

# **Belediyenin asli ve sürekli görevi olan zabıta hizmetinin, hizmet alım ihalesi kapsamında yüklenici firma eliyle gördürülmesi**

**Temyiz Kurulu Kararı** Saymanlık Adı : İstanbul Güngören Belediyesi  
Yılı : 2006 Dairesi : 8 İlam No : 1101 Dosya No : 33783 Tutanak No : 34175 Tutanak Tarihi : 03.01.2012 TEMYİZ KURULU KARARI Dosyada mevcut belgelerin okunup incelenmesinden sonra gereği görüldü; 1101 sayılı İlam'ın 23. maddesi ile, Belediyenin asli ve sürekli görevi olan zabıta hizmetinin, hizmet alım ihalesi kapsamında yüklenici firma eliyle gördürülmesi nedeniyle 403.632,76.- TL'ye tazmin hükmü verilmiştir. Dilekçi dilekçesinde özetle, Kamu hizmeti ifadesi kullanıldığında halkın ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla sunulan düzenli faaliyetlerin anlaşıldığını; ancak bu düzenli faaliyetlerin illaki kamu görevlileri eliyle görülmesinin bir zorunluluk olarak görülmediğini, kamunun gözetim veya denetimi altında bulunmanın da kamu hizmetinin halka sunulması için yeterli kabul edildiğini, Anayasa Mahkemesi'nin 28.06.1995 tarihli E.94/71, K.95/23 sayılı kararında kamu hizmeti kavramına getirdiği yorumun; "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 gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir." şeklinde olduğunu, Neticede, Anayasanın 128 inci maddesinde yer alan kamu hizmeti kamu görevlileri eliyle gördürülür ifadesinin, yukarıda

belirtilen yaklaşımlar çerçevesinde ele alınması ve kamunun gözetim ve denetimi altında yapılan kamu hizmetlerinin de bu mahiyette olduğunun kabul edilmesinin kararlar ve içtihatlar gereği olduğunu; Ayrıca, Anayasanın 47'nci maddesinde "Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceği kanunla belirlenir." hükmünün yer aldığını, maddede kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen hizmetlerin gerçek veya tüzel kişiler tarafından da yaptırılabilmesine imkân tanındığını ve bunun kanunlar vesilesiyle gerçekleştirileceğinin ifade edildiğini, Anayasa Mahkemesinin 2004/114 Esas, 2007/85 Karar nolu Kararında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. Maddesinin "III- Sağlık Hizmetleri Ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı" başlıklı bendine 4924 sayılı Yasa'nın 11. Maddesi ile eklenen paragrafın, Anayasa'nın 2. ve 128. Maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğün durdurulması istemiyle açılmış olan davada Anayasa Mahkemesi Kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilirliğine ve bu kamu hizmetlerinin neler olacağına karar verme yetkisinin Anayasa'nın 47. maddesine eklenen 4. fıkra ile Yasama Organının yetkisinde olduğuna karar verildiğini, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14 üncü maddesinde belediyenin zabıta hizmetlerini üçüncü kişilere yaptırılabilirliğinin şu şekilde ele alındığını; "İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı, coğrafî ve kent bilgi sistemleri, çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık, ZABITA, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans, şehir içi trafik, defin ve mezarlıklar, ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar, konut, kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor, sosyal hizmet ve yardım, nikâh, meslek ve beceri kazandırma, ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır" Burada yer alan yaptırır ifadesinin kararda belirtildiği şekliyle kamu hizmetinin özel kişilere devri şeklinde değil, yine belediyenin gözetim veya denetimi altında zabıta hizmetlerinin üçüncü kişiler tarafından yerine getirilmesi şeklinde

anlaşılması gerektiğini, Kamu İhale Genel Tebliğinin 85. maddesinde 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yer alan hizmet tanımında ismen sayılmayan ve mal alımı veya yapım işi niteliği taşımayan işlerin "benzeri diğer hizmetler" kapsamında ihale yoluyla alınıp alınamayacağını; ilgili mevzuatında, alım konusunun idarenin görev alanında olup olmadığı, söz konusu işin ihale yoluyla yaptırılmasına engel olan bir düzenleme bulunup bulunmadığı hususlarının değerlendirilmesi suretiyle belirlenmesi gerektiğinin belirtildiği; Buna göre, belediyelerin zabıta hizmetleri ihalesine çıkabilmesi için, tebliğ gereği kendi özel mevzuatlarında bunu yasaklayan bir düzenlemenin bulunup bulunmadığı hususlarının değerlendirilmesi gerektiğini; 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14'üncü maddesinde ise zabıta hizmetlerinin üçüncü kişilere yaptırılabilmesi belirtildiğinden dolayı, zabıta hizmetlerinin ihale edilmesinde herhangi bir sakınca bulunmadığını; ayrıca 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62 nci maddesine göre, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, bu Kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkılabileceğini; İhale konusu işe ilişkin ihale dokümanlarına bakıldığında ihale konusu işin kamunun gözetim ve denetimi altında gerçekleştirilmiş bir hizmet alımı olduğunun görüleceğini; İhale ilanında "zabıta personel destek hizmeti" ifadesinden, üçüncü kişilere yaptırılacak olan zabıta alım işinin belediyenin kontrolü altında gerçekleştirileceği sonucunun ortaya çıktığını; Ayrıca işin teknik şartnamesinde veya ihale dokümanlarında, yüklenicinin çalıştırdığı personelin üçüncü kişilere doğrudan ceza keseceğine, üçüncü kişilerle doğrudan yazışma yapabileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme de bulunmadığını; bu kişilerin belediye zabıta personeline yardımcı olmak üzere çalıştıklarını; Teknik şartnamede de bu durumun net olarak ortaya konulduğunu belirterek tazmin hükmünün kaldırılmasını talep etmiştir. Savcılık, Daire kararının onanması yönünde görüş bildirmiştir. Anayasanın "Genel İlkeler" başlıklı 128. maddesinde; "Devletin, kamu

iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli kamu hizmetleri memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” denilmektedir. Anayasanın 47. maddesinde ise; “Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilmesi veya devredilebileceği kanunla belirlenir” hükmü bulunmaktadır. Buna göre, Belediye tarafından yürütülen kamu hizmetlerinin özel kişilere yaptırılabilmesi, buna izin veren yasal bir düzenlemeyi gerektirmekte olup; 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun “Belediyenin Görev ve Sorumlulukları” başlıklı 14. maddesinde; mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla belediyenin, imar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı, coğrafî ve kent bilgi sistemleri, çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık, zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans, şehir içi trafik, defin ve mezarlıklar, ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar, konut, kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor, sosyal hizmet ve yardım, nikâh, meslek ve beceri kazandırma, ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapacağı veya yaptıracığı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 4’ncü maddesi, bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayın, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri, “hizmet” kapsamında değerlendirmiş, ayrıca aynı Kanunun 62 nci maddesinin “e” bendinde “İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, bu Kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkılabilir” denilerek personel çalıştırma esaslı ihalelere çıkılabileceği belirtilmiştir. Kamu İhale Genel Tebliği’nin

“4734 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinde yer alan hizmet tanımında ismen sayılmayan işler” başlıklı 85’inci maddesinde; “ 4734 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinde “Hizmet: Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri ... ifade eder” hükmüne yer verilmiştir. Anılan maddede ismen sayılmayan ve mal alımı veya yapım işi niteliği taşımayan işlerin “benzeri diğer hizmetler” kapsamında ihale yoluyla alınıp alınamayacağı; ilgili mevzuatında, alım konusunun idarenin görev alanında olup olmadığı, söz konusu işin ihale yoluyla yaptırılmasına engel olan bir düzenleme bulunup bulunmadığı hususlarının değerlendirilmesi suretiyle belirlenmesi gerekmektedir.” Denilmektedir. Bununla birlikte, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 36. maddesinin “III-Sağlık Hizmetleri Ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı” başlıklı bendine 4924 sayılı Yasa’nın 11. maddesi ile 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” hükmünün, idarenin dolaylı bir özelleştirme yöntemini benimsediği ve Anayasa’nın 128. maddesinde öngörülmeyen bir istihdam şeklinin düzenlendiği gerekçesiyle Anayasa aykırılık itirazında bulunulması üzerine, konu ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin 2004/114 Esas, 2007/85 Karar nolu Kararında da; “Anayasa’nın 128. maddesi ile açıkça memur ve kamu görevlisi tanımının yapılmadığını ve onlara gördürülecek işi belirlenme yoluna gidilmediğini; en geniş tanımı ile kamu hizmetinin, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli

etkinlikler olduğunu; toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmetinin de nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak değerlendirildiğini; Anayasa'nın 47. maddesine eklenen dördüncü fıkra ile kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesi veya bunlara devredilebileceği konusunda yasama organının yetkili kılınmış olduğunu; Anayasa'nın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi mümkün olmadığından, sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden sözü edilemeyeceğini ve 47. maddede öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesini belirterek bu kuralın, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet ilkesini gerçekleştirmek, 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında belirtilen kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmek, 56. maddesinde öngörülen sağlık hizmetlerini tam ve dengeli biçimde yerine getirebilmek amacıyla düzenlendiği anlaşıldığından Anayasa'nın 2, 47, 56 ve 128. maddelerine aykırı olmadığı yönünde kararı bulunmaktadır. Bu itibarla, Kamu hizmetlerinin özel kişilere yaptırılabilmesi buna izin veren yasal bir düzenlemeyi gerektirdiğinden ve GÜNGÖREN Belediyesi Zabıta Hizmet Satın Alımı İhalesi kapsamında yaptırılan işler de 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesi kapsamında değerlendirilerek yaptırılacak nitelikte işlerden olduğundan; dilekçi iddialarının kabul edilerek, 1101 sayılı İlam'ın 23. maddesiyle verilen tazmin hükmünün KALDIRILMASINA, Karar verildiği 03.01.2012 tarih ve 34175 sayılı tutanakta yazılı olmakla işbu ilam tanzim kılındı.]]>