlerin de kamu görevlisi niteliğinde olduğuna karar vermiş ve ilgili hükmü 128. maddenin ikinci fıkrasında yer alan kanunla düzenleme gereğine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Mahkeme kararında bu kişilerin kamu görevlisi sayılacaklarını şu şekilde gerekçelendirmiştir:

*“Yeminli mali müşavirlerin “memur” olmadıklarında şüphe yoktur. Çünkü bu kimseler, idarenin daimi ve sabit kamu hizmetleri kadrosunda yer almış ve bürokratik hiyerarşi içinde bulunan, devletten maaş alan elemanlar değildir. Aksine, müşavirlik yaptığı, gerçek ve tüzelkişilerle özel hukuk hükümlerine göre sözleşme yapmış ve ücretle çalışan serbest meslek sahibidirler. Ancak kendilerine, niteliğini yukarıda açıkladığımız tasdik yetkisi verilmiş olması nedeniyle bir kamu yetkisi kullandıkları ve yaptıkları hizmetin de bir kamu hizmeti olduğu açıktır. Öte yandan devlet ve yeminli mali müşavir arasındaki ilişki bir kamu*

[21] AYM, 11.12.1986, E.1985/11, K.1986/29, AYMKB.

*hukuku ilişkisidir. Çünkü kendilerine görev verilmesi, özel hukuk sözleşmesi ile değil bir kanunla olmaktadır. Dolayısıyla Yeminli mali müşavirleri sahip oldukları tasdik yetkisi nedeniyle, bir "kamu görevlisi" saymak gerekir."*

Kararda dikkat çeken bir konu da mahkemenin bir ilişkinin kamu hukuku mu özel hukuk ilişkisi mi olduğunu değerlendirirken özel hukuk sözleşmesi ile mi yoksa kanunla mı görevlendirildiğine göre tespit etmesidir. Oysa bu şekilde formal bir yaklaşım ilişkinin biçimi hakkında fikir verebilecek olmakla birlikte tek başına yeterli olmayacaktır; ilişkinin hangi biçimde kurulduğunun yanında söz konusu ilişkinin içeriğinin değerlendirilmesi gerekir.

Bu kapsamda bir başka kararında<sup>[22]</sup> Anayasa Mahkemesi, geçici köy korucularının görevlerinin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken sürekli görevlerden olmadığına, geçici niteliği nedeniyle Anayasa'nın 128. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olmadığına oybirliğiyle karar vermiştir.<sup>[23]</sup> Bununla birlikte, mahkeme bu kararında pek çok kararda olduğu gibi isme göre değil, içeriğe göre değerlendirme yöntemini tercih etmeksizin isminde yer alan "geçici" sıfatı doğrultusunda hareket etmiştir. Oysa kararda, yasada belirtilen ve geçici köy korucusu görevlendirilmesine neden olabilecek durumların süreklilik taşıma ihtimali ile güvenlik gibi kamu gücünün en yoğun biçimde karşımıza çıktığı bir hizmetin kamu görevlisi olmayan kişilerce yürütülmesi sonucuna neden olunabilmesi dikkate alınmamıştır. Mahkemenin açılan bu davada 128. maddede yer alan hükmü görevin (güvenlik) niteliğinin sürekliliğini değil, yasakoyucu tarafından görevlinin nasıl nitelendirildiğini dikkate almıştır. Yani işleve değil, özneye ve öznenin yasakoyucu tarafından nitelendirilmesine odaklanan bir yöntem tercih edilmiştir. Mahkemenin bu yorumu benimsendiği takdirde örneğin mitinglerin yoğun yapılması hallerinde müdahale etmek işleviyle sözleşmeyle çalıştırılması mümkün olan bir "geçici" polislik kurumu oluşturulması dahi mümkün olabilecektir; ki bu tür bir yorum maddenin amacının dışına çıkacaktır.

Genel idare esaslarına göre görülmesi gereken görevlerin sınırı bakımından mahkemenin en önemli kararlarından biri de yapı denetim kuruluşlarına ilişkin karardır. Önce 595 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hakkındaki Anayasaya aykırılık iddiasını değerlendiren mahkeme, kararnameyi mülkiyet hakkına ilişkin düzenleme yapması nedeniyle 91. maddeye aykırı bulmuş ve diğer iddialar bakımından incelememiş<sup>[24]</sup>; bunun üzerine

[22] AYM, 10.12.1987, E. 1985/5, K. 1985/23, AYMKBB.

[23] Söz konusu karara konu olan başvuruda geçici köy korucularına ilişkin ilgili maddelerin ve uygulamasının Anayasada belirtilenlerin dışında bir olağanüstü rejim getirdiği ve bu nedenle Anayasanın 15, 119, 120, 121. maddelerine aykırılık iddialarının da kararda reddedildiğini belirtmek gerekir.

[24] AYM, 24.5.2001, E. 2000/35, K. 2001/90, AYMKBB.

29.6.2001 tarihinde 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. Benzer aykırılık iddialarıyla iptal istemini inceleyen Anayasa Mahkemesi, yapı denetim kuruluşlarına verilen yetkilerin Anayasa'ya aykırı olmadığına oyçokluğuyla karar vermiştir.<sup>[25]</sup> Mahkeme, yapı denetim kuruluşlarının yetkilerinin kamu gücü içerip içermediği, hatta daha somut olarak doğrudan hukuki sonuç doğuracak nitelikte idari işlem ve eylem kurmasına imkan verip vermediğini incelemiştir. Kanuna göre yapı denetimi kuruluşlarının hem inşaat ruhsatına başvuru aşamasında, hem de yapının tamamlanmasının ardından yapıyla ilgili teknik rapor hazırlamak gibi görevleri bulunmaktadır. Bu bakımdan, mahkemeye göre bu kuruluşlar belediyenin yetkilerini bertaraf etmeyen, hazırlık işlemi niteliğinde bir işlev yerine getirmektedir. Kanunu bu ekseninde değerlendiren mahkeme, ilgili maddelerin Anayasa'nın belediyelerin görev alanıyla ilgili 127. maddesi ve kamu görevlilerine ilişkin 128. maddesi bakımından anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Kararda mahkeme bu durumu şu şekilde açıklamıştır:

*“İmar kolluğu faaliyetleri içinde yer alan ve yapı ruhsatı verme, vermeme ya da yapıyı durdurma, yıkma işlemleri yerel yönetimlerin yetkisinde olup, dava konusu düzenlemeyle yapı denetim kuruluşlarına idari işlem yapma yetkisi verilmiş değildir. Başka bir anlatımla, yapı denetim kuruluşları, kamu gücü kullanmadan teknik inceleme yapmak ve bu konuda ilgili yerlere rapor, görüş ve bilgi vermekle görevlendirilmişlerdir... Buna göre, yapı denetim kuruluşlarının hizmetleri Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu aslî ve sürekli görevler arasında bulunmamaktadır.”*

Yapı denetim kuruluşlarının yetkilerini değerlendirirken Anayasa Mahkemesi, yorumunda genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler kavramını idari işlem kurma yetkisi olarak yorumlamıştır. Oysa, genel idare esasları ile kastedilen sadece idari işlem kurmak, yani doğrudan hukuki sonuç doğurabilecek kamu gücü içeren bir irade açıklaması değildir.<sup>[26]</sup> Doktrinde de sıklıkla ifade edildiği gibi, burada

[25] AYM, 26.06.2002, E. 2001/377, K. 2002/59, AYMKBB.

[26] Ayaydın'a göre bu karardaki yaklaşımla Anayasa Mahkemesi 128. Maddedeki görevleri kamu kudreti kullanılarak yapılan görevleri anlamaktadır, oysa maddede bahsedilen kamu hukuku kurallarına göre düzenlenen ve yürütülen sürekli devlet görevleridir. Ayaydın, “Özel Hukuk Kişilerinin...”, s. 150. Kanımca bu tür bir ayırım yapmanın kendisi de sorunludur; kamu kudreti kavramı kendi içinde de belli belirsizlikler içerdiği gibi mahkemenin böyle bir değerlendirme yaptığını tespit etmek de güçtür. Başka kararlarıyla birlikte değerlendirildiğinde mahkeme daha çok icrailik/hazırlık işlemi üzerinden değerlendirme yapmış görünmektedir.

bahsedilen kamu hukuku ilke ve esaslarına göre yürütülen hizmetlerdir ve işlem kurma değil, içerik olarak bir kamu gücü kullanımını içerir.<sup>[27]</sup>

Kolluk faaliyetlerinin önemli bir kısmının denetimlerden oluştuğu ve kolluk alanındaki işlemlerin çoğunun da bu denetim raporlarının doğrudan sonucu olduğu özellikle dikkate alınmalıdır. Bu tür bir rapora rağmen idarenin aksi yönde işlem kurması işlemi sakatlayabileceği gibi bu tür bir durum iyi işleyen bir idarede geçerli ve makul bir nedenin varlığına ihtiyaç duyar. Yani idare bu tür bir denetim raporunun aksi yönde işlem kurabilmek için raporun yanlış, geçersiz ya da eksik olduğuna ilişkin bir iradeye sahip olmalıdır. Ancak olağan akış içerisinde teknik içerikli olan bu raporların geçersiz veya yanlış olduğunun anlaşılması ancak bu tür bir denetimin yeniden idare tarafından yapılmasıyla mümkün olabilecektir. Bu sistemin geliştirilmesinin en önemli gerekçesinin de idarenin bu tür denetimler yapamaması olduğu<sup>[28]</sup> düşünüldüğünde fiilen bu tür bir durum oluşmayacağı ve idarenin sayıları çok fazla olan bu raporlar doğrultusunda işlem kuracağını düşünmek yanlış olmayacaktır. Bu bakımdan, çoğu zaman işlemin sebep unsurunu da oluşturan ve idari işlemin yönünü belirleyen etkili hazırlık işlemlerinin fiilen idare tarafından denetlenmesi veya bu hazırlık işleminin aksi yönde işlem kurması mümkün olmayacağından bu işlemlerin de kamu hukuku ilişkisi gerektirdiğinin kabul edilmesi gerekir. Çünkü karar verme sürecinin arkaplanı idarenin durumu norm doğrultusunda analiz etme sürecindedir.<sup>[29]</sup> Yani bu süreç devredildiği takdirde kurulacak irade de doğrudan etkilenmektedir. İdarenin örneğin bu kanunlarda bahsedilen süreç içerisinde “*rasyonel analiz*” denilen süreç aynı zamanda takdir yetkisinin kullanılmasını da içermektedir ve bu bakımdan denetimlerin özel kişilerce yapılması takdir yetkisi kullanımını doğrudan etkilemektedir. Çünkü takdir yetkisi sadece kararın yazıldığı anı içeren bir yetki değildir; başvuru yapıldığı andan karar alma anına kadar süren bir süreci içerir. Denetim özelinde hangi kriterlere göre değerlendirme yapılacağı, referans değerler, hesaplama yöntemleri gibi teknik konuların yanısıra denetim raporunda yapılan değerlendirmenin kendisi de bir idari işlem yapılma sürecinde sonucu etkileyen takdir yetkisi kullanımının birer ögesi olarak kabul edilmek gerekir. Yani idareyi özel kişilerin değerlendirmelerine adeta bir resmi damga vurarak onları idari hale getiren bir makam gibi işletecek türde bir özel kişiye gördürme Anayasa'nın 128/I hükmüne aykırı kabul edilmelidir.

[27] Günday, İdare Hukuku, s. 582.

[28] 4708 sayılı yasanın gerekçesinde bu denetimlerin idare tarafından yeterince yapılmadığı açıkça ifade edilmiştir. Bu tür bir gerekçe bulunmasının ve gerekçe ile varılan sonuç arasındaki ilişki için bkz. Ayaydın, “*Özel Hukuk Kişilerinin...*”, s. 153 vd.

[29] Egemenliğe ilişkin yetkilerin özel kişilerce görülmesini bu bağlamda inceleyen bir çalışma için Verkuil, Outsourcing..., s. 46 vd.

Kaldı ki, mahkemenin yaptığı yorumun mantıksal uzantısı maddenin başlığı ve içeriği dikkate alındığında sadece idari işlem kurma yetkisi olanların kamu görevlisi olması gerektiği yönünde olacaktır, ki bu tür bir yorumun kamu görevlisi rejimi bakımından kabul edilemez olduğu da açıktır. Böyle bir yorum sonucunda örneğin bir bakanlıkta sadece idari işlem imzalayabilecek makamlar dışındaki her çalışanın özel kişi olmasının mümkün olması gibi bir sonuç da çıkabilecektir.

Bununla birlikte mahkemenin bu tarihlerden sonra farklı bir yaklaşımı benimsediği anlaşılan kararları da mevcuttur. 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nda yer alan “*Arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler yönetici şirket tarafından verilir ve denetlenir*” hükmüyle ilgili verdiği kararda yeminli mimarlık ve mühendislik bürolarına ilişkin karara atıfla ister bağlı yetki, ister takdir yetkisi biçiminde kullanılsın “*yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verme*” ve “*denetleme*” görev ve yetkisinin idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer aldığı belirtilmiştir.<sup>[30]</sup> Kararda kolluk yetkilerinin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmeti olduğu ve bu nedenle bu hizmetlerin Anayasa'nın 128. maddesine göre, belirtilen nitelikteki görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesinin zorunlu olduğu belirtilmiş ve bu doğrultuda söz konusu hükmün Anayasaya aykırı olması nedeniyle iptaline karar verilmiştir.<sup>[31]</sup> Bu karara konu olan yasada doğrudan ruhsat verme, yani bir idari işlem kurma yetkisi özel kişilere verilmiş olması bakımından bir farklılık bulunmakla birlikte kararda yer alan “*yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni vermenin ve denetlemenin, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli kamu hizmeti olduğu açık bulunduğundan*” şeklindeki gerekçenin denetimi de içermesi yukarıda değinilen yapı denetimiyle ilgili kararından farklı bir yaklaşımı göstermektedir.

Ancak mahkeme bu karardan sonra verdiği bir kararında yukarıda değinilen yaklaşımına geri dönmüş, hatta konuya yaklaşımında Anayasanın hangi maddesiyle ilişkilendirdiğinde de bir farklılaşma olmuştur. Karayolları Trafik Kanunu'nda yer alan ve araç muayenesinin özel kişilerce de yapabileceğine ilişkin hükmün Anayasa'ya aykırılığı iddiasını inceleyen mahkeme bu iddiayı 128. madde değil, 47. madde çerçevesinde ele almıştır. Kararında mahkeme,

*“Geniş anlamda, Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmetinin,*

[30] AYM, 16.10.2003, E. 2001/383, K. 2003/92, AYMKBB.

[31] Aynı kararda bu şirketlere verilen kamulaştırma yetkisinin de Anayasa'nın 46. maddesine aykırı bulunarak iptal edildiğini de belirtmek gerekir.



*kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idare, kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır. Ancak, bu hizmet ve faaliyetlerden özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeye elverişli bulunanların, tüm sorumluluk ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilmesi olanaklıdır.*

*Kamu hizmetlerini idare dışındaki gerçek veya tüzel kişilere gördürmek veya bunların hizmetin yürütülmesine katılmasını sağlamak veya kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli olan para, eşya ve personeli tedarik etmek amacıyla aktedilen ve idare lehine olağanüstü hüküm ve şartlar taşıyan sözleşmeler öğretide "idari sözleşmeler" olarak tanımlanmaktadır. İdari sözleşmeye konu kamu hizmetinin yürütülmesi bakımından idarenin sorumluluğu devam etmekte ve bu nedenle hizmetin düzenli ve istikrarlı bir biçimde yürütülmesini sağlamak bakımından idareye denetim ve gözetim yetkisi tanınmaktadır.*

*Trafiğe çıkarılacak motorlu araçların teknik şartlara uyup uymadığının belirli zaman aralıkları ile muayene edilerek tespit edilmesini ifade eden araç muayene hizmetinin, kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur.<sup>[32]</sup>*

Bu hizmetin bir kamu hizmeti olduğunu tespit eden mahkeme, kararın devamında bu nedenle araç muayene istasyonlarına yetki veren bu sözleşmenin idari sözleşme olduğu yorumunu yaparak Anayasa'nın 47. maddesine aykırı olmadığına oybirliğiyle karar vermiştir. Araç muayene hizmetlerinin düzenlenmesinde Ulaştırma Bakanlığı'nın yetkisi devam etmekte, yapılan sözleşme ile mahkemenin deyişiyle bir tür yetki devri ile alt işletenler türetilmektedir. Bu hizmet bakımından bakanlık aslî sorumlu olmaya devam etmekte ve denetim/gözetim yetkileri bulunmaktadır. Karayolları Trafik Kanunu'na göre Bakanlık bu raporun bulunmasına karşılık yine de gerek gördüğü takdirde bir denetim daha yapabilmektedir. Bu yetki bu özellikler ışığında değerlendirildiğinde, bu uygulamayla özel kişi bir hazırlık işlemi değil, aslında trafiğe çıkıp çıkamama sonucunu doğuran bir işlem kurmaktadır. İdarenin yetkileri devam etmekle birlikte, bu muayenenin idarenin bir irade açıklamasına ihtiyaç olmaksızın kendiliğinden sonuç doğurması söz konusudur ve bahsedilen hizmet kararda sadece kamu hizmeti olarak nitelendirilmişse de bu hizmet kolluk faaliyeti niteliğindedir. Bu bakımdan yukarıda bahsedilen iki karardan farklı niteliklere sahiptir. Ancak mahkeme konuyu 128. madde bakımından incelemeksizin 47. madde bakımından inceleyerek kendisi bir nitelendirme yapmak suretiyle (idari

[32] AYM, 29.12.2005, E. 2005/110, K. 2005/111, AYMKBB.



sözleşme) ret kararı vermiştir. Bu karar ayrıca araç muayene hizmeti sağlayan şirketler lehine bir tekel yaratması nedeniyle de eleştirilmiştir.<sup>[33]</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin dönemselsel olarak aynı hizmet konusunda dahi farklı bir tutum sergileyebildiği de görülmektedir. Devletin çekirdek alanı olduğu kabul edilen ve Anayasa Mahkemesi'nce de niteliği gereği kamu hizmeti olduğu kabul edilen sağlık hizmeti bakımından farklı dönemlerde verdiği üç karar bu bakımdan dikkat çekicidir:

Bunlardan ilki Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda yapılan değişiklikle sağlık kuruluşlarında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin hükümlerine tabi olmaksızın sözleşmeli personel statüsünde eleman çalıştırılabileceğine ilişkin hükmün Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali yolundaki kararıdır.<sup>[34]</sup> Mahkeme bu kararıyla ilgili personelin 657 sayılı yasaya tâbi olmayabilmesinin kamu hukuku rejiminin dışına çıkarma niteliğinde olduğu yorumuyla iptal kararı vermiştir.

İkinci karar sağlık hizmetinin “*niteliği gereği*” kamu hizmeti niteliğinde olduğunu belirten Anayasa Mahkemesi'nin 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanunla ilgili verdiği ret kararıdır. İlgili düzenlemede Sağlık Bakanlığı tarafından, Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli arasından, sözleşmeli olarak çalıştırılan ya da görevlendirilenler dışında, ihtiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanlarının, Sağlık Bakanlığı'nın önerisi, Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabileceğine ilişkin hüküm yer almaktadır. Mahkeme bu hükmün Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir.<sup>[35]</sup> Bu değerlendirmeyi yaparken Anayasa Mahkemesi aile hekimleri ile idare arasındaki sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğuna ve bu doğrultuda aile hekimlerinin de diğer kamu görevlisi kapsamına girdiğine karar vermiştir.

Kararın karşılığında Fulya Kantarcıoğlu ile Mehmet Erten bahsedilen aile hekimleri ile idare arasındaki ilişkinin kamu hukuku ilişkisi olarak nitelendirilmeyeceği ve özel hukuk sözleşmesi ile kurulduğu, bu nedenle de 128. maddeye aykırı olduğunu belirtmiş; farklı gerekçede ise Serdar Özgüldür “*Anayasa'nın*

[33] Bu açıdan bir değerlendirme için bkz. Sedat Çal, “*Araç Muayene İstasyonlarının özelleştirilmesi*”, AÜHFİD, C.57, S. 2, s. 63-113. Bu kapsamda, Anayasa Mahkemesinin daha önce özelleştirmelerle ilgili bazı kararlarında rekabetin korunmasına yönelik mekanizmaların bulunmamasını Anayasa'nın 167, 168 ve 172. maddeleri nedeniyle iptal nedeni olarak kullandığını da belirtmek gerekir.

[34] AYM, 19.4.1988, E. 1987/16, K. 1988/8, AYMKBİB.

[35] AYM, 21.2.2008, E. 2005/10, K. 2008/63, AYMKBİB.

56. ve 47. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, aile hekimliği uygulamasında istihdam edilen kamu görevlisi olmayan kişilerin “diğer kamu görevlisi” sayılmayacakları gibi aralarındaki sözleşmenin de idari hizmet sözleşmesi sayılmayacağını, bunların, sağlık hizmetinin işaret edilen özelliği dikkate alınarak çalıştırılan “farklı” bir kategoriyi teşkil ettiği ve kamu hukukundan ziyade özel hukuk hükümlerine tabi oldukları”nı, ancak bu durumun Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olmadığını ileri sürmüştür.

Çoğunluk görüşü bu kararda yasadaki “*kamu görevlisi olmayan kişilerin çalıştırılması*” ifadesine karşılık var olan sözleşmeyi idari hizmet sözleşmesi olarak değerlendirmek ve bu kişilere de bu yolla kamu görevlisi vasfı tanıyarak iptal kararı vermemiştir. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, bu kararda oluşturulan yöntem herhangi bir dayanak olmaksızın yasakoyucunun -lafına rağmen- niyetini okuma ve yasama faaliyetine benzer biçimde metnin içeriğini belirleme şeklindedir ve bu bakımdan da tartışılmaya açıktır.

Bu konuda önemli ve sağlık hizmetlerine ilişkin bir başka yakın tarihli kararında<sup>[36]</sup> Anayasa Mahkemesi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin “*III- Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı*” başlıklı bendine eklenen “*Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir*” biçimindeki düzenlemeyle ilgili kararında söz konusu hükmün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Kararda “*...sağlık hizmetleri nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır... Anayasanın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği gibi, 47. maddesinde öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilceği olanaklıdır...*” gerekçesiyle sağlık kamu hizmetinin özel kişilerce görülmesinin mümkün olduğuna karar vermiştir. Kararda mahkeme sosyal devlet ilkesi ile kişilerin daha sağlıklı bir çevrede yaşamasını içeren Anayasa'nın 56. maddesini dayanak göstermiştir.

Bu kararın Anayasa'nın 128. maddesinin anlamı ve yorumlanması bakımından en önemli özelliği 1999 yılında Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişikliğin mahkeme bakımından ne kadar önemli bir algı değişimi yarattığını göstermesidir. Anayasanın 47. maddesinin yorumlanması ve uygulanması bakımından 1999 yılında yapılan bu değişikliğin nedenleri ve bu bağlamda maddenin amacı da önemlidir. Bu maddede yapılan değişikliğin önemli bir

[36] AYM, 22.11.2007, E.2004/114, K.2007/85, AYMKBB.

nedeni daha önceki tarihlerde özelleştirme politikalarının sonucunda belli yasalarla özel kişilere gördürülebilecek kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmesi ile görülebileceğine ilişkin yasa maddelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi ve bunun önüne geçilmek istenmesiydi.<sup>[37]</sup> Bu nedenle de maddede yasakoyucuya açık bir takdir yetkisi alanı bırakan “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceği kanunla belirlenir” hükmü getirilmiştir.

Mahkeme, 128. maddeyi anlamlandırırken 47. maddenin yasakoyucuya verdiği özel hukuk sözleşmesi ile gördürebilme konusundaki takdir yetkisinin 128. madde bakımından belirleyici olduğunu kabul etmektedir. Bu şekilde yorumlandığında 47. maddenin adeta 128. maddedeki sınırı ortadan kaldırdığı ortaya çıkmaktadır. Oysa bu iki norm birlikte değerlendirildiğinde, bu iki normun birbirini ortadan kaldıran veya etkisiz hale getiren normlar olmadığı, aksine sistematik yorum yapıldığında önce 128. madde doğrultusunda yapılacak bir değerlendirmenin ardından 47. maddenin değerlendirilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır; bir başka deyişle 47. Madde ancak özel kişiye gördürülebilecek bir hizmet söz konusu olduğunda işletilebilecektir.<sup>[38]</sup> Buna göre önce ilgili faaliyetin 128. madde kapsamında özel kişilere gördürülebilecek bir hizmet olup olmadığı, bu değerlendirme sonucunda özel kişiler gördürülebileceğine karar verildiği takdirde 47. madde doğrultusunda bunun hukuki rejimi tartışması yapılabilecektir. Yani Anayasa'nın 47. maddesine göre bir hizmetin özel hukuk yoluyla gördürülebilmesi için öncelikle 128. madde kapsamında genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevler kapsamında bulunmaması gerekir.

Bununla birlikte mahkeme yerel yönetimlerle ilgili kanunlara ilişkin kararlarında benzer bir konuyu 47. madde ile ilişkili görmeyerek 128. madde çerçevesinde incelemiştir. İl özel idareleri<sup>[39]</sup>, belediyeler<sup>[40]</sup>, büyükşehir belediyeleri<sup>[41]</sup> ile ilgili mevzuatta yer alan bu yerel yönetimlerin kendilerine verilmiş görev ve hizmet alanlarında sermaye şirketi kurarak bu hizmetleri şirketler aracılığıyla görmelerinin Anayasa'nın 47. maddesiyle ilgili olmadığına karar vererek 128. madde bakımından incelemiştir. Mahkeme, ilgili hükümleri değerlendirirken bu yerel yönetimlerin 128. madde kapsamındaki hizmetleri şirketlere

[37] Hatta bu değişikliğin doğrudan AYM'nin E.1994/71, K. 1995/23, 28.6.1995 tarihli kararının etkisiz kılınması amacıyla getirildiği de belirtilmektedir. Günday, İdare Hukuku, s. 360.

[38] Benzer görüşler için bkz. Günday, İdare Hukuku, s. 361; Uz, Kamu Hizmetlerinin..., s. 142 vd.

[39] AYM, 18.1.2007, E. 2005/32, K. 2007/3, AYMKBB.

[40] AYM, 24.1.2007, E. 2005/95, K. 2007/5, AYMKBB.

[41] AYM, 25.1.2007, E. 2004/79, K. 2007/6, AYMKBB.

gördüremeyecekleri, maddede bahsedilenlerin ancak 128. madde kapsamına girmeyen hizmetler olduğu, bu nedenle de Anayasa'ya aykırılık bulunmadığı şeklinde bir yorum yapmıştır. Kantarcıoğlu kararların karşıoylarında maddede bu tür bir ayırım yapılmadığını ve “*Yorum(un) ancak var olan bir kural için yapılabileceğinden Maddé'ye, yorum yolu ile içeriğinde olmayan bir anlamın yüklenmesi olanaklı*” olduğu gerekçesiyle muhalefet etmiştir.

Konuyla ilgili yakın tarihlerde verilen bir karar ise Tohumculuk Kanunu ile ilgilidir.<sup>[42]</sup> Kanunda yer alan ve Bakanlığın denetim yetkisini özel kişilere devredebileğine ilişkin hükmü değerlendiren mahkemeye göre,

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

Mahkemenin bu değerlendirmesine katılmayan altı üyeye göre ise;

*“İptali istenilen kuralın kalan bölümünde ise denetleme yetkisi dışında tohumculuk faaliyetleri ile ilgili devredilebilecek diğer yetkiler gösterilmektedir. İdare eliyle yürütülen hizmet ve faaliyetlerden, özel yönetim biçimi ile gerçekleştirilmeye elverişli bulunanların, tüm sorumluluk ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilmesi olanaklıdır. İptali istenilen kuralda denetleme yetkisi dışında devredilebilecek tohumculuk faaliyeti ile ilgili yetkiler, bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilemez. Dolayısıyla bu hizmetlerin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği gibi tohumculuk faaliyeti ile ilgili kuralda belirtilen bu hizmet ve faaliyetlerin de özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılabilmesi olanaklıdır.”*

[42] AYM, 13.1.2011, E. 2007/2, K. 2011/13, AYMKB. B.

Kolluk faaliyetleri niteliğinde denetim faaliyetlerinin özel kişilere devredilmesine yeni bir örnek de 20.2.2001 günlü, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun Geçici 14. maddesinin birinci fıkrasına, 13.2.2011 günlü, 6111 sayılı Kanun'un 204. maddesi ile eklenen (f) bendinde yer alan "... veya gerektiğinde yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılması sağlanır. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, ilgili bakanlıkların görüşü alınmak kaydıyla DSİ tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir" hükmüdür. Bu hüküm doğrultusunda elektrik enerjisi üretmek maksadıyla yapılacak olan üretim tesislerinin su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının inceleme ve denetimi doğrudan DSİ tarafından yapılabileceği gibi şirketlerce de yapılabilecekti. Danıştay 13. Daire tarafından yapılan başvuru sonucunda ilgili hükmü inceleyen Anayasa Mahkemesi, bu hükmün iptaline karar vermiştir.<sup>[43]</sup> Kararda dikkat çekici ve ayrık olan, mahkemenin bir yandan söz konusu hizmeti kamusal rejime göre görülmesi gereken bir kamu hizmeti olarak görmesine karşılık gerekçesini 128. maddeye değil, hukuk devleti ilkesine ilişkin 2. ve yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin 7. maddelere dayandırmasıdır. Mahkeme denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkelerin belirlenmediği için 128. madde bakımından denetim yapılmasını mümkün görmediğini belirtmiştir. Bu karardan anlaşıldığı kadarıyla usul ve esasların belirlenme biçimine bağlı olarak, yani devrin kapsamına bağlı olarak denetim faaliyetinin özel kişilere gördürülmesi mümkün olabilecektir. Kararda dikkat çeken bir başka özellik ise bir üyenin Anayasanın 47. maddesine dayanarak davanın reddedilmesi yönünde karşı oy kullanmasıdır.

[43] AYM, 27.09.2012, E. 2012/6, K. 2012/13. (RG: 13.02.2013)

## SONUÇ

**A**nayasanın 128. maddenin I. fıkrası, yasama organının istediği her faaliyeti devlet tarafından görülen kamu hizmeti alanından çıkaramayacağı ve belli hizmetler devlet tarafından görülüyorsa da kamu görevlisi eliyle görülmesine ilişkindir. Bu bakımdan madde genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken belli hizmetlerin niteliği doğrultusunda bir hukuki rejim öngörmüş olmaktadır. Bu hizmetlerin neler olduğu konusunda Anayasanın temel hak ve özgürlükler nedeniyle devlete yüklediği görevler yol gösterici olabileceksede bu görevlerin ne olduğu konusunda hükmün Anayasa mahkemesi tarafından yorumu son derece önemlidir.

Anayasa Mahkemesi, devletin egemenlik sınırlarına ilişkin ve önemli bir kamu gücünün kullanılmasını içeren hizmetlerin kamu görevlileri tarafından görülmesi gerektiği görüşünü benimsemektedir. Bununla birlikte özellikle 1999 yılında 47. maddede yapılan değişiklikten itibaren Anayasa Mahkemesinin 128. madde hükmünde belirtilen görevleri daha dar yorumlama eğilimi olduğu gözlenebilir. Bazı kararlarında aslı ve sürekli görevi kamu gücü kullanmadan daha dar biçimde, sadece idari işlem kurma yetkisi olarak yorumlaması ve Anayasanın 47. maddesine eklenen fıkrayı yukarıda değinildiği şekilde neredeyse 128. maddenin yerine geçecek şekilde yorumlaması sonucunda içtihadında bir dönüşümden bahsetmek mümkündür. Oysa 128. madde hükmü özel kişiye gördürülemeyecek bir faaliyet alanını belirlerken 47. maddedeki ilgili hüküm yasakoyucunun özel kişiye gördürülebilecek bir faaliyeti özel hukukla gördürülebilmek konusundaki takdir yetkisini içerir. Bu madde arasındaki ilişki devlet tekelinde görülmesi gerekmeyen hizmetler bakımından önem taşımaktayken idare eliyle görülmesi gereken bir faaliyet olduğu takdirde 128. maddenin uygulanması ve bu doğrultuda kamu görevlisi eliyle görülmesi gerekmektedir.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesinin dönemsel olarak da çok istikrarlı bir yaklaşımı olduğunu söylemek de güçtür. Birbirine yakın tarihli bazı kararları eğilimlerinin tersine olabilmıştır. Oysa madde hükmü başta kolluk faaliyetleri olmak üzere ve özellikle insan haklarına duyarlı kamu hizmetleri ile özel hukuk ilişkisinden farklı biçimde kamu yararını gerçekleştirmek üzere kamu gücü kullanımını içeren faaliyetler bakımından kamu görevlisiyle ve dolayısıyla da kamu hukuku ilişkisiyle gördürmeyi öngörmüştür. Bu doğrultuda madde yorumlanırken de hizmetin kamu yararı-kamu gücü ilişkisiyle söz konusu faaliyetin içeriği değerlendirilmelidir.

## KAYNAKÇA

- Ayaydın, Cem, "Özel Hukuk Kişilerinin Kamu Kudreti Kullanması Sorunu ile 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanuna İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Düşünceler", Yıldızhan Yayla'ya Armağan, 2003, s. 125-158.
- Çal, Sedat "Araç Muayene İstasyonlarının Özelleştirilmesi", AÜHFĐ, C.57, S. 2, s. 63-113.
- Duran, Lütfi, "Anayasa Mahkemesine göre Türkiyenin Hukuk Düzeni (II)", AİD, C.19, S. 2, s. 3-28.
- Duran, Lütfi, "Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri yönünden kamu görevlileri, Bakanların Durumu", Anayasa Yargısı, 1984, s. 201-212.
- Erkut, Celal, Hukuka Uygunluk Bloku, Kavram Yayınları, İstanbul, 1996.
- Gözler, Kemal, İdare Hukuku, C. II, Ekin Yayınları, Bursa, 2009.
- Gözübüyük, Şeref; Tan, Turgut, İdare Hukuku, C. 1- C.2, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- Günday, Metin, İdare Hukuku, İmaj yayınları, Ankara, 2011.
- Güran, Sait, "Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı", Anayasa Yargısı, C.6, Ankara.
- Karahanoğulları, Onur, Kamu Hizmeti, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Ozansoy, Cüneyt, Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1989.
- Tan, Turgut, "KİTlerin Özelleştirilmesi ve Sorunlar", AİD, C. 21, S. 3, s. 61.
- Uz, Abdullah, Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Devri Bakımından Anayasal Sınırlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011
- Verkuil, Paul R., Outsourcing Sovereignty, Cambridge University Press, 2007.
- Yıldız Akgül, Şerife, İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik, Adalet Yayınları, Ankara, 2011.

## YARARLANILAN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

- AYM, 11.12.1986, E.1985/11, K.1986/29.  
AYM, 10.12.1987, E. 1985/5, K. 1985/23.  
AYM, 19.4.1988, E. 1987/16, K. 1988/8.  
AYM, 4.4.1991, E. 1990/12, K. 1991/7.  
AYM, 9.2.1993, E. 1992/44, K. 1993/7.  
AYM, 24.5.2001, E. 2000/35, K. 2001/90.  
AYM, 26.06.2002, E. 2001/377, K. 2002/59.  
AYM, 16.10.2003, E. 2001/383, K. 2003/92.  
AYM, 29.12.2005, E. 2005/110, K. 2005/111.  
AYM, 22.11.2007, E.2004/114, K.2007/85.  
AYM, 18.1.2007, E. 2005/32, K. 2007/3.  
AYM, 24.1.2007, E. 2005/95, K. 2007/5.  
AYM, 25.1.2007, E. 2004/79, K. 2007/6.  
AYM, 21.2.2008, E. 2005/10, K. 2008/63.  
AYM, 13.1.2011, E. 2007/2, K. 2011/13.  
AYM, 27.09.2012, E. 2012/6, K. 2012/13.