



1993

**BAŞKENT
ÜNİVERSİTESİ**

TÜRKİYE CUMHURİYETİNİN YÜZÜNCÜ YILI

İDARE HUKUKUNDA KAMU HİZMETİNİN EVİRİMİ VE SORUNLARI SEMPOZYUMU

14 Mayıs 2024
Avni Akyol Konferans Salonu



Bilim Kurulu

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ

Prof. Dr. E. Ethem ATAY

Prof. Dr. M. Emin AKGÜL

Düzenleme Kurulu

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ

Prof. Dr. E. Ethem ATAY

Prof. Dr. M. Emin AKGÜL

10.00-10.30 Açılış

Açılış Konuşmaları:

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı*

Prof. Dr. Hakan ÖZKARDEŞ *Başkent Üniversitesi Rektör V.*

10.30-10.45 Ara

10.45-12.00 I. OTURUM

GÜNÜMÜZDE KAMU HİZMETİNİN GÖRÜLME USULLERİ

Oturum Başkanı: Prof. Dr. E. Ethem ATAY

Danıştay Kararları Işığında Kamu Hizmetine Egemen Olan İlkeler

Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN-*Danıştay Üyesi*

İmar Hizmetlerinin Mahalli Kamu Hizmetleri Niteliği ve Kamu Hizmetinin Görülme Usulleri Açısından Değerlendirilmesi

Prof. Dr. Halil KALABALIK-*İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Limanların Özel Sektör Tarafından İşletilmesi ve İdarenin Rolü

Doç. Dr. A. Kürşat ERSÖZ-*Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesinin Anayasal Sınırı

Doç. Dr. Dilşad Çiğdem SEVER-*Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

12:00-13:00 Yemek

13:30-14:45 II. OTURUM

KAMU HİZMETİ VE KAMU GÖREVLİLERİ

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Ali AKYILDIZ

Danıştay Kararlarına Disiplin Hukuku İlkelerinin Yansımaları

Yunus AYKIN-*Danıştay Üyesi*

Kamu Görevlilerinin Tarafsızlığı ve Kılık Kıyafet Serbestisi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN-*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Kamu Görevlisi Kavramı

Prof. Dr. Mustafa AVCI-*Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Kamu Hizmetinin Değişkenliği İlkesi Bağlamında Akıllı Polislik Uygulamaları

Doç. Dr. Begüm İSBİR-*Polis Akademisi Başkanlığı Güvenlik Bilimleri Enstitüsü*

14.45-15.00 Ara

15.00-16.00 III. OTURUM

SAĞLIK KAMU HİZMETİ

Oturum Başkanı: Prof. Dr. M. Emin AKGÜL

Sağlık Hizmetlerinin Sunumundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Ahmet SARAÇ-*Danıştay Üyesi*

Tıbbi Müdahalelerde Ortaya Çıkan Komplikasyonlarda Süreç Yönetimi ve Sorumluluk

Doç. Dr. Emine CİN KARAGÖZ-*Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Sağlık Kamu Hizmetlerinde Kamu-Özel Ortaklığı

Dr. Çolpan MÜCAHİT KÜÇÜK-*Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

0312 246 66 66 / 6640

hukuk@baskent.edu.tr

Başkent Üniversitesi Bağlıca Kampüsü Fatih Sultan Mahallesi
Eskişehir Yolu 18. Km 06790 Etimesgut/ANKARA

**Hukuk
Fakültesi**

**İDARE HUKUKUNDA KAMU HİZMETİNİN
EVİRİMİ VE SORUNLARI SEMPOZYUMU
(14 Mayıs 2024)**

YAYIN HAKKI © 2024 BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ GELİŞTİRME VAKFI İKTİSADİ İŞLETMESİ

Her hakkı mahfuzdur, bu kitabın yayın işini gerçekleştiren Başkent Üniversitesi Geliştirme Vakfı İktisadi İşletmesi dışında, telif hakkı yasası uyarınca, tümü ya da herhangi bir bölümü, resmi ve yazısı editörünün ve yayımcısının yazılı müsaadesi alınmadıkça tekrarlanamaz, basılamaz, çoğaltılamaz, fotokopi çıkartılamaz veya kopya anlamı taşıyacak hiçbir işlem yapılamaz.

ISBN: '978-625-98251-4-4'

İDARE HUKUKUNDA KAMU HİZMETİNİN EVRİMİ VE SORUNLARI SEMPOZYUMU (14 Mayıs 2024)

Bilim Kurulu

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ

Prof. Dr. E. Ethem ATAY

Prof. Dr. M. Emin AKGÜL

Düzenleme Kurulu

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ

Prof. Dr. E. Ethem ATAY

Prof. Dr. M. Emin AKGÜL

Sempozyumda Bildiri Sunanlar

-Danıştay Kararları Işığında Kamu Hizmetine Egemen Olan İlkeler
Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN-Danıştay Üyesi

-İmar Hizmetlerinin Mahalli Kamu Hizmetleri Niteliği ve Kamu Hizmetinin Görülme Usulleri Açısından Değerlendirilmesi
Prof. Dr. Halil KALABALIK-İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

-Limanların Özel Sektör Tarafından İşletilmesi ve İdarenin Rolü
Doç. Dr. A. Kürşat ERSÖZ-Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

-Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesinin Anayasal Sınırı
Doç. Dr. Dilşad Çiğdem SEVER-Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Üniversitesi Hukuk Fakültesi

-Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Kamu Görevlisi Kavramı
Prof. Dr. Mustafa AVCI-Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

-Kamu Hizmetinin Değişkenliği İlkesi Bağlamında Akıllı Polislik Uygulamaları
Doç. Dr. Begüm İSBİR-Polis Akademisi Başkanlığı Güvenlik Bilimleri Enstitüsü

-Sağlık Hizmetlerinin Sunumundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar
Ahmet SARAÇ-Danıştay Üyesi

-Tıbbi Müdahalelerde Ortaya Çıkan Komplikasyonlarda Süreç Yönetimi ve Sorumluluk
Doç. Dr. Emine CİN -Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

-Sağlık Kamu Hizmetlerinde Kamu-Özel Ortaklığı
Dr. Çolpan MÜCAHİT KÜÇÜK-Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İçindekiler

-Kamu Hukukunun ve Özellikle İdare Hukukunun Temeli Olma Noktasında Sürekli Tartışma Konusu Edilen “Kamu Hizmeti” Kavramına Giriş

Prof. Dr. E. Ethem ATAY-Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

-Danıştay Kararları Işığında Kamu Hizmetine Egemen Olan İlkeler

Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN-Danıştay Üyesi

-İmar Hizmetlerinin Mahalli Kamu Hizmetleri Niteliği ve Kamu Hizmetinin Görülme Usulleri Açısından Değerlendirilmesi

Prof. Dr. Halil KALABALIK-İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- Kamu Hizmeti ve Kamu Görevlileri

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ-Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

-Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Kamu Görevlisi Kavramı

Prof. Dr. Mustafa AVCI-Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

-Kamu Hizmetinin Değişkenliği İlkesi Bağlamında Akıllı Polislik Uygulamaları

Doç. Dr. Begüm İSBİR-Polis Akademisi Başkanlığı Güvenlik Bilimleri Enstitüsü

-Sağlık Hizmetlerinin Sunumundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Ahmet SARAÇ-Danıştay 10. Daire Üyesi

-Tıbbi Müdahalelerde Ortaya Çıkan Komplikasyonlarda Süreç Yönetimi ve Sorumluluk

Doç. Dr. Emine CİN -Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

-Sağlık Kamu Hizmetlerinde Kamu-Özel Ortaklığı

Dr. Çolpan MÜCAHİT KÜÇÜK-Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör: Prof. Dr. M. Emin AKGÜL

**KAMU HUKUKUNUN VE ÖZELLİKLE İDARE HUKUKUNUN TEMELİ OLMA
NOKTASINDA SÜREKLİ TARTIŞMA KONUSU EDİLEN
“KAMU HİZMETİ” KAVRAMINA GİRİŞ**

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku ABD Öğretim Üyesi

https://www.lex-publica.com/impression/cours/dadmgen/acrobat/service_dag_2023-2024.pdf

« Personne n'a jamais réussi à donner du service public une définition incontestable : le législateur ne s'en est pas soucié, le juge ne l'a pas voulu, la doctrine ne l'a pas pu. »

“Hiçbir kimse tartışmaya konu edilemeyecek bir kamu hizmeti tanımı yapmayı başaramamıştır: Kanun koyucunun bu anlamda bir endişesi, yargıcın isteği olmamış ve öğreti de tanımlamayı yapamamıştır.”

TRUCHET Didier: “Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : label de service public et statut de service public”, AJDA, 1982

« Le service public recouvre toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante »

“Kamu hizmeti ifa edilmesinin güvencesi, kurala bağlanması ve kontrolü yöneticiler tarafından yapılır. Zira toplumsal bağımlılığın gelişimi ve gerçekleşmesi bu etkinliklerden olduğu kuşkusuzdur ve kamu hizmeti doğası uyarınca tam anlamıyla ancak yöneticinin gücünün müdahalesiyle gerçekleşebilir.”

DUGUIT Léon: Traité de droit constitutionnel
(Tome 1, Théorie générale de l'État), Paris 1911, sh. 99.

“Kamu hizmeti, düzenli bir şekilde yerine getirilen, kanun koyucunun yeterince önemli bir çıkar için öngördüğü kamu hukuku prosedürlerinin tamamı tarafından güvence altına alınmış toplumsal yararın (l'utilité publique) sunulmasıdır. Ancak bu kavramın tanımında ayrıcalıkların tamamından yararlanamayan ekonomik ve ticari hizmetler (les services industriels et commerciaux) örneğiyle açıklanan hususların ayrıksı tutulmalı, en azından bu hizmetlerle ortaya konulan amaç için talep edilen tarafından güvence altına alınabilme söz konusu olmalıdır.”

1936 tarihli l'Arrêt Société des Etablissements Veizia
kararına ilişkin görüşte dile getirilen

Hükümet Komiseri Latournerie'in tanımı

Hukuki olduğu kadar siyasi bir niteliği de bulunan kamu hizmetinin (amme hizmeti, umumi hizmet, hidemat-ı umumiye) tanımı (la définition du service public) zaman içinde gelişim seyri izlemiştir. Kavramın tanımlanmasında öğreti ve içtihat başat rol oynamış, istisnai olarak da yasal metinlerde bir etkinliğin kamu hizmeti niteliği taşıdığı genel bir tanımlama yapılmaksızın verilmektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, kamu hizmetinin tanımlanmasındaki ilk yaklaşım olan kavramın kamu yararını bir ihtiyacını tatmin etmeyi amaçlayan kamunun etkinlikleri şeklindeki tanımı, özel hukuk tüzelkişinin bu tür etkinlikleri yürüttüğü durumlarda etkinliğini yitirmektedir.

Kamu hizmeti kavramına yönelik ilk yaklaşım olan kavramı genel çıkarın bir ihtiyacının karşılanmasını hedefleyen kamusal idarelerin bir etkinliği şeklindeki tanımlama, kavramın gerçekliğini yeterince hesaba katmadığından bahisle eleştirilmektedir. Bu anlamda özellikle bir veya birden fazla özel hukuk kişisinin örgütlenme anlamında bir referansı olamamasına rağmen kamu hizmeti addedilebilecek bir etkinliğin yönetiminin ve yürütülmesi halini öne sürülmektedir.

Aynı şekilde kamu hizmetinin nitelendirilmesi ve tanımlanmasında kullanılan organik, şekli, maddi ve hatta temel finansmanında veya hizmetin hayata aktarılmasındaki yöntemlerin her biri her halükârda sorunludur. Zira dernekler, hükümet dışı/sivil toplum örgütleri kamu hizmeti niteliğindeki hizmetleri yürütmektedir ve dolayısıyla ölçütler tek başına bir kamu hizmetini nitelendirmede yeterli olmaz. Bu nedenle ölçütlerin bazen birkaçının, bazen de hepsinin bir arada aranması söz konusu olabilmektedir. Belirtmek gerekirse, yargı kararları da bu realiteden hareketle konuya ilişkin kararlarında çekingen davranmakta, net bir tavır sergilememekte ve belli bir ölçüte yönelik içtihatla bulunamamakta, her bir somut uyuşmazlık için farklı mahiyette kararlar verebilmektedir.

Kamu hizmeti kavramı en genel bir tarzda bir kamu tüzel kişiliğince üstlenilen ya da gözetim ve denetim altında bulundurulmuş en azından kısmen kamu hukuku kurallarınca yürütülen etkinliklerdir. Bu kapsamda bu tür bir hizmetin özel hukuk hükümlerine tabi kılınması halinde endüstriyel ve ticari kamu hizmetinden (services publics industriels et commerciaux), buna karşılık kamusal yönetim usullerine tabi kılınması halinde idari nitelikli kamu hizmetinden (services publics administratifs) söz edilir. Bir bakış açısına göre kamu hizmeti, gerektiğinde kamu kudretinin ayrıcalıklarına dayanmak suretiyle hizmetin duyduğu ihtiyaçları temin edecek hukuki bir rejime tabi kılınmış kamu yararının bir misyonu olarak tanımlanır. Basit anlamda bu denge kamu hizmetinin bir kamu tüzel kişiliğine ve kamu hukuku rejimine bağlanmasını ifade eder.

Kamu kudretinin misyonlarındaki yaygınlaşmanın etkisi altında basit ve dar kapsamlı olarak yapılan kamu hizmeti kavramının tanım iki boyutlu bir kesintiye uğramıştır. İlk olarak I. Dünya Savaşı'nda o ana kadar görülmemiş bir şekilde kamu kudreti misyonlarındaki gelişim sonucunda endüstriyel ve ticari alanda kamu tüzel kişilerinin girişimlerini hukukileştirmiştir. Kamu kudretinin müdahale alanındaki bu gelişime göre kamu tüzel kişilerinin özel teşebbüsler gibi işlevleri yürütebilecekleri ve genel hukuk şartları dahilinde kamu hizmeti etkinliklerini gerçekleştirebilecekleri kabul edilmiştir. Böylece endüstriyel ve ticari kamu hizmeti kavramı ve kamu tüzel kişilerinin özel yönetim usulleri ortaya çıkmıştır. Müteakiben 1930'lı yıllarda ekonomik kriz konteksi içinde ekonomik ve mesleki örgütlenme zorunluluğu özel kişiler tarafından kamu hizmeti etkinliklerinin yürütülebileceğinin kabulü ile neticelenmiştir. Böylece özel hukuk kişilerinin kamu hizmeti etkinliklerini yürütmekle yükümlü kılınabileceğinin kabulü ve bununla özel kişilerin kamusal yönetim fikri kabul görmüştür.

Kamu hizmeti kavramının bu krizi bir kenara bırakılırsa maddi ölçütü (bir genel çıkar misyonunun uygulanması/l'exercice d'une mission d'intérêt général) organik ölçütün (bir kamu tüzel kişisinin doğrudan veya dolaylı bir şekilde denetim/le contrôle, direct ou indirect, d'une personne publique) bir kombinasyonu yoluyla her zaman için nitelendirilebileceği ortaya çıkmak zorundadır.

Böylece Fransız Danıştayı'nın 1999 tarihinde kamu yararı konulu kamu raporunda (Rapport public consacré à l'intérêt général en 1999) kamu hizmeti "bir kamu yararı etkinliğinin ya bir kamu tüzel kişinin yükümlülüğü altında ya da onun katı bir tarzdaki denetimi altında yürütülmesi" olarak tanımlanmıştır. Bu bakış açısı müteakip yakın tarihli kararlarına kamu hizmeti kavramının birbirinin alternatifi ve tamamlayıcısı iki tanıma karşılık verebilme yeteneğine sahip olduğunu net bir şekilde ortaya koymuştur. Bunlardan ilki bir kamu yararı misyonunun uygulanması, idari denetim ve kamu kudreti ayrıcalıklarına yönelik tahsis olarak ifade edilen üç ölçütün birlikteliğinden çıkarılan husussa dayandırılmaktadır. Kamu kudretinin ayrıcalıklarının bulunmaması ikinci kamu hizmeti tanımının vücut bulmasına sebebiyet vermiş ve buna göre uygulanan kamu yararı etkinliği, oluşturulmasının şartları, yükümlülüğü üstlenen kişinin işlevi veya örgütlenmesi, bunlar için zorunlu kılınan borçlar olduğu gibi hedeflenen amaçların teyidi için alınacak önlemlere kamu hizmetine ulaşılmış olunur.

Bu tanımların katı olmaması kamu hizmetlerinin şekillerindeki gelişimlerin uyumluluğu ve anlaşılmasına imkân tanımayı amaçlamıştır. Böylece kamu hizmeti tamamlayıcı iki sebeple gelişme gösteren alanını görmüştür: kamu yararı kavramının kabulü vatandaşların beklentilerini değiştiren anlayışlar ve sosyal beklentilerin gelişimin aksine günümüzde çok yaygın bir hal almıştır. Böylece öncelikle kültürel kamu hizmeti kavramı ekarte edilmiş sonrasında da kutsallaştırılmıştır. Buna rağmen sadece bir kamu yararı misyonu değil, yeterince bir kamu yararının gerekliliği şarttır.

Kamu hizmeti kavramı geniş kapsamlı bir kavramdır (une notion étendue) ve bir kamu tüzel kişiliğinin kamusal bir çıkarın duyduğu ihtiyacın temin edilmesine yönelik bütün faaliyetleri olarak tanımlanmakta ve ülkemizde Fransa'dakiyle benzerlik gösteren üç tür etkinliğe tatbik edilmektedir: İlk olarak polis, savunma, adalet, kamu maliyesi ve idare gibi **devletin hükümlerinin somutlaştığı etkinlikler** (les fonctions régaliennes de l'État) kavramının kapsamına girmektedir. Bunların tamamıyla zorunlu olarak vatandaşlardan alınan vergi vb. mali yükümlülüklerin karşılıklarından elde edilen kamusal gelirlerden karşılanması söz konusu olup, idare hukuku ilkeleri çerçevesinde kamu idarelerince yerine getirilmektedir. İkinci grup etkinlikler **piyasa ekonomisine tabi olmayan yani ticari sektör içinde yer almayan** (secteur administré non marchand) ve **idari sektörün yürüttüğü etkinliklerdir**. Milli eğitim, sağlık, sosyal güvenlik ve sosyal yardımlar, kültürel ve sportif etkinlikler, karayolları, demiryolları ile içme suyu temini gibi zorunlu ve tekel niteliği taşıyan altyapı tesisleri bu grubun belli başlı bilinen örnekleridir. Bu gruba giren etkinliklerin finansmanı kural olarak ilgili kamu tüzel kişinin bu hizmetlerin yürütülmesini özel kişilere veya kuruluşlara vermiş olsalar dahi birinci grupta olduğu gibi kamu maliyesince toplanan vergiler vb. mali yükümlülükler karşılığında mali yükümlülüklerden elde edilen giderlerden ödenmektedir. Üçüncü grup ise **piyasa ekonomisine yani ticari sektöre** (secteur marchand) **tabi etkinliklerdir**. Burada endüstriyel ve ticari kamu hizmetleri söz konusudur. Bu etkinlikler ilke olarak ticari etkinliklerden elden edilen gelirlerle finanse edilir ve kamu idarelerince aynı anda hem idare hukukuna hem de özel hukuka tabi kılınmak suretiyle yerine getirilmektedir. Taşıma, enerji, posta ve telekomünikasyon hizmetleri bu grubun belli başlı örnekleridir. Bu kategori kamu hizmeti kavramının kapsamını genişletmiş ve genişleme kendini farklı durumlarda olduğu gibi hukuki rejim alanında kendini göstermekte ve nihayetinde de kamu yararı kavramını anlamının yaygınlaşması ve genişlemesi de bahse konu olmuştur.

Kamu hizmeti kural olarak bir kamu tüzel kişisi tarafından veya onun gözetimi ve denetimi altında genel hukuktan farklı bir rejime tabi kılınmış bir şekilde kamu yararının sağlanmasına ilişkin etkinlik olarak Fransız hukukçu André de Laubadère tarafından yapılan bu tanıma hali hazır hali ve gelişiminde deki ufak tefek ayrıntılar açısından yapılan eleştiri ve eklemeler bir yana bırakılırsa, sadık kalınmıştır.

Kamu hizmetini geleneksel olarak tanımlayan doktrin (öğreti) kavramın varlığını üç şartın bir araya gelmesi zorunluluğuna bağımlı kılmıştır. Öncelikle kamu yararının sağlanması olarak nitelendirilecek bir etkinlik (la présence d'une activité considérée d'intérêt général) olmalıdır. Bu etkinlikle bir kamu tüzel kişiliği arasında katı veya gevşekte olsa bir ilişki içinde bulunması söz konusu olmalıdır (un lien plus ou moins étroit avec une personne publique).

Üçüncü olarak da söz konusu etkinliğin özel hukuk kurallarından farklı bir rejime tabi kılınması (la soumission de cette activité à un régime exorbitant du droit privé) gerekir. Bu üç şart genellikle üstün gücün koruyucusu ve doktriner kavramların (les conceptions prétoriennes et doctrinales) karışımı olarak iki boyutlu bir çalışmayı sunmaktadır.

Gerçeği söylemek gerekirse, kamu hizmeti kavramı genel hukuktan ayrılan şekillendirilmesi yapıldığı andan itibaren hukukun merkezinde yer alan kavramlardan biri olmuştur. 8 Şubat 1873 tarihli Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Blanco Kararı'nda kamu hizmeti kavramı özel hukuktan ayrı, bağımsız bir hüviyeti olan özgün hukukun yani idare hukukunun temel bir kavramı olarak sayılmıştır. XX. Yüzyılın ilk yarısında Fransız öğretisi kamu hukukunda kamu hizmeti kavramıyla yüzleşmiştir. Bu bağlamda iki öğretinin (ekolün) biri birinden ayrılarak farklı argümanlar üzerine inşa ettikleri teoriler söz konusu olmuştur. Bahse konu bu iki öğretinin Fransız ve bu ülkeden çok etkilenmiş olan ülkemizin öğretisi tarihi üzerinde ve aynı şekilde kamu hizmeti kavramı bağlamında büyük ve önemli bir yer tuttuğu her türlü izahtan uzak bir gerçekliktir.

Bu öğretilerden en önemli temsilcileri Léon DUGUIT ve Gaston JÈZE olan **kamu hizmeti ekolü** (l'école du service public) adını alan birincisi, kamu hizmetini öncelikle idare hukukunun ve müteakiben de kamu hukukunun merkezine oturtulmuş bir kavram olarak sunmaktadır. Bu öğretiye göre kamu hizmeti toplumsal önemine binaen yöneticiler tarafından kurula tabi kılınan ve güvence altına alınması zorunlu etkinliklerin tamamıdır. DUGUIT bu önemin sosyal bağımlılıkla (l'interdépendance sociale) tanımlanma ve söz konusu bağımlılığın yöneticilerin sosyal işlevlerinden ayrılan temel etkinlikler yani kamu hizmeti olarak değerlendirilen güvence altına alınmış zorunluluklar olmasını istemektedir. Kamu hizmeti öğretisi aynı şekilde kamu hizmetinin maddi ölçütüyle tanımlanmasının sosyal bağımlılıktan kaynaklandığını ve tamamı veya her birinin gözlemlenmesi halinde bu gözlemlenmenin hangi tür etkinliklerin devletin tarafından yürütülmesi gerekliliğinin belirlenmesine de imkân tanıyacağını ifade etmektedir. DUGUIT, Conseil d'Etat'nın kararlarında kamu hizmetinin maddi anlamdaki ölçütün bulunmamasının bu hususun sebebi olduğunu ileri sürmektedir. Bu durum kamu hizmetine ilişkin etkinliklerin tanımlanması anlamında nispi anlamda belirsizliğin oluşmasının nedeni olduğunu belirtmektedir.

Kamu hizmeti öğretisi dayanakları alanında olduğu kadar kamu hukuku nezdinde kavramın oynadığı rolün yeri anlamında yoğun eleştirilere muhatap olmuştur. En önemli temsilcisi Maurice HAURIOU olan **kamu kudreti öğretisi/ekolü** (L'école dite de la puissance publique) kamu hukukuna yeni bir bakış açısı getirerek, kamu hizmeti kavramının önemini nisbileştirmiştir. HAURIOU'ya göre devleti karakterize eden devletin kudreti, kamu hizmetinin temel taşı niteliğini taşıması gerekir. Kamu kudreti bununla birlikte bütün kamu hizmetlerinin amacını oluşturan kamu yararının tatmin edilmesi işlevini yerine getirmesi zorunluluktur. Kamu hizmeti kavramı üzerine öğretinin bakış açıları kurumsal değişimler ve siyasal ve manevi değerlerdeki değişime göre asırlar boyunca ilerlemeler göstermiştir.

Kısacası başlangıçta kamu hizmeti öğretisi kamu hizmeti ile kamu tüzelkişisi arasında işin doğasından kaynaklanan bir ilişkinin bulunduğunu ve bu durumun idare hukukunun uygulama alanının ve idari yargının görev alanının belirlenmesinde etkili olduğu ifade edilmiştir. Bu husus idari rejimin anavatanı olan Fransa'da 8 Şubat 1873 tarihli ünlü Blanco Kararı'na dayandırılmış ve buna göre de kamu hizmeti aynı zamanda bir organın yani kamu tüzelkişisi ve bir idari etkinliktir (activité publique). Burada ifadesini bulan ve kavramın tanımlanmasında kriter (ölçüt) olarak gösterilen organik ve fonksiyonel anlayış daha sonra hızlı bir şekilde mevcudiyeti ve etkinliğini kaybetmiştir. Bu anlamda Fransız Danıştay 22 Ocak 1921 tarihli Soc. commerciale de l'Ouest Africain kararında bir kamu tüzelkişisinin bir özel hukuk tüzelkişisi gibi davranabileceği yani etkinliği söz konusu olabileceğini ve bu tür bir durumda idare hukukunun tatbik edilmesinin mümkün olamayacağını net bir şekilde ifade etmiştir. Ayrıca Fransız hukukunda idari yargıç 13 Mayıs 1938 tarihli Caisse primaire d'aide et protection kararıyla bunun tersi olarak bir özel hukuk tüzelkişisinin kamu hizmeti yürütebileceği/sunabileceğini de kabul etmiştir.

Bu sebeptendir ki, kamu tüzelkişiliği ile kamu hizmeti kavramının tam anlamıyla etkinlik anlamında her zaman örtüşmediği rahatlıkla söylenebilmektedir. Kamu hizmeti kural olarak kamu tüzel kişiliği ile arasındaki ilişki gelişmekte olan kamu yararına yönelik etkinlik şeklinde tanımlanabilir.

Buradan da anlaşılacağı üzere kamu hizmeti kavramı kamu yararını tatmin etmek amacıyla (dans le but de satisfaire l'intérêt général) idarenin sorumluluğu altında yürüttüğü görevlerini ifade eder. Kamu hizmetine ilişkin etkinlikler çok farklı şekillerde kendini göstermektedir ve kamu yararı kavramı genel olarak şartlara bağlı bir şekilde işlevini yerine getirir. Gerçekten de kamu yararı zamanın ve mekânın özelliklerine bağlı şartlara göre tanımlanmakta ve şekillenmektedir. Bundan çıkan netice şudur ki, idare kavramı kamu hukukunda değişkenlik göstermek suretiyle bir yer işgal eden etkinliklerin yürütülmesi veya denetlenmesidir.

Kamu hizmetinin tanımlanmasında idari yargıda kamu yararı ölçütünün (le critère de l'intérêt général) kullanıldığı bilinmektedir. Bununla birlikte buradaki zorluk kamu yararı kavramının tanımlanmasından kaynaklanmaktadır. Zira kamu yararı siyasal organ (parlamento, meclis) tarafından tanımlanmakta ve kararlaştırılmaktadır. Burada kavramın zaman içinde anlamlandırılması ve sübjektifliği hep gündemdedir. Bu bağlamda idari yargıcın bir etkinliğin kamu yararına yönelmesi, bu amaçla yürütülmesi halinde kamu yararı ölçütünün mevcudiyeti ve geçerliğin olduğunu teyit etme ve güvence altına almaya yönelik bir tavır sergilediği bilinmektedir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda etkinliği amacı, konusundan daha fazla önem kazanmakta ve onun önüne geçmektedir.

Kamu hizmetinin tanımlanmasındaki ilk yaklaşım olan kavramın kamu yararını bir ihtiyacı tatmin etmeyi amaçlayan kamunun etkinlikleri şeklindeki tanımı özel hukuk tüzelkişinin bu tür etkinlikleri yürüttüğü durumlarda etkinliğini yitirmektedir.

Bir etkinliğin kamu yararını sağlamayı amaçladığına karar verilmesinde teorik anlamda bazı değerlendirmelerden yararlanılır ve onlar dayanak olarak gösterilir. Şöyle ki, kamu yararı özel çıkardan ayrılır ve özel çikara toplumun ortak yararına dayanmak suretiyle empoze edilebilme özelliğine sahiptir. Böylece çok sayıda kişileri tatmin eden kamu yararı etkinliği ile çok faydalı etkinlik arasındaki karşıtlık ortaya konulmaktadır. Daha net bir ifadeyle kamu yararı ölçütü kuşkusuz kamu güvenliği, adalet, milli güvenlik gibi devletin egemenliğinin somutlaştığı etkinliklerle ilgili olduğunu kabullenmiş, tanımıştır. Netice itibariyle bu ölçütün tatbikinde doğası uyarınca kamu yararı etkinliğinin bulunmadığı ölçüde diğer alanlara uygulanabilecektir.

Bir kamu hizmetinden söz edebilmek için yukarıda da işaret edildiği üzere öncelikle ilk şart olarak kamu hizmetinin kamunun, genelin yararı (intérêt général) amacıyla oluşturulup, gerçekleştirilmesi gerekir. Bununla birlikte kamu yararının oldukça sübjektif bir nitelik taşıdığı ve tanımlanmasının oldukça güç olduğunun ifade edilmesi yerinde olacaktır. Genel bir tanımlamayla kamu yararının "kollektif bir ihtiyacın karşılanması, giderilmesi amacıyla gerçekleştirilen etkinlik" (une activité qui a pour but de satisfaire un besoin collectif) olduğu söylenebilir. Bu anlamda özel çıkarlardan farklılaşan, onların üzerinde yer alan çıkarların kamu yararını oluşturduğu anlamı çıkar. Bununla birlikte günümüz toplumu basit bir şekilde özel çıkarla kamu yararının arasındaki karşıtlığı ortaya koyabilmek pek de kolay bir iş değildir. Diğer yandan zamanın ve mekânın şartlarına bağlı olmak üzere kamu yararı kavramı sürekli gelişen ve değişen bir kapsam ve içeriğe sahiptir. Yüzyılın başında kamu yararı kavramı katı bir anlamda değerlendirilmiş ve toplumun asli anlamda ihtiyaçları gibi anlaşılan su, gaz, elektrik, toplu taşımacılık gibi bazı kamu hizmetleriyle sınırlı bir anlam taşıdığı bilinmektedir. İzleyen süreçte kamu yararı kavramı dikkati çekecek bir ölçüde boş zamanların geçirilmesi, eğitim, sosyal güvenlik ve sportif alanlarında olduğu gibi halkın yeni ihtiyaçlarını kapsayacak bir ölçüde genişletilmiştir.

Bu çerçevede içtihat kamu yararı kavramını geliştirecek bir tarzda sosyal refah devletinde görülen gelişme içerisinde her zaman kamu yararının varlığını daha geniş bir kapsam içinde (tiyatro, kültürel, sportif, boş zamanların veya turizm konularında olduğu gibi) değerlendirilmesini kabullenmiştir. Kamu yararının amacı bunlarla ilgilenmemekte veya verimli olarak görülmemektedir. Diğer bir ifadeyle kamu hizmetinin ilgili olduğu alanlar zaman içinde gelişme göstermiştir.

Kavramın düzenin tesisi ve regülasyonun sağlanması amacıyla bağlı hususları, sosyal ve sağlığa, eğitime ve kültüre veya hatta ekonomik konulara ilişkin korumalar, takip ettiği bilinmektedir.

Kamu hizmeti kavramı idare tarafından gerçekleştirilen ve onun sorumluluğu altındaki etkinliklerdir. Söz konusu etkinlik kamu hizmetinden yararlananlara sunulan bir ihsan niteliğiyle tanımlanmaktadır. Bu sunulan etkinlikler muhtelif şekillerde gerçekleştirilmektedir. Bu kapsamda doğal gaz veya elektrik hizmetlerinin yerine getirilmesi örneklerinde olduğu gibi **maddi nitelikli** olabileceği gibi mali bir sübvansiyon, prim ödenmesi veya sosyal anlamda mali bir imkân tanınması şeklinde bahsedilen **finansal nitelikli** veya eğitim, sportif veya kültürel etkinlikler gibi bir **hizmet** şeklinde olabilir. Bu anlamda etkinliklerin sunulması idarenin kurallara tabi kılma işlemlerinin yani idari kolluk etkinliklerinin aksi niteliklerini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte belirtilen bu karşıtlık esas itibarıyla bir kural tesis etmekten ibaret olan yargıcın kamu hizmeti etkinliğince bilinen etkinliklerini ortaya koyduğu ölçüde övgüye değer bir durumdur. Diğer bir hususta idari kolluğun düzenlemelerinin yürürlüğe konulması kamu hizmetine ilişkin milli veya yerel ilgili kolluk aracılığıyla gerçekleştirilir.

Kamu Hizmetinin Temel İlkeleri (Les grands principes du service public)

Kamu hizmeti birtakım ilkelere cevap verecek özellikleri bünyesinde taşımaktadır. Kamu hizmetinin hukuki rejimi kamu hizmetlerinin iyi bir şekilde yürütülebilmesine imkân sağlayan ve Rolland Kanunu (lois de Rolland) olarak bilinen üç temel ilkenin etrafında örgütlenmiştir.

Kamu Hizmetinin Sürekliliği İlkesi (La continuité du service public): İlke Fransız Hukukunda kesintiye uğramadan kamu yararının gereklerine cevap verecek gereklilikler üzerine oturtulan Anayasa Konseyi'nin kararı uyarınca¹ anayasal değeri haiz bir ilke olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte hizmetlerin niteliklerine bağlı olarak bu ilkenin içeriği farklılık gösterir. Bu anlamda hastanelerin acil servisleri, itfaiyenin etkinlikleri diğer kamu hizmetlerine oranla öngörülen çalışma saatleriyle bağlı olmaksızın günün her saatinde kesintiye uğramaksızın hizmetlerini/etkinliklerini yürütmekle yükümlüdür. Fransız Danıştay'ın içtihadına göre açıklanan, ilan edilen gecikmeli açılma, erken kapanma (ouverture tardive, fermeture hâtive) gibi çalışma saatlerine riayet etmemeleri halinde bir yaptırıma muhatap olma riski taşır. Bununla birlikte, kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi polis, askerler de olduğu gibi birtakım sektörler açısından tamamen; özellikle havayolları, demiryolları, televizyon ve radyo sektörleri (navigation aérienne, transports ferroviaires, télévision et radio, notamment) örneklerinde olduğu gibi bazı sektörlerde de asgari hizmetin yürütülmesiyle sınırlı olmak suretiyle grev hakkıyla (droit de grève) uyum halindedir. Kısacası kamu hizmetinin sürekliliği, kaldırılıncaya kadar düzenli ve fakat niteliğine bağlı olarak sürekli yürütülmesi zorunluluğu bulunmayan hizmetin işleyişinin zorunluluğunu ifade eder.

Kamu Hizmetleri Önünde Eşitlik İlkesi (L'égalité devant le service public): 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde (la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) öngörülen herkesin kanun önünde eşitliği anlamındaki genel ilkesinin yaygınlaştırılmasıyla anayasal nitelikli bir ilke niteliği taşımaktadır. Herkesin kamu hizmetlerine girme hakkına (un droit égal à l'accès au service) sahip olması, kamu hizmetlerinden kaynaklanan yükümlülüklerin finansmanı yükümlülüğüne eşit bir şekilde katılma (tercihe bağlı olanlar hariç eşit tarifeler/égalité tarifaire sauf pour les services facultatifs) ve özel bir ayrıcalıktan yararlanma, ayırma uğramaksızın diğer kamu hizmetlerinden yararlananlar gibi aynı muameleye tabi kılınması bu ilkenin gereklerindedir. Eşitlik ilkesinin bir uzantısı olmak üzere kamu hizmetinden yararlananlardan birine karşı ırkçı tavır sergileme örneğinde olduğu gibi kamu hizmeti ifa eden bir kamu görevlisinin tarafsızlığından sapma, ağır bir deontolojik kusuru oluşturur.

¹Décision 79-105 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1979.

Kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesi kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin (l'égalité des citoyens devant les charges publiques) bir görünümü olarak ortaya çıkmıştır. Eşitliğe ilişkin bu ilke idari kamu hizmetleri alanında olduğu gibi ticari ve endüstriyel kamu hizmetleri alanında uygulama alanı bulmaktadır.

Bu ilke kanun önünde ilkesinin anayasal niteliği ve değerinin uyumlaştırıldığı ölçüde anayasal ilke özelliğine de sahiptir. Bu ilkeye eşitlik ilkesinin hizmetten yararlananların benzer durumda oldukları ölçüde uygulanabilirliği söz konusu olur. Bu sebeple hem Türk Hukukunda hem de Fransız Hukukunda Anayasa Mahkemesi yargıcı farklı statüde bulunanlara kanuni düzenlemelerle farklı uygulamaların öngörülmesi pozitif ayrımcılıkta olduğu gibi ilkenin uygulanmasına bir engel olarak değerlendirilmesi ve yorumlanması söz konusudur. Eşitlik katı anlamdaki eşitlik olarak değil, tam aksine başlangıçta eşit olmayan bir statüsünde bulunan kişiler için farklı işlemlere tabi tutulma gerekliliği netice itibarıyla önemli ölçüde bir dengenin sağlanmasına imkân verir.

Kamu hizmetlerinden eşitlik ilkesi uyarınca yararlanma özellikle kamu hizmetine girme hakkı, kamu hizmetleri karşısında hizmetten yararlananların eşitliği, kamu külfetleri karşısında eşitlik ve hizmetin tarafsızlık ve laiklik ilkesinin gereklerine uygun yürütülmesi şeklinde somutlaşır.

Kamu hizmetinin sürekliliği (la continuité) ilkesi kamusal hizmetlerin tamamında geçerli olduğu gibi aynı zamanda ticari ve endüstriyel kamu hizmetleri açısından geçerliliğe sahiptir. Bu ilkenin uygulanmasında karşılaşılan temel zorluk grev hakkının anayasal boyutta tanınması halinde kendini gösterir. Aynı şekilde asgari hizmetin sunulması alanında zorla çalıştırmada da öngörülebilir.

Değişkenlik ve Uyum Sağlama (l'adaptabilité ou mutabilité) İlkesi: Kamu hizmetinin toplumsal gelişime uyum sağlaması, ayak uydurabilmesi gerekliliğinin bir sonucudur. Bu anlamda idare edilenlerin özellikle de hizmetin yürütülmesine ilişkin teşkilatlanmanın esnekliğiyle ve örneğin XX. Yüzyılın başlarında gaz ile aydınlatmadan elektrikli aydınlatılmaya geçilmesinde olduğu gibi teknik alandaki gelişmelerin takip edilmesi zorunluluğuna cevap vermektedir.

Kamu hizmetinin değişkenliği ve günün şartlarına uyum sağlayabilmesi kamu yararının karşılanması zorunluluğuna, kamu hizmetinin başlangıçtan itibaren var olan ve değişmez bir hüviyete sahip amacına cevap vermektedir. Kamu hizmetinin uyum sağlayabilme özelliği (le principe d'adaptation) değişkenlik gösteren kamu yararının gereklerini izleyebilmesi yeteneğini ifade etmektedir. Gerçekten de kamu hizmeti zaman içinde ortaya çıkan yeni ihtiyaçları gidermeye, onlarla uyumlaşmayı sağlayabilecek bir niteliği haiz olması şarttır. Böylece hizmetten yararlananlar kamu hizmetinin günün ihtiyaçlarını karşılayıp cevap veremediği durumlarda bahse konu hizmetlerin varlığının devamını talep edebilme anlamında bir hakka sahip değillerdir. Sonuç olarak kuvvetle muhtemel olan ihtimal kamu hizmetinin yürütülmesindeki kurumsal yapılar ve düzenlemeler zaman içinde ortaya çıkan yeni durumlar ihtiyaçlara göre değişebilmektedir.

Bu kapsamda kamu hizmetlerinin tarafsızlığı kamu yararının kamu hizmetinin objektifliği için muhafaza edilmesi gerektiği ölçüde kamu hizmetine ilişkin temel ilkelerden birini oluşturur. Hiçbir kamu hizmeti özel birtakım çıkarların yerine getirilmesine ilişkin ayrıcalıkların sağlanması amacıyla kullanılamaz ve aynı şekilde kısmi bir amacın gerçekleştirilmesi amacıyla kullanılamaz.

Kamu hizmetinin kamu hizmetiyle uyumlaşması, kamu hizmetinin yeni teknolojik gelişmelere kamu yararı kavramının zaman ve makama göre değişkenlik göstermesi anlamıyla özellikle idari sözleşmelerin değiştirilmesi veya feshedilmesinde önem arz eder.

Kamu hizmetlerinin karşılıksızlığı (meccaniliği, bedavallığı) ilkesinin (le principe de gratuité) temelinde eşitlik ilkesinin uygulanmasının güvencesinin sağlanması fikri yatar. Ancak bu ilke ülkemizde ve başta Fransa olmak üzere idari rejimi benimseyen diğer ülkelerde iktisadi ve ticari kamu hizmetlerinin yaygınlaşmasına bağlı olarak eleştirilmiş ve büyük bir ölçüde terk edilmiştir. Şöyle ki, iktisadi ve ticari kamu hizmetleri bir yandan ilgili olduğu alanda özel hukuk mantığı ve yöntemleriyle hareket etmek suretiyle kamunun çıkarlarını tatmin edecek bir yapıyı gerektirir.

Diğer yandan da söz konusu etkinliğin ön plana çıkıp önem kazanmasıyla birlikte, yargı kararlarına da yansdığı üzere, kazanç elde etme niteliğine yönelik yönetim tarzının kamu mantığının egemen olduğu durumlarda gerçekleşmesi pek mümkün görülmemektedir.

Günümüzde kamu hizmetlerinin bedelsizliği ilkesi ancak bu hususun Anayasada veya kanunda öngörüldüğü durumlarda bahse konu olur. Metinlerden öngörülüyor olma dışında idari yargıcın hizmete ilişkin kanuni düzenlemeyi göz önünde bulundurarak kamu hizmetinin karşılıksız bir şekilde yürütülmesi gerekliliğine karar vermesi mümkündür.

Bu kapsamda sunulacak hizmetlerden yararlananlar yararlanmanın karşılığında bir bedel (ücret) ödemesi gerekmez. Buna karşılık ihtiyara bağlı bir hizmetin (prestations facultatives) sunulmasının söz konusu olduğu durumlarda bu hizmetin zorunlu bir kamu hizmetinin yürütülmesinin devamı, uzantısı söz konusu olmadığı durumlarda bir bedel mukabilinde yürütülebileceği kuşkusuzdur.

DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA KAMU HİZMETİNE EGEMEN OLAN İLKELER

Doç.Dr.Gürsel ÖZKAN²

GİRİŞ

İdare Hukukunun, hatta kamu hukukunun ana kavramlarından biri olan kamu hizmeti kavramı, dar ve teknik anlamıyla, “Devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından veya onların gözetim ve denetimi altında, toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yürütülen sürekli ve düzenli faaliyetleri” ifade etmektedir.

Kamu hizmetlerinin birtakım temel ilkeleri bulunmaktadır. Hizmetlerin, bu ilkelere uygun olarak yürütülmesi gerekmektedir.

Bu ilkeler; “süreklilik ve düzenlilik, genellik ve tarafsızlık, değişkenlik ve yeniliklere uyarlanma ile bedelsizlik” olarak içtihatlarda yer almış ve hukuk sistemimizde kamu hizmetlerine hâkim ilkeler olarak kabul edilmiştir.

Kamu hizmeti ilkeleri, birbirine sıkı sıkıya bağlı bir bütünün parçalarını teşkil etmektedir. Her ilke, diğeri ile bağlantılı olup biri olmazsa diğeri de anlamını yitirmektedir.

Bu tebliğde kamu hizmeti genel olarak açıklanacak ve Danıştay kararlarında yer verilen kamu hizmetine egemen olan ilkeler değerlendirilecektir.

A.KAMU HİZMETİ KAVRAMI VE TANIMI

1. Kamu Hizmeti Kavramı

Kamu hizmeti, idare hukukunun temel kavramlarından biridir. Kavram idare hukukunda idari işlem, idari sözleşme, kamu malı, kamu görevlisi ve memur, kamulaştırma, devletleştirme, idari yargının görev alanının belirlenmesi konularında kullanılan en önemli ölçüttür³.

Hatta kurucuları Duguit ve Jéze olan kamu hizmeti doktrinine göre idare hukuku, kamu hizmeti kavramı üzerine inşa edilmiştir. Bir başka ifadeyle, “devletin varlık sebebi, toplumun iyiliğine çalışmak, kamu için lüzumlu ve faydalı olan teşebbüslere girişmek ve bu teşebbüsleri gerçekleştirecek teşkilatı kurmak ve faaliyetleri yerine getirmektir”. Devlet, bu görüşe göre kamu hizmetleri teşkilatının bütünüdür⁴.

Kamu hizmeti kavramı, idarenin teşkilatlanması ile faaliyetlerini kurallara tabi kılan idare hukukunun varlık sebebini ve içeriğini belirlemektedir. Çünkü idare hukukunun özellikleri dolayısıyla idarenin kendi görev alanında ayrıntıya ilişkin ve katı olmayan bir düzenlemede bulunabilme yetkisi ile yani takdir yetkisi ile donatılması gerekmektedir. Ancak böyle bir halde de hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak bireylerin hak ve özgürlüklerinin hukuki güvence altında bulundurulması gerekir. Bu gereklilik idarenin ayrıcalıklarının ve etkinliklerin bir temele dayandırılmasını zorunlu kılmaktadır.

Kamu Hizmeti Doktrinine göre bu temel, kamu hizmeti kavramıdır. Kişilerin faaliyetleri ile kamusal faaliyetler arasındaki temel farklılık, yöneldikleri amaç anlamındadır. Özel kişilerin faaliyetleri aracılığıyla erişmek istedikleri amaç özellikle ticari ve kişisel nitelikte, yani subjektiftir. Bu amacın toplumsal çıkarın gerçekleştirilmesine yardımcı olduğu söylenebilir. Ancak yürütülen bu faaliyetlerde kullanılan araçlar ile kamu yararını gerçekleştirme amacına yönelik faaliyetlerin aracı aynı değildir. Bu anlamda kamu hizmeti hem idare hukukunun hem de idari yargıcın yetkisinin sınırını çizmektedir.

Kamu hizmeti kavramı, XIX. Yüzyılda ve özellikle de Fransız Hukukunda 8 Şubat 1873 tarihli Uyuşmazlık Mahkemesi’nin Blanco Kararıyla birlikte idare hukukunun merkezindeki bir kavram olmuş, daha sonra ideolojik bir anlam yüklenerek özellikle devletleştirme uygulamalarında, ekonomi politikalarında kullanılmıştır. Böylece kavram idare hukukunun yapısında ve gelişmesinde önemli ölçüde katkıda bulunmuştur.

² Danıştay Üyesi

³ ATAY Ethem Ender, İdare Hukuku, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, s. 552

⁴ EROĞLU Hamza, İdare Hukuku, Genel Esasları İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi, 5. Bası, Ankara 1985, s. 16

Özetle kamu hizmetinin uygulama alanındaki genişleme kavramın nitelendirilmesi anlamında belirsizliklerin ortaya çıkmasına ve idare hukuku anlamında ilk planda rol oynama özelliğini kaybetmesine ve nihayet yargı kararlarıyla da kavramın sınırları ve içeriğinde görülen anlayış farklılığı kamu hizmeti kavramı anlamında bir krizin ortaya çıkmasına neden olmuştur⁵.

2. Kamu Hizmetinin Tanımı

Kamu hizmeti geniş anlamda idarenin kolluk faaliyetleri, taşınır- taşınmaz malları, araç ve gereci de kamu hizmetinin bir parçası sayılır⁶. Kamu hizmeti mevzuatta tanımlanmamış, doktrin de her zaman bir yanı eksik bırakılmıştır. Nitekim, kamu hizmeti doğrudan ya da dolaylı olarak bağlı⁷ bulunduğu kamu idaresi dikkate alınarak organik ölçüte, genel yararının korunmasına yönelik etkinlikler göz önünde tutularak maddi ölçüte; hukuki rejimi dikkate alınarak şekli ölçüte göre tanımlanmaya çalışılmaktadır.

En yalın haliyle kamu hizmeti kavramı, “kamu yararına ilişkin bir ihtiyacı tatmin etmek için idarenin doğrudan veya dolaylı bir şekilde yüklendiği sürekli ve düzenli bir etkinliği” ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesi’ne göre kamu hizmeti, “devlet ve 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”⁸. Bu tanıma kamunun yasal bir dayanaktan hareketle özel sektörle ortaklaşa bir sözleşmeyle bir hizmetin ifasını sağlatması da eklenmesi gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki kamu yararına ilişkin bir yükümlülüğün bir kamu tüzel kişiliği aracılığıyla yerine getirilmesi ya da aynı anlamdaki bir yükümlülüğün yine kamu yararına ilişkin bir ihtiyacın giderilmesi amacıyla birtakım kamusal ayrıcalık ve üstünlüklerle donatılıp yükümlülükler altına sokularak bir özel kişiye verilmesinde; kamu hizmeti kavramı söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla kamu hizmeti esas itibarıyla “devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından ve istisnai olarak da özel hukuk kişilerinince yürütülen faaliyetlerdir”.

Özel kişiler tarafından kamu hizmeti niteliğinde bir faaliyetin yürütülebilmesi, o faaliyeti kamu hizmeti olarak nitelendiren organın bu hususta izin verdiğiine dair açık bir iradesinin bulunması şartına bağlı bulunmaktadır.

Kamu yararının gerçekleştirilmesine yönelik faaliyetlerin, yani “maddi anlamdaki kamu hizmeti” ve “organik anlamdaki kamu hizmeti” olarak da adlandırılan “kamu tüzel kişilerinin” yerine getirilmesi yükümlülüğünün bulunduğu hizmetleri içerecek şekilde kullanılmaktadır. Bir organizasyon bir idare anlamında kullanılan kamu hizmeti, belirli bir görevi veya bu göreve yakın mahiyetteki faaliyetleri gerçekleştirecek maddi araçlar ve personeli ifade ettiği durumlarda organik anlamda kullanılmıştır.

Anayasanın 70. maddesinde yer alan “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.” hükmünde kavram **organik** anlamda kullanılmıştır. Kavramın bu anlamda açıklanması günümüzde yeterli görülmemektedir. Çünkü kamu hizmetlerinin tamamının idarelerce yürütülmesi mümkün olmadığı gibi, idarelerin her türlü faaliyetleri kamu hizmeti sayılamaz.

Anayasanın 47/1. maddesindeki “Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.” hükmünde kavram maddi anlamda kullanılmıştır. Maddi anlamdaki kamu hizmetinde faaliyeti yürüten organların özelliğinden bağımsız olarak, faaliyetin mahiyetine bakılır. Bu anlamda kamu hizmeti tatmininde kamu yararı bulunan toplumsal bir ihtiyacın karşılanmasına yönelik faaliyetleri ifade eder⁹.

⁵ATAY, s.555

⁶YAŞAR Hasan Nuri, İdare Hukuku, İkinci Basım, Der Yayınları, İstanbul 2014, s. 154-171

⁷İdare hukukunda kamu hizmeti gören kurumları ile kamu idareleri arasında «bağlı», «ilgili ve ilişkili olarak en güçlüden en zayıfa doğru üç ilişki şekli var.

⁸AYM, E.1994/43, K.1994/42-2, K.T. 09.12.1994

⁹Maddi anlamdaki kamu hizmeti, bazı faaliyetler sahip oldukları niteliklerinden dolayı kamu hizmeti sayıldıklarını kabul eden ve kamu hizmeti için yönetici gücün devreye girip ‘hizmeti sunma, düzenleme ve denetleme’ gerekliliğini vurgulayan, kamu hizmeti nitelendirilmesinde kanun koyucunun iradesinin önem taşıdığı tezine karşı çıkan Duguit’in önderliğini yaptığı objektif kamu hizmeti yaklaşımını ifade etmektedir.

Kavramın bu anlayış çerçevesinden yapılan tanımı da günümüz şartları ve uygulamalarına organik anlayışta olduğu gibi uygun düşmemektedir. Çünkü söz konusu anlayışın kabulü halinde bireyin toplum içinde yaşamasının doğal bir sonucu olan iş bölümü olgusuna bağlı olarak yürütülen her türlü faaliyet; fırın, taşımacılık, eczane vs. işletmeciliği örneklerindeki gibi kamu hizmeti kabul edilebilecektir. Bu tür kabul halinde kavramın sınırları çok genişlemiş ve belirsiz bir niteliğe büründürülmüş olacaktır¹⁰.

Bunlara ilaveten kamu hizmeti kavramı, belli bir hukuksal düzeni yani kamu hizmeti olarak nitelendirilen faaliyetin gerçekleştirilmesinde kullanılan yöntem anlamında da kullanılmaktadır. Bu durumda “biçimsel (şekli) açıdan kamu hizmeti” söz konusu olmaktadır. Bu anlamdaki bir tanımlama da yetersizdir. Çünkü endüstriyel ve ticari anlamda kamu hizmetlerinin ortaya çıkması ve hukuk sistemlerinde düzenlenmesiyle birlikte bunlara büyük bir ölçüde özel hukuk hükümlerinin uygulanması biçimsel anlamdaki kamu hizmeti kavramının eleştirilmesine neden olmuştur.

Kıyasacası kamu hizmeti, “**organik anlamda**”, belirli bir hizmeti yürütmek için bir kamu tüzel kişisi tarafından tahsis edilen vasıta ve ajanlar, “**maddi anlamda**”, giderilmesinde toplumsal bir yarar olan ve toplumsal bir ihtiyacı gideren eylem ve girişimler, “**biçimsel anlamda**” ise kamusal yönetim usullerine tabi tutulan hizmetler şeklinde tanımlanır.

Kamu hizmeti olarak nitelendirilmiş bir hizmet; idari otoritelerin gerçekleştirilmesi için onlara yükümlülük getirilmesi durumunda organik kamu hizmetinden söz edilirken, kamu yararına ilişkin görevler için özel kişilerin iş birliğinde bulunması için onlara çağrıda bulunulmasının kabul edildiği andan itibaren de maddi anlamda kamu hizmeti ifade edilmiş olur. Bu çerçevede organik anlamda kamu hizmetinin belirlenmesinde güçlüklerle karşılaşılmaz iken, maddi anlamdaki kamu hizmeti kavramında, kavramın nüvesini oluşturan kamu yararı ve toplumsal çıkar kavramlarının belirsizliği söz konusudur.

Kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik faaliyet ve kamu tüzel kişilerin yürütülen faaliyetlerin kamu hizmeti sayılması tezleri; idarenin her zaman kamu hizmeti gerçekleştirmeye yönelik faaliyetleri olmadığı ve kamu hizmetlerinin sadece kamu tüzel kişileri tarafından değil günümüzde özel kişilerce de yürütülmesi dolayısıyla mutlak anlamda kabul edilemez¹¹.

Özetle kamu hizmeti özel bir hukuki rejime uygun olarak idare örgütü tarafından bizzat ve/veya bunların yakın denetim ve gözetimi altında yürütülen, yürütülmesinde kamu yararı bulunan ve bu hususun da siyasi karar almaya yetkili devlet organınca öngörüldüğü faaliyetlerdir.

B. KAMU HİZMETİNE EGEMEN OLAN İLKELER

Kamu hizmetinin görülüş usulü nasıl olursa olsun, hepsine egemen olan birtakım ortak ilkeler (özellikler)¹² bulunmaktadır¹³. Bunları; “süreklilik”, “değişkenlik”, “eşitlik” ve “bedelsizlik” olarak sıralayabiliriz.

Kamu hizmeti kavramı genellikle idarenin etkinlikleri ve idari teşkilatla eşit olarak nitelendirilir. Halbuki serbest piyasa ekonomisi bu eşitlik uygulanmasına karşı durmaktadır. Bunun nedeni kamu hizmetinin, devletin piyasaya müdahalesi olarak görülmesidir. Ayrıca birçok ülkede sivil toplum kuruluşlarının çevre koruma, hükümlülerin rehabilitasyonu, yaşlı ve yardıma muhtaçların bakımı, genç ve çocukların zararlı alışkanlıklardan ve bağımlılıklardan korunmasına ilişkin çalışmalarında kamu yararı olduğu kabul edilir.

¹⁰ Kamu hizmetlerinin tanımlanmasında ya da belirlenmesinde yasa koyucunun iradesinin esas olduğu görüşü Jéze savunmuş ve kamu hizmeti anlayışında tek belirleyicinin yöneticilerin iradesi olduğunu ifade etmiştir. Bu görüş subjektif kamu hizmeti anlayışını esas almıştır.

¹¹ Mahalli idareler tarafından görülen kamu hizmetleri yereldir. Kamu hizmetlerinden bireysel veya toplu biçimde ya da dolaylı veya doğrudan yararlanır. Abonman sözleşmeleriyle sunulan hizmetlerden ayrı ayrı ve doğrudan yararlanılırken, bayındırlık hizmetlerinden onu sunan kurumla bir ilişki kurulmadan yararlanır.

¹² GÖZÜBÜYÜK Şeref-TAN Turgut, İdare Hukuku Cilt: 1, Genel Esaslar, 14. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 684-691, GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 964-968; ÖZAY İL Han, Gümüşğında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 235-243; GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, Ankara 2017, s. 297-300; ÇIRAKMAN Birsen, “Kamu Hizmeti”, AİD, Cilt: 9, Sayı: 4, 1976, s. 81-85.

¹³ AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.498-500

Bütün bunlar sonuçta kamu hizmetlerinin hukuki rejiminin önemini ortaya koymaktadır.

Ülkemizde kamu hizmetinin sadece genel çerçevesi değil, neyin kamu hizmeti olduğunu da tespit edecek ve böylece kamu hizmetlerinden yararlananların hak ve özgürlükleri ile bu süreçte kamu hizmeti kurumlarıyla ilişkilerini de düzenleyecek yani kamu hizmetlerinin hukuki rejimini içeren bir yasanın çıkarılmaması nedeniyle kamu hizmetlerinin genel rejimi eskiden beri belirsiz kalmıştır.

Kamu hizmetlerinin içeriğine ilişkin konular yargı kararlarıyla belirlenmektedir¹⁴. Kamu hizmeti ilkelerinin başka bir boyutu bulunmaktadır. Bu boyut, anayasal ilkelerle ilişkili olmalarıdır. Özellikle eşitlik ilkesi bunların başında gelmektedir. Kamu hizmetinin bazı unsurlara sahip olması idare karşısında bireyin ve toplumun hukuksal güvencesi niteliği taşımaktadır¹⁵.

Kamu hizmeti oluşturulması siyasi bir tercihin sonucudur. Kamu hizmetinin belirlenmesi, içeriği ve kapsamı anlamında ideolojik yaklaşımlar söz konusu olmaktadır. Aslında kamu hizmeti kamu yararının somutlaştırılmasıdır. Dolayısıyla kamu yararının açıklanması sırasındaki hâkim ideolojik yaklaşım, sadece karar verilme aşamasında önem taşımakta, bir kez kamu hizmetine karar verilmiş ve o hizmetin hangi kamu organınca yerine getirileceği belirlenmiş ise artık siyasi anlayış ve düşünceler bir kenara bırakılmak ve kamu hizmeti objektif bir tarzda ilgililerine sunulmak durumundadır.

Kamu hizmetine egemen olan temel ilkeler kamu hizmetinin özellikleri olarak da ifade edilebilecek bu unsurların kesin bir listesi bulunmamakla birlikte, başlıcaları “**süreklilik, uyarılma, eşitlik-tarafsızlık**” ve ayrıca eski önemini kaybeden “**meccanilik**” olarak ortaya çıkmaktadır.

1. Kamu Hizmetlerinin Sürekliliği ve Düzenlilik İlkesi

Kamu hizmeti, kamusal bir ihtiyacı tatmin için kamu yararına yapılan bir faaliyet olduğu için sürekli yapılması gereken bir hizmettir. Toplumun genel ve ortak ihtiyaçlarının tatminine yönelik olarak yürütülen kamu hizmetinin kesintisiz ve düzenli olarak sunulması gerekmektedir.

Kamu hizmetinin sürekliliği, mevcut bir hizmetin, hukuken öngörülen kesintiler hariç düzenli verilmesini ifade etmektedir. Kamu hizmetinin devamlılığı idarenin sorumluluğunda olduğundan, kamu hizmeti yükümlüsü olan her bir idare hizmetin sürekliliğini sağlayacak tedbirleri almak zorundadır.

Kamu hizmetinin sürekliliği, kamu hizmetinin varlığına denk gelmektedir. Diğer bir ifadeyle ona ihtiyaç oldukça kamu hizmeti kanunilik ilkesine bağlı olarak hep var olacaktır. Kamu hizmetini kurmak gibi kaldırmak da yasama organının takdirinde olduğundan, kamu hizmetinin sürekliliği varlığıyla bağlantılı hatta sınırlı bulunmaktadır.

Süreklilik kavramı düzenlilik olarak değil, genellikle kesintisizlik olarak algılanmaktadır. Hatta ülkemizde kamu hizmetinin kesintisizliği, düzenlilik ilkesinin bile önüne geçmiştir. Süreklilik, sanki kesintisizlik olarak kronolojik bir sıralama gibi algılanmakta, kamu hizmetinin peş peşe, durmaksızın tekrarı olarak anlaşılmaktadır.

¹⁴Halbuki Fransa’da 1938 yılında kamu hizmetlerinin, fizik yasaları (Newton yasaları) gibi, ‘Rolland yasaları’ (lois de Rolland) adıyla hukukileştirilmiş kuralları mevcuttur. Bu yasalar 18. yüzyıldan beri uygulanarak artık netleşmiş olan kamu hizmetinin unsurlarının hukuki bir düzenlemeye tabi tutulmasıdır. Bu yasalar 1997 yılında yeniden gözden geçirilerek aynı isimle güncellenmiştir.

¹⁵Kamu hizmetinin unsurları olan kamu hizmetine hâkim olan ilkeler aslında kamu hizmetinin işleyişinde geçerli olan ilkeleri de ifade etmektedir. Bu anlamda;

a) Kamu hizmeti, Devletin ve dolayısıyla “**idarenin devamlılığının sağlanması (süreklilik) görevinin**” bir parçasıdır. Bu kavram sadece hizmetin var olmasını değil, aynı zamanda birey ve toplum için temsil ettiği anlamı da kapsamaktadır.

b) Kamu hizmeti “**sürdürülebilirlik ilkesine**” göre yönetilmelidir. Bu kavram, bir etkinliğin hiçbir karşılığı yani faydası olmayan bir kamu külfetine dönüşmesini engelleyen bir ilkedir.

c) Kamu hizmeti için meşruiyet dayanağı “**ulaşılabilirlik**” özelliğidir. Bu özellik toplumun gözünde kamu hizmetinin değerini ölçmenin en önemli aracıdır. Kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişi bu özelliğin gerçekleşmesine hizmet etmektedir.

d) Kamu hizmetlerinden ayrıca “**genellik ilkesi**” içinde yararlanılır. Aksi halde kamu hizmeti adı altında azınlıkçı, elitist ve hatta eşitlik karşıtı bir imtiyaza yol açılmış, dar bir cemiyetçilik anlayışı içinde baskı ve çıkar gruplarının hizmetinde bir duruma neden olunmuş olması söz konusu olacaktır.

Anayasanın ekonomik ve sosyal görevleri mali güce oranlayan anlayışı Devletin bireylerden gelen talepleri göğüslemeye yarayan sınırlayıcı bir anlama sahip olmakla birlikte, diğer yandan mali gücünün arttığı dönemlerde idareye yönelik olumlu bir emir olarak da yorumlanmasını gerektirmektedir.

e) Nihayet kamu hizmeti verilirken “**yararlananların yetinmesi değil, memnuniyeti esas alınması**” gerekmektedir.

Halbuki mutlak anlamda kesintisizlik hem mümkün olmayan bir durumdur hem de gerekli değildir. Çünkü öncelikle her tür kamu hizmeti ancak kendi kanununda öngörülen zaman dilimi içinde verilmek durumundadır.

Kesintisizlik anlamında süreklilik olsa da düzenlilik içermeyen hizmet arkaik hatta anakronik nitelik kazanır. Çünkü kronolojik olarak ifa edilmekte olan kesintisizlikte faaliyetin belli aralıklarla tekrarı esas olduğu halde, düzenlilik içerik ve yoğunluk bakımından hizmetin gerektiği ölçüde verilmesi olarak ortaya çıkar.

Düzenlilik kısaca hizmetin ihtiyaç duyulduğunda yararlanılabilir olması anlamına gelmektedir. Ayrıca düzenlilik içinde yer alan istikrar unsurunun kamu hizmetlerinin sunulmasında asıl çekirdeği hatta özü oluşturması da kavramın en doğru biçimde düzenlilik olarak açıklanabileceğini ortaya koymaktadır.

Süreklilik ilkesi hizmetin, karşıladığı toplumsal ihtiyacın sürekliliğine bağlı olarak yerine getirilmesini ifade etmektedir. Ancak kamu hizmetlerinin sürekli olarak yürütülmesi günün her an ve saatinde ve hep aynı yoğunlukta yürütüleceği anlamına da gelmemektedir. Eğer bir kamu hizmeti, niteliği gereği sürekli olarak sunulması gerekiyorsa, yılın 365 günü, 24 saat kesintisiz olarak yürütülmelidir. Bu nitelikte değilse, günün belli saatlerinde, hatta yılın belli aylarında sunulabilecektir.

Hizmetin sürekli olarak yürütülmesi de yeterli değildir. Hizmetin toplumsal ihtiyaçla olan bağı, onun belli bir plan ve program çerçevesinde, başka bir deyişle “düzenlilik ilkesine” uygun bir biçimde sunulmasını da gerektirir. Kamu hizmetlerinin düzenliliği, hizmetin işleyişi ile ilgilidir. Kamu hizmetleri, önceden belirlenmiş koşullara uygun olarak yürütülmelidir.

Hizmetlerin belli bir düzen içinde, sürekli olarak sunulması durumunda, kişilerin verilen hizmetlerden en iyi şekilde yararlanabilmeleri sağlanmış olacaktır.

Süreklilik ve düzenlilik ilkesi, hizmetlerin toplumsal ihtiyaçlara bağlı olarak, hizmetten yararlanacak kişiler arasında ayırım gözetilmeksizin (hatta, gerekirse, hizmetten yararlananların sosyo-kültürel, ekonomik, fiziksel birtakım kişisel özellikleri de göz önüne alınarak), belli bir nitelikte ve yoğunlukta, kaliteli, verimli, etkili, bir başka deyişle “gereği gibi” sunulmasını gerektirmektedir.

Süreklilik ve düzenlilik ilkesini, kamu hizmetinin dayandığı Anayasal esas ve ilkelerle birlikte okumak ve yorumlamak da gerekmekte, hizmetlerin insan haklarına dayanan, demokratik, laik, sosyal bir hukuk devletinde sürekli ve düzenli olarak yürütülmesini gerekli kılmaktadır.

Süreklilik kamu hizmetinin devamlı ve muntazam şekilde görülmesini ifade ettiğinden toplum bu hizmetleri çoğu zaman ihtiyaç halinde fark eder. Yani süreklilik ihtiyaçların karşılanması ile ilgilidir.

Devlet organlarından yasama (Anayasa, mad. 93) ve yargının (adli tatil döneminde) yılın belirli periyotlarında görev başında bulunması gerekmekte iken bu uygulama idare için geçerli değildir.

Kamu hizmetleri tatmin edilmesi gereken toplumsal ihtiyaç olduğu için, bir defa ifa edilmekle sona ermemekte, hizmet kaldırılmadığı sürece ilgili idarenin hizmeti yürütmesi gerekmektedir. Hizmetin sürekliliği, kesintisizliği yürütülen hizmetin niteliğine göre günün, haftanın, ayın veya yılın belirli periyotlarında hizmetin yürütülmemesi anlamına gelmektedir. Ancak itfaiye, güvenlik, hapisanelerde çalışan gardiyanların hizmetleri ve hastanelerin acil servislerinde olduğu gibi bazı kamu hizmetlerinin günün 24 saatinde hiçbir suret ve bahaneyle kesintiye uğramaksızın yürütülmesi gerekmektedir. Aksi takdirde idarenin hizmet kusuru dolayısıyla tazmin sorumluluğu söz konusu olabilir. Bu ilkenin uygulaması anlamında memur hukukunda ve sözleşme hukukunda somut örnekleri bulunmaktadır.

Kamu hizmetlerinin süreklilik ilkesi, ilkenin kamu hizmetlerinin halk için zorunlu ihtiyaçların karşılanması anlamını taşıdığı düşüncesinde kaynaklanması, söz konusu hizmetin ara sıra veya kesintiye uğrayarak yerine getirilmesini engellemektedir¹⁶.

İlke yargı içtihatlarıyla oluşturulmuş ve idarenin kötü işleyişini engellemeyi amaçlamaktadır.

Bu anlamda bir kamu hizmetinin ifası sırasında ilgili idarenin hizmetin yürütülmesine yönelik talepleri reddetmesi durumunda tesis edilen işlemlere karşı hukuka aykırılığı iddiasıyla iptal davası açılabilir. Eğer talebi reddeden idarenin tutum ve davranışı süreklilik arz eden bir mahiyette ise, idarenin sorumluluğu da söz konusu olabilir.

Belirtmek gerekir ki idarenin grev erteleme kararı, disiplin ve ceza kovuşturması altında bulunan memurlara işten el çektirmek, göreve devam etmeleri, hizmetin işlenmesini engelleyecek memurların görevde kalmalarını önlemek, memurun istifasını kabul etmek, idarenin sorumluluğunda idare ajanının kusuru olsa dahi zararın tazminini idari ajanı istihdam eden idarenin üstlenmesi, memurların resmi tatil günleri veya izinli oldukları durumlarda göreve çağrılmaları halinde görevlerine başlama zorunluluğu hep kamu hizmetinin sürekliliğini sağlamaya yöneliktir.

Memurların grev yapmalarına ilişkin sendikal hak ve yetkileri, bu anlamda açık düzenlemeye yer vermiştir. Grev hakkı kanunla belirlenen birtakım hizmetler dışında kullanılan bir haktır. Grev hakkı, Anayasa ile güvence altına alınan temel sosyal haklardan bir tanesidir. Anayasa'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünün 54. maddesinde grev hakkı, "Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler" ifadeleri ile yasal dayanağa kavuşturulmuştur. Anayasa'nın söz konusu hükmünden, grev hakkının sadece işçilere tanındığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Diğer bir deyişle, kamu görevlileri veya bağımsız çalışanlar grev hakkından faydalanamamaktadırlar¹⁷.

Sözleşmeli personelin görevlerine son verilmesi işlemlerinde idari yargı yerleri süreklilik ilkesini uygulayarak idarenin sözleşmeyi uzatmamasını hukuka aykırı değerlendirmiştir¹⁸.

Süreklilik ilkesinin Türk Hukuku anlamında, devletin sürekliliği ilkesinin idare hukukumuzda yansıması olarak kabulü mümkündür. Ayrıca Anayasanın 128. maddesinde kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesine vurgu yapılmıştır.

Kamu hizmetin kurulması yanında söz konusu hizmetten yararlanacak herkese, hizmetin her zaman aynı şekilde sunulması "kamu hizmetinin düzenliliğini" ifade eder. Zaten idarenin sürekliliği ve düzenliliği ilkeleri bu ilkelerin temelini oluşturdukları için kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli sunulması zorunludur.

Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesinin önemi onun idarenin bazı işlemlerine yansımasında görülür. Yasama organı, bazen kamu hizmeti görenlerin statülerini düzenleyerek bazı durumda da süreklilik ilkesine aykırı işlem yapılmasını engelleyecek çözümler geliştirmektedir.

Süreklilik ilkesinin bu bakımlardan ilk yansıması hizmet sunan kamu görevlilerinin çalışma düzeninde görünür. Bunlar hukuki ifade olarak "asli ve sürekli" kamu görevleri (hizmetleri) yaptıklarından-kendilerinin buldukları yerde ve kadroda kamu hizmetinin sürekliliğine hizmet

¹⁶Memur hukuku bakımından 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun memurluğu sona erdiren hallerden birini oluşturan çekilmeyi düzenleyen 93/2. maddesine göre, "Çekilmek isteyen memur yerine atanan kimsenin gelmesine veya çekilme isteğinin kabulüne kadar görevine devam eder. Yerine atana kişi bir aya kadar gelmediği veya yerine bir vekil atanmadığı takdirde, üstüne haber vererek görevini bırakabilir." Aynı şekilde olağanüstü yönetim usulünün uygulandığı durumlarda devlet memuru yerine atanacağı gelip göreve başlamasından önce görevini terk edemez (657 sayılı DMK, mad. 94). Memurların grev yapma yasağı (657 sayılı DMK, mad. 27) ve vekâlete ilişkin hükümlerin varlık sebebi hep kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesidir.

¹⁷Kamu hizmetinin, yasal dayanağı olan gösteri ve grev hakkı nedeniyle kesintiye uğraması düzenlilik ilkesinin içinde sayılmaktadır. Çünkü kamu hizmetinden yararlanmak kadar grev ve gösteri hakkı da anayasal değerdedir ve kamu hizmetine yabancı değildir. Diğer taraftan, idare bu gibi durumları önlemek, bu mümkün olmadığına, grev ve gösteri hakkının kullanılmasını dikkate alarak geliştireceği tedbirlerle hizmetin sunulmasındaki düzenliliğin mümkün olduğunca korunmasına özen göstermek zorundadır. Diğer bir ifadeyle idare kamu hizmetini minimum düzeyde de olsa sağlamak zorundadır. Aksi halde grevcilere karşı kanunlarla düzenlenmiş diğer bazı yetkiler kullanılabilir, hatta kolluk makamlarından yardım isteyebilir. Ayrıca kanuna uygun olarak gerektiğinde grev yapılmasını yasaklayabilir. Bu noktada önemli olan kamu yararı ile grev hakkının uzlaştırılarak kullanılmasıdır.

¹⁸İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan kamu mallarının haczedilemeyeceği ilkesi de bu ilkenin bir sonucudur. Bu maddeye karşı açılan davada Anayasa Mahkemesi, "Devletin etkinliklerinde kamu hizmeti ve dolayısıyla kamu yararı önde geldiğine göre, bir alacaklının kişisel çıkarı için devlet mallarının haczi, diğer bir deyişle, özel yararın kamu yararına yeğlenmesi söz konusu olmaz." hükmünü vermiştir.

edecek devamlı bir statüye sahip olmaları aranır. Hatta bu nedenle memurların istifası “kabul şartına bağlanmış”, bazı durumlarda memurun görevini ancak bir aylık müddet geçtikten ya da devir teslim gereken görevlerde yerine başkası görevi devraldıktan sonra bırakabileceği düzenlenmiştir. Bu noktada zikredilmesi gereken bir hususta kamu görevlisinin görevden kaçınmaması esasının yanında görevini yapmasına engel olunmayacağı kuralıdır. Son bir hususta kamu hizmetinin sürekliliği ile kamu görevlisi arasındaki bu ilişki sebebiyle kamu görevlerine ancak belirli süreler için ve zorunluluk halinde vekaleten atama yapılabilmesidir.

Kamu hizmetinin mücbir sebeplerle kesintiye uğraması da düzenlilik ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak bu gibi durumlarda kamu hizmeti sunucusu, yararlananların zararını giderici/karşılıyacak tedbirleri almak zorundadır. Kamu hizmetinin imtiyaz biçiminde özel kişilerce görülmesi halinde düzenlilik ilkesine özel bir vurgu yapıldığından imtiyaz konusuyla ilgili grevlerin kamu hizmetinin görülmesini engellemesi halinde imtiyaz sahibi kadar hizmetten yararlananların da sürecin iyi yönetilip yönetilmediğini izleme hakları bulunmaktadır.

Süreklilik “asli-sürekli” görev kavramları kamu hizmetlerinin mutlaka idare tarafından verilmesi gerektiği şeklinde de anlaşılmalıdır. Nitekim kamu hizmetleri başta imtiyaz usulü olmak üzere birçok farklı usul kullanılarak özel kişiler tarafından görülebilmektedir. Dolayısıyla süreklilik her zaman idare tarafından ifa edilmek anlamında değil, her zaman kamu hizmetinin sürekliliğine yakışan biçimde yapılmak anlamına gelmektedir.

Önemli bir konu da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üyelerinin kamu hizmeti niteliğinde hizmet veren üyelerinin durumudur. Örneğin avukat ya da doktorların hizmet vermeyi reddetmeleri doğrudan hizmet verdikleri temel hakların kullanılması konusunda birçok kamu hizmetinin temsil ettiğinden daha önemli sonuçlara yol açabilmektedir. Bu nedenle serbest meslek sahiplerinin, örneğin meslek koşullarının düzeltilmesi amacıyla yapacakları protestoların bu meslekleri düzenleyen kanunların gereklerine uygun olarak gerçekleştirilmeleri gerekir.

Danıştaya göre “kamu hizmetlerinin toplum hayatının devamı, faaliyetlerin işlenmesi, toplumun kalkınması ve menfaatlerin sağlanması açısından sürekli ve eksiksiz işlenmesinin zorunluluğu idari yargı içtihatlarına girmiş ve hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmiştir”¹⁹.

Süreklilik kamu hizmetinin herhangi bir kesintiye uğramadan, düzenli ve yeterli olarak yerine getirilmesini gerektirir. Ancak, süreklilik, kesintisizlik, her zaman bu faaliyetin gün içinde aynı sıklıkla yerine getirilmesini gerektirmez.

Kamu hizmeti kamusal ihtiyacı tatmine yönelik olduğu için, bu ihtiyacı gidermeye yetecek sıklıkta yerine getirilmelidir. Örneğin şehir içi ulaşım kamu hizmeti çerçevesinde belediye otobüsü seferleri ile ihtiyaca uygun olarak düzenlenecektir. Buna karşılık sağlık kamu hizmeti gibi bazı kamu hizmetleri kurulduktan sonra kaldırılınca kadar hiç kesintiye uğramadan günde 24 saat devam ettirileceklerdir.

Süreklilik unsuru, hizmetin idareden beklenen kalitede yerine getirilmesini de gerektirmektedir. Zira 24 saat sunulan bir hizmet yeterli bir şekilde yerine getirilemiyorsa sürekli görülmesinin yararı olmayacaktır. Süreklilik ve düzenlilik, hem kamu hizmeti kavramının bir unsuru, hem de uyulması gereken en temel ilke niteliği taşımaktadır.

İdarenin yürüttüğü diğer faaliyetlerle (kolluk faaliyeti, planlama faaliyeti) süreklilik ve düzenlilik ilkesi arasında da çeşitli ilişki ve yansımalar bulunmaktadır. Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesi, kolluk faaliyetlerinin de ifasını kolaylaştırıcı bir etki yaratabilmektedir ya da kamu düzeninin korunması amacıyla gerçekleştirilen bir faaliyet, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yerine getirilebilmesini de kolaylaştırabilmektedir. Bununla birlikte, bazı durumlarda ise kolluk faaliyeti bir kamu hizmetinin yürütülmesini önlemek amacıyla müdahalelerde de bulunabilmekte, hizmeti kesintiye uğratabilmektedir. Planlama faaliyeti ise, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülebilmesi için bir “ön faaliyet” niteliği taşımaktadır.

¹⁹Danıştay 8. Daire, E. 1996/1687, 1997/3669, K.T. 27.11.1997

Süreklilik ve düzenlilik ilkesine uyulmaması durumunda başvurulabilecek idari davalar; iptal davaları ile tam yargı davalarıdır. Bir kamu hizmetinin sürekli ve düzenli olarak yürütülememesi durumunda, bu hizmetin dayandığı işlem hukuka aykırı ise, iptal davası; hizmetin sürekli ve düzenli olarak yürütülememesi sonucunda bir zarar doğmuşsa tam yargı davası açılacaktır.

Belirtildiği gibi kamu hizmetlerine hâkim olan ilkelerden biri olan kamu hizmetinde süreklilik kavramı; tatmininde kamu yararı bulunan ortak ihtiyaçların sürekli ve düzenli bir şekilde yürütülmesi ve bu hizmetlerin kesintiye uğratılmamasını ifade eder.

Bununla birlikte, anılan ilke ile idari istikrar ve idarenin devamlılığı ilkeleri arasında da zorunlu bir irtibat bulunmaktadır. Zira kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi, kronolojik olarak (zaman bakımından) kamu hizmetlerinin devamlılığını gerektirmesinin yanı sıra; kamu hizmetlerinin “içerik ve yoğunluk” bakımından da devamlı olmasını gerektirir. Buna göre, kamu hizmetlerinde şeklen bir süreklilik olmakla birlikte, içerik bakımından bir süreklilik sağlanamaz ise idari istikrar ilkesi zarar görecektir. Bu nedenle, idare kudretindeki istikrar karakterinin, kamu hizmetlerinin devamını sağlayan önemli vasıflardan birisi olduğu ifade edilebilir²⁰. Ayrıca idarenin sürekliliği ilkesinin bir uzantısı olarak kabul edilen “idarenin devamlılığı ilkesi” de idarenin hukuki statüsünde bir değişiklik meydana gelmesi neticesinde, önceki statüde yer alan idarenin işlemlerinin geçerliliğini devam ettirmesini ve bu işlemlerden doğan sorumluluğun yeni statüdeki idareye intikal etmesini ifade etmektedir.

Kamu hizmetlerine hâkim olan ilkelerden biri olan kamu hizmetinde süreklilik kavramı ise tatmininde kamu yararı bulunan ortak ihtiyaçların sürekli ve düzenli bir şekilde yürütülmesi ve bu hizmetlerin kesintiye uğratılmamasını ifade eder. Anılan ilke ile idari istikrar ve idarenin devamlılığı ilkeleri arasında da zorunlu bir irtibat bulunmaktadır. Zira kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi, kronolojik olarak (zaman bakımından) kamu hizmetlerinin devamlılığını gerektirmesinin yanı sıra; kamu hizmetlerinin “içerik ve yoğunluk” bakımından da devamlı olmasını gerektirir. Buna göre, kamu hizmetlerinde şeklen bir süreklilik olmakla birlikte, içerik bakımından (nitelik olarak) bir süreklilik sağlanamaz ise idari istikrar ilkesi zarar görecektir. Bu nedenle, idare kudretindeki istikrar karakterinin, kamu hizmetlerinin devamını sağlayan önemli vasıflardan birisi olduğu ifade edilebilir²¹.

Belirtildiği gibi süreklilik kamu hizmetinin herhangi bir kesintiye uğramadan, düzenli ve yeterli olarak yerine getirilmesini gerektirir. Ancak, süreklilik, kesintisizlik, her zaman bu faaliyetin gün içinde aynı sıklıkla yerine getirilmesini gerektirmez.

Kamu hizmeti kamusal ihtiyacı tatmine yönelik olduğu için, bu ihtiyacı gidermeye yetecek sıklıkta yerine getirilmelidir. Örneğin şehir içi ulaşım kamu hizmeti çerçevesinde belediye otobüsü seferleri ile ihtiyaca uygun olarak düzenlenecek, gece, gündüz ki sıklıkta yapılmayacaktır. Buna karşılık sağlık kamu hizmeti gibi bazı kamu hizmetleri kurulduktan sonra kaldırılıncaya kadar hiç kesintiye uğramadan günde 24 saat devam ettirileceklerdir.

Süreklilik unsuru, hizmetin idareden beklenen kalitede yerine getirilmesini de gerektirir. Zira 24 saat sunulan bir hizmet yeterli bir şekilde yerine getirilemiyorsa sürekli görülmesinin yararı olmayacaktır.

1.1 Kamu Hizmetlerinin Sürekliliği-İdarenin Devamlılığı İlkesine Danıştayın Yaklaşımı

* “...yeniden imar planı yapılması, yürürlükte bulunan imar planlarının değiştirilmesi, revize edilmesi gibi hususlar Büyükşehir Belediyesinin yetkisinde ise de İl Özel İdaresi tarafından onaylanan imar planı önerisinin gerekçe gösterilmeden reddine ilişkin dava konusu işlemlerde, *idarenin sürekliliği ve düzenliliği ilkesinin ihlal edildiği* ve işlemin sebep unsurunun da ortaya konulmadığı görülmektedir”²²

²⁰ ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III, İsmail Akgün Matbaacılık, İstanbul 1966, s. 1453

²¹ONAR, s. 1453

²²Danıştay İDDK, E. 2021/3364, K. 2022/981, K.T. 24/03/2022

*“...kamu hizmetinin sürekliliği ilkesinin bir uzantısı olarak kabul edilen idarenin devamlılığı ilkesi de idarenin hukuki statüsünde bir değişiklik meydana gelmesi neticesinde, önceki statüde yer alan idarenin işlemlerinin geçerliliğini devam ettirmesini ve bu işlemlerden doğan sorumluluğun yeni statüdeki idareye intikal etmesini ifade etmektedir. Başka bir anlatımla, idarenin kamu tüzel kişiliğinin lağvedilmesi, idari teşkilata yönelik bir düzenleme olup, görev, yetki ve sorumluluklarının tümüyle hukuk aleminden kaldırılması anlamına gelmemekte, yalnızca devamı/halefi niteliğindeki diğer kamu tüzel kişisine devredilmesi sonucunu doğurmaktadır²³.”

* “...Kamu hizmetlerinin toplum hayatının devamı, faaliyetlerin işlemesi, toplumun kalkınması ve menfaatlerin sağlanması açısından sürekli ve eksiksiz işlemesinin zorunluluğu idari yargı içtihatlarına girmiş ve hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmiştir²⁴”

* “... bölüm doktora komitesince, bölüm başkanının yokluğuna karşın, genel düzenlemede saptanan görevlerin yürütülmüş olması kamu hizmetlerinin, sürekliliği ilkesine ve kamu hizmeti gereklerine aykırı bir nitelik taşımadığından²⁵”

* “...Anayasamızın 123. maddesinin 1. fıkrası ile genel hukuk kaidelerinden olan idarenin devamlılığı ilkesinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda²⁶”

* “... Kamu hizmetinin eksiksiz, düzenli, etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesinden sorumlu olan idarenin, kendisine verilen yetki uyarınca mevzuatın öngördüğü şekilde, hizmetin gereklerini esas alarak, bu hizmeti yürütecek personelin atanmasını belirli kurallara bağlama, hizmetin etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesini sağlama amacını gerçekleştirecek düzenlemeleri yapma zorunluluğu...²⁷”

* “...Kamu hizmetlerinin; planlılık, belirlilik ve süreklilik esasları ile kamu personelinin çalışma yaşamına dair temel hak ve özgürlükler de dikkate alınarak, kadrolu personelin olağan atama ve nakil işlemleri kapsamında, ihtiyaç duyulan hizmet bölgelerinde süreklilik gösteren bir biçimde görevlendirilmesi yoluyla görüldüğü, ...Anayasa'nın 128. maddesinde; “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.” hükümleri yer almıştır. Bir kamu kurumunun mevzuatla belirlenmiş olan görev alanı içinde yer alan “geçici” nitelikte bir hizmeti ya da değişen ve gelişen sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sonucu olarak ortaya çıkan, henüz örgütsel altyapısı oluşturulmamış ve bir kadro ile ilgilendirilmemiş olan “yeni bir kamu hizmetini yürütmek amacıyla durumu uygun olan kamu görevlilerinin, kadroları ile hukuki bağlarını sürdürmek ve belli süre ile sınırlı olmak üzere yetkili amir tarafından geçici olarak görevlendirilmelerinin olanaklı olduğu; geçici görevlendirme işleminin, kamu görevlilerini, işgal ettikleri kadrodan fiilen uzaklaştırma amacı taşıması gerektiği, kamu hizmetlerinin yürütülmesinin amaç edinilerek hizmet gereklerine ters düşen bir sonucun amaçlanmaması gerektiği, idarenin süreklilik gösteren hizmetlerinin yerine getirilmesindeki kamu görevlisi ihtiyacını ise, ilgili mevzuat uyarınca tesis edeceği naklen atama yoluyla gidereceği, görevlendirmenin hangi amaçla ve ne kadar bir süre için yapıldığının belirtilmesi gerektiği kabul edilmektedir.²⁸”

* “... bir kamu kurumunun mevzuatla belirlenmiş olan görev alanı içinde yer alan geçici nitelikteki bir hizmeti ya da değişen ve gelişen sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sonucu olarak ortaya çıkan, henüz örgüt altyapısı oluşturulmamış ve bir kadro ile ilgilendirilmemiş olan yeni bir kamu hizmetini yürütmek amacı ile durumu uygun olan kamu görevlilerinin, kadroları ile hukuki bağlarını sürdürmek ve belli bir süre ile sınırlı olmak üzere atamaya yetkili amir tarafından geçici olarak görevlendirilmeleri mümkün bulunmaktadır. ...

²³Danıştay 10. Daire, E. 2021/7544, K. 2023/8122, K.T. 12/12/2023

²⁴Danıştay 8. Daire, E. 1996/1687, K. 1997/3669, K.T. 27.11.1997

²⁵Danıştay 8. Daire, E. 1977/2748, K. 1978/4427, K.T. 04.05.1978

²⁶Danıştay 6. Daire, E. 1991/2055, K.1992/430, K.T. 04.02.1992

²⁷Danıştay 2. Daire, E. 2023/2818, K.T. 25.10.2023 (YD Kararı)

²⁸Danıştay 2. Daire, E.2019/1799, K.2023/897, K.T. 02.03.2023 (Karşı oy)

Her ne kadar kamu hizmetinin gerekli kıldığı durumlarda kamu görevlilerinin, kadroları üzerinde bırakılmak kaydıyla kendi uzmanlık alanlarına giren işlerde belli bir süre ile görevlendirilmeleri mümkün ise de, dava konusu Genelge hükmü ile görevlendirmenin geçicilik niteliğinin göz ardı edildiği, adeta naklen atama işlemi şeklinde beş yıl süreklilik arz edecek şekilde görevlendirme yapılmasına olanak tanındığı, bu durumun geçici süreli görevlendirme kurumunun amacına aykırı olduğu ve kamu yararı ve hizmet gerekleri ile bağdaşmadığı ve hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır²⁹.”

*“... takdire dayalı bu görevlendirmelerde süre sınırının bulunmamasının geçici görevlendirmenin mahiyetiyle bağdaşmadığı gibi kamu hizmetinin yürütülmesinde aslolanın geçici görevlendirme olmadığı, takdire dayalı bu görevlendirmelerin süresiz kılınmasının yukarıda aktarılan belirlilik ilkesiyle ve yargı içtihatlarıyla örtüşmediği, kamu yararına ve hizmet gereklerine aykırı olduğu³⁰.”

* “...idarenin özel güvenlik hususunda sahip olduğu geniş takdir yetkisinin, kamu hizmetinin **verimliliği ve etkinliği gözetilerek ve kamu yararı ile kişi yararı arasında denge** kurularak kullanıldığı açık olup, davacının özel güvenlik kimlik kartı ve çalışma izninin iptaline yönelik tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Bu karar onanmıştır³¹”.

* “...kamu hizmetinde süreklilik esası uyarınca, Devlet memurunun malulen emekliye sevk edilebilmesi için, yasal hastalık izni sonunda halen hastalığının İyileşmediğinin tespiti zorunlu olduğundan, yasal izin süresini aşan istirahati içeren sağlık kurulu raporlarının emeklilik işlemlerine esas alınmayarak, yasal hastalık izninin bittiği tarih itibarıyla hastalığın İyileşip iyileşmediğinin sağlık kurulu raporuyla kesin olarak saptanması gerektiği³²”

* “...İdarenin düzenleyici işlem yapabilme yetkisinin, Anayasa'nın 124 maddesine dayanan anayasal bir yetki olduğu, mevzuatla verilen görevlerin yerine getirilmesi amacıyla idarece düzenleyici işlemler yapılabileceği, kamu hizmetlerinin hangi şartlar altında ve nasıl yürütüleceğini önceden tespit etmek her zaman mümkün olmadığı için, gelişen durumlara uyum sağlamak ve ortaya çıkan ihtiyaçlarını karşılayabilmek amacıyla ve kurallar hiyerarşisine aykırı olmayacak şekilde, düzenleyici işlemler üzerinde gerekli değişikliklerin yapılması konusunda da idareye takdir yetkisi tanındığı düzenleyici ve denetleyici kurumların ilgili buldukları piyasada düzenleme ve denetleme görevi üstlendiği, bu kuruluşların temel işlevinin, toplumsal ve ekonomik hayatın temel hak ve özgürlükler ile yakından ilişkili alanlardaki kamusal ve özel kesim etkinliklerini birtakım kurallar koyarak düzenlemek, konulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek ve denetlemek olduğu, kamu hizmetlerinin değişen şartlara uyarlanması ve geliştirilmesi ihtiyacının, idarelere, kamu hizmetinin sunumuna ilişkin düzenleyici işlemlerin değiştirilebilmesi ya da yürürlükten kaldırılabilmesi imkânını tanıdığı, diğer idareler ile karşılaştırıldığında, bağımsız idari otoritelerin düzenleme yapma ve mevcut düzenlemelerde değişiklik yapma yetkisinin, düzenlemeye tabi piyasanın dinamik ve teknik yapısı gereği daha kapsamlı olduğu konusunda tereddüt bulunmadığı, ...Bu itibarla, daha önce 6808, 6838 ve 7070 sayılı Kurul kararlarıyla tanınan teşviğin, elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreye uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulmasını teminen, 6446 sayılı Kanun'un ve ikincil mevzuatın tanıdığı yetkiye istinaden dava konusu Kurul kararları sonucu kaldırılmasının kamu hizmetinin sunumu açısından gerekli olduğu, baskın kamu yararına ve hakkaniyete uygun bulunduğu, bu bağlamda haklı beklentilerin korunması ilkesinin ihlalden söz edilemeyeceği...³³”

²⁹Danıştay 2. Daire, E. 2018/4345, K.2022/6640, K.T. 20.12.2022

³⁰Danıştay 2. Daire, E. 2021/17104, K.T. 23.06.2022 (YD Kararı)

³¹Danıştay 10. Daire, E. 2021/1266, K. 2023/8099, 12.12.2023

³²Danıştay 12. Daire, E. 2023/4441, K. 2023/6257, K.T. 30.11.2023

³³Danıştay İDDK, E. 2023/1771, K. 2024/3, K.T. 15.01.2024

*“... davalı idare tarafından taban puan uygulamasının kaldırılmasına ilişkin Yönetmelik değişikliğinin yürütmesinin durdurulması üzerine, **kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi** uyarınca, hiçbir nakil ve geçiş işlemi yapmaması söz konusu olamayacağından nakil ve geçişlerin sağlanması amacıyla sınıf seviyesinde taban puan uygulamasını öngören dava konusu işlemin tesis edildiği, nitekim bu uygulamaya, yukarıda metnine yer verilen 2018 yılı değişikliği ile Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nde de yer verildiği ve bu düzenlemenin de hem Dairelerince hem Kurulumuzca hukuka uygun bulunduğu, bu haliyle yürütmenin durdurulması kararını gecikmeksizin uygulamakla yükümlü olan idare tarafından kararın gereği yerine getirilerek taban puan uygulaması olmadan nakil ve geçişlerin yapılmadığı, yargı yerlerince hukuka uygun bulunan sınıf seviyesindeki taban puan uygulaması dikkate alınarak işlemlerin gerçekleştirildiğinin görüldüğü, Bu durumda, yargı kararlarının gerekliliklerinin yerine getirilmesini sağlayarak kişiler aleyhine oluşabilecek hak kayıplarını engellemekle, bu yolla kişilerin kamu otoritelerine ve hukuk sistemine olan güven ve saygılarını korumakla yükümlü olan davalı idare tarafından, yargı kararının gerekçesi dikkate alınarak dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı...³⁴.

2. Kamu Hizmetlerinin Değişkenliği (Uyarlanma) İlkesi

Kamu hizmeti, kamusal bir ihtiyacı tatmin etmek amacıyla kamu yararına yapılan bir faaliyet olduğu için sürekli yapılması gereken bir hizmettir. Toplumun genel ve ortak ihtiyaçlarının tatminine yönelik olarak yürütülen kamu hizmetinin kesintisiz ve düzenli olarak sunulmasını gerektirmektedir.

Kanunilik ilkesi idari işleyişi katı, kesin ve kolaylıkla değiştirilemez süreç ve kurallara bağlasa da bu durum kamu hizmetlerinin dondurulmuş olduğu anlamına gelmez. Çünkü şartlara uyum sağlamak da idarenin görevleri arasında bulunmaktadır. İşte uyarlanma (adaptation) ilkesi onların günlük yaşam içinde ihtiyaçlara uyumunu sağlamaya yaramaktadır.

Uyarlanma, kamu hizmetlerinin esnetilerek yer, zaman ve konu bakımlarından gerekli koşullara ve ihtiyaçlara uyumlu hale getirilmesini yani dönüşümünü ifade etmektedir. Böylece kamu hizmeti etkili biçimde işleyecektir. İdare hukuku, idarenin takdir yetkisinin korunarak kamu hizmetinin yürütülmesinin sağlanmasını hedeflerken aynı zamanda, bireylerin ihtiyaçlarının gözetilmesini de sağlamayı amaçlamaktadır.

Kamu hizmeti, hukuk kurallarına bağlı olarak yürütülür. Bilindiği üzere hukuk kurallarının bağlayıcılığı, bunların değiştirilmemesi anlamına gelmemektedir. Hatta kamu yararı gerektirdiğinde bu değişikliğin yapılması zorunluluk halini almaktadır. Kuralların bu uyuma tahammül edebilmesi için ayrıca belirli bir ölçüde esneklik içermesi de gerekmektedir. Bu esneklik hizmetin ihtiyaç ve koşullara göre değiştirilmesini sağlama amacı taşımaktadır.

Uyarlanma, kamu hizmetinden yararlananların ihtiyaçlarının gelişimine göre kamu hizmetlerinin hem organizasyonunda (teşkilatında) hem de işleyişinde değişiklik yapma zorunluluğu doğduğu durumda buna uygun çözümün sunulması demektir. Böylece kamu hizmeti ortaya çıkan yeni ihtiyaç ve koşullara uygun verilecek yani hizmetin gerektirdiği değişikliklere uyarlanacaktır.

Değişkenlik olarak da nitelenebilecek olan uyarlanma ilkesi, çağın artık neredeyse her gün gelişerek değişen teknik ve bilimsel gerekleri ile imkânlarının olabildiğince göz önünde tutulması ve kamu hizmetinin içerik, yöntem ve araç-gereçlerinde zamanın ruhuna uygun değişikliklerin yapılması demektir.

Bir faaliyetin muntazam olması için zamana uyumluluğu ve değişkenliği sadece kavram olarak değil, uygulama olarak da içinde barındırması gerekir. Uyarlanma ilkesi sadece teknik konuları kapsamamakta değişen sosyo-kültürel koşullar, müşteri çeşitliliği, yoğunluğu ve niteliğini de göz önünde bulundurmayı gerektirmektedir³⁵.

³⁴Danıştay İDDK, E. 2023/680, K. 2023/3369, K.T. 28.12.2023

³⁵Toplu taşımalarda özellikle yurtdışı olanlarda ve turizm bölgelerindeki plajlarda yabancı dillerde anonslar yapılması uyarlanma ilkesi kapsamındadır.

Devletin sürekliliği ilkesi onun bir organı olan idarenin sürekliliğini gerekli kılmaktadır. Bu gerekliliğin gerçekleştirilebilmesi, uygulamada hayata geçirilmesi ancak idarenin yürüttüğü kamu hizmetlerini günün şartlarıyla uyumlu hale getirmesine bağlıdır. İdare, kamu hizmetlerinin sunulması sırasında idarenin nesneliliği ilkesine uymak zorundadır.

Kamu hizmetleri toplumsal ihtiyaçları karşılamaya yöneldiği için tatmin edilecek ihtiyacın yerine getirilmesi anlamında ortaya çıkan gelişme ve değişikliklerin hizmete yansıtılması gerekir. Bu ilke gereğince idari sözleşmelerde idare, sözleşmeci özel kişi açısından rızasına başvurulmadan, sözleşmenin hükümlerinde bu ilkedен hareketle değişiklik yapabilir. Bu durumda karşı taraf ancak tazminat talebinde bulunabilir³⁶.

Kamu hizmetinin günün koşullarına teknik ve bilimsel gelişmelere uyum sağlaması ilgili idarenin takdir yetkisi kullanmasıyla mümkün olabilir. İdareye tanınan takdir yetkisinin arkasında, kamu hizmetinin değişkenliğini sağlayabilme düşüncesi yatmaktadır. Bu ilke, kamu hizmetinin temel kanunlarının büyük çoğunluğunda dikkate alınmakta ve kamu hizmeti kavramının toplumsal ihtiyaçlarla uyumlaştırılması niteliğini açıklamaktadır.

Kamusal bir ihtiyaç değişen koşullara bağlı olarak ortadan kalkabilir, bir diğer ihtiyaç ise kamusal bir ihtiyaç gibi ortaya çıkabilir. Kamu yararının dondurulması söz konusu olamaz. Dolayısıyla kamu yararını tatmin için kullanılan araçların güçlendirilmesi, değişikliğe uğraması veya hafifletilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Pozitif hukukun bir unsuru olarak kamu hizmetlerinin kesinlik arz eden sürekliliğinin sonucu kabul edilen, uyum sağlamaya yönelik bu ilkenin çeşitli sonuçları bulunmaktadır.

İlk olarak, kamu hizmetinden yararlananların sunulan hizmetin sürekliliğini talep edebilme hakları bulunmamaktadır. İdari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi uyarınca idare hukuki veya fiili şartlardaki değişiklik sonucunda -bazen zorunluluk olarak- kamu hizmetinin statüsünde değişikliğe gidebilir. İdare bu anlamda söz konusu kamu hizmetlerinin varlığına dahi -Anayasanın ya da kanunların gereği zorunlu olarak kamu hizmeti nitelendirilmesi yapılan haller hariç- son verebilir.

İkinci olarak, kamu görevlileri için kamu hizmetinin değişkenliği ilkesinden kaynaklanan sonuçlar doğabilir. Kamu görevlileri, çalıştıkları kamu hizmetinin işleyişindeki veya örgütlenmesindeki değişikliklere gidilmesi halinde kazanılmış hak ileri sürülemez. Böylece kamu görevlilerinin hukuka uygun bir durumda bulunduğu da söz konusu düzenleyici işlemlerin değiştirilmesi mümkündür.

Üçüncü olarak, idari sözleşmelerde taraf olanlar için birtakım sonuçlar doğmaktadır. Bunlar idarenin tek taraflı olarak değişiklik yapabilme yetkisinin bulunduğu bir hukuki ilişkiye tabi kılınmışlardır. Mali denge ilkesine saygı gösterilmesi koşuluyla, sözleşmenin tarafı olan idare, kamu yararının gerektirdiği önlemler çerçevesinde sözleşmenin içerdiği düzenleyici koşulları değiştirebilme imkânına her zaman için sahiptir.

Bu durum özellikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde geçerli bulunmaktadır. Şöyle ki, imtiyazı veren idare hizmetin asli sahibi olma niteliğini korumaktadır ve yargı denetimi altında olmak koşuluyla, hizmetin yürütülmesinin kamusal ihtiyaçla uyumlaştırılmasını sağlamak amacıyla zorunlu veya yararlı değerlendirmesini yaptığı durumlarda, değişiklikleri sözleşmeye dâhil edebilir.

Belirtmek gerekir ki kamu hizmetinin modern biçimde değil ilkel yollarla yürütülmesi kamu hizmetinin değişkenliği ilkesine olduğu gibi bir anlamda sürekliliği ilkesine de uygun olmaz. Örneğin sokakların elektrikle aydınlatılabileceği bir çağda gaz lambası kullanılması; otobüs yerine fayton kullanılması, itfaiyeciliğin tulumbacılık gibi sürdürülmesi gibi...

Yine uyarılma ilkesi gereği, kamu görevlileri liyakat ilkesine bağlı kalınmak koşuluyla statülerinin değişmezliğini kazanılmış hak olarak ileri süremezler. Diğer taraftan yararlanıcılar da yararlanma kurallarının değişmezliğini iddia edemeyecekleri gibi uyarılma ilkesi gerektirdiği için taşınan, bölünen hatta kapatılan kamu hizmetlerinin eski halinin sürdürülmesini de isteyemezler.

³⁶Aynı şekilde *uyarlama ilkesi* gereğince idarenin, idari sözleşmeleri sözleşmeci diğer tarafın kusuru olmasa dahi tazminat ödenmesi koşuluyla sona erdirilmesi de mümkündür.

Danıştay,

* “...kamu hizmetlerinin toplum hayatının devamı, faaliyetlerin işlenmesi, toplumun kalkınması ve menfaatlerin sağlanması açısından sürekli ve eksiksiz işlenmesinin zorunluluğu idari yargı içtihatlarına girmiş ve hukukun genel ilkesi olarak³⁷” kabul etmiştir.

*“...Kazanılmış hak ilkesinde olduğu gibi, haklı beklentilerde de kamu hizmetlerinin değişkenliği ve adaptasyonu ilkesi ile hakkaniyet, hukukî güvenlik ve idarî istikrar ilkeleri arasında bir tür uzlaşma veya dengeleme sağlanmaktadır. Bu nedenle, kişilerin idareden bu tür beklentilerinin ilelebet veya çok uzun bir gelecek için değil, ancak makul ve öngörülebilir bir gelecek için haklı olacağı kabul edilmelidir³⁸”.

3. Kamu Hizmetlerinin Nesnelliği (Tarafsızlığı/Yansızlığı) ve Eşitlik İlkesi

Anayasanın 10.maddesinde düzenlenen “kanun önünde eşitlik” başlıklı maddenin kamu hizmetlerindeki bir uzantısı olan bu ilke, idarenin, hizmetten yararlananlar bakımından eşitliği sağlaması ve tarafsız olması gerekliliğini ifade etmektedir³⁹.

Kamu hizmetinin idare tarafından tarafsız olarak herkese eşit (nesnel) olarak sunulması gerekmektedir. Bu durum hukuk devletinin de zorunlu bir sonucudur. Herkes gerek kamu hizmetlerinden yararlanmada gerekse kamu hizmetlerine katılmada eşittir.

İdare kamu hizmeti sunarken “kanun önünde eşitlik ilkesi” ne uygun olarak hizmeti sunmak durumundadır. Doğal olarak bu eşitlik anlayışı matematiksel bir eşitlik olmayıp kamu hizmeti karşısında objektif kurallarla konulmuş kurallara uygun olarak aynı niteliklere sahip olanlar arasındaki eşitliktir. Bu çerçevede örneğin lise mezunu olmayan bir kişi yükseköğretim kamu hizmetinden yararlanamayacaktır.

Eşitlik, kamu hizmetinden herkesin aynı koşullarda yararlanması ve ayrıca kamu hizmetinin nesnel biçimde verilmesi anlamına gelir. Kamu hizmetinde eşitlik böylece kamu hizmetinin herkese eşit biçimde sunulmasını ve herkesin de bu hizmetten eşit olarak faydalanmasını gerektirir. Buradan hareketle yapılacak ilk çıkarım makul olmayan ayrımcılık yasağıdır. Eşitlik, aynı durumda ya da ayrı statüde olanlar için kanun önünde eşitlik olarak anlaşılır.

Aynı koşullarda yararlanma diğer taraftan “**kamu hizmetinin genelliği**” ilkesine hizmet eder. Böylece bütün yurttaşlar kamu hizmetlerinden aynı zamanda, aynı hak ve yükümlülüklerle yararlanırlar. Ancak kamu hizmetleri nüfus, coğrafi şartlar, tabii servetlerle ilgileri hatta yararlananlarının nitelikleri nedeniyle ülke genelinde aynı kapsam ve türde olmayabileceği gibi, farklı fiyat ve zaman tarifelerine göre verilmelerinden dolayı eşitlik ilkesinin genellik niteliğini katı bir içerikte değil de nispeten yumuşak biçimde anlamak gerekmektedir. Her yerde dağcılık ya da denizcilik faaliyeti yapılamayacağı gibi, otomobil sahibi olan ve olmayanın kamu hizmetinden aynı biçimde yararlanması mümkün değildir. Yine özel uçakların iniş-kalkış yapmaları için verilen kamu hizmetleri, turistik ya da bilimsel nedenlerle kamu hizmetlerinin fiyatlandırılmalarında ortaya çıkan değişiklikler bu kapsamda sayılır.

Kamu hizmetlerinin genelliği ilkesi hizmetin yerel, bölgesel veya ulusal olmasıyla ilgili olmayıp (prensip ülkenin her köşesine götürmektir) hizmetten yararlanma sırasında herkesin aynı şartlarla yararlanmasıdır. Bununla birlikte bir kamu hizmetinin her yerde gerçek ihtiyaçlara “uyarlanmış biçimde sunulmamış olması” eşitlik ilkesinin ihlalidir.

Nitekim elektriğin bir bölgeye sorunsuz diğer yerlere keyfi denilecek kesintilerle verilmesi eşitlik ilkesine aykırı olur. Su kalitesinin bilinçli ve kasıtlı olarak farklı tutulması, taşıma araçlarının niteliği de eşitlik bakımından değerlendirilir. Eşitlik ilkesine aykırılık, kamu hizmetlerinde en basit ifadeyle “düzensizliğe” işaret etmektedir.

³⁷Danıştay 8. Daire, E. 1996/1687, 1997/3669, K.T.27.11.1997

³⁸Danıştay 13. Daire, E. 2022/3701, K. 2024/423, K.T. 31.01.2024

³⁹Anayasanın 10. maddesinin 4 fıkrasında bu kural, “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” denilerek açıklanmaktadır.

“Nesnellik” ise kamu hizmetinin tam bir tarafsızlık içinde sunulması olarak eşitlik ilkesinin gerçekleşme şartlarından birini oluşturmaktadır. Kamu hizmeti değer yargılarına göre farklı tutum takınmadan nesnellik içinde sunulması gerekmektedir. Aksi halde eşitlik ilkesi de ihlal edilmiş olacaktır. Bu anlamda ilk ve orta öğretim gibi parasız ama zorunlu kamu hizmetlerinde tarafsızlık sadece öğrencilerle ilgili olmakla kalmayıp ayrıca hizmetin toplumsal beklentilere uygunluğu açısından da önemlidir. Kamu hizmetinin hukuki rejimi, bunlardan yararlanmanın koşullarını objektif biçimde saptarken hizmetin idarenin (siyasi ve dini) tarafsızlığı içinde sunulmasını da sağlamalıdır.

Kamu hizmetini sunanlar kişisel görüş ve inanç sahibi olabilirler. Ancak bunların hizmeti kişisel görüşlerini kamu hizmetinin sunumuna yansıtılmaları “tarafsızlık” niteliğinin gereğidir. Eşitlik ve tarafsızlık ilkesinin en somut uygulamaları kamu hizmetlerinden yararlanmada görülmektedir.

Kamu hizmetinin müşterisi durumunda olan insanlardan hizmetin gereklerinden başka koşul aranmaz. Nesnellik, eşitlik ilkesi ile sıkı sıkıya bağlı olduğundan, şekilci nesnellik farklılıkların gözetilmesi yükümlülüğüne zarar verebilir. Oysa eşitlik ilkesi sadece herkesin aynı hak ve yükümlülüklerle bağlı olması değil aynı zamanda herkese kendi özgül konumunda ihtiyaç duyduğu desteğin sağlanmasının gerekliliğini içermektedir.

Otobüslerin, hat ve duraklarının yerinin seçimi, tarifinin belirlenmesinde herkes için aynı standartların geçerli olması nesnellığı gösterir ancak kimsesiz ya da düşük gelirliler için ek tedbirler alınması veya engelliler için ayrı platformlar kurulması da eşitlik için önem taşımaktadır.

Kamu hizmetinden yararlananların ne taraflı ne de tarafsız olmaları beklenir. Bunlar kendileri gibi olmak hakkına sahiptir. Yararlananlardan tarafsızlık beklemek, bireylerin hiçbir sosyal ve siyasi görüş sahibi olmamaları anlamına gelir ki, bu hem imkânsız hem insan haysiyetine saygı ilkesine aykırı, hem de yurttaşlık haklarına karşıt bir durum oluşturacaktır.

Kamu hizmetinden yararlanan kişiler arasında başka bir ayırım yapılmayacağına tipik örneklerinden biri de üniversite eğitiminden yararlanmak için lise mezunu olmanın ve sınavı kazanmanın yeterli olmasıdır. Yine birçok kamu hizmetinden basit abonman sözleşmeleriyle yararlanılmaktadır. Örneğin belediye otobüslerden yararlanmak için bilet almak ve üçüncü kişilerin haklarına saygılı olmak gerekli ve yeterlidir. O halde abonman sözleşmesi yapmak ve tarifedeki karşılığı ödemek bu tür kamu hizmeti almanın yeter koşuludur.

Kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik ilkesi bireyler arasında hizmetin gerektirdiğinden başka ayırım yapılamayacağı anlamına geldiği gibi bir yandan da hizmetten başka türlü yararlanması gerekenlere olumlu katkı sağlanması gibi bir yükümlülük de içerir. Bazı durumlarda bireyleri pozitif ayrımcılık denilen bir yöntemle desteklemek zorunluluk olabilir.

Yabancılar kendileri için objektif biçimde belirlenmiş kurallara uymak koşuluyla kamu hizmetlerinden yurttaşlar gibi yararlanır. Kişinin ülkede göçmen ya da kaçak olarak bulunması güvenlik, sağlık gibi temel kamu hizmetlerinden yararlanmasını engellememelidir.

Bilindiği üzere kamu hizmetleri önünde eşitlik ilkesi 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nden kaynaklanmaktadır. Hem Fransız Danıştay’ı hem de Türk Danıştay’ı kamu hizmetlerinin işlenmesini düzenleyen eşitlik ilkesini hukukun genel ilkelerinden biri olarak değerlendirmektedir. Anayasamızda kanun önünde eşitlik ilkesi yer almıştır ve bu ilkenin ayrıca hukuk devletinin gereklerinden de birini oluşturmaktadır.

3.1. Danıştay Kararlarında Eşitlik⁴⁰ İlkesi

3.1.1 Ayrımcılık Yapmama, Eşit Muamelede Bulunma İlkesi

*“İdare hukuku alanında eşitlik ilkesinin uygulanması kamu hizmeti kavramı ile birlikte düşünülmelidir. Buna göre eşitlik kamu hizmetinin genel ilkelerinden biridir. Bu çerçevede idare, kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı ve keyfilikten uzak objektif bir biçimde sunmak zorundadır. Ayrıca kamu hizmetinin tarafsızlığı ilkesi, “ayrımcılık yapmama” yükümlülüğünü de içinde barındırmaktadır. Kamu hizmetleri karşısında bireyler hem kamu hizmetinden yararlanan ve hem de yararlanmaya aday statüsündeysen bu kamu hizmetlerinden eşitlik ilkesi çerçevesinde yararlanmayı talep edebileceklerdir⁴¹.”

* “Anayasa’nın “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesinin, ... aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların oluşturulmasını engellediği, aynı durumda olanlar için farklı düzenleme yapılmasının eşitliğe aykırılık oluşturacağı, Anayasa’nın amaçladığı eşitliğin, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitlik olduğu, bir diğer anlatımla aynı hukuki durumda olanlar için aynı, ayrı hukuki durumda olanlar için ayrı kurallar öngörülmesinin Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği anlaşılmaktadır... eşitlik ilkesi ancak, aynı durumda olan kişilere aynı kuralların uygulanmasını zorunlu kıldığından yalnızca, Anayasa Mahkemesinin Geçici 64. maddenin iptaline ilişkin kararında vurgulanan var olan durumun devam edeceği yönündeki beklentisi korunan, 18/01/2014 tarihi itibarıyla muayenehane açmak suretiyle serbest meslek icra eden hekimler anılan hususta birbirleriyle eşit statüde olup, hekimlere aynı kuralların uygulanması eşitlik ilkesinin gereğidir⁴².”

*“Anayasal ve uluslararası düzenlemeler uyarınca, aynı durumda bulunanlara farklı uygulamaların yapılmasına, ayrımcılığa tabi tutulmasına olanak bulunmamaktadır. Yabancı uyruklu tıpta uzmanlık öğrencileri Türk uyruklu öğrencilerden farklı kontenjanlar kapsamında tıpta uzmanlık sınavına girseler de Türk uyruklu öğrenciler ile aynı eğitimi almakta, aynı mevzuata tabi olarak çalışmakta ve aynı sağlık hizmetini sunmaktadırlar. Bu bağlamda, Türk uyruklu öğrenciler ile aynı statüde bulunmaktadırlar. Statü farklılığı sadece tıpta uzmanlık eğitime yerleştirilme sırasında olmakta ise de ancak uyumsuzluk da tıpta uzmanlık eğitime yerleştirmeden kaynaklanmamaktadır. Öte yandan, davalı idareler tarafından, tıpta uzmanlık öğrencilerinin çalışan statüsünde değerlendirilemeyeceği, tuttukları nöbetlerin eğitimin bir parçası olduğu ve bu nedenle herhangi bir ödeme yapılmamasında hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülmüş ise de, yabancı öğrenci veya Türk Vatandaşı statüsünde tıpta uzmanlık eğitimi alan tıpta uzmanlık öğrencilerine ödeme yapılırken, aynı eğitimi alan ve sonradan Türk Vatandaşlığına geçen yabancı öğrencilere herhangi bir ödeme yapılmamasında eşitlik ilkesine uyarlık bulunmadığından, bu iddiaya itibar edilmemiştir”⁴³.

* “... Anayasa’nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunla aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanunlar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik ilkesi herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez.

⁴⁰ “... idare hukukunun en temel esası olan eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı açıktır...” Danıştay 10. Daire, E. 1985/1885, K. 1986/2093, K.T. 18.11.1986; aynı yönde; Danıştay 12. Daire, E. 1974/62, K. 1974/2517, K.T. 18.11.1975; Danıştay 5. Daire, E. 1986/1933, K. 1987/593, K.T. 13.04.1987; Danıştay 8. Daire, E. 1985/735, K. 1987/88, K.T. 24.02.1987; Danıştay 10. Daire, E. 1987/932, K. 1986/242, K.T. 18.02.1988; Danıştay 5. Daire, E. 1988/1986, K. 1991/594, K.T. 27.03.1991; Danıştay İDDK, E. 1985/94, K. 1985/112, K.T. 22.11.1985; Danıştay 5. Daire, E. 1980/9357, K. 1984/3836, K.T. 15.11.1984; Danıştay 8. Daire, E. 1977/3428, K. 1978/4428, K.T. 04.05.1978; Danıştay 12. Daire, E. 1969/2562, K. 1970/1739, K.T. 22.09.1970; Danıştay 6. Daire, E. 1971/1805, K. 1972/1031, K.T. 14.03.1972

⁴¹Danıştay 12. Daire, E. 2017/4, K. 2019/7806, K.T. 21.10.2019

⁴²Danıştay İDDK, E.2021/2580, K. 2022/479, K.T. 16.02.2022

⁴³Danıştay 8. Daire, E.2012/6368, K.2015/11926, K.T. 11.12.2015

Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Bu bağlamda dava konusu düzenlemelerde eşitlik ilkesine aykırı bir husus bulunmamaktadır”⁴⁴.

*“Bu çerçevede, ortaokul ve ortaöğrenim düzeyinde eğitim gören öğrencilere barınma hizmeti sunulan kurumlarda verilen hizmetin kamu hizmeti olduğu hususu da gözetildiğinde; davaya konu ifadenin, esasında hizmeti denetleme yetkisine haiz idareye yönelik bir hüküm içerdiği ve düzenlemeyle denetimin öğrencilerin kurumda bulunduğu günlerde ve saatlerde, başka bir ifadeyle öğrencilere barınma hizmeti sunulduğu süreçte yapılmasının öngörüldüğü, düzenlemenin kurumlardaki hizmet kalitesi ile hizmetteki aksaklıkların gerçekçi bir şekilde tespitini ve denetim faaliyetinde verimliliğin sağlanmasını amaçladığı anlaşılmaktadır... Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesi eylemli değil, hukuksal eşitliği ifade ettiğinden aynı hukuki durumda olanların aynı, farklı hukuki durumda olanların farklı kurallara bağlı tutulmasının eşitlik ilkesini ihlal etmeyeceği gözetildiğinde dava konusu düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı bir yönü bulunmadığı da açıktır. Bu durumda; dava konusu düzenlemede hukuka, kamu yararına ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmamaktadır”⁴⁵.”

*“..., hem 5809 sayılı Kanun'un 4. maddesinde belirtilen “eşit şartlardaki aboneler, kullanıcılar ve işletmeciler arasında ayırım gözetilmemesi” ilkesi hem de Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi dikkate alındığında, idare tarafından işletmecilere karşı gerçekleştirilen işlemlerin kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak tesis edilmesi gerekmekte olup, burada dikkat edilmesi gereken en önemli hususun hukuk karşısında eşit konumda bulunan kişilere aynı yönde işlemler tesis edilmesidir. 5809 sayılı Kanun'un “Tanımlar ve kısaltmalar” başlıklı 3. maddesi kapsamında Kurum tarafından “yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan veri veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirket” olarak tanımlanan işletmeciler, Kurumun ilgili mevzuatına uygun faaliyet sürdürmekle yükümlü olduğu işletmeciler dışındaki veri sorumlularının, mevzuat kapsamında Kurumun görev ve yetki alanına girmemesi nedeniyle hukuki statü olarak işletmecilerle aynı konumda olmadığı, dolayısıyla Anayasa'nın 10. maddesi ile kast edilen eşitlik ilkesinin nispi eşitlik olduğu göz önünde bulundurulduğunda Kurum tarafından yetkilendirilmiş işletmecilerin 5809 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat kapsamında diğer veri sorumlularından farklı yükümlülüklerle tabi tutulmasına dair düzenlemelerde eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır”⁴⁶.”

3.1.2. Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi⁴⁷

*“İdare, kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. Buna göre; öncelikle, idarenin yürütmekle görevli olduğu hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya eksiklik şeklinde tanımlanabilen hizmet kusurunun varlığının her somut olayda araştırılması; hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın tazmin edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir.... sigortacının, ödediği bedel kadar sigortalıdan intikal eden dava hakkını, sadece zarar veren şahsa karşı kullanabilmesi mümkün olup; bu halefiyet biçiminin, aksi kanıtlanabilen bir kusur karinesine dayanması nedeniyle, ortaya çıkan bu zararın, yürütülen hizmet ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağını dahi aramadan “kamu külfetleri karşısında eşitlik” anlayışıyla topluma pay edilerek giderilmesini amaçlayan sosyal risk ilkesi uyarınca sigorta şirketince talep edilmesine olanak tanıdığından da söz edilemez”⁴⁸.”

⁴⁴Danıştay 8.Daire, E. 2020/1339, K. 2023/6937, K.T. 07.12.2023

⁴⁵Danıştay 8.Daire, E.2020/6657, K. 2023/4504, K.T. 10.10.2023

⁴⁶Danıştay 13.Daire, E. 2021/355, K. 2023/2561, K.T. 23.05.2023

⁴⁷“Kamu mükellefiyetleri karşısında fertlerin eşitliği, idare hukukunun esaslarındandır (...) Kamu mükellefiyetleri karşısında eşitliği sağlamak için devamlı ve istisnai karakterde olan ferdi zararları telafi etmek hakkaniyet ve nesafetin bir icabıdır” Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 1960/177, K. 1962/108, K.T. 16.02.1962; Aynı yönde: Danıştay 12. Daire, E. 1975/110, K. 1977/1201, K.T. 28.04.1977

⁴⁸Danıştay İDDK, E. 2014/1126, K.2016/267, K.T. 15.02.2016

*“Kusursuz sorumluluk ise, kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağan dışı zararların idarece tazmini esasına dayanmakta olup; kusur sorumluluğuna oranla ikincil derecede bir sorumluluk türüdür. Başka bir anlatımla idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, idari faaliyet ile nedensellik bağı kurulabilen, özel ve olağan dışı zararları kusursuz sorumluluk ilkesi gereği tazminle yükümlüdür. Kusursuz sorumluluk sebeplerinden olan kamu külfetleri karşısında eşitlik ya da diğer adıyla fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, nimetlerinden tüm toplum tarafından yararlanan idarenin eylem ve işlemlerinden doğan külfetlerin, sadece belli kişi veya kişilerin üstünde kalması durumunda, bu kişi veya kişilerin uğradığı zararların, kusuru olmasa dahi idarece, tazminini öngörmektedir. Risk sorumluluğundan farklı olarak burada, kazalardan kaynaklanmayan, diğer bir deyişle, arızı nitelikte olmayan, önceden öngörülebilir zararların tazmini söz konusudur. İdari faaliyetin doğal sonucu olan bu zarar, etki alanı bakımından sınırlı, özel ve olağan dışı nitelik arz etmektedir. Bu bağlamda, toplumun genel yararına yönelik faaliyetlerde, hizmet kusurunun tespit edilememesi halinde, yalnızca kişilerin uğradığı özel zararların tazmini mümkün olup; ilgililerin genel külfetlere katlanması gerekmektedir⁴⁹.”

*“İdare, kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup, idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca tazmin edilmektedir. İdari hizmetlerin kuruluş ve işleyişindeki mevcut kusurlardan dolayı meydana gelen zararların, idarece tazmini gerektiği açıktır. Ayrıca, kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında, bir görevle ilgili olarak genel külfetler dışında fertlere verilen zararların, eylem ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla, kusursuz sorumluluk esaslarına göre hizmetin sahibi idarelerce tazmin edilmesi de gerekmektedir. Başka anlatımla, idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen, özel ve olağanüstü zararları kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazminle yükümlüdür. Aksi durum, bu hizmetlerin yürütülmesi sırasında oluşan zararların bir veya birkaç kişiye yükletilmesi sonucunu doğurur ki, bu da, kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nesafet ilkeleri ile bağdaşmaz. Buna göre, idare kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında hizmetin kuruluş ve işleyişinde kusuru olmasa bile, kamu görevlisinin kişisel kusurundan doğmamış olmak koşuluyla, çalışma gücündeki eksilme ya da ölüm durumunda ortaya çıkan maddi zararı, istihdam edenin sorumluluğu kapsamında ve kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin etmekle yükümlüdür⁵⁰”.

* “...Kusursuz sorumluluk sebeplerinden olan “kamu külfetleri karşısında eşitlik” ya da diğer adıyla “fedakârlığın denkleştirilmesi” ilkesi, nimetlerinden tüm toplum tarafından yararlanan idarenin eylem ve işlemlerinden doğan külfetlerin, sadece belli kişi veya kişilerin üstünde kalması durumunda, bu kişi veya kişilerin uğradığı zararların, kusuru olmasa dahi idarece tazminini öngörmektedir. Risk sorumluluğundan farklı olarak burada, kazalardan kaynaklanmayan, diğer bir deyişle arızı nitelikte olmayan, önceden öngörülebilir zararların tazmini söz konusudur. İdari faaliyetin doğal sonucu olan bu zarar, etki alanı bakımından sınırlı, özel ve olağan dışı nitelik arz etmektedir. Kamu hizmetinin yürütülmesinin neden ve etkisinden kaynaklanan bir zararın doğmaması için idarece her türlü tedbir alınmasına rağmen, hizmetin doğal ve zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkan, hizmetten yararlananlar yönünden genel ve olağan nitelikteki bir külfetten kaynaklanan zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanmasına olanak bulunmamaktadır. Kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan bir zararın, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca idarece karşılanabilmesi için, uğranıldığı ileri sürülen zararın kamu külfeti olmaktan çıkıp, hizmetten yararlananlar yönünden özel ve olağandışı bir niteliğe dönüşmüş olması gerekir.⁵¹”

*“... İdare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen, özel ve olağanüstü zararları kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazminle yükümlüdür.

⁴⁹Danıştay İDDK, E. 2013/509, K.2015/454, K.T. 19.02.2015; Aynı yönde Danıştay 6. Daire, E. 2018/2453, K.2022/1132, K.T. 08.02.2022 (Danıştay 6. ve 10. Daireleri Müşterek Heyeti)

⁵⁰Danıştay 10.Daire, E. 2009/4434, K. 2013/7771, K.T. 05.11.2013

⁵¹Danıştay 10. Daire, E. 2016/2102, K. 2021/3245, K.T. 10.06.2021; Aynı yönde Danıştay 10. Daire, E. 2023/387, K. 2023/3788, K.T. 19.06.2023; Danıştay 10.Daire, E.2021/6900, K. 2022/2323, K.T. 25.04.2022

Aksi durum, bu hizmetlerin yürütülmesi sırasında oluşan zararların bir veya birkaç kişiye yükletilmesi sonucunu doğurur ki, bu da kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nesafet ilkeleri ile bağdaşmaz. Buna göre, idare kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında hizmetin kuruluş ve işleyişinde kusuru olmasa bile, kamu görevlisinin kişisel kusurundan doğmamış olmak koşuluyla, çalışma gücündeki eksilme ya da ölüm durumunda ortaya çıkan maddi ve manevi zararı, istihdam edenin sorumluluğu kapsamında ve kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin etmekle yükümlüdür. Hizmet kusuruna dayalı olarak tazminata hükmedilebilmesi için zararın mevcudiyeti, zarara yol açan eylemin idareye yüklenebilir nitelikte olması ve zararlar eylem arasında nedensellik bağının bulunması aranmaktadır⁵².”

*“...İdarenin gözetim sorumluluğu gereği, kamu hizmetinin yerine getirilmesinde kusuru olmasa bile öğrenci velisinin öğrenciyi okul idaresinin gözetim ve denetimine bıraktığı andan itibaren okulda ders saati içerisinde meydana gelebilecek olan zararlardan sorumlu tutulması ve meydana gelen zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin edilmesi, kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nesafet ilkeleri gereğidir⁵³”.

3.1.3. Kamu Hizmetlerine Girişte (ve Kariyerde) Eşitlik

*“...Kanun hükmünün yalnız memurluğa ilk girişte uygulanacağını kabul etmek, teknik eleman niteliğini girişte taşıyanlarla sonradan kazananlar arasında bir eşitsizlik ve haksız uygulamaya yol açar ki, böyle bir uygulama hukuk sistemimizin temel ilkelerinden olan **kanun önünde eşitlik** ilkesine de aykırıdır (..)”⁵⁴.

*“... tartışma konusu yasaklayıcı hükmün sıkıyönetim kalktıktan sonra da uygulanabileceğini kabul etmek, sıkı yönetim komutanının isteği üzerine görevden alınmış olmayı kamu hizmetlerine girme hakkını sürekli olarak ortadan kaldıran bir nitelik haline dönüştürmektedir ki, bu sonucun Anayasanın 70. maddesinin kamu hizmetine girmek için öngördüğü ölçütle ve 10 uncu maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesi ile bağdaşmayacağı açıktır⁵⁵”.

*“...Aynı göz kusurunun aynı mesleğe girişte kişilerin eğitim menşesine bakılarak farklı yorumlama ve değerlendirilmesi, diğer bir deyimle aynı arızanın birisi için mesleğe girişte engel sayıla diğeri için sayılmaması eşitlik, hak ve adalet kurallarıyla bağdaşmaz”⁵⁶.

3.1.4. Kamu Hizmetinden Yararlananlar Arasında Eşitlik

“...Davalı idare söz konusu Kararnamenin 35. maddesi uyanınca mal ve hizmet fiyatlarının tespitinde serbest ise de turistik faaliyetler dolayısı ile yıl içinde yoğun nüfus değişimi gösteren yerler için lokal götürü şebeke tesis ücretinin farklı olması telefon tesisi ile yurttaşlara götürülmek istenilen kamu hizmetlerinden yararlanma açısından kişiler arasında farklı bir uygulamaya yol açacak nitelikte olup, bunun eşitlik ilkesiyle bağdaştırılmasına olanak yoktur (...)”⁵⁷

3.1.5. Aynı Nitelikte Hizmet Gören Personel Arasında Eşitlik

“...işçi veya sözleşmeli statüde aralıksız çalışma koşulunun aranması aynı nitelikteki hizmetlerde bir kısmının değerlendirme dışı bırakılması sonucunu da doğurur ki, bu da temel hukuk ilkesi olan eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz”⁵⁸.

⁵²Danıştay 8. Daire, E.2021/4599, K. 2023/7298, K.T. 15.12.2023

⁵³Danıştay 8. Daire, E.2021/1834, K. 2023/5043, K.T. 20.10.2023

⁵⁴ Danıştay 5. Daire, E. 1987/1075, K. 1989/2557, K.T. 27.12.1989

⁵⁵Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E. 1988/6, K. 1989/4, K.T. 07.12.1989 (Meşhur 1402’likler kararı).

⁵⁶Danıştay 8. Daire, E. 1982/7, K. 1982/1160, K.T. 18.10.1982

⁵⁷Danıştay 10. Daire, E. 1989/359, K. 1990/1451, K.T. 21.06.1990

⁵⁸ Danıştay 5. Daire, E. 1986/1533, K. 1987/593, K.T. 13.04.1987

3.1.6. Benzer Durumda Olanlara Benzer İşlem Yapılması

“...çalışmalarını Türkiye sathına yayacaklar ve sosyal konuta ihtiyacı olan her ilde kurulacak birliklerin de merkez birliklerine ortak olacağı dikkate alınarak adlarımın başına Türkiye kelimesinin eklenmesine izin verilmesi istemleri kabul edilen birlik dikkate alındığında çok daha geniş bir alanda çalışmalarını yürüten davacı birliğin adına Türkiye kelimesinin eklenmesine izin verilmemesinde eşitlik ilkesine uyarlık bulunmamaktadır”⁵⁹.

3.1.7. Coğrafi Ayrım Yapılmaması

“... Bir yüksekokula öğrenci alınırken iller arasında ayrım yapılarak o okulun bulunduğu ildeki orta öğretim kurumlarından mezun olanlara ayrıcalık tanınması (eşitlik ilkesi ile bağdaştırılmaz)”⁶⁰.

3.1.8. Ekonomik Ayrım Yapılmaması

“... İdare hukuku ilkelerine göre, yasal ya da diğer düzenleyici tasarruflarla idareye tanınan takdir yetkisi mutlak ve sınırsız olmayıp, Anayasal ilke ve kurullarla sınırlı bulunmaktadır. Bu hukuki durum karşısında bara levhasına yazılma isteminde bulunanlardan ilk defa avukatlık mesleğine girenlerle diğerlerinin giriş keseneklerinin farklı şekilde tespitini gerekli kılacak hak, makul ve objektif bir neden bulunmadığından dava konusu Bara Genel Kurulu kararının Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılığı açıktır”⁶¹.

3.1.9. Cinsiyet Eşitliği

“...İmam Hatip okullarına yalnızca erkek öğrencilerin kabul edileceğine ilişkin yönetmelik hükmünün iptali”⁶².

3.1.10. İmkân ve Fırsat Eşitliği

“...Davacıların atandığı tarihte 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanununun 10/A maddesi yürürlükte olmayıp, KPSS sınav sonucuna göre OSYM tarafından yapılan yerleştirmeler sonucunda 657 sayılı Kanun’un 4/B maddesine göre atandıkları açıkça belirtilmiş olup; dosya içerisindeki yer alan atama belgelerinde 4/B statüsünde görev yaptıkları yer almaktadır Davacıların kendilerine uygulanmasını talep ettiği düzenleme ise, 657 sayılı Kanun’dan farklı olarak düzenlenen 633 sayılı Kanun’da yer alan 10/A maddesidir. Dolayısıyla davacılar, 633 sayılı KHK’nın 10/A maddesi uyarınca atanan sözleşmeli din hizmetleri sınıfı personeli ile aynı hukuksal duruma değil, ayrı hukuksal durumlara ve farklı hukuksal düzenlemelere tabi olduklarından **dava konusu edilen kadroya geçirilme taleplerinin reddine ilişkin işlemlerin Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesini zedelediğinden bahsedilemez. Zira, somut olayda, kadroya geçişin önkoşulu “sözleşmeli personel” statüsünde görev yapıyor olmak değil, öncelikle 633 sayılı Kanun’un 10/A maddesine göre “sözleşmeli personel” olarak atanıp, bu Kanun çerçevesinde “sözleşmeli personel” olarak görev yapıyor olmaktır**”⁶³.

4. Kamu Hizmetlerinin Bedelsizliği (Meccaniliği, Karşılıksızlığı) İlkesi

Kural olarak kamu hizmetleri bedelsiz olarak sunulmaktadır. Bu kurala kamu hizmetinin meccaniliği denilmektedir. Ancak günümüzde kamu hizmetlerinin sunumunda hizmetten yararlananlardan belli bir ücret alındığı görülmektedir. Ancak alınan bu ücret kamu hizmetinin bedelsizliği ilkesinin ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir.

⁵⁹Danıştay 10. Daire, E. 1989/374, K. 1991/1175, K.T. 28.03. 1991

⁶⁰Danıştay 8. Daire, E. 1976/1055, K. 1976/2591, K.T. 09.12.1976

⁶¹Danıştay 8. Daire, E. 1975/913, K. 1975/2879, K.T. 18.11.1975

⁶²Danıştay 11. Daire, E. 1975/24, K.1976/4374, K.T. 15.12.1976

⁶³Danıştay 8. Daire, E. 1980/2589, K. 1981/504, K.T. 28.01.1981; Danıştay 8. Daire, E. 1980/3446, K. 1981/2692, K.T. 15.09.1981; Aynı yönde Danıştay İDDK, E.2021/121, K. 2022/7, K.T. 14.02.2022 (Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılığın Giderilmesi İstemi Hakkında Karar)

Kamu hizmetinin ilk ortaya çıktığı dönemlerde söz konusu olan bedelsizlik özelliği, günümüzde anlam değiştirmiştir. Bizzat idarenin yerine getirdiği bazı klasik kamu hizmetleri karşısında kural olarak hizmetten yararlananlardan hizmetin karşılığı olarak bir bedel alınmamaktadır. Örneğin, ilköğretim kamu hizmetinin karşılığı olarak hizmetten yararlananlardan bir bedel alınmamaktadır. Ancak kamu hizmetlerinin sayısının giderek artması; teknolojinin gelişmesine paralel olarak, kamu hizmetinin görülüş şekillerinin değişmesi, daha fazla mali kaynak gerektirmeye başlamasıyla kamu hizmetlerinden yararlananlardan bu hizmetin karşılığı olarak belli paraların alınmaya başlaması söz konusu olmuştur.

Hizmetten yararlananlardan, hizmetin karşılığı olarak alınan para, “fiyat” değildir. Bunun nedeni topladığı vergilerle kamu hizmeti teşkilatı kuran ve kamu hizmeti faaliyeti yapan idarenin “tüccar” olarak nitelendirilmemesidir. Dolayısıyla yürütülen faaliyetin maliyetini karşılama düşüncesiyle alınan bu paralar, “kamu hizmetine katılma bedeli” niteliğindedir. Tabii hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin eşitsizlik ve haksızlığa yol açmayacak şekilde adil ve dengeli olması da önem taşımaktadır⁶⁴.

Meccanilik, kamu hizmetlerinden yararlanmanın bedava yani parasız olduğu anlamına gelir. İdare hukukunda kamu hizmeti teorisinin yerleşme nedenlerinden biri de meccaniliktir. Ancak gerçekte kamu hizmetinin ne zaman ve ne ölçüde parasız verildiğine yani bir parasızlık ilkesinin mevcudiyetine ilişkin yeterli bilgi mevcut değildir. Zira idarenin faaliyetleri kadim zamanlardan beri vergi alınarak finanse edilmektedir.

Diğer taraftan hizmetin genelliği ve mecburiliği ile meccaniliği arasında bir ilişki kurulsa bile bu mutlak bir ilişki değildir. Örneğin genel ve zorunlu eğitim parasız olmakla birlikte, sosyal güvenliğin zorunlu olduğu günümüzde genel sağlık hizmetleri bir finansman modeline tabi tutulmuştur. Ayrıca sosyal devlet içinde ihtiyaç sahiplerinin desteklenmesi ile kamu hizmeti gibi genel bir etkinliğin tamamıyla parasız olması arasında bir ilişki yoktur.

Günümüzde açıkça paralı olanlar hariç yollar, tüneller, köprüler, parklar, aydınlatma, radyo-tv frekansları, trafik işaretleri vs. gibi hizmetlerden yararlanmak meccani gibi görünse bile elektrik faturalarından alınan TRT payı, radyo-tv bandrol ücretleri, yayıncılardan alınan frekans kiralaları vs. bu sorunun yeterince netleştirilmediğini göstermektedir.

Kamu hizmetinin bedava verilmesinin anayasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Hatta bu nitelik, hiçbir yasal düzenlemede temel bir ilke olarak yer almadığı gibi hukukun genel ilkeleri arasında da yoktur.

Dikkat edilmesi gereken, kamu hizmetleri ile kamu mallarından bedava yararlanma arasındaki farktır. Şuni kamu mallarından olan sokaklar, sokak aydınlatmaları, dini tesislerden-parasız yararlanılmaktadır. Fakat suni kamu malları olan otoyollar, köprüler, baraj ve göletler, park ve bahçelerden paralı veya parasız yararlanılmaktadır. Buna karşılık kamu mallarından özel ve bağımsız yararlanma söz konusu ise bu yararlanma gerçek anlamda bedel karşılığıdır. Maden imtiyaz ya da ruhsatları, bazı tür avcılık vs. gibi durumlar bu türdendir.

Belirtildiği gibi kamu hizmetlerinden bedava yararlanmanın en tipik örneği eğitim ve bazı sağlık hizmetleridir. Özellikle mecburi eğitim bedavadır. Zaman zaman öğrencilerden değişik adlar altında katkı alınmasının gündeme gelmesi de eğitim kamu hizmetinin parasız olmasına dayanır. Yine kolluk hizmetleri içinde yer alan kamu hizmeti unsurları için aynı durum geçerlidir. Örneğin kolluğun sağlık unsuru içinde bulunan salgın ve tehlikeli hastalıklarla mücadele ile birey sağlığı için ağır sonuçlar doğuran hastalıkların tedavisi parasız yapılmaktadır. İdare bunlar için sağlık ocakları, dispanserler kurmakta, hatta bazılarının özel sektörde tedavi masraflarını da karşılamaktadır. Diğer yandan birtakım hastalıkların tedavisi yasal zorunluluk olarak görülür. Uyuşturucu ve alkol bağımlılığı, aids, kanser, tehlikeli psikiyatrik rahatsızlıklar vs. gibi hastalıkların tedavisi zorunlu ve doğal olarak parasızdır.

⁶⁴Danıştay 8. Daire, E.1998/6982, K. 1999/1478, K.T. 17.03.1999

Meccanilik günümüzde geçerli olduğu birçok kamu hizmetine rağmen, bütün kamu hizmetlerine uygulanabilecek bir ilke olmaktan çıkmıştır. Ancak bu sonuç bunların paralı hale getirilmesine yol açmamalıdır. İşletme faaliyetinin karşılanması için bir ücret ödenmesi gereken durumlarda bu ücretin kar içermemesi gerekmektedir. Oysa bazı kamu hizmetlerinden yararlarımıza karşılığı alınan harcın bedele dönüştüğü, bedel alımlarında ise bedelin tam anlamıyla fiyata dönüşmüş olduğu ve böylece karlılık içerdiği tartışmaları yapılmaktadır.

Anayasanın “Vergi ödevi” başlığını taşıyan 73. maddesine göre: “Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır...”

Bu maddede kamu hizmetlerinin karşılığının toplumda bulunan herkesçe ödeneceği kuralı getirilmiştir. Bir başka deyişle, kamu hizmetlerinden yararlanmanın bir bedeli olduğunu kurucu güç anayasal bir ilke olarak kabul etmiştir. Sorun toplanan vergilerin hangi kamu hizmetlerine hangi ölçüde harcanacağı ve bu kapsamda vergisini ödeyen bireyin hiçbir şekilde yararlanması söz konusu olmayan bir kamu hizmetinin finansmanına katılmak ve bunun maliyetine katlanmak zorunda olup olmadığıdır.

Toplum içerisinde yaşamının ve örgütlenmiş bir kamu kudretinin sağladığı avantajların bir karşılığının olması doğaldır. Ancak bu karşılığın adalet ve hakkaniyet duygularını zedelememesi gerekir. Bu bakış açısından hareketle, bireyin yararlanmayacağı veya arızı nitelikte yararlanması söz konusu olan hizmetin finansmanını, bu hizmetten sürekli yararlananlarla aynı ölçüde karşılaması kabul edilemez. Bu düşünce hizmetten yararlananlara diğerlerinden farklı bir statü ve düzenlemeye tabi tutulmasını zorunlu kılar. Dolayısıyla, tüm kamu hizmetlerinin bir bedeli olmalı, ancak bazı hizmetlerin karşılığı doğrudan ödenmeksizin ilgilileri bunlardan yararlanabilmelidir. Karşılığı doğrudan ödenmeksizin bireyin yararlanacağı kamu hizmetleri ilgilinin kişisel durumu ve hizmetin doğasına göre belirlenmelidir. Bu yolla Anayasada öngörülen ve Anayasa Mahkemesi kararlarıyla açıklığa kavuşturulan kanun önünde eşitlik ilkesinin yatay boyutta gerçekleştirilmesi sağlanmış olur.

Karşılıksızlığın kamu hizmetlerinin ortak özelliği olduğunun kabulü özellikle sınıai ve ticari kamu hizmetleri açısından söz konusu değildir. Ayrıca idari kamu hizmetlerinin dışındaki kamu hizmetlerinin sağlanmasında Anayasanın “Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları” başlığını taşıyan 65. maddesinin “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir” hükmü ile karşı karşıya kalınır.

Bu hükmün uygulanmasında devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri belirli bir standarda uygun ifa edebilmek için hizmetten yararlananlara fiili zorunluluk dolayısıyla başvuracak ve devletin bu tutumu Anayasaya aykırı olmayacaktır. Aksi bir kabul halinde vergilerin genele şamil olarak artırılması yöntemine başvurma zorunluluğu doğacak, böyle bir durumda da vergilerin mükelleflerin ödeme kapasitelerinin üstüne çıkması ve/veya tahammül sınırlarının aşılması olgusuyla da karşı karşıya kalınacaktır⁶⁵.

Kamu hizmetlerinin sayıca az olduğu dönemlerde idarelerin bu hizmetleri bir bedel talep etmeden gerçekleştirmesi mümkün ve olağan yöntemdi. Bu uygulama günümüzde yollar, parklar ve büyük bir çoğunluğunda olduğu gibi geleneksel kamu hizmetlerinden ilgililerin karşılıksız olarak yararlanması şeklinde varlığını korumaya devam etmektedir. Fakat hem kamu hizmetinden yararlananların hem de kamu hizmetleri türlerinde görülen artış hizmetten yararlanmayanların aleyhine hizmetten yararlananların lehine bir durum yaratmaya başlamıştır. Bu adaletsizliğin önüne geçilmesi amacıyla kamu hizmetinden doğrudan yararlananlardan bir karşılık talep edilmeye başlamıştır. Talep edilen bedel sunulan hizmetin ücreti olarak nitelendirilmemekte ve buna “kamu hizmetlerine katkı payı” denilmektedir. Bu yöntemle hem kamu hizmetinin sürekliliği gerçekleştirilmekte hem de adaletsizliğin önüne geçilmiş olmaktadır.

⁶⁵Fransız idare hukuku doktrininde kamu hizmetlerinin bedelsizliği, kamu hizmetinin gerçekleştirilmesi sırasında egemen olan ilkelere birisi olarak sayılmamakta ve ilke kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında belirgin emarelerden biri olarak nitelendirilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre "Karayolları, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demiryolları, havayolları, kimi hastane ücretleri vb. iktisadi şartlara göre oluşan ve hizmetin konusu tesislerin bakım ve idamesini, yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir fiyattır ve belirtilen nitelikleri bakımından muayyen kamu hizmetleri karşılığı kişilerden alınan resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden sayılmaz."

Kısacası kamu hizmetleri kural olarak ücret ödenmeyen hizmetlerdir. Ancak kamu hizmetlerinin meccaniliği (karşılıksızlığı) artık günümüzde anlamını büyük ölçüde kaybetmiştir. Günümüzde genel kabul gören görüş ve uygulamaya göre devletin yürütmekle zorunlu olduğu, devlet dışında özel kişilerin yürütmediği veya yürütemeyeceği hizmetlerin dışındaki alanlarda hizmetlerden yararlananlardan belirli bir miktarda ücret talep edilmesi gerekir.

Özellikle iktisadi ve ticari mahiyette kamu hizmetinin söz konusu olduğu durumlarda hizmeti sunan idare hizmetten yararlananlardan bir bedel talep eder. Çünkü iktisadi faaliyetlerde kârlılık ve verimlilik ön plandadır. Bu uygulama eşitlik ilkesini zedeleyen değil, bilakis destekleyen bir uygulamadır. Ancak kamu hizmetinin karşılığı için istenilen bedelin, hizmetten yararlananların ödeme gücü dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Hizmetten bedel talep edilebilme hakkı, ilgililerin kamu hizmetinden yararlanmalarını ortadan kaldıracı yönde olamaz. Talep edilen ücret kamu hizmetinin sürekliliğini sağlamaya yönelik olup, sırf kar elde etme amacıyla bu yetki kullanılamaz⁶⁶.

Danıştay;

*"...Görüldüğü üzere; 3146 sayılı Yasanın 39. maddesinde, belgelendirmelerden alınacak ücretlerin döner sermaye işletmesi gelirleri arasında bulunduğu dair bir kurala yer verilmediği; öte yandan, belgelendirmelerin ücret karşılığı yapılacağı yolunda herhangi bir hüküm yer almamıştır. İş sağlığı ve güvenliği alanındaki belgelerin düzenlenmesinin, davalı Bakanlığın İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğünün asli görevlerinden olduğu dikkate alındığında; söz konusu kamu hizmetinin ücret karşılığında yürütüleceğine dair açık bir yasa hükmü bulunmadıkça ücret tahsil edilemeyeceğinin kabulü gerekmektedir⁶⁷".

SONUÇ

Devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından veya onların gözetim ve denetimi altında, toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yürütülen sürekli ve düzenli faaliyetleri olan kamu hizmetlerinin süreklilik ve düzenlilik, genellik ve tarafsızlık, değişkenlik ve yeniliklere uyarlanma ile bedelsizlik olarak Danıştay kararları ile belirlenen ilkeleri bulunmaktadır.

Kamu hizmetinin unsurları olan kamu hizmetine hâkim olan ilkeler aslında kamu hizmetinin işleyişinde geçerli olan ilkeleri de ifade etmektedir. Kamu hizmeti, Devletin ve dolayısıyla "idarenin devamlılığının sağlanması (süreklilik) görevinin" bir parçasıdır. Bu kavram sadece hizmetin var olmasını değil, aynı zamanda birey ve toplum için temsil ettiği anlamı da kapsamaktadır.

Kamu hizmeti "**sürdürülebilirlik ilkesine**" göre yönetilmelidir. Bu kavram, bir etkinliğin hiçbir karşılığı yanı faydası olmayan bir kamu külfetine dönüşmesini engelleyen bir ilkedir.

Kamu hizmeti için meşruiyet dayanağı "**ulaşılabilirlik**" özelliğidir. Bu özellik toplumun gözünde kamu hizmetinin değerini ölçmenin en önemli aracıdır. Kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişi bu özelliğin gerçekleşmesine hizmet etmektedir.

Kamu hizmetlerinden ayrıca "**genellik ilkesi**" içinde yararlanılır. Aksi halde kamu hizmeti adı altında azınlıkçı, elitist ve hatta eşitlik karşıtı bir imtiyaza yol açılmış, dar bir cemiyetçilik anlayışı içinde baskı ve çıkar gruplarının hizmetinde bir duruma neden olunmuş olması söz konusu olacaktır.

Anayasanın ekonomik ve sosyal görevleri mali güce oranlayan anlayışı Devletin bireylerden gelen talepleri göğüslemeye yarayan sınırlayıcı bir anlama sahip olmakla birlikte, diğer yandan mali gücünün arttığı dönemlerde idareye yönelik olumlu bir emir olarak da yorumlanmasını gerektirmektedir.

⁶⁶ATAY, s. 573

⁶⁷Danıştay 10. Daire, E. 2010/16631, K. 2015/6, K.T. 8.01.2015

Nihayet kamu hizmeti verilirken **“yararlananların yetinmesi değil, memnuniyetin esas alınması”** gerekmektedir.

Belirtildiği gibi kamu hizmeti kavramı, “kamu yararına” ilişkin bir ihtiyacı tatmin etmek için idarenin doğrudan veya dolaylı bir şekilde yüklendiği sürekli ve düzenli bir etkinliği ifade etmektedir.

Danıştay özellikle kamu yararı ölçütünü esas alarak imar davalarında davadan feragat konusunda verdiği kararlarda son dönemde değişikliğe gitmiştir.

Önceden iptal davasının objektif niteliği dikkate alınarak verilen iptal kararından sonra davacının temyiz isteminin incelenmesi aşamasında davadan feragati kabul etmemekte⁶⁸ iken, “bireysel hakların ihlaline dayanan iptal davalarında davacının herhangi bir kısıtlama olmaksızın davasından feragat edebileceği” yönünde içtihat değişikliğine gitmiştir.

“Uyuşmazlık, iptal davalarının objektif niteliği dikkate alındığında, bu davalarda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun feragat ilişkili hükümlerinin nasıl yorumlanması gerektiği noktasında toplanmaktadır. Hak arama hürriyeti, dava açma hakkı nasıl evrensel temel hak ve hürriyetlerdense, bu hakkın kullanılması, kullanılmaması veya önce kullanıp sonra vazgeçilmesi de kişinin doğal temel haklarından İptal davaları da tam yargı davaları gibi kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği nitelikteki haklarından. Buna göre, bu hakkın kullanımı tek taraflı irade beyanı ile yapıp tamamlandığına, ayrıca mahkemenin veya davalının kabulüne de gerek bulunmadığına göre, feragat beyanından sonra davaya bakmakta olan mahkemece bu beyanın sadece gerçekten feragat anlamında olduğu ve kanunen belirlenen şekilde yapıp yapılmadığının saptanmasıyla yetinilmesi ve bu saptamadan sonra feragat nedeniyle uyuşmazlığın sona erdiğine ilişkin hüküm kurulması zorunludur. Nitekim, yukarıda metinlerine yer verilen hükümlerde, feragat ve kabulün karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı olmadığı, hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabileceği ve kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğuracağı, hiçbir yoruma ihtiyaç bırakmayacak açıklıkta ifade edilmiştir. Öte yandan, iptal davalarının objektif dava türü olması, bir kişinin açtığı iptal davasından feragat etme hakkını ortadan kaldıran bir özellik değildir. Çünkü o işlemde etkilenen herkesin dava açabilmesi mümkün olup, başkalarının açmadığı davalar nedeniyle dava açan kişinin doğal ve yasal bir hakkının yorum yoluyla hukuken elinden alınma olanağı bulunmamaktadır. Aksi halde objektif nitelikteki iptal davası açıldıktan sonra feragat hakkının tanınmaması, mahkemelere adeta kamu savcılığı görevi verilmesi sonucunu doğurur. Oysaki Anayasa’da ve yasalarımızda mahkemelere böyle bir görev verilmemiştir⁶⁹”.

⁶⁸“İptal davalarında, feragatın söz konusu olduğu uyuşmazlık konusu olaylarda, kamu yararı ve bireysel yarar ölçütünün belirlenmesinden sonra feragat hakkında karar vermek yerinde olacaktır. Her olayda, davanın niteliği ve mahiyetine göre davacıların davayla ilişkisini iyi irdelemek gerekir. Örnekleme gerekir ise; davacılar tarafından belde veya semt sakini sıfatıyla açılmış objektif nitelikteki bir iptal davasında kamu yararı ölçütü mutlak olduğundan, yerel mahkemece verilen ve hukuka aykırılığı belirleyen bir karardan sonra davacıların davasından feragat etmesi düşünülemez.” Danıştay 6. Daire, E. 2015/7570, K. 2018/2365, K.T.19.03.2018; Danıştay 6. Daire, E. 2018/2878, K. 2018/9403, K.T. 20.11.2018; Danıştay 6. Daire, E. 2018/648, K. 2019/8, K.T. 03.01.2019

⁶⁹Danıştay 6. Daire, E. 2017/2139, K.2019/2029, K.T. 03.04.2019; Danıştay 6. Daire, E. 2018/8305, K. 2022/4358, K.T. 07.04.2022; Danıştay 6. Daire, E. 2018/5737, K. 2021/3818, K.T. 16.03.2021; Danıştay 6. Daire, E. 2023/837, K.2023/4199, K.T. 27.04.2023; Danıştay 6. Daire, E.2023/2435, K. 2023/5421, K.T. 01.06.2023; Danıştay İDDK, E. 2016/3076, K.2019/715, K.T. 21.02.2019; Danıştay İDDK, E. 2017/353, K. 2019/4017, K.T. 03.10.2019; Danıştay İDDK, E. 2019/3471, K. 2020/404, K.T. 19.02.2020; Danıştay İDDK, E.2019/3471, K.2020/404, K.T. 19.02.2020; Danıştay İDDK, E.2019/2396, K. 2020/526, K.T. 27.02.2020.

**İMAR HİZMETLERİNİN MAHALLİ HİZMET NİTELİĞİ KAMU
HİZMETLERİNİN GÖRÜLME USULLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Prof. Dr. Halil KALABALIK*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ 3	
I. KAMU HİZMETİ, İMAR VE YERELLEŞME KAVRAMLARI	4
A. Kamu Hizmeti Kavramı	4
B. İmar Kavramı	7
C. Yerelleşme Kavramı	7
II. İMAR HİZMETLERİNİN YEREL HİZMET NİTELİĞİ	13
A. Yerel Hizmet Kavramı	13
B. Yerel Hizmetlerin Belirlenmesinde Ölçütler	14
1. Faydasının Bölünebilirliği Ölçütü	15
2. Etkinlik ve Ekonomik Verimlilik Ölçütü	16
3. Siyasî Sorumluluk Ölçütü	20
4. Hizmette Halka Yakınlık ve Yerellik (Subsidiarity)	20
a) İlkenin Anlamı	20
b) İlkenin İmar Hizmetlerinin Yerel Hizmet Niteliği Açısından Uygulanabilirliği	22
5. Malî Adalet Ölçütü	25
C. İmar Kamu Hizmetlerinin Yerel Hizmet Niteliğinin Değerlendirilmesi	26
III. İMAR HİZMETLERİNİN KAMU HİZMETİNİN GÖRÜLME USULLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	28
A. Kamu Hizmetlerinin Görülme Usulleri	28
1. Emanet Usulü	28
2. Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilerce Yürütülmesi	28
a) Ruhsat (Lisans) Usulü	29
b) Sözleşme Usulü	30
B. İmar Hizmetlerinin, Kamu Hizmetlerinin Görülme Usulleri Açısından Değerlendirilmesi	34
1. Kamu Düzenini İlgilendirmesi Nedeniyle İmar Kamu Hizmetlerinin Emanet Usulüyle Görülmesi Zorunluluğu	34
a) İmar Kamu Hizmetlerinin Görünümü	34
b) İmar Kamu Hizmetlerinin Kamu Düzenini İlgilendirmesi Nedeniyle Emanet Usulüyle Görülmesi Zorunluluğu	37
2. İmar Kamu Hizmetlerinin Görülmesine Özel Kişilerin Katılabilmesi	40
SONUÇ	42
YARARLANILAN KAYNAKLAR	44

*İstanbul S. Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Yürürlükte olsun veya ilga edilmiş olsun, bugüne kadar, tüm imarla ilgili kanunlarda genellikle imar hizmetlerinin “yerel hizmet” ve bu nedenle de bu görevlerin “yerel yönetim görevi” olduğu görülmektedir. Gerçekten 2290 sayılı Yapı ve Yollar Kanunu, 1580 sayılı Belediye Kanunu, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 6785 sayılı eski İmar Kanunu ve yürürlükteki 3194 sayılı İmar Kanunu, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu bu düşüncemizi kanıtlar görünmektedir.

Ancak, imar ve planlama konularında, zaman zaman karşılaşılan sorunlar, darboğazlar, güçlükler ve teknik eleman yetersizliği, **devletin** bu alanda **belediyelere** yardımcı olmasını zorunlu kılmıştır. Devlet kimi zaman belediyelerin yanında olmaktan da öteye geçerek kendini onların yerine koymuştur. 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 9. maddesi bunun en güzel kanıtıdır. Zira, adı geçen Kanunun söz konusu hükmüne göre, belediye meclislerinin ve ilgili idarelerin kararlarına gerek kalmaksızın, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı gerekli görülen hallerde, kamu yapıları ile ilgili imar planı ve değişikliklerinin tamamını veya bir kısmını, ilgili belediyelere veya diğer idarelere bu yolda bilgi vererek ve gerektiğinde işbirliği sağlayarak yapmaya, yaptırmaya, değiştirmeye ve re’sen onaylamaya yetkilidir. Bir kamu hizmetinin görülmesi maksadı ile resmi bina ve tesisler için imar planlarında yer ayrılması veya bu amaçla değişiklik yapılması gerektiği takdirde, adı geçen Bakanlık, ilgili valilik kanalı ile ilgili belediyeye talimat verebilir veya gerekirse imar planının resmi bina ve tesislerle ilgili kısmını re’sen yapar ve onaylar.

Bununla birlikte imar hizmetleri ülkemizde bir yerel idare görevi olarak kabul edilmiş ve edilmektedir. Ancak merkezi idare yerel idarelerin bu görevlerini idarenin bütünlüğü ve kamu yararı ilkeleri doğrultusunda gereği gibi yerine getirebilmeleri için geniş denetim ve gözetim (idari vesayet) yetkileri kullanagelmıştır.

Biz bu yazımızda imar ve yerelleşme kavramları ile imar hizmetlerinin yerel bir hizmet olup olmadığını inceledikten sonra, merkezi idarenin bu hizmetlere müdahale nedenlerini ve imar hizmetlerinin kamu hizmetlerinin görülme usulleri açısından değerlendirmeye çalışacağız.

I. KAMU HİZMETİ, İMAR VE YERELLEŞME KAVRAMLARI

A. Kamu Hizmeti Kavramı

Anayasa’nın çeşitli maddelerinde (m. 70, 128) ve kanunlarda yer almasına rağmen, kamu hizmeti kavramının geçerli bir tanımına rastlanılmamaktadır. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında kamu hizmetini, en geniş anlamda “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 etkinlikler” olarak tanımlamaktadır.⁷⁰ Doktrinde kamu hizmeti organik, maddî ve şekli unsurlarıyla tanımlanmaktadır.⁷¹

Organik açıdan kamu hizmeti, belli bir görevi yürütmek için bir kamu tüzelkişisi tarafından tahsis edilmiş olan ajan ve vasıtaların bütünü olarak tanımlanmaktadır.⁷² Anayasa’nın 70’inci maddesinde kullanılan kamu hizmeti organik açıdan tanımlanmıştır. Ancak organik unsur, yani, faaliyetin idare tarafından yerine getirilmesi, zaman içinde hizmetin imtiyaz veya başka yollarla özel kişilere de gördürülmesi sonucu bir değişim geçirmiştir.

⁷⁰AMK, 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, RG: 24.01.1995, S.22181; AMK, 20.03.2013, E. 2012/76, K. 2013/44, RG: 07.11.2013, S. 28814.

⁷¹GÜNDAĞ, Metin; İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2002, s. 282; GİRİTLİ, İsmet-BİLGİN, Pertev-AKGÜNER, Tayfun; İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Üçüncü Bası, Der Yayınları, İstanbul 2008, s. 116 vd; TAN, Turgut; “Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdarî Yargı, (1-4 Mayıs 1990, Ankara), Danıştay Yayınları No: 53, Ankara 1991, s. 331.

⁷²ATAY, Ender Ethem; İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 586; AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil; Türk İdare Hukuku, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s. 458; TAN, TURGUT; İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 346

Bu nedenle, organik açıdan kamu hizmetini, doğrudan doğruya bir kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında bir özel hukuk kişisi tarafından yürütülen idari faaliyetler olarak tanımlamak mümkündür.

Maddi açıdan kamu hizmeti, bu faaliyeti yürüten örgütün niteliklerinden tamamen bağımsız olarak, yalnızca **faaliyetin niteliğine** bakılarak, tatmininde kamu yararı olan toplumsal bir ihtiyacı karşılayan bir faaliyet olarak tanımlanmaktadır. Anayasanın 47. maddesinde yer alan kamu hizmeti deyimi bu anlamda kullanılmıştır. Anayasa mahkemesine göre, su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçların karşılanması, elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı, köprü, tünel, baraj ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir.⁷³

Danıştay da bazı kararlarında kamu hizmetlerini **hizmetin niteliğini** dikkate alarak belirlemektedir. Örneğin Danıştay'a göre kamu idareleri ve kuruluşlarının, trafik güvenliği ve düzenini sağlamak amacıyla gerek kendi kuruluş yasaları gerekse 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre yürüttükleri hizmetler, kamu hizmeti niteliği taşımaktadır. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda yetki alanındaki mahalleleri ilçe merkezine bağlayan yollar, meydan, bulvar, cadde ve ana yolları yapmak, yaptırmak, bakım ve onarımı ile bu yolların temizliğini yapmak şeklinde öngörülen görevler kamu hizmeti niteliği taşımaktadır.⁷⁴

Şekli unsura göre, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için, kamu hizmetlerinin hukukî rejimine (**kamusal yönetim usullerine**) tabi tutulmuş olması gerekir. Ancak, şekli unsur (kamu hizmetlerinin hukukî rejimi) da özel hukuk kurallarının uygulandığı sını ve ticari kamu hizmetlerinin ortaya çıkışı ile katı bir şekilde uygulanamaz hale gelmiştir. Anayasa Mahkemesi de, kamu hizmeti kavramının en önemli ögesinin yönetim şekli değil, hizmetin amacı ve bunun sorumluluğunu üstlenen organın niteliği olduğunu belirtmektedir.⁷⁵

Liberal dönemde, kamu hizmetleri, organik, maddî ve şeklî açıdan tanımlanmıştı. Bir başka ifadeyle, kamu hizmetleri, idarenin kamu yararını sağlamak amacıyla **kamusal yönetim usulleriyle** yürüttüğü faaliyetler olarak kabul edilmişti. Ancak sosyal devlet anlayışının benimsenmesi ve ekonomik hayata müdahalesi sonucunda devletin görevleri olabildiğince genişlediği için, bu ölçütlere göre kamu hizmetini tanımlamak mümkün olmamıştır. Zira bu dönemde, kamu hizmetlerinin klasik idarî kuruluşlar tarafından yürütülmesi kuralı terk edilmiştir. Bugün artık, kamu hizmetlerinin, klasik idarî kuruluşların yanında, kamu kuruluşları, özel-karma kuruluşlar ve hatta özel kuruluşlarca da yürütülebileceği kabul olunmaktadır.

Bugün niteliği gereği kamu hizmeti sayılan bir faaliyet yoktur. Anayasa Mahkemesi de bir kararında, “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, AY m. 47’de, “kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler... devletleştirilebilir” denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir” demektedir.⁷⁶

⁷³AMK, 9.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, RG. 24.1.1995, S. 22181, s. 21-49.

⁷⁴Dy.15.D., 13.04.2017, E: 2016/10423, K: 2917/1786; D.15.D., 17.10.2018, E: 2018/2939, K: 2018/6976, www.emsal.danistay.uyap.gov.tr,

⁷⁵AMK, 26.3.1997, E. 1996/63, K. 199740, “...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 tüzel kişilerinin toplumun genel ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla yürüttüğü veya buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı etkinlikler olarak tanımlanabilir” RG: 28.6.2001, S. 24447.

⁷⁶AMK, 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, RG: 24.01.1995, S.22181.

Her insan faaliyeti, niteliği ne olursa olsun, kamu hizmeti olmaya elverişlidir. Önemli olan, bu faaliyetin **siyasi organlar** tarafından bir kamu hizmeti olarak kabul edilmesidir. Sonuç olarak kamu hizmeti geniş tanımıyla, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında, ortak ihtiyaçları karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.⁷⁷

Bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için,⁷⁸ kural olarak, bu faaliyetin bir **kamu tüzel kişisi** tarafından veya bir kamu tüzel kişinin denetimi altında **özel kişiler** tarafından yürütülmesi ve **kamu yararı** amacına yönelik olması⁷⁹ gerekir. Bir faaliyetin yürütülmesi, aslen kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilmiş ve daha sonra bu faaliyetin yürütülmesi, kamu tüzel kişisi tarafından, imtiyaz sözleşmesi gibi idari sözleşmelerle özel kişilere devredilmiş ise, bu faaliyetin kamu tüzel kişinin denetimi altında yürütüldüğü söylenebilir. Bilindiği gibi, değişen toplum yaşantısı ve koşulları, artık her türlü kamu hizmetinin, yalnız kamu tüzel kişileri tarafından görülmesi gerektiği düşüncesini de değiştirmiştir. Günümüzde her türlü kamu hizmetinin özel kişilere gördürülebileceği kabul edilmektedir. Böylece kamu hizmetinin organik ögesinde bir çözüme görülmektedir.⁸⁰

Her kamu hizmeti kendi özel kurallarına ve mevzuatına bağlı olmakla birlikte içerikleri ve görülme usulleri ne olursa olsun, süreklilik, değişkenlik ve uyum, bedelsizlik, eşitlik ve tarafsızlık gibi ortak özellikleri bulunmaktadır.⁸¹

B. İmar Kavramı

“Ümran” mastarından türetilmiş Arapça bir isim olup, şenlendirme, bir şehri ahali ile doldurma anlamına gelen “imar”⁸² kavramı; “bayındır kılma”, “geliştirme”, “mamur etme”,⁸³ bir yeri bakımlı ve bayındır hale getirme,⁸⁴ “güzelleştirme”,⁸⁵ anlamlarına gelmektedir. İmar terimleri sözlüklerinde ise, imar kavramı, “bir yerin yapı düzenini sağlama, orayı geliştirip güzelleştirme, yaşama koşullarını uygunlaştırma, iyileştirme ve bayındır hale getirme”⁸⁶ şeklinde tanımlanmaktadır.

İmar terminolojik anlamda da belirtildiği gibi, belli bir düzen kurmayı hedefler. İmar faaliyetleri ise çok çeşitli amaçlarla hareket eden birçok kişi ya da kurumun değişik etkinliklerinden meydana gelir.⁸⁷

C. Yerelleşme Kavramı

Sözlükte, “yöreselleşme”, “yerelleşme” olarak tanımlanan yerelleşme, kamu kaynaklarının daha etkin ve verimli bir şekilde ihtiyaca yönelik olarak kullanılabilmesi için karar alma mekanizmalarının merkezden yere indirgenmesi olarak tarif edilmektedir.⁸⁸

⁷⁷GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 285; GÖZLER, Kemal – KAPLAN, Gürsel; İdare Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 20. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2018, s. 530; TAN, TURGUT; İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 346; AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 458. Anayasa Mahkemesinin tanımı da bu şekildedir. AMK, 9.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, RG. 24.1.1995, S. 22181, s. 21; AMK 10.03.2011, E. 2008/54, K. 2011/45, RG: 21 Ekim 2011, Sayı: 28091.

⁷⁸GİRİTLİ-BİLGİN-AGÜNİR, İdare Hukuku, s. 956 vd; GÖZLER-KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri 2018, s. 478-479; SANCAKDAR, Oğuz-US, Eser-KASAPOĞLU, Turan Mine-ÖNÜT, Lale Burcu-SEYHAN, Serkan; Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2017, s. 484; AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 599.

⁷⁹GİRİTLİ-BİLGİN-AGÜNİR, İdare Hukuku, s. 957; GÖZLER-KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri 2018, s. 478-480; SANCAKDAR-US-TURAN-ÖNÜT-SEYHAN; İdare Hukuku, s. 484; AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 599.

⁸⁰GİRİTLİ-BİLGİN-AGÜNİR, İdare Hukuku, s. 956;

⁸¹ÖZAY, s. 350

⁸²Bkz: Büyük Türk Sözlüğü, stanbul Tarihsiz, s. 814; DEVELİOĞLU, Ferit; Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lugat, Ankara (tarihsiz) s. 505; BAŞPINAR, Veysel; Türk Toprak Hukukunda İhya, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 1999, s. 14; YILMAZ, Mustafa; İmar Yaptırımları ve Yargısal Korunma, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 19; İmar Düzeni, <http://www.arkitera.com/news.php?action=displayNewsItem&ID=10756>, (27.09.2008).

⁸³Okyanus Ansiklopedisi sözlüğü, Cilt III, İstanbul 1992, s. 1204.

⁸⁴Büyük Larousse Ansiklopedisi, Cilt 11, 1986, s. 5658.

⁸⁵YILMAZ, EJDER; Hukuk Sözlüğü; Ankara 1992, s. 405.

⁸⁶ÜNAL, Erol – DUYGULUER, Feridun – BOLAT, Z. Ersin; İmar Terimleri, 1. Baskı, TODAİE Yerel Yönetimler Araştırma ve Eğitim Merkezi Kentsel Hizmetler Dizisi/3, Ankara 1998, s. 52.

⁸⁷GERAY, Cevat; Şehir Planlamasının Başlıca Tatbik Vasıtaları, Ankara 1960, s. 11.

⁸⁸YALÇIN, Barbaros; Türkiye'de Yerelleşme Tartışmaları ve Belediyeler, http://www.stratejikboyut.com/article_detail.php?id=109, (27.09.2008).

Yerelleşme hem bir hiyerarşik örgüt içerisinde üst kademedan alt kademeye “**yetki devri**”, hem merkezi yönetimden taşra yönetimine “**yetki genişliği**”, hem de merkezi yönetimden yerel idarelere “**yetki göçerimi**” (yerinden yönetim) olmak üzere üç türlü olarak görülen bir eğilimdir. “Yerinden yönetim” (desantralizasyon) ya da “ademi merkezîyet” anlamına da gelen yerelleşme, anayasa ve kanunlar çerçevesinde,⁸⁹ merkezî idarenin görev yükünün merkezin dışındaki kuruluşlara devredilerek hafifletilmesini amaçlamaktadır. Bir başka ifade ile yerelleşmek kamu kaynaklarının daha etkin ve verimli bir şekilde ihtiyaca uygun olarak kullanılabilmesi için, karar alma mekanizmalarının merkezden yerele indirgenmesidir.⁹⁰

Yerelleşmenin, üniter devletlerde iki yoldan gerçekleştiği genellikle kabul edilmektedir.⁹¹ Bunlardan birincisi, merkezî yönetimin sahip olduğu görevlerin bir bölümünün, daha hızlı ve isabetli yürütülmesini temin için gerekli kararları almak ve onları uygulamak gibi kamu gücünden doğan kimi yetkilerin kanunlarla, bir bölge ya da hizmetin başında bulunan ve kendi hiyerarşisi içindeki memura yetki devri (delegation) yoluyla tanınması usulüdür. Buna “**yetki genişliği**” (tevsî mezuniyet=deconcentration) adı verilmektedir.⁹² Yetki genişliğinde, kamu tüzel kişiliği ve dolayısıyla özerklik söz konusu değildir. Bir başka deyişle, merkez adına karar alma ve uygulama yetkisine sahip gerçek kişi tamamıyla merkezî yönetimin içindedir; merkezî yönetimi temsil eder, onun adına hareket eder ve merkezin hiyerarşik denetimine tabidir. Hiyerarşi ise, merkezî yönetimin yetki ve sorumluluğunun bütünlüğünü ve birliğini sağlayan bağ ve güçtür.

Yerelleşmenin gerçekleşmesini sağlayan ikinci usul ise, «**yerinden yönetim**»dir (adem-i merkezîyet=decentralisation). Yerinden yönetim kavramı belirli bir coğrafî alanda yaşayan yerel toplum bireyelerine, bir arada yaşamaları sebebiyle kendilerini en çok ilgilendiren konularda hizmet üretmek amacı ile kurulan, karar organları yerel toplulukça seçilerek göreve getirilen, kanunlarca belirlenmiş yetki ve görevlere, özel gelirlere, bütçeye ve personele sahip, merkezî yönetim ile ilişkilerinde idarî özerklikten yararlanan ve kamu tüzel kişiliğine sahip yerel idarelerin genel statüsünü belirlemek için kullanılmaktadır. Böyle bir genel statü çerçevesi içinde fonksiyon üstlenen yerel idareler, merkezî idareden bağımsız değildirler ve fakat devlet idaresinin bütünlüğü içinde özerk demokratik kurumlardır.⁹³

Herkesin kabul edebileceği evrensel bir anlam vermek suretiyle yerinden yönetim kavramının kullanılmasını standart hale getirmek mümkün değildir. İngilizce karşılığı “*decentralisation*” olan, İngilizceye ve diğer dillere Latince'den geçen «**yerinden yönetim**» terimi hayatın her alanında yaygın bir kullanıma sahiptir ve sözlük anlamı olarak “merkezden uzak”, “merkezin yokluğu” (adem-i merkezîyet) anlamlarına gelmektedir.⁹⁴

Yerelleşme kelimesi bu kadar geniş bir kullanıma sahip olunca, doktrin ve uygulamada da içeriği konusunda da bir birlik bulunmamaktadır. Öğretideki farklı görüşlere rağmen yerelleşme konusundaki görüşleri iki ana başlık altında birleştirmek mümkündür.

Öğretide ve uygulamada bir kısım yazarlar ve Birleşmiş Milletler (BM) **yerelleşmeye** geniş bir anlam vermektedirler.

⁸⁹RODOPLU, Gültekin; “Küreselleşme ve Yerelleşme”, Yerel Siyaset, Yıl 1, Sayı 5, Mayıs 2006, s. 4.

⁹⁰Bkz:Küreselleşme ve Yerelleşme, <http://www.genbilim.com/content/view/6042/86/>, (16.11.2008).

⁹¹AMK., 22. 6. 1988 tarih ve E: 1987/18, K: 1988/23, AMKD, S: 24, Ankara 1989, 333-334.

⁹²ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları II, s. 597; FİNER, Herman, The Major Governments of Modern Europe, Second Edition, Row, Peterson and Company, Evanston-Illinois, Elmsford-New York 1962, 190; TORTOP, Nuri, Mahalli İdareler, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yargı Yayınları, Ankara 1994, s. 6; JUNG, Yong-Duck, «The Territorial Dimension of the Developing Capitalist State: Measuring and Explaining Centralisation in Korea», International Review of Administrative Sciences (SAGE, London Newbury Park Beverly Hills Halifax and New Delhi), Vol 53, Nu: 4, December 1987, s. 516-543, 526; International Encyclopedia of the Social Sciences, Vol: 2, 1968; 370; DUPUIS, Georges - Guéden, Marie-José, Droit Administratif, Quatrième édition, Armand Colin, Paris 1993, 192.

⁹³ÜNLÜ, Halil, Yönetimlerarası İlişkiler, T.C. Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı, Kent Basımevi, İstanbul 1993, 21.

⁹⁴MACMAHON, Arthur W., Delegation and Autonomy, Asia Publishing House, 1960, s. 15.

Bunlardan Rondinelli-Cheema, yerelleşmeye, planlama, karar verme ve diğer kimi yönetsel yetkilerin merkezî yönetimden yetki genişliğine sahip taşra kuruluşlarına, yerel idarelere, yarı-özerk ve yönetim-dışı örgütlere (sivil toplum kuruluşlarına) transfer edilmesi anlamını verirken,⁹⁵ BM Teşkilatı, yerelleşmeyi, gerek merkezin taşra kuruluşlarına yetki genişliği, gerekse yerel idarelere ve diğer yerel özerk kuruluşlara yetki ve görevlerin devri usulü ile yönetim yetkisinin merkezden uzaklaştırılması olarak anlamaktadır.⁹⁶ Henry Maddick⁹⁷, Ruşen Keleş ve Selçuk Yalçındağ⁹⁸ da yetki genişliğini yerelleşmenin bir şekli olarak görmektedirler. Hatta, Rondinelli-Cheema yerelleşmeye daha da geniş bir anlam vermektedir. Onlara göre yerelleşme, planlama, karar verme veya idari yetkilerin merkezî idareden taşra kuruluşlarına, yerel idarelere, yarı-özerk ya da yönetim-dışı sivil toplum kuruluşlarına transfer edilmesidir.⁹⁹

Buna karşılık Onar, Tortop, Eroğlu, Özyörük, Günday gibi bazı yazarlar yetki genişliğini yerelleşmenin bir şekli olarak kabul etmemek suretiyle, yerelleşmeye daha dar bir anlam vermektedirler. Yerelleşmenin tanımı konusunda bu yazarlar arasında da farklı yorumlara rastlanılmaktadır. Örneğin, Onar, yerelleşmeyi yürütmeye ilgili kararların merkez teşkilatına ve hiyerarşisine dahil olmayan birtakım organlar tarafından alınması olarak ifade ederken,¹⁰⁰ Eroğlu, yerel içerikli kamu hizmet ve faaliyetleri ile teknik bazı hizmet ve faaliyetlerin merkezî yönetimden alınarak kamu tüzel kişilerine verilmesi,¹⁰¹ şeklinde tanımlamaktadır. Eroğlu, “**siyasî yerinden yönetim**” de denilen “**federalizm**»i yerinden yönetimden saymayarak, yerelleşmeye daha dar bir anlam kazandırmaktadır. Özyörük, yerelleşmenin tarihî ve sosyoloji gerçekliğin bir ifadesi olup zamanla idari bir sistem haline dönüştüğünü ve yerinden yönetim yerine “**adem-i merkeziyet**”i kullanmayı tercih ettiğini belirttikten sonra, şöyle bir açıklama yapmaktadır: Yerinden yönetimde yer coğrafi bir kavramdır; bir mekanı ifade eder, bu itibarla kamu tüzel kişiliği niteliğinde bölge ve kent yönetimlerini anlatmaya elverişlidir. Ancak bu sistemin bir de “hizmet” bakımından uygulaması vardır ki, burada “mekan” veya “yer” değil fakat bir faaliyet söz konusudur.»¹⁰² Nadaroğlu, **yerelleşmeyi**, «yerel nitelikli kamusal hizmetlerin devletin tüzel kişiliği dışındaki kamu tüzel kişilerince gerçekleştirilmesi için bir kısım kamu güçlerinin daha az yetkili bir otoriteye transfer edilmesi amacı ile merkezî otoriteden geri çekilmesi” olarak algılamaktadır.¹⁰³ Yazar, aktarılan güçlerden bir kısmının yasamaya ilişkin olması halinde Anayasa Hukukunun kapsamına giren federal devlet kavramı ile, yani **siyasi adem-i merkeziyet** sorunu ile karşılaşıldığını, buna karşılık, aktarılan güçlerin yürütmeye ilişkin olması halinde ise İdare Hukuku kapsamı içinde yer alan **idarî adem-i merkeziyetin** bir sonucu olan yerelleşme kavramı ile karşılaşılabileceğini belirtmektedir.¹⁰⁴

⁹⁵ RONDİNELLI, Dennis A. - CHEEMA, G. Shabbir, «Implementing Decentralisation Policies», Decentralisation and Development, Dennis A. rondinelli and G. Shabbir Cheema (ed.) SAGE Publications, 1983, s. 18.

⁹⁶ Birleşmiş Milletler, Yerinden Yönetim ve Kalkınma, (Birleşmiş Milletler Yerinden Yönetim Araştırma Grubu Raporu) (Çev: Selçuk Yalçındağ-Necil Ulusay) TODAİE Yayını Ankara 1967, s. 4.

⁹⁷ MADDICK, Henry, Democracy, Decentralisation and Development, Asia Publishing House, 1963., s. 23.

⁹⁸ Hatta, Yalçındağ, bir eserinde, yerinden yönetim terimi geniş anlamda kullandığını bizzat kendisi ifade etmiş ve yerinden yönetimi, «bürokratik yerinden yönetim» ve «demokratik yerinden yönetim» olmak üzere ikiye ayırdıktan sonra, buları şu şekilde tanımlamıştır. Bürokratik yerinden yönetim, «...sistemde görev alanların, merkez yönetimince atanan, merkez bürokrasisi mensupları olmasıdır. Bürokratik yerinden yönetim kuruluşları merkez yönetimine ya doğrudan kumanda zinciri ile bağlıdırlar (hiyerarşi içi kuruluşlar) ya da bu emir ve kumanda ilişkisi dışındadırlar (Hiyerarşi -dışı kuruluşlar) Hiyerarşi içi bürokratik yerinden yönetim kuruluşları da alan ilkesi'ne ya da işlev ilkesi'ne göre örgütlenebilirler. Demokratik yerinden yönetimi ise, «sistemde oluşturan yerinden yönetim örgütlerinin üstlendiği hizmetler üzerinde karar verme yetkisinin, seçimle işbaşına gelmiş kişilere ait olmasıdır» şeklinde ifade etmiş ve bunların da ya işlev ilkesine göre (meslek kuruluşları) ya da alan ilkesine göre (yerel yönetimler) örgütlenebildiklerini belirtmiştir. Bkz: YALÇINDAĞ, Selçuk, İlçe Özel Yönetimi, TODAİE Yayını, Ankara 1977, s. 4.

⁹⁹ RONDİNELLI-CHEEMA, s. 18.

¹⁰⁰ ONAR, İdare Hukukunun Umumî Esasları, II. Cilt, Üçüncü Bası, İstanbul 1966, s. 611.

¹⁰¹ EROĞLU, Hamza, İdare Hukuku, Dördüncü Bası, Ankara 1984, s. 140.

¹⁰² ÖZYÖRÜK, Mukbil, İdare Hukuku Ders Notları, Ankara 1977, s. 151.

¹⁰³ NADAROĞLU, Halil, Mahallî İdareler, Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul 1994, s. 20.

¹⁰⁴ NADAROĞLU, s. 20.

Tortop, aslında devletin bütün kamu hizmetlerini yönetmek için yetkili güce sahip olduğunu, ancak ülke ve vatandaş yararları açısından bir kısım hizmetlerin bazı hizmetler tarafından yerine getirilmesine rıza gösterdiğini belirtmekte ve eklemektedir: «bazı hizmetler vardır ki, bütün ülkeyi değil, bir bölgeyi veya sadece bir kısım vatandaş gruplarını ilgilendirir. Bu tür hizmetlere karşı da devletin ilgisiz kalması beklenemez. Devlet kendi denetimi altında bir kısım hizmetleri başka kuruluşlara yaptırabilir. Bu kuruluş otonom, muhtar (özerk) bir kuruluş olabilir. Aynı bütçesi, tüzel kişiliği ve malları bulunabilir». Böylece yerinden yönetimde, merkezden yönetimde olduğu gibi sadece yetki verilmekle kalmadığını, aynı zamanda tüzel kişiliği olan ayrı bir teşkilat kurulduğunu vurguladıktan sonra yazar, yerelleşmeyi şöyle tanımlamaktadır: «Yerinden yönetim, kamu hizmetlerinin yönetiminin merkezden yönetimden ayrı özerk kamu hukuku tüzel kişilerine verilmesidir».¹⁰⁵ Günday da yerinden yönetimi, topluma sunulacak bazı hizmetlerin devlet merkezinden ve tek elden değil, merkezî yönetim teşkilatı içinde yer almayan ve merkezî yönetimin hiyerarşisine dahil olmayan kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi olarak tanımlamaktadır.¹⁰⁶

İngilizce “küreselleşme” ve “yerelleşme” kelimelerinin birleştirilmesiyle oluşturulan ve son zamanlarda yaygın olarak benimsenen ve kullanılan kavramlardan birisi olan “glokalleşme” (glocalization) kısaca “uluslararası ilişkilerde küresel gerçeklerden hareket ederek küresel düşünmeyi, otarşizm yerine dışa açılmayı, dünya ekonomisi ile bütünleşmeyi; ülke içinde ise merkezi yönetim kanalıyla ekonomiyi ve siyaseti yönlendirme yerine yerel yönetimleri daha fazla güçlendirmeyi” ifade etmektedir. Yerelleşmenin siyasal gücün tek elde toplanmasını önleyeceği ve böylece yerel demokrasiyi güçlendireceği belirtilmektedir.¹⁰⁷

Çağdaş dünya, birbirine zıt imiş gibi görünen küreselleşme ve yerelleşme gibi iki eğilimi aynı anda yaşamaktadır. Bir taraftan mahallî talep ve çıkarlar ön plana çıkarken, diğer taraftan uluslararası düzenin tektipleştirici etkisi kendisini hissettirmektedir. Globalleşmenin mantığı gereği, günümüzde modern devlet, bir taraftan otoritesini uluslararası kuruluşlara devretmek, diğer taraftan da yerelleşme ve sivilleşme talepleri karşısında, yetki ve görevlerinin bir kısmını merkezî yönetimin taşra kuruluşlarına, yerel idarelere ve sivil toplum kuruluşlarına devretmek gibi iki yönlü bir baskının altındadır.

Medeniyetin, bilim ve teknolojinin sürekli ve hızla ürettiği yenilikler sonucunda hukukun gelişmesi ve değişmesi ile çeşitlenen ve yaygınlaşan bireysel veya sosyal ihtiyaçları karşılamaya yönelik hizmetlerin, tek bir merkezden, zamanında, sağlıklı, verimli ve etkin bir şekilde yerine getirilmesi imkânsızlaşmıştır. Bu yüzden, kamu hizmetlerinin bir kısmı Anayasa ve yasalara dayalı olarak ihdas edilen, hukukî yapıları ve fonksiyonları birbirinden farklı kamu teşkilatlarına devredilmiştir.

Ancak son yıllarda, devletin üstlendiği birtakım görev ve yetkilerin anayasa veya yasalarla, merkezî yönetimin taşra kuruluşları ile yerinden yönetim kuruluşları dışında, devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliği olan özerk kuruluşlara, hatta yönetim-dışı sivil toplum kuruluşlarına da devredildiği görülmektedir.

II. İMAR HİZMETLERİNİN YEREL HİZMET NİTELİĞİ

A. Yerel Hizmet Kavramı

“Yerel hizmet” kavramı, bir yer, yöre, mahal veya bölgeyi ve orada yaşayan halkı ilgilendiren, ulusal çapta olmayan yani bütün ülkeyi ve ülke halkını ilgilendirmeyen hizmetleri ifade eder. Yerel hizmetler, özellikleri itibariyle yerel halkın günlük hayatını sürdürebilmesinde önemli bir yeri olan hizmetlerdir.

¹⁰⁵TORTOP, Mahallî İdareler, s. 11.

¹⁰⁶GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 1997, s. 45.

¹⁰⁷AKTAN, Coşkun Can; Globalleşme, Bölgeselleşme ve Yerelleşme, http://www.canaktan.org/canaktan_personal/canaktan-arastirmalari/degisim/aktan-globallesme-bolgeselleme.pdf, (27.09.2008); YILMAZ, Onur, Türkiye’de Yerelleşme Tartışmaları, <http://www.bianet.org/bianet/kategori/siyaset/24036/turkiyede-yerellesme-tartismalari>, (27.09.2008).

Bu hizmetlerin başında temizlik hizmetleri, itfaiye hizmeti, şehir içi ulaşım, su, gaz ve elektrik hizmetleri gibi hizmetler gelmektedir.¹⁰⁸

Kamu hizmetlerinin sunulmasında merkezi idare ve mahalli idareler arasında yetki ve görev paylaşımı bulunmaktadır. Ancak, çoğunlukla hizmetler; kaynak tasarrufunun gerçekleştirilmesi, hizmetlerin etkinliğinin sağlanması, bürokrasinin azaltılması, hizmet kalitesinin artırılması, vatandaş katılımının gerçekleştirilmesi gibi nedenlerle yerelde gerçekleştirilmektedir.¹⁰⁹

Yerel hizmetleri temel kentsel altyapı hizmetleri, temel kentsel hizmetler, imar hizmetleri, ekonomik hizmetler, sosyo-kültürel hizmetler ve mali ve hukuki hizmetler diye sınıflara ayırabiliriz.¹¹⁰ **Temel altyapı hizmetleri;** yol ve meydan, park ve mezar, su, elektrik, havagazı ve telefon hizmetleridir. **Temel kentsel hizmetler;** çöp toplama, yol temizliği, itfaiye, zabıta, trafik, kamu ulaşımı, temizlik ve kontrol hizmetleridir. **İmar hizmetleri** ise, nazım ve uygulama imar planları, plan revizyon ve değişiklikleri, inşaat ruhsatı, imar ve inşaat denetimi ve imar programı gibi hizmetlerdir. **Ekonomik hizmetler;** hal, mezbaha, pazar yerleri, sanayi bölgeleri ve çarşıları, otel dükkân yapımı ve kiralanması, ticaret odalarının organizasyonu, kent bankalarının açılması gibi hizmetlerdir. **Sosyo-kültürel hizmetler;** kültür ve tabiat varlıklarını korumak, kütüphane ve mesleki kurslar açmak, spor alanları inşa etmek, yaşlı ve çocuk bakımevleri inşa etmek ve ucuz konut üretmek, **mali ve hukuki hizmetler** ise; yerel vergiler, belediye cezaları ve kamulaştırma hizmetleridir. Yerel hizmetlerin sınıflandırılmasında çok değişik yaklaşımlar bulunmaktadır.¹¹¹

B. Yerel Hizmetlerin Belirlenmesinde Ölçütler

Hangi hizmetlerin yerel olduğunun önceden belirlenmesi, bunları yerine getirecek idarelerin belirlenmesi açısından önemlidir. Eğer imar hizmetleri yerel nitelikte ise mahalli idarelerce yerine getirilecektir; böylece, merkezî idarenin söz konusu idarelere karışması en aza indirilecektir. Yerel hizmetlerin mahalli idareler tarafından yürütülmesi, yerel demokrasinin gelişmesine de katkıda bulunacaktır. Gerçekten, hizmetlerin arzının halka yakınlaştırılması, onların söz konusu hizmetler hakkında alınacak karar sürecine katılımını artıracaktır. Hizmetlerin, onlardan faydalananlara yaklaşması, yerelleşmesini doğuracak, böylece halkın kamusal işlere katılmasını sağlayıcı bir girişim olacaktır. Sonuçta, yerel hizmetlerin halka yakınlığı yerel demokrasinin gelişmesine katkıda bulunacaktır.¹¹² **Yetki ve görevlerin bölüşümünde ölçüt,** hizmetleri en etkin ve faydalı bir biçimde yerine getirebilecek idarenin seçilmesidir.¹¹³ Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, hangi hizmetlerin yerel olduğunun belirlenmesi hususunda kesin kriterler koymak zordur.¹¹⁴ Ayrıca, kamu hizmet ve faaliyetlerinin merkezî idare ile yerel yönetimler arasında kesin çizgilerle paylaşımı mümkün değildir.¹¹⁵ Yetki ve görevlerin bölüşülmesinde, ülkeden ülkeye farklılıklar bulunmaktadır. Fakat, ülkelerin demokratikleşmesiyle, mahalli idarelerin güçlenmesi arasında sıkı bir ilişki vardır. Siyasî rejimler demokratikleştikçe merkezî idare, yürüttüğü hizmetlerin yerel nitelikte olanlarını kademeli olarak mahalli idarelere devretmektedir.¹¹⁶ Mahalli idareler ile merkezî idare arasında hizmetlerin bölüşümünde, çoğulculuk, demokratiklik ve karar alma süreçlerine vatandaşların katılımının sağlanması gibi, iyi bir toplumun ve idarenin oluşmasını sağlayıcı ilkeler elbette göz önünde bulundurulacaktır. Zira bunlar olmaksızın, devletin fonksiyonlarının merkezî ve mahalli idareler arasında bölüştürülmesinde salt etkinlik, verimlilik, yerellik ve bölünebilirlik ve gelenek gibi ölçütlere dayanılmaz.¹¹⁷

¹⁰⁸AYDIN, A. Hamdi; "Yerel Siyaset-Hizmet-Yönetim ve İdeoloji-İdeolojiler İlişkisi", Yerel Siyaset, Şubat 2008, s. 11. <http://www.yerelsiyaset.com/pdf/subat2008/3.pdf>, (03.10.2008).

¹⁰⁹GÜLER, Mahmut – KARANUH, Zeynep Damla; "Kentsel Yaşam Kalitesinin Belirleyicisi Olarak Belediye Hizmetleri ve Stratejik Planlar", (Ed. Ayşegül MENGİ-Deniz İŞÇİOĞLU), Küreselleşme Sürecinde Yerel Hizmet Yerel Siyaset, Ankara 2018, s. 289.

¹¹⁰TORLAK, Ömer; Belediyelerde Hizmet Yönetimi ve Pazarlama, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 20 vd.

¹¹¹Bu yaklaşımlar konusunda bkz: TORLAK, Belediyelerde Hizmet Yönetimi ve Pazarlama, s. 19-23 vd.

¹¹²HAMBLETON, Robin; «Consumerism, Decentralisation And Local Democracy», Pa (London), Vol. 66, Nu: 2, Summer 1988, s. 125.

¹¹³TORTOP, Nuri, «Yerel İdarelerde Halka Danışma Yöntemleri», İbd, Y: 38, S: 435, Ocak 1982, s. 39.

¹¹⁴ÖNCEL, Mahalli İdareler Maliyesi, s. 36; NADAROĞLU, Mahalli İdareler, s. 66.

¹¹⁵KARATEPE, Şükrü, «Yerel Yönetimlerde Hizmet Bölüşümü», Akit, 6 Ocak 1996, Cumartesi, s. 2.

¹¹⁶KARATEPE, Şükrü; «Yerel Yönetimlere Devredilecek Hizmetler», Akit, 30 Aralık 1995, Cumartesi, s. 2.

¹¹⁷TEKELİ, İlhan, «Yerel Yönetimlerde Demokrasi Ve Türkiye'de Belediyelerin Gelişimi», AİD, C: 16, S: 2, Haziran 1983, s. 13.

1. Faydasının Bölünebilirliği Ölçütü

İmar faaliyetlerinin yerel kamu hizmeti niteliğinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken ölçütlerden birisi hizmetin faydasının bölünebildiği ve etkisini gösterebildiği alanla ilgili olanıdır. Hizmetin bölünebilirliği, hizmetten yararlanan kişi ile yararlandığı miktarın kısmen veya tamamen belirlenmesidir.¹¹⁸ Bölünebilirlik açısından kamu hizmetlerini “bölünemez”, “yarı bölünebilir” ve “bölünebilir” olarak üç gruba ayırmak mümkündür.

“**Bölünemez hizmetler**”in özelliği, bunları bireyler tarafından eşit şekilde tüketilmesidir. Hizmetin bütün bireyler tarafından eşit bir şekilde tüketilmesinin nedeni ise bu malın “**bölünemezlik**” niteliğinden kaynaklanmaktadır.¹¹⁹ Bu tür hizmetlere, “herhangi bir bireyin tüketiminin diğer bireylerin aynı miktarı tüketmelerinde bir azalmaya yol açmayan ve ortak tüketilen” hizmetler olarak denilmektedir. Bu tür hizmetlerin en önemli özelliği, hizmetin tüketim faydasının birey tarafından içselleştirilemesi, hizmetin tamamının olumlu dışsallıklara sahip olmasıdır. Bir anlamda tam olumlu dışsallık ile bölünememe, pazarlanamama, ortak tüketim özelliğine sahip olunmasıdır.¹²⁰

“**Yarı bölünebilir mal ve hizmetler**”, yararlananların maliyetinin bir kısmına katılmalarının söz konusu olduğu hizmetlerdir.¹²¹ Bu tip mal ve hizmetlerin faydalarından herkes yararlanmaz. Piyasa koşulları içerisinde üretilip pazarlanabilen mallar olarak da ifade edilebilir. Bu mal ve hizmetlerin bir kısmı dışsallık yarattığı için ilgili idarenin bu alanda üretim yapması zorunluluğu doğmaktadır. İdarenin bu alana müdahale etmesi tamamen etkinlik kriteriyle izah edilebilir.¹²²

“**Bölünebilir hizmetler**” ise, kişilere sağladığı faydaların bireylere ayrı ayrı dağıtılabildiği kamu hizmetleridir. Diğer bir ifade ile, bu tür hizmetlerden elde edilen faydalardan kişilere düşen kısımların bedelleri hesaplanabilir. Bu tür mal ve hizmetlerin üretiminde kamu yararından kişisel menfaatlara doğru gidildikçe, harç, resim, ruhsatiye bedeli ödetme ve fiyat gibi çeşitli finansman teknikleri kullanılmaya başlanır.

“**Hizmetlerin bölünebilirliği**” ölçütüne göre bölünemez nitelikteki mal ve hizmetler **merkezi idare** tarafından yerine getirilirken; **bölünebilir** ve **yarı bölünebilir** nitelikteki hizmetler genellikle **mahalli idareler** tarafından yerine getirilmekle birlikte, merkezi idare ile birlikte, ortaklaşa da yürütülebilmektedir.¹²³ “**Yarı bölünebilir**” nitelikteki hizmetlere, sağlık, eğitim ve kültür, çevre, sosyal yardım ve bayındırlık hizmetleri verilebilir.

İdare tarafından yerine getirilen bir kısım mal ve hizmetlerin finansmanı, kısmen veya tamamen o hizmetten yararlananlardan sağlanabilir. İmar hizmetleri de bu şekildedir. Örneğin, bir binaya belediye tarafından ruhsat verilmesi halinde, bu hizmetten yararlanan ruhsat sahibi harç ödemeye mecbur tutulabilir.¹²⁴

Sağladıkları faydalar fertler arasında büyük ölçüde bölünebilen mal ve hizmetler ile, özel ihtiyaçlara cevap verebilecek mal ve hizmetlerin mahalli idareler tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir.¹²⁵ İmar hizmetlerinin faydası da bu hizmetlerden yararlananlar arasında bölünebildiğine göre, imar faaliyetleri de yerel bir hizmettir ve mahalli idarelerce yerine getirilmesi gerekir.

¹¹⁸DAYAR, Hatice; “Türkiye’de Yönetimlerarası Mali İlişkilerin Düzenlenmesi, Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, s. 5. Bkz: <http://sbe.dumlupinar.edu.tr/7/297.pdf>, (03/10/2008).

¹¹⁹ŞENER, Orhan; Kamu Ekonomisi, 2. Baskı, Okan Yayıncılık, İstanbul 1984, s. 46.

¹²⁰TUNCEL, Cüneyt; Mahalli İdarelerin Hizmet Sunumunda Etkinlik: Salıhlı Belediyesi Jeotermal Örneği, Yönetim ve Ekonomi, Yıl 2007, Cilt 14, Sayı 1, s. 91. Bkz: <http://www.bayar.edu.tr/~iibf/dergi/pdf/C14S12007/CT.pdf>, (09.05.2024).

¹²¹HEREKME, Aykut; Genel Vergi Kurumu, Ankara 1976, s. 4; DAYAR, s. 5.

¹²²TUNCEL, s. 94.

¹²³DAYAR, s. 6.

¹²⁴ÖNCEL, Mahallî İdareler Maliyesi, s. 41.

¹²⁵ÖNCEL, Mahallî İdareler Maliyesi, s. 42.

2. Etkinlik ve Ekonomik Verimlilik Ölçütü

Günümüzde etkinlik ve verimlilik mahalli idareler için en önem verilen özellikler olarak tartışılmaktadır.

Hizmetlerin etkin gerçekleştirilmesi, kentsel taleplerin önem derecesine göre kaynakların verimli bir biçimde kullanılmasıdır. Bu yönüyle hizmetin etkinliği, verimlilikle doğru orantılıdır. Hizmetin etkinliği ve verimliliği ise ölçek ekonomisinin oluşturulması ve kaynakların rasyonel kullanımı ile gerçekleşmektedir.¹²⁶

Mahalli idarelerin temel değerleri olarak nitelendirilen etkinlik, hürriyet ve katılım ekseninde süreç değerlendirildiğinde; yüksek öğretim, adalet, iç güvenlik ve ulusal savunma gibi hizmetler merkezi idare tarafından gerçekleştirilirken; temiz içme suyu ihtiyacının karşılanması, mezarlık hizmetleri, çöp toplanması gibi temel hizmetlerin kamu kaynaklarının daha verimli kullanılması, hizmetlerin denetim ve takibinin yerel halk tarafından daha rahat bir biçimde gerçekleştirilebilmesi gibi nedenlerle mahalli idareler tarafından gerçekleştirildiği görülmektedir.¹²⁷ Yerel hizmetlerde etkinliği üç yolla sağlamak mümkündür. Bunlardan birincisi, optimal (en uygun) hizmet alanının büyüklüğünün ve sınırlarının tespit edilmesi, ikincisi yerel birimlerin sayılarının azaltılması böylece kaynak savurganlığının önlenmesi ve üçüncüsü de yerel birimlere en iyi yerine getirebilecekleri işlerin bırakılmasıdır.¹²⁸

Teknik anlamda etkinlik, üretim teknolojisinin en düşük maliyet ile en yüksek faydanın sağlanabilmesidir. **Hizmetin sunumunda etkinlik** ise, hem marjinal fiyatlandırma şartının varlığı hem de hizmetin tüketici tercihlerinin tam olarak karşılanması ile sağlanabilir.¹²⁹ Etkinlik ve ekonomik verimlilik ölçütü, hizmetin onu en etkin bir şekilde yerine getirecek idarî birime bırakılmasını ifade eder.¹³⁰ Etkinlik ölçütüne göre, mahalli idareler tarafından etkin bir şekilde yerine getirilebilecek hizmetler, mahalli idareler tarafından yürütülmelidir. Mahalli idareler yerel ihtiyaçları daha iyi tespit edebilmekte ve ihtiyaçlardaki önceliği daha isabetli bir şekilde belirleyebilmektedir. Genellikle merkezi idarenin bürokratik faaliyetleri, idari personelden kaynaklanan gecikmeler hem masraflara hem de işin aksamasına yol açmaktadır. Bu nedenle, mahalli idareler tarafından hızlı, ucuz ve etkinlikle karşılanacak ihtiyaçlar bu idarelere bırakılmalıdır.¹³¹ Kamu hizmetlerinin etkinlik ve verimlilik kazanabilmesi, merkezî idare ile mahalli idareler arasındaki görev dağılımında yerel halkın seçerek oluşturduğu idarelere ağırlık verilmesini gerektirir. Çünkü mahalli idareler sahip çıkacak asıl kişiler o bölge veya beldede yaşayanlardır.¹³² Mahalli idareler, kimi hizmetleri merkezî idareye oranla daha etkin ve verimli bir şekilde yürütecek bazı imkânlarla sahiptir. Gerçekten, mahalli idareler, yerel halkın tercihleriyle uyuşan mal ve hizmetleri sunacaklarından, fiyatlandırma da talebe göre tespit edilebilecek ve en iyi hizmeti düşük maliyetle sunmak için mahalli idareler arasında rekabet teşvik edilecektir. Böylece etkinlik sağlanacak ve sunum maliyetleri içselleştirilecektir.¹³³ Buna karşılık, bazı hizmetler, kimi özellikleri nedeniyle, merkezî idare tarafından daha etkin bir şekilde yerine getirilebilmektedir.

Etkinlik bazı durumlarda hizmetin **yerine getiriliş tekniği** açısından, bazı durumlarda da belirli bir bölgede veya yerde yaşamaktan kaynaklanan **ortak ve medenî ihtiyaçların karşılanması** açısından söz konusu olmaktadır.

¹²⁶ZEREN, Halim Emre – ÖZMEN, Alper; Halkın Belediye Faaliyetlerine Katılma Duyarlılığı ve Hizmet Memnuniyeti: Karaman Belediyesi Örneği, KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 12 (19), 2010, s. 166.

¹²⁷KARASU, Mithat Arman-ÇELİK, M. Lamih-ALTIPARKAM, Cüneyt; Yüz Soruda Kent Konseyi, Seçkin Yayınları, 2018 Ankara, s. 104.

¹²⁸GÜLER-KARANUH, s. 289.

¹²⁹TUNCEL, s. 91.

¹³⁰AYTAÇ, Fethi; Merkezî İdareden Mahalli İdarelere Devredilecek Hizmetler, Mahalli İdareler Eğitim Araştırma Ve Geliştirme Merkezi, Ankara 1994, s. 74; ÖNCEL, Mahalli İdareler Maliyesi, 36; ÇOMAKLI, Şafak Ertan, "Belediyelerde Hizmetlerin Gider Bölüşümü", Yerel Yönetim Ve Denetim, C. 5, S. 4, Nisan 2000, s. 37.

¹³¹DAYAR, s. 5.

¹³²ÖZALP, Teoman, «Demokrasinin Tabana Yayılmasında Yerel Yönetimlerin Yapısı Nasıl Olmalıdır? Türkiye'den Ve Dünya'dan Perspektifler», Stratejik Araştırmalar Vakfı (Sav), Ankara 1994, s. 29.

¹³³TUNCER, Cüneyt; "Yerel İdarelerin Hizmet Sunumunda Etkinlik: Salihli Belediyesi Jeotermal Örneği", Yönetim ve Ekonomi, Yıl 2007, Cilt. 14, S. 1, s. 92.

Bir kısım hizmetler merkezî idare tarafından üstlenildiği takdirde, mahalli idarelere oranla daha ucuza yerine getirilebilmekte, maliyetten tasarruf edilmektedir.¹³⁴ Örneğin, şehirlerarası yollar, demir-çelik, elektrik üretimi gibi hizmetler mahalli idare birimlerinin **kapasitesini** aşmaktadır. Özellikle **doğal tekel niteliği gösteren mal ve hizmetlerin** yerine getirilmesinde alan genişlemesine paralel olarak etkinlik ve verimlilik artmaktadır.¹³⁵

Bölgesel veya yerel düzeydeki hizmetlerin hangi mahalli idare birimine bırakılacağı hususu da hizmette etkinliğin sağlanması açısından önem arz etmektedir. Zira, Türkiye’de köy, belediye ve il özel idaresi örneklerinde olduğu gibi, her ülkede birden ziyade mahalli idare birimi vardır. Bölgesel veya yerel düzeydeki hizmetlerin hangi mahalli idare birimine bırakılacağı tespit edilirken iktisat bilimindeki «**azalan verimler kanunu**»nu da göz önünde bulundurmak gerekir. Çünkü, faydası belli bir bölge veya yere yayılan hizmetlerde işletmenin belirli bir büyüklükten sonra randımanının azalması nedeniyle, verimde düşmeler meydana gelebilir. Bu nedenle, bölgesel veya yerel hizmetlerin bölüştürülmesinde hizmetin gerektirdiği optimal işletme büyüklüğü ile işletme kapasitesi ve faaliyet alanının genişliği arasındaki ortak ilişkiler de dikkate alınmalıdır.¹³⁶

İdarede etkinlik, **yerel yönetim özerkliği** bakımından kimi olumsuzluklara yol açabilmektedir. Halkın oyu ile seçilmiş yerel meclislerin, yerel yönetimleri ilgilendiren konulardaki politikaların tespit edilmesine ve özellikle bunların uygulanmasına katılmasını sınırlandırabilmektedir. Özellikle, İngiltere ve Fransa’da bölgesel idarelere karar verme yetkisi vermekte görülen isteksizlikler bu şekilde açıklanmaktadır.¹³⁷ Diğer taraftan, etkinlik ilkesi, yerel yönetimlerin halk tarafından denetlenmesini de zorlaştırmaktadır. Zira, halkın yönetime katılmasında kolaylık, çabukluk ve yoğunluk, yerel yönetim birimlerinin mümkün olduğunca küçük ölçekte olmalarını gerektirmektedir. Buna karşılık, etkinlik ilkesi, çoğunlukla, mahalli idare birimlerinin büyüklüğünü, başka bir deyişle, etkin bir demokratik katılımın sağlanması için gerekli olandan daha fazla büyük olmalarını zorunlu kılmaktadır.¹³⁸ Yerel kamu hizmetlerinin sağlanmasında mahalli idarelerin büyüklüğünün, maliyet-etkinliğini açıklamayla ilgili bir unsur olduğu söylenebilir. Ayrıca, hizmetin yerine getirilmesi yolunda kullanılan kurumsal düzenlemeler ve üretim teknolojileri ile diğer unsurların da mahalli idarelerdeki etkinliğin belirlenmesi açısından önemli bir rolü vardır.¹³⁹

3. Siyasî Sorumluluk Ölçütü

Hizmetleri yürüten kamu kurumlarının, hizmete muhatap durumunda bulunan halka karşı sorumluluk taşıması ve hizmetin halkın denetiminde yerine getirilmesi önemli bir demokratik ilkedir. Atama yoluyla işbaşına gelen kamu görevlileri, kendilerini o makama atayan makama karşı sorumlu olup, onun beğenisini ve güvenini kazanmak için çalıştıkları halde, halkın oyları ile işbaşına gelenler, kendilerini seçenlere karşı sorumlu olmakta ve onlara karşı hesap vermek için çalışmaktadırlar.¹⁴⁰

¹³⁴Öncel, Mahallî İdareler Maliyesi, s. 37.

¹³⁵Elektrik enerjisi üretim ve dağıtımının yerel yönetimlerden Türkiye Elektrik Kurumu’na (şimdi TEDAŞ ve TEAŞ’a) devredilmesi işlemi, yerine getirme tekniği açısından hizmet etkinliğinin artırılmasına çok iyi bir örnek teşkil etmektedir.

¹³⁶NADAROĞLU, Mahallî İdareler, s. 69; ÖNCEL, Mahallî İdareler Maliyesi, s. 38.

¹³⁷LEEMANS, Changing Patterns of Local Government, s. 26; KELEŞ, Kent ve Siyaset Üzerine Yazılar, s. 236.

¹³⁸Demokrasi etkeni de, yerel yönetimleri halkın denetlemesi açısından etkinlikle aynı sonucu doğurmaktadır. Bkz: KELEŞ, Kent ve Siyaset Üzerine Yazılar, s. 236; Demokrasiye bağlılık ilkesi ile, yerel yönetim özerkliği ilkesi arasında makul ve sürekli bir dengenin sağlanması gerekmektedir. Bu nedenle, kimi durumlarda, özellikle, güçsüz ve personel, araç-gereç bakımından yetersiz yerel idarelere, kendilerine verilen görev, yetki ve sorumlulukları etkin bir şekilde yerine getirmeleri için merkezî idare tarafından yardım yapılmasını gerekli kılmaktadır. Yardımlar da yerel yönetim özerkliğini zedeleyici bir nitelik kazanabilmektedir. Türkiye’de anakent yönetimi ile ilgili bir araştırmada, belediyelerde hizmet etkinliğinin mi, yoksa yerel özerkliğin ve demokrasi ruhunun korunmasının mı daha önemli olduğu sorusu çeşitli kesimlere sorulmuş; belediyeciler her ikisinin de önemli olduğunu, ancak, hizmetlerde etkinliğin de belediyecilikte ön plana geldiğini belirtmişlerdir. Üniversite mensupları ve eski belediye başkanları ise, aynı soruyu, özerkliğin önemli olduğu şeklinde cevaplandırmışlardır. Keleş, Türkiye’de Kent Yönetimi, s. 55.

¹³⁹Belediyelerin Büyüklüğü, Etkinliği ve Halkın Katılımı, Avrupa Konseyi Yerel Ve Bölgesel Yönetimler Yönlendirme Komitesi (CDRL) Raporu, Yerel İdareler Genel Müdürlüğü, Ankara 1995, s. 21.

¹⁴⁰AYTAÇ, Merkezi İdareden Mahallî İdarelere Devredilecek Hizmetler, s. 74.

Bu nedenle, belli bir yörede yaşayan halkın, sırf o yörede yaşamaktan kaynaklanan gündelik ortak ve medeni ihtiyaçlarını karşılayan elektrik, su, kanalizasyon, kent temizliği, yerel planlama, park, yeşil alan gibi hizmetlerin, yerel halk tarafından seçilerek oluşturulan yerel organlara bırakılması, bu ihtiyaçların hem en iyi şekilde karşılanması hem de yerel kaynaklardan optimum düzeyde verim alınması açısından zorunludur.

4. Hizmette Halka Yakınlık ve Yerellik (Subsidiarity)

a) İlkenin Anlamı

Kamusal hizmetlerin, ölçek ekonomisi ve etkin kaynak kullanımı amacıyla halka en yakın hizmet birimleri tarafından yerine getirilmesi, hizmetlerin etkinliğini belirleyen temel ilkelerden birini oluşturmaktadır.¹⁴¹

Hizmette halka yakınlık ve yerellik (*subsidiarity*= *subsidiarité*) ilkesi, kamusal ihtiyaçları karşılamak üzere oluşturulan farklı idare düzeyleri arasında görev ve yetki bölüşümüne esas olan bir ilkedir. Hizmette halka yakınlık ve yerellik ilkesi, «yetkinin ve (görevin) görülmesi gereken kamusal ihtiyaca en yakın yönetimce kullanılması; alt düzeyin, yetkisini (ve görevini), üst düzeye ancak mutlaka gerekli olduğunda, hizmetin daha iyi görülmesi gerektirdiğinde devretmesi» şeklinde tanımlanabilir.¹⁴² Bu ilke, normatif bir niteliğe sahip bulunmayan ve devletin gücünü sınırlandırmayı amaçlayan bir ilkedir.¹⁴³

Hizmette halka yakınlık ve yerellik (*subsidiarité*) ilkesi, 1988 yılından başlayarak, Avrupa Birliği Anlaşması'nın (ABA) kabulünden önceki döneme kadar yoğun tartışmalara konu olmuştur.¹⁴⁴ İlkenin, Avrupa Birliği (AB) içinde tartışılmasında Alman eyalet temsilcilerinin büyük etkisi olmuştur. Gerçekten, AB çatısı altında, sahibi buldukları ve egemenlik haklarından doğan kimi yetkileri kaybetmekten kaygılanan Alman Federe devletleri (*lander*), *subsidiarité* ilkesini bir kurtarıcı olarak görmüştür. Bunun yanında, kamu kesiminin bir bütün olarak küçültülmesi istekleri karşısında devlet kavramının sorgulanmaya başlanması kadar, Doğu Bloku'nun çözülmesi ve AB'nin “ekonomik” birlikten, “politik” birliğe geçiş ile siyasal bir örgüt olması da bu ilkenin AB içinde tartışılmasına neden olan gelişmelerdir.¹⁴⁵

AB bünyesinde ilk olarak yerellik ilkesi ilk kez 1951 'de imzalanan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Anlaşması'nın 95., Roma Anlaşmasının 235. ve Avrupa Komisyonunun 1975 'deki **Spinelli Raporu**'nda yetkilerin üye devletler ile Topluluk arasında paylaşılmasını öngören bir ilke olarak yer almıştı. Avrupa Konseyi'nin (AK) 1985 yılında kabul ettiği **Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı**, yerellik ilkesinin açıkça yer aldığı ilk AK metnidir. **Yerellik ilkesi**, Şartın 4. maddesinin 3. bendinde açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, kamu yönetiminin sorumlulukları, tercihen vatandaşa en yakın otorite tarafından yerine getirilecektir, ancak görevin kapsamı ve niteliğinin bunu zorunlu kılması ve yerel yönetimlerin bu görevi yerine getirecek yetenek ve ekonomik güce sahip olmamaları halinde bu kuraldan vazgeçilebilir. İlke ayrıca 1987 tarihli **Avrupa Tek Senedi**'nde yer alan çevre konusuyla ilgili bölümde yer alarak ilk kez AB anlaşmalarında açıkça yer almıştır. Çevreyle ilgili bölümün 130. maddesine göre, Topluluk çevre ile ilgili konularda, hedeflenen amaçların üye devletler düzeyinden “daha iyi” gerçekleştirilebilmesi durumunda eylemde bulunacaktır.¹⁴⁶ 1970'li yılların ortalarında ortaya çıkmasına rağmen, *subsidiarité* ilkesi ancak **Maastricht Antlaşması** ile anayasal anlamda açıkça AB hukuku içinde kendisine bir yer bulmuştur.

¹⁴¹BERK, Ahmet; “Yerel Hizmet Sunumu ve Belediye İktisadi Teşebbüsleri, Sayıştay Dergisi, Cilt 14, Sayı 49, 2003, s. 289.

¹⁴²WRIGHT, “Government and Politics of France”, s. 365; ÜSKÜL, Zafer, «“Sübzidiarité” İlkesi Üzerine Düşünce Alıştırması», Yeni Türkiye, Y:1, S: 4, Mayıs Haziran 1995, s. 23. *Subsidiarité* ilkesinin başka bir tanımı için bkz: ÖZCAN, Mehmet, “Subsidiarité İlkesinin Avrupa Birliği'nde Uygulanması Ve Yerel Yönetimler Bağlamında Türkiye'de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme”, Yerel Yönetimler Sempozyumu Bildirileri, TODAİE Yayını, Ankara 2002, s. 644.

¹⁴³KELEŞ, Ruşen, «Hizmette Halka Yakınlık (Subsidiarity) İlkesi Ve Yerel Yönetimler,» ÇYY, C. 4, S.1, Ocak 1995s. 5.

¹⁴⁴KÖSECİK, Muhammet; “Avrupa Birliğinin Bütünleşmesi Sürecinde Yerel Yönetimler”, Avrupa Birliği İle Bütünleşme Sürecinde Türkiye'de Yerel Yönetimler (Ed. Bekir Parlak – Hüseyin Özgür), 1. Baskı, Alfa, İstanbul 2002, s. 11.

¹⁴⁵ÖZCAN, s. 647.

¹⁴⁶KÖSECİK, s. 11.

AB Komisyonu bu ilkeyi gündemde tutmuş, hükümetlerarası konferanslarda tartışılmasını sağlamış ve bu konuda öncülük etmiştir. Geleneksel devlet sisteminin sorgulanmaya başladığı, AB’ni kurmanın kimi güçlükler yarattığı ve Birliğin yol açtığı merkezileşmenin, yerel yönetimleri rahatsız eden merkeziyetçilik kaygılarının yoğunluk kazındığı bir dönemden geçilmesi, **subsidiarite ilkesinin** yoğun ilgi görmesine yol açmıştır. AB Komisyonu, 21 Ekim 1990 tarihli bir Politik Birlik Konusunda Resmî Görüşü’nde bu ilkenin AT anlaşmalarına eklenmesi gerektiği bildirilmiştir. ABA’nın 3/b maddesi (yeni 5. madde) ve Dibaçenin (B) maddesi hükmü ile Topluluk hukuku içinde, pozitif anlamda anayasal bir ilke olarak yer almıştır.¹⁴⁷ Maastricht Anlaşmasının 3/b maddesi şöyledir: “Topluluk bu Anlaşmayla kendisine verilen yetkilerin ve amaçların sınırları içinde icraatta bulunacaktır. Topluluk, münhasır yetkisine girmeyen alanlarda, **subsidiarity** ilkesine uygun olarak yalnızca teklif edilen tasarrufun amaçları üye devletler tarafından yeterince gerçekleştirilemediği ve dolayısıyla teklif edilen tasarruf boyut ve etkileri bakımından Topluluk tarafından daha iyi gerçekleştirilebileceği takdirde ve oranda tasarrufta bulunur. Topluluk tarafından yapılacak herhangi bir tasarruf, mevcut anlaşmanın amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olanı aşmayacaktır.”

Maastricht Antlaşması ile ABA içine alınan ve **subsidiarity** ilkesi, farklı tonların ve değişik desenlerin, genişlemekte olan AB bünyesinde, hayatlarının devamının bir garantisi olmaktadır. Bu ilke sayesinde yerel idarî birimler daha aktif olacak ve idarenin, halkın azami düzeyde katılımını sağlayarak yürütülmesinin önündeki engeller kaldırılmış olacaktır.

b) İlkenin İmar Hizmetlerinin Yerel Hizmet Niteliği Açısından Uygulanabilirliği

Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde giderek önem kazanan temel ilke, bu hizmetlerin ölçek ekonomisi ve etkin kaynak kullanımı amacıyla halka en yakın yönetim birimlerince yerine getirilmesidir. Bu nedendir ki, günümüzde merkezden yönetimle birlikte yerinden yönetim (yerelleşme) de devlet yönetiminin vazgeçilmez bir unsurunu oluşturmaktadır.¹⁴⁸ Anayasamız da 123. maddesinde, idarenin merkezden ve yerinden yönetim esaslarına dayandığını vurgulamak suretiyle bu hususa işaret etmektedir.

Hizmette halka yakınlık ve yerellik ilkesi (Subsidiarity) yetki, görev ve sorumlulukların ölçek ekonomisi ve etkin kaynak kullanımı çerçevesinde, devlet, bölge ve yerel yönetimler arasında paylaştırılmasını gerektirmektedir.¹⁴⁹ Karşılanması gereken kamusal ihtiyaca en yakın yönetim bazı durumlarda, halkın doğrudan yönetimi olabilir. Bir küçük yerleşim biriminde, bir köyde veya mahallede, kimi ortak ihtiyaçların karşılanması için alınması gereken kararlar doğrudan o yerleşim biriminde yaşayan halk tarafından, etkili ve verimli bir şekilde alınabilir. Böyle hallerde, yerel ihtiyaçların karşılanmasında yetkili ve görevli idare, köy veya mahalle idareleridir. Karşılanması gereken kamusal ihtiyaç köy veya mahallenin sınırlarını aşıyor ise, bu durumda, elverişli ölçekte oluşturulan ya da oluşturulacak olan idare, örneğin belediye, il ya da bölge yerel yönetimi yetkili ve görevli olacaktır. Yerel yönetimlerin boyutlarını aşan, güvenlik, adalet, dış politika gibi kamusal ihtiyaçların karşılanmasında yetkili ve görevli idare şüphesiz merkezî idare olacaktır.¹⁵⁰

Hizmetin yerine getirilmesinde, **etkinlik ilkesi** ile **hizmette halka yakınlık ve yerellik ilkesi** birlikte ele alındığında yetki ve görev paylaşımında şu sonuca varılır: Bir hizmet, hizmete en yakın idarece yerine getirilmelidir. Ancak, bu idare, hizmeti çeşitli nedenlerle etkin bir şekilde yerine getiremiyorsa yetkilerini bir üst düzeye devretmelidir. Aynı düzeyde bir başka idare ile işbirliği sağlandığında da hizmette etkinlik gerçekleşmiyorsa, üst düzey idareye devir yoluna başvurulmalıdır.¹⁵¹

Görüldüğü gibi, hizmette halka yakınlık ve yerellik ilkesi, yetki ve görevlerin idarî düzeyler arasında dağıtımında, son derece esnek bir yapılanmayı ve işbirliğini gerektirmektedir.

¹⁴⁷ÖZCAN, s. 647; KÖSECİK, s. 11.

¹⁴⁸BERK, s. 49.

¹⁴⁹Diğer iki uygulama alanı hakkında bkz: KELEŞ, Hizmette Halka Yakınlık (Subsidiarity) İlkesi Ve Yerel Yönetimler, s. 5.

¹⁵⁰ÜSKÜL, s. 23.

¹⁵¹ÜSKÜL, s. 24.

Bu ilkenin uygulanması yetki ve görev dağılımının önceden ve sabit bir şekilde yapılması yerine, aynı ya da farklı idarî düzeyler arasında sürekli işbirliğini, görüşmeyi, belki pazarlığı, ama her durumda ortak kurulların varlığını ve işlerliğini gerektirmektedir.¹⁵²

Hizmette halka yakınlık ve yerellik ilkesi, üst-düzey idarelerin alt-düzey idarelere yardımda bulunmasını da içermektedir. Bu yardım, yerel yönetimlerin özerkliğini özendiren ve güçlendiren bir yardımdır.¹⁵³ İlke, özerk yerel yönetim geleneğine, yalnızca yeterli kaynaklar sağlayarak “**pozitif yükümlülüklerin**” gereğini yerine getirmek suretiyle değil; fakat aynı zamanda, merkezî idarenin işlerine karışmasını engellemeyi de kapsayan “**negatif yükümlülükler**” yoluyla katkıda bulunma şansına sahiptir.¹⁵⁴ Söz konusu ilke, millî düzeyde, hem federal¹⁵⁵ ve hem de (merkeziyetçiliğin güçlü olmadığı) üniter devletlerde uygulama alanı bulabilir. Çünkü, yetki ve görevlerin böyle esnek ve hareketli bölüşümünün gerçekleştirilmesi, millî egemenlik kavramını tartışma konusu yapma sonucunu doğurmaz. Zira, sonuçta egemenlik tektir ve devlete aittir.¹⁵⁶

Hizmette hakla yakınlık ilkesi ile **imar mevzuatı** birlikte değerlendirildiğinde, imar hizmetlerinin halka en yakın olan ve imar planı yapma yükümlülüğüne sahip olan idarelerce yerine getirilmesi sonucuna varmak güç olmayacaktır. Zira, 3194 sayılı İmar Kanunu’na göre, belediye sınırları içinde kalan yerlerin imar planları **belediye idaresince** (m. 8/1-b) yapılmakta ve belediye meclisince uygun görüldüğü takdirde (m. 8/2), onaylanarak yürürlüğe girmektedir. Aynı şekilde, 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 18. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendinde de belediyenin imar plânlarını görüşmek ve onaylamak, büyükşehir ve il belediyelerinde il çevre düzeni plânını kabul etmek belediye meclisinin görevleri arasında sayılmıştır. Ancak, belediye sınırları il sınırı olan Büyükşehir Belediyelerinde il çevre düzeni planı ilgili Büyükşehir Belediyeleri tarafından yapılır veya yaptırılır ve doğrudan Belediye Meclisi tarafından onaylanır. 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 8. ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun 6/1-a ve 10. maddelerine göre, belediye ve mücavir alan dışında kalan yerlerde yapılacak planlar il özel idaresi veya ilgisince yapılır veya yaptırılır. 22.2.2005 gün ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’na göre (m. 6/a), belediye sınırları il sınırı olan Büyükşehir belediyeleri hariç, belediye ve mücavir alan dışında kalan yerlerde yapılacak planlar il özel idaresince veya ilgisince yapılmakta ve il genel meclisince uygun görüldüğü takdirde (m. 10/c), onaylanarak yürürlüğe girmektedir.

5. Malî Adalet Ölçütü

Yerel halkın ödediği vergilerle, kendilerine sunulan mal ve hizmetler arasında bir paralelliğin olması, malî adalet ilkesinin bir gereğidir.¹⁵⁷ Aynı zamanda, mahalli idarelerce sağlanan hizmetler ile elde edilen gelirler arasında doğrudan ve çok yönlü bir bağlantı vardır. Bir yönüyle bu bağlantı, belde halkının, demokratik mekanizmalarla mahalli idare üzerindeki denetimini nitelendirmektedir. Beldenin ne gibi hizmetlere ihtiyacı olduğu, hangilerinin öncelik taşıdığı, bunların üretilme, finanse edilme şekli ve belde halkına getireceği malî yük gibi temel malî politikalar bu tür bir denetim sonucu şekillenmektedir.¹⁵⁸

Yerel kamu mal ve hizmetleri mahalli idarelerce sağlanır. Ancak, bu hizmetlerin kalitesi ve miktarı bölgeden bölgeye değişiklik gösterebilir. Bu takdirde, farklı idarelerin farklı mal ve hizmet ve vergileme düzeyine sahip olması olasıdır. Bu durumun varlığı, tekdüze olarak hizmetlerin sadece merkezî idarece ve tek tip vergilerle sağlanmasına oranla, etkinlik açısından avantajlıdır.

¹⁵²ÜSKÜL, s. 24.

¹⁵³KELEŞ, Hizmette Halka Yakınlık (Subsidiarity) İlkesi Ve Yerel Yönetimler, s. 5.

¹⁵⁴KELEŞ Hizmette Halka Yakınlık (Subsidiarity) İlkesi Ve Yerel Yönetimler, s. 5.

¹⁵⁵Örneğin bu ilke, federal bir devlet olan Almanya’da etkin bir şekilde yürütülmektedir. Çünkü, federal yapılı devletlerde mümkün olduğunca fazla yetki daha küçük idarî organlar (yerel yönetimler) tarafından kullanılmalıdır. Bu bir anlamda yerel yönetimler yerel devletten, yerel devlet de federal devletten önce gelir, Federalizmde yetki ve sorumlulukların dikey olarak yerel yönetimler, yerel devlet ve federal devlet arasında paylaşılması, subsidiarity ilkesinin federalizm kapsamında çok iyi algılanması ve uygulanabilmesi sonucunu doğurmaktadır. ÖZCAN, “Subsidiarity İlkesinin Avrupa Birliği’nde Uygulanması ve Yerel Yönetimler Bağlamında Türkiye’de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme”, s. 644.

¹⁵⁶ÜSKÜL, “Sübziarite” İlkesi Üzerine Düşünce Alıştırmaları, s. 25.

¹⁵⁷AYTAÇ, Merkezi İdareden Mahalli İdarelere Devredilecek Hizmetler, s. 74.

¹⁵⁸EMREALP, Sadun; Belediyelerde Mali Yönetim, T.C. Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı, Kent Basımevi, İstanbul 1993, s. 23.

Kendi bölgelerindeki hizmetler ve bunların karşılığı vergilerden tatmin olmayan veya aralarında denge bulunmadığı inancında olan vatandaş için, aynı düzeyde vergi ödeyerek daha fazla fayda sağlayacağı diğer bir bölgeye yerleşme daha cazip hale gelecektir. Yüksek hizmet ve vergi düzeyini tercih eden, fakat daha düşük hizmet ve vergi düzeyinde yaşayan kişi, miktar veya kalite açısından düşük düzeyde kamu mal ve hizmet arzı ile karşılaşabilir, bu yüzden tercih ve beklentilerine daha yakın bir bölgeye göç edebilir. Bu sürece” **Tebieout Modeli**” veya “**ayaklarla oy verme**” denilmektedir.¹⁵⁹

Yerel halkın halen yaşadığı yerel birimi terk etmemesi için, mahalli idarelerce üretilen kamusal mal ve hizmetlerden sağladığı marjinal faydanın, bu hizmetlerin karşılığı olarak ödediği marjinal vergiden büyük olması veya en azından dengeli olması gerekmektedir.

C. İmar Kamu Hizmetlerinin Yerel Hizmet Niteliğinin Değerlendirilmesi

Yerel hizmetlerin belirlenmesinde kullanılan ölçütler değerlendirildiğinde, yerel hizmet niteliği açısından en uygun hizmet imar ve bayındırlık hizmetleridir. Zira imar ve bayındırlık hizmetleri, insanın yaşadığı yerle ve mekânla ilgili olan, onun yaşam kalitesini, çevresini, çevre sağlığını ilgilendiren hizmetlerdir. İmar hizmetleri, planlanan yörenin bugünkü durumunun, olanaklarının ve ileride ki gelişmesinin gerçeğe en yakın şekilde saptanabilmesi için coğrafi veriler, beldenin donatımı ve malî, sosyal kültürel ve ticarî yönden kullanılışı gibi konularda yapılacak araştırma ve incelemeler sonucu elde edilecek bilgilere göre, çeşitli kentsel işlevler arasında var olan veya edinilecek olanaklar ölçüsünde, en iyi çözüm yollarına ulaşmak, belde halkına iyi ve uygar bir yaşama düzeni ve koşulları sağlamak amacıyla, kentin kendine özgü yaşayış biçimi ve karakteri, nüfus, alan ve yapı ilişkileri, yörenin gerek çevresiyle ve gerekse çeşitli alanlar arasındaki bağlantıları, halkın sosyal ve kültürel ihtiyaçları, güvenlik ve sağlığı ile ilgili konular göz önüne alınarak hazırlanır ve yürütülür. Söz konusu hizmetlerin yürütülmesinde en etkin yönetim, halka en yakın yönetim düzeyi il özel idareleri, belediyeler ve köylerdir.

Avrupa ülkelerine baktığımızda, imar ve bayındırlık hizmetlerinin yerel bir hizmet olarak algılandığı ve mahalli idarelerce yerine getirildiği görülmektedir.¹⁶⁰

Anayasa Mahkemesi, imar hizmetlerinin yerel hizmet olduğu kanaatinde. Yüksek Mahkemeye göre, imar planlarının düzenlenmesinde yerel ortak ihtiyaçların göz önünde tutulması gerekir; gecekondular dönüşüm projesi ve toplu konut uygulamaları birer yerel ihtiyaçtır.¹⁶¹ Yerel plânların ülke ve bölge düzeyindeki plânlarla, çevresel ve varsa metropoliten alan planlamalarıyla uyum içinde olmasını ifade eden Anayasa Mahkemesi’ne göre imar plânlamasının mutlaka ve yalnızca yerel bir ihtiyaç olarak nitelendirilmemesi gerekir. Mahkemeye göre, imar plânlarının bu çok yönlü durumu nedeniyle Yasa koyucu, imar planlama yetkilerini merkezî yönetim ile yerel yönetim arasında paylaşmıştır. Merkezî yönetime bırakılan yetkilerin kamu yararı ve ülke geneli ile ilgileri nedeniyle sayılan özellikleri taşıyan somut yerlerle sınırlı makro düzeyde yetkiler olduğu görülmektedir. Anayasa’da imar plânı yapılması yetkisinin kime ilişkin olduğu her ne kadar açıklanmamış ise de imar plânlarının düzenlenmesinin her aşamasında insan ve yerel ortak ihtiyaçların ön plânda yer aldığı göz ardı edilemez.”¹⁶²

Mahalli idareler yerel hizmetleri yürütmekle görevlidirler. Bir hizmetin yerel hizmet olabilmesi için “**mahalli müşterek ihtiyaç**” niteliğinde olması gerekir. Belediyeler belediye sınırları içinde, Anayasa’nın 127. maddesinin birinci fıkrasına göre “mahalli müşterek ihtiyaçları” karşılamakla görevlendirilirken, ikinci fıkrasına göre de bu görevlendirmenin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak yasayla yapılması zorunlu kılınmaktadır.

¹⁵⁹AKALIN, Güneri; «Türkiye’de Mahalli İdareler Hizmetleri Ve Finansmanı Reformu», ÇYY, C: 3, S: 2, Mart 1994, s. 14; ACAROĞLU, İrim - ATAÜZ, Akın; «Belediyeler, Yerel Yönetim Anlayışı Ve 12 Eylül 1980’den Sonra Getirilen Değişiklikler Üzerine», Ergun Türkcen (Ed.), Yeni Bir Belediyeciliğe Doğru, Belediyecilik Araştırma Projesi, Türk İdareciler Derneği Araştırma Dizisi 2, Ankara 1982, s. 272; NADAROĞLU, s. 68.

¹⁶⁰Bkz: KALABALIK, Halil; Avrupa Birliği Ülkeleriyle Karşılaştırmalı Yerel Yönetim Hukuku, Seçkin Yayıncılık A.Ş. Ankara 2005, s. 298-305.

¹⁶¹AMK 08.12.2004, E. 2004/61, K. 2004/123 sayılı karar için bkz: <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2004/123?HerhangiBirKelimeAra%5B0%5D=mahalli%20müsterek%20ihtiyaç&page=3>, (10.05.2024).

¹⁶²AMK 26.09.1991, E. 1990/38, K. 1991/32 sayılı kararı için bkz: <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2004/123?HerhangiBirKelimeAra%5B0%5D=mahalli%20müsterek%20ihtiyaç&page=3>, (10.05.2024).

Belediyeler mahalli müşterek ihtiyaçları, yasalarla sınırları belirlenmiş alanlarda özerk biçimde belirleyebilir. Mahalli müşterek ihtiyaç, herhangi bir mahalli idare biriminin sınırları içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özel çıkarlarını değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan eylemli durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve sürekli güncelleştirdiği, özünde etkinlik, ölçek ve sağladığı yarar bakımından yerel sınırları aşmayan, bölünebilir ve rekabet konusu olabilen yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentileri ifade etmektedir.¹⁶³

III. İMAR HİZMETLERİNİN KAMU HİZMETİNİN GÖRÜLME USULLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Kamu Hizmetlerinin Görülme Usulleri

Kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve işletilmesi konusunda çeşitli usuller uygulanmaktadır. Bunlar; emanet usulü, müşterek emanet usulü, iltizam usulü, imtiyaz usulü, yap-işlet-devret, yap-işlet gibi usullerdir. Bir kamu hizmetinin hangi usulle yürütüleceği tamamen bir **yerindelik** sorunudur. Zira kamu hizmetinin hangi usulle işletilmesi halinde kamu yararı daha kolay ve etkili bir şekilde gerçekleşebileceği hukuki bir sorun olmaktan çok teknik bir sorundur.¹⁶⁴

1. Emanet Usulü

Kamu hizmetinin Devlet veya diğer bir kamu tüzel kişisi tarafından kendi personel, araç-gereç ve malvarlığıyla bizzat görülme şekline “**emanet usulü**” denilmektedir.

Emanet usulünün belirleyici özelliği, kamu hizmetinin bir **kamu tüzel kişisi** tarafından üstlenilip, tamamen kendi imkânlarıyla yürütülmesidir. Bu nedenle, bağlı bulunacağı rejim, yani kamusal ya da özel usullerle yürütülüyor olması fazla önemli sayılmamaktadır. Merkezi idare tarafından yürütülen adalet, milli güvenlik, savunma, sağlık ve ilköğretim vb. **idari kamu hizmetleri** emanet usulü ile yürütülmektedir. Aynı şekilde, yerel hizmetlerin pek çoğu da mahalli idareler tarafından emaneten yürütülmektedir. Ancak, idari kamu hizmetlerinin emaneten yürütülmesi konusunda kesin bir kural bulunmamaktadır. **Ekonomik, ticari ve sınaî hizmetler** ise genellikle emanet usulü ile görülmemekle birlikte bu konuda da kesin bir yasak yoktur. KİT’lerin gördüğü kamu hizmetlerinin emanet usulü olup olmadığı tartışmalıdır.¹⁶⁵

2. Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilerce Yürütülmesi

Kamu hizmetleri bizzat devlet veya kamu tüzel kişilerin yürütülebildiği gibi, bunların gözetim veya denetimi altında özel kişilerce de yürütülebilmektedir. Ancak hiçbir özel hukuk kişisi kendiliğinden bir kamu hizmetini yerine getiremez. Özel kişilerin kamu hizmeti görülmesine katılması, hizmetin asli sahibi ve sorumlusu idarenin ikame edilmesi mahiyetinde olduğundan, ancak ilgili kamu tüzel kişisinin iradesiyle mümkündür.¹⁶⁶

Özel hukuk kişisinin bir kamu hizmetini yerine getirirken kullanacağı devlet yetkisinin bir hukuki temele dayanması gerekir. Bu hukuki temel kanunla özel kişinin görevlendirilmesi/veya yetkilendirilmesi şeklinde olabileceği gibi kanunun belirlediği sınırlar içinde kalarak idarenin tesis edeceği tek taraflı ya da özel kişinin de iradesinin açıklanmasına gerek duyulan sözleşme yoluyla da gerçekleştirilebilir. Diğer bir ifadeyle, özel kişilerce kamu hizmetlerinin yürütülmesi için, onların bir kamu idaresi (devlet, il özel idaresi, belediye veya köy) tarafından **yetkilendirilmesi/görevlendirilmesi** gerekmektedir. Bu görevlendirme ise idare tarafından tek taraflı bir idari işlemle yapılabileceği gibi, idare ile özel kişi arasında yapılan bir sözleşme ile de olabilmektedir.¹⁶⁷

¹⁶³Anayasa Mahkemesi’nin 24.01.2007 tarih ve E. 2006/131, K. 2007/4 sayılı kararı, RG: 26.01.2008, Sayı: 26768.

¹⁶⁴GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2002, s. 532.

¹⁶⁵Emanet usulü hakkında farklı nitelendirmeler için Bkz: DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 343; ÖZAY, İl Han; Günışığında Yönetim, Alfa, İstanbul 1996, s. 251-252; GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s. 533; TAN, İdare Hukuku, s. 361.

¹⁶⁶KARAKÖSE, Mesut Emre; “Kamu Hizmetinin Özel Kişiler Eliyle Gördürülmesi”, Kamu-İş, C. 14, S: 2/2015, s. 68.

¹⁶⁷GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s. 536.

Yetkilendirme/görevlendirme ise kanunla, ruhsat ile ve sözleşme ile yetkilendirme olmak üzere üçe ayrılmaktadır.¹⁶⁸

a) Ruhsat (Lisans) Usulü

Ruhsat (lisans) usulünde; “**ruhsat**” ya da “**izin**” olarak adlandırılan ve idarenin tek tarafı olarak yaptığı bir idarî işlemle, tekel niteliğinde olmayan bir kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi mümkün olmaktadır. Ruhsat usulü, tekel niteliğinde olmayan bir kamu hizmetinin idare tarafından verilen izin üzerine, özel kişilerce de görülebilmesi olarak tanımlanabilir.¹⁶⁹ Ancak, idarenin bir kamu hizmetini özel kişilere gördürebilmesi için **yasal** bir yetkiye ihtiyaç bulunmaktadır. Kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinde kullanılan usullerden farklı olarak, idare ile özel kişi arasında bir idari sözleşme yapılmamakta, özel kişiye idarenin tek tarafı iradesiyle yapılan bir ve “**ruhsat**” adı verilen bir şart işlemle, **tekel niteliği** bulunmayan bir kamu hizmetini yürütme yetkisi verilmektedir.

Ruhsat usulü¹⁷⁰ genellikle son yıllarda “**virtüel kamu hizmeti**” olarak adlandırılan hizmetlerin özel kişilere gördürülmesinde kullanılmaktadır. **Virtüel kamu hizmeti**, organik anlamda kamu hizmeti olmayan; ancak ulaşım, haberleşme ve eğitim gibi, ortak, sürekli ve zorunlu bir kamusal ihtiyacı karşılamak için yapılan ve kamu mallarıyla ilişkili şekilde karşımıza çıkan, özel kişilere verilen ruhsat ile yapılan kamu hizmetidir.¹⁷¹ Belediye sınırları içinde toplu taşımacılık yapmak, özel eğitim kurumları ve özel hastane açmak vb. izin (ruhsat) usulünün örnek uygulamalarıdır. Bu alanlarda idarenin kendisi hizmeti “**emanet usulü**” ile yürütebilmekte ve bazı kamusal kuruluşlara imtiyaz olarak devredebilmekte, diğer taraftan da özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerine aynı tür faaliyetlerde bulunmak için izin vermektedir.

Kamu hizmetlerinin asli sahibi idare olduğundan, idarenin, hizmeti ruhsat usulü ile yürüten özel kişi üzerinde geniş bir denetim yetkisi bulunmaktadır. Örneğin, eğitim-öğretim hizmeti özel kişilerce ruhsat usulüyle görülebilse de bu hizmet, Anayasaya göre (m. 42/3) Devletin gözetim ve denetiminde yapılmaktadır. İlk ve orta dereceli okulların bağlı oldukları esaslar, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak kanunla düzenlenir (m. 42/6). Bu kurumların öğretmenleri, kamu görevlisi olabilme şartlarını taşıyanlar arasından Millî Eğitim Bakanı’nın onayı ile atanırlar.¹⁷²

4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanununa¹⁷³ göre (m.4), doğal gaz piyasa faaliyetlerinde bulunacak tüzel kişilerin gerekli **lisansları** almaları, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’na göre (m. 4), elektrik üretim, iletim, dağıtım, toptan ve perakende satış, piyasa işletim, ithalat ve ihracat faaliyeti yapacak kişilerin **lisans** almaları şarttır.

b) Sözleşme Usulü

Devlet ve yerel idareler yürütmekle mükellef oldukları bir kamu hizmetini bizzat yürütmek veya kendi kurdukları bir kamu kurumuna yürütmek yerine, bu hizmeti yürütme görev ve yetkisini, özel kişilerle yapacağı bir sözleşme ile onlara bırakabilirler. Kamu hizmetlerinin sunumunda uygulanan geleneksel klasik usuller arasında, müşterek emanet, iltizam, imtiyaz gibi usuller yer almaktadır.

Müşterek emanet usulü, bir kamu hizmetinin hasar ve zararı idareye ait olmak ve onu üstlenen özel hukuk tüzel kişisine gelir üzerinden bir pay verilmek suretiyle idare adına yürütülmesidir.¹⁷⁴ Bu usulde kamu hizmeti idare tarafından kurulmakta ve bir özel hukuk tüzel kişisine gördürülmekte,¹⁷⁵ hizmetin işleyişi için gerek duyulan sermaye idare tarafından üstlenilmektedir. Özel hukuk tüzel **kişisi, daha çok**, idare adına iş gören konumundadır.

¹⁶⁸ULUSOY, Ali; Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, Birinci Bası, İstanbul 2009, s. 351.

¹⁶⁹EROL, Mesut; “Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usullerinden Ruhsat (Lisans, İdari İzin, Yetkilendirme) Yöntemi ve Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Lisans Konusundaki Yetkilerinin Danıştay Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi (2010) 90, s. 352.

¹⁷⁰Kamu hizmetlerinin ruhsat yoluyla görülmesi ile ilgili tartışmalar için bkz: ÇAL, Sedat; Türk İdare Hukukunda Ruhsat, Seçkin, Ankara 2010, s. 154 vd.

¹⁷¹GÜLAN, Aydın, “Kamu Hizmeti Kavramı”, İHİD, Y. 9, S. 1-3, 1988, s. 156 vd.

¹⁷²Günday, İdare Hukuku, s. 314; Gözler-Doğan, s. 556; Tan, İdare Hukuku, s. 363.

¹⁷³RG: 02.05.2001, S. 24390.

¹⁷⁴GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s. 550.

¹⁷⁵TAN, İdare Hukuku s. 37

Osmanlı İmparatorluğu zamanında **deniz fenerlerinin işletilmesinde** kullanılan bu usul, günümüzde idarenin **kültürel nitelikli kamu hizmetlerini** özel kişilere gördürülmesinde kullanılmaktadır.¹⁷⁶

İltizam usulü, kamu hizmetinin, idare ile yaptığı bir sözleşme uyarınca önceden kararlaştırılan ve idareye ödeyeceği bir bedel karşılığında, özel hukuk kişisi tarafından, kâr ve zararı da kendisine ait olmak üzere yürütülmesidir.¹⁷⁷ Osmanlı döneminde “oşür” adı verilen vergilerin toplanmasında kullanılan bu usul,¹⁷⁸ günümüzde, sınırlı olarak göl ve nehir kıyılarındaki Hazineye ait dalyanlar ve volilerden yararlanmak, askerî birliklerin, okulların beslenme ve giyimle ilgili ihtiyaçlarını belli bir süre içerisinde düzenli bir şekilde karşılanması amacıyla kullanılmaktadır.¹⁷⁹

İmtiyaz usulü, “idarenin gerçek ve genel olarak sermaye şirketi olan bir tüzel kişiyle yaptığı bir sözleşmeyle, bir kamu hizmetinin belirli ve uzun bir süre içinde kurulması ve işletilmesinin karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel alınmak ve giderleriyle kâr ve zararı (risk) özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimidir.¹⁸⁰ 10 Haziran 1326 (1912) tarihli “*Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun*”un 7’nci maddesi gereği, sözü edilen özel hukuk tüzel kişininin “**anonim şirket**” statüsünde olması gerekmektedir. Devlet adına kamu hizmeti imtiyazı verme yetkisi “kuvve-i icraiyyeye” (**Cumhurbaşkanı’na**) aittir.¹⁸¹ Kural olarak, kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, **Cumhurbaşkanı**’nın imtiyazcıyı seçme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.¹⁸² Anayasaya göre, **Cumhurbaşkanı**, kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini akdetmeden önce **Danıştay**’ın görüşünü alması gerekmektedir. Ancak, Danıştay’ın görüşü bağlayıcı değildir. Ayrıca, 7 Aralık 1994 gün ve 4054 sayılı **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun** gereğince, ülkenin bütünü veya bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak nitelikteki imtiyaz sözleşmelerinin yapılmasından önce **Rekabet Kurulunun izninin alınması** da gerekebilir (m. 7).¹⁸³

5393 sayılı Belediye Kanununa göre (m. 15/2) belediyeler de, toplu taşıma amacıyla otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel ve raylı sistem dâhil her türlü toplu taşıma sistemlerini kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettirmek, katı atıkların toplanması, taşınması ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri Danıştay’ın görüşü ve Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’nın kararıyla süresi 49 yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla özel kişilere gördürebilir. Belediye adına imtiyaz verme yetkisi **belediye meclislerine** aittir (m. 18/j).¹⁸⁴

1912 yılından 1984 yılına kadar özel sektöre kamu alanında yatırım yapma imkânı veren tek Kanun 1326 (1912) tarihli “*Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun*” olmuştur. Ancak, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi ve kamu hizmetlerinin görülmesinde özel yönetim usullerinin uygulanması eğilimlerine paralel şekilde, 1980’li yılların başlarında, görevlendirme usulü, yap-işlet-devret usulü, yap-işlet, işlet-devret, işletme hakkının devri gibi özünde imtiyaz niteliğinde yeni usuller ortaya çıkmıştır.

¹⁷⁶AKYILMAZ, **Bahtiyar**; İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya 2003, s. 335.

¹⁷⁷GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s. 548.

¹⁷⁸“Lüzûm kökünden türeyen iltizâm sözlükte “gerekli sayma, üzerine alma, bir tarafı tutma” gibi anlamlara gelir. Terim olarak “özel bir şahsın devlete ait herhangi bir vergi gelirini toplamayı belirli bir yıllık bedel karşılığında üzerine alması” demektir. Bu işi yapan kişiye mültezim denir.” “İltizamı, uzun tarihi boyunca geçirdiği çeşitli değişmelerin içinde ortaya çıkan temel unsurlarını ayıklayarak genel bir model halinde şöyle tanımlamak mümkündür: Devletin, genellikle belirli bir mekânla sınırlı kanunî ve/veya şer’î vergi unsurlarından oluşan bir demeti ifade eden mukataa birimlerini vergilendirmeyi rekabete açık, ekseriya müzayedeye ile tespit edilen ve bir bölümü peşin ödenmesi istenen belirli bir yıllık bedel karşılığında, sınırlı bir süre (tahvil) için kârı ve zararı kendine ait olmak üzere kabul edecek mültezimlere güvenilir bir kefaletle devretmesidir.” Osmanlı Devleti’nde iltizamın uygulaması hakkında geniş bilgiler için bkz: <https://islamansiklopedisi.org.tr/iltizam--vergi>, (31.12.2018)

¹⁷⁹Akyılmaz, İdare Hukuku, s. 335; Duran, Ders Notları, 333; Gözler, İdare Hukukuna Giriş, s. 213.

¹⁸⁰Dy 1.D., 24.9.1992 tarihli ve E: 1992/232, K: 1992/294 sayılı bir kararı, DD, S. 87, s. 37.

¹⁸¹Bkz: 10 Haziran 1326 (1910) tarihli, Menafii Umumiyyeye Ait İmtiyazat Hakkında Kanun.

¹⁸²GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s. 542.

¹⁸³GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s. 543.

¹⁸⁴Dy 1.D., 06.07.2006, E. 2006/203, K. 2006/719, <http://www.danistay.gov.tr> (08.10.2011).

1980’li yıllardan bu tarafa, çeşitli kanunlarla¹⁸⁵, devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından, bazı kamu hizmetleri yapılan görevlendirme sözleşmeleri ile özel kişilere gördürülmüştür.¹⁸⁶ Bu usullerin yanında ayrıca, bir kamu hizmetine ilişkin tesisin; özel girişim tarafından masrafları karşılanmak suretiyle kurulmasını, yatırılan sermayenin amortismanı ve belli bir kâr sağlanması amacıyla belli bir süre işletilmesini, daha sonra da bedelsiz olarak ilgili idareye devir ve teslimini sağlayan ve 3996 sayılı Kanunla¹⁸⁷ düzenlenen Yap-İşlet-Devret usulü, 3154 sayılı Kanunla¹⁸⁸ düzenlenen Yap-İşlet usulü, devlete ve diğer kamu tüzel kişilerine ait işletmelerin, mülkiyet hakkı saklı kalmak üzere, bir bedel karşılığında ve belli bir süre işletilmesi için bir özel kişiye devredilmesi usulü olarak tanımlanan¹⁸⁹ işletme hakkının devri (Devral-İşlet-Devret) usulü,¹⁹⁰ kullanım hakkının alınması usulü,¹⁹¹ kamu altyapı hizmetleri kapsamında projelerin gerçekleştirilmesi için geliştirilen, devlet ile özel sektör arasında uzun vadeli esnek bir sözleşme temeline dayanan ve kamu hizmetlerinin görülmesine ve/veya finansmanına devlet ile özel sektörün bir arada katılmasını öngören, **finansman, altyapı ve hizmet sağlama** için kullanılan bir kavramı ifade eden¹⁹² kamu-özel ortaklığı usulü¹⁹³ gibi yeni usuller uygulama alanı bulmaktadır.

B. İmar Hizmetlerinin, Kamu Hizmetlerinin Görülme Usulleri Açısından Değerlendirilmesi

1. Kamu Düzenini İlgilendirmesi Nedeniyle İmar Kamu Hizmetlerinin Emanet Usulüyle Görülmesi Zorunluluğu

a) İmar Kamu Hizmetlerinin Görünümü

İmar hizmetleri denilince ilk akla gelen imar planlarının yapılması, değiştirilmesi, revizyonu, ilavesi ve bunların uygulanmasına ilişkin hizmetlerdir.

3194 sayılı İmar Kanunu’nun (İK) 6’ncı maddesinde mekânsal planların, kapsadıkları alan ve amaçları açısından **Mekânsal Strateji Planlarına** uygun olarak; “**Çevre Düzeni Planı**” ve “**İmar Planları**” kademelerinden oluştuğu, imar planlarının ise **nazım imar planı ve uygulama imar planından** meydana geldiği ifade edilmiş ve her planın bir üst kademedeki plana uygun

¹⁸⁵Bu kanunlara; 4 Aralık 1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 28 Mayıs 1988 gün ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakım ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 9 Mayıs 2013 tarih ve 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu örnek verilebilir.

¹⁸⁶GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s. 552.

¹⁸⁷Haziran 1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve İşletmelerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun (RG. 13/06/1994-21959)

¹⁸⁸16/7/1997 tarihli ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun (RG: 19/7/1997-23054) ve bu Kanuna dayanılarak Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik (RG: 29/8/1997- 23095) ile düzenlenmiştir.

¹⁸⁹AKIN, Ümit, “Elektrik Üretim, İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devre ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”, Danıştay Dergisi, S. 102, 2000, s. 31.

¹⁹⁰25/6/2010 tarihli ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü’nün Hizmetleri Hakkında Kanun’un 06.02.2014 tarih ve 6518 sayılı Kanunla (RG: 19/02/2014- 28918), değişik 29. maddesi gereğince, Karayolları Genel Müdürlüğü’nün sorumluluğunda bulunan otoyollar ile bunlar üzerinde bulunan bakım ve işletme tesisleri, hizmet tesisleri ve diğer mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıklarının işletme hakları, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından bunların mülkiyetinin devri hariç olmak üzere 4046 sayılı Kanunun 18/A-c maddesi çerçevesinde özel kişilere belirli bir süre devredilebilir

¹⁹¹5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 9’uncu maddesine göre elektronik haberleşme hizmeti sunmak ve/veya şebekesi veya alt yapısı kurup işletmek amacıyla Kuruma bildirimde bulunan şirketler, sunmak istedikleri elektronik haberleşme hizmeti ve/veya işletmek istedikleri elektronik haberleşme şebekesi veya altyapısı için numara, frekans, uydu pozisyonu gibi kaynak tahsisine ihtiyaç duyuyorlar ise Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’ndan kullanım hakkı alınması kaydıyla yetkilendirilirler (m. 9/3). Kurum, kullanım hakkı verilmesinin gerektiği elektronik haberleşme hizmetlerini ve bu hizmetlere ilişkin kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekmediğini tespit eder (m. 9/4). Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekmediği tespit edilen elektronik haberleşme hizmetleri için usulüne uygun başvuruyu müteakip 30 gün içerisinde Kurumca kullanım hakkı verilir (m. 9/5)

¹⁹²TAN, Turgut, İdarî Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler, AÜSBFD, C. 50, S. 3-4, s. 309; ACARTÜRK, Ertuğrul-KESKİN, Sabiha; Türkiye’de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı Modeli, SDÜ İİBF Dergisi, Y.2012, C.17, S.3, s. 28.

¹⁹³Örneğin, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun’un 6/5-ç maddesine göre, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, riskli yapılara, rezerv yapı alanlarına ve riskli yapıların bulunduğu alanlara ilişkin olarak Kamu ve özel sektör iş birliğine dayanan usuller uygulamaya yetkilidir.

olarak hazırlanacağı öngörülmüş, İK m. 5'te, çevre düzeni planının ülke ve bölge planı kararlarına uygun olarak hazırlanacağı belirtilmiş, **metropolitan imar planı** da mevzuattaki diğer planlarla ilişkilendirilmeksizin, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın yetkisine giren planlardan biri olarak İK m. 9'da gösterilmiştir. Ülke planının neyi ifade ettiği ise Kanunun herhangi bir maddesinde gösterilmemiştir. İK m. 8'de ise imar planlarının nazım imar planı ve uygulama imar planından oluştuğu ifade edilmiş ve bu planların “varsa” bölge ve çevre düzeni planlarına uygun olarak yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği'nde (MPYY) (m. 4/1-h) aynı hususlar tekrar edilmiştir.

İmar planlarının uygulamasına ilişkin sistem işleyişinin tarihsel gelişimine paralel olarak, şehir planlama kavramının kurumsallaşmaya başladığı 19 yüzyılın ikinci yarısından itibaren günümüze kadar yasal kaynaklarda ve uygulamada, imar planlarının uygulanması amacıyla, temelde üç yöntemin kullanıldığı görülmüştür.¹⁹⁴ Bunlar; “**arazi ve arsa düzenlemesi**”, “**ifraz ve tevhit**” ve “**kamulaştırma**” usulleridir. 3194 sayılı Kanunda, imar planlarının uygulanmasında bu üç usul temel yöntem olarak kabul edilmiştir.

İmar planlarının bir bütün olarak uygulanmasını sağlayan yöntem, İmar Kanunu'nun 18'inci maddesi ile düzenlenen arazi ve arsa düzenlemesidir.¹⁹⁵ (parselasyon). “**Arazi ve arsa düzenlemesi**” (parselasyon), belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyece, bu sınırlar dışında ise il özel idarelerince, imar hududu (plânı) içinde bulunan binalı veya binasız arsa ve arazilerin malikleri veya diğer hak sahiplerinin muvafakati aranmaksızın birbirleri ile yol fazlaları ile kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirilmesi, bunları yeniden imar plânına uygun ada ve parsellere ayrılması, müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre hak sahiplerine dağıtılması ve re'sen tescil işlemlerinin yapılmasıdır.

Bir diğer imar planı uygulama yöntemi, 3194 sayılı Kanunun 15 ve 16'ncı maddelerinde düzenlenen ve malikinin veya temsilcisinin isteği üzerine gerçekleştirilen ifraz ve tevhit uygulamalarıdır.

“İfraz” (ayırma), genellikle tarımsal nitelikte olan belli bir toprak parçasının, kentin imar planına ve imar kurallarına uygun şekilde, anayolları ve yeşil alanları belirtilmiş yapı alanlarına, adacıklara, küçük parçalara ayrılması; kadastral parselin imar planında umumi hizmetlere ayrılan alanlar dışında okul, hastane, kreş, belediye hizmet alanı ve diğer resmi yapı ve tesis alanları gibi kamu kullanımına ayrılan alanlara rastlayan kısımları ayrı ayrı vasıflarına göre tapuya tescil ettirilerek, geriye kalan kısımları ise imar planı ve imar mevzuatı esaslarına göre uygun imar parsellerinin oluşturulması şeklinde tanımlanabilir.¹⁹⁶ “**Tevhit**” (birleştirme) ise, yeni bir yapının ya da tasarımın gerçekleştirilebilmesi için ayrı ayrı ellerde bulunan taşınmaz malların, tek bir mülkiyette toplanarak üzerinde yapı yapılmasına elverişli bir parsel şekline sokulması¹⁹⁷ olarak ifade edilebilir. İK m. 15/1 ve 2 ve Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik'in (AADY) 7/1 hükümlerine göre, imar planı bulunan alanlarda, uygulama imar planına uygun olarak öncelikle parselasyon planının yapılması esastır. İmar planı bulunan alanlarda İK m. 15 ve 16 hükümlerine göre ifraz ve tevhit işlemleri, İK m. 15/4'teki istisnalar dışında ancak parselasyon planı tescil edilmiş alanlarda parsel maliklerinin tümünün muvafakati ile uygulama imar planlarına uygun olarak yapılabilir.

Ülkemizde imar planlarının uygulanması amacıyla başvuru yöntemlerinden birisi de **kamulaştırma**dır. Kamulaştırma ile ilgili hükümlere 3194 sayılı Kanunun 10, 12 ve 13'üncü maddelerinde yer verilmiştir. Kamulaştırma yönteminin uygulanabilmesi için, diğer uygulama yöntemlerinden herhangi birisinin uygulanma imkânının kalmamış olması gerekir.¹⁹⁸

¹⁹⁴TÜRK Şevkiye - ÜNAL, Yücel; “Arazi ve Arsa Düzenlemesi Metoduna İlişkin Olumsuz Önyargı”, İTÜ Dergisi/a, mimarlık, planlama, tasarım, Cilt: 2, Sayı 1, Mart 2003, s. 112.

¹⁹⁵BOZ, Yüksel - ÇAY, Tayfun; “İmar Uygulaması Kapsamında Gerçekleştirilen Bedelsiz Terklerin Danıştay Kararları Çerçevesinde İncelenmesi”, Türkiye Arazi Yönetimi Dergisi, 2020; 2(1), s. 11.

¹⁹⁶TÜRK - ÜNAL, s. 113.

¹⁹⁷KELEŞ, Ruşen; Kentbilim Terimleri Sözlüğü, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İmge Kitabevi, 1998 Ankara, s. 142; ÇELİK, s. 243.

¹⁹⁸YILDIZ, İmar Bilgisi, s. 114.

İK m. 18'e göre imar planlarında umumi ya da kamu hizmet alanlarına denk gelen taşınmazlar ile uygulamada umumi hizmet veya kamu hizmet alanları toplamının yüzde kırk beşi (%45) aşması halinde, %45 düzenleme ortaklık payı (DOP) kesildikten sonra aşan miktara karşılık gelen alanlar, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu kapsamında, ilgisine göre Hazine veya ilgili idarelerin mülkiyetindeki taşınmazlar ile trampa yapılmak ya da satın alınmak suretiyle ilgili kamu kurum ve kuruluşunca kamulaştırılarak kamu mülkiyetine geçirilir (AADY m. 5/2-b). İK m. 12 hükmüne göre, herhangi bir arsanın cephe hattının gerisinde kalan kısmı plan ve yönetmeliğe uygun şekilde yapı yapılmasına uygun değilse ve beş yıllık imar programına alınan yerler içerisinde kalıyorsa, İK m. 10'da öngörülen 5 yıllık süre içerisinde, İK m. 18 hükümlerine göre parselasyon yapılmak ve DOP alınmak suretiyle yeni bir statüye kavuşturulur. Parselasyon yapılamayacak veya yapılamıyorsa, başka bir imkân da yoksa taşınmaz malikinin yazılı başvurusu üzerine, arsanın tamamı ilgili idare tarafından kamulaştırılır.¹⁹⁹

İmar planlarının uygulanması amacıyla yapılan işlemler sadece bunlarla ilgili değildir. Bunların yanında; yapı ruhsatı düzenlenmesi (İK m. 20, 21, 22, 23), yapı kullanma izni belgesi verilmesi (İK m. 30), yapı kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapıların izin alınıncaya kadar elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalandırılmaması (İK m. 31), ruhsatsız ve yapı ruhsatı ve eklerine aykırı olarak yapılan yapıların tespiti, mühürlenerek inşaatının durdurulması ve verilen süre içinde ruhsata bağlanarak imar mevzuatına uygun hale getirilmeyenlerin veya ruhsata bağlanması mümkün olmayan yapıların yıkılması (İK m. 32), Genel güvenlik ve asayiş bakımından tehlike arz ettiği valilikçe tespit edilen metruk yapılar ile bir kısmı veya tamamının yıkılacak derecede tehlikeli olduğu belediye veya valilik tarafından tespit edilen yapıların yıkılması (İK m. 39), ruhsat alınmaksızın veya ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere ve imar mevzuatına aykırı olarak yapılan ya da 27 nci madde kapsamında ruhsat alınmadan yapılabilen yapılardan aynı maddede belirtilen koşullar sağlanmadan yapılanların sahibine, yapı müteahhidine ve aykırılığı altı iş günü içinde idareye bildirmeyen ilgili fenni mesullere, yapının mülkiyet durumuna, bulunduğu alanın özelliğine, durumuna, niteliğine ve sınıfına, yerleşmeye ve çevreye etkisine, can ve mal emniyetini tehdit edip etmediğine ve aykırılığın büyüklüğüne göre idari müeyyidelerin uygulanması (İK m. 42) gibi işlemler de imar uygulamalarına örnek verilebilir.

b) İmar Kamu Hizmetlerinin Kamu Düzenini İlgilendirmesi Nedeniyle Emanet Usulüyle Görülmesi Zorunluluğu

İmar kamu hizmetlerinin amacı, arazi kullanımı ve yapılaşmanın kontrol edilmesi, doğal kaynakların korunması, yapılaşmaların fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünün sağlanmasıdır. İmar ve inşaa faaliyetlerinin denetiminde idare çeşitli araçlar kullanmaktadır. Bu araçların başında imar planı yapılması, bölgeleme, parselleme, ifraz ve tevhit, yapı ruhsatı, yapı kullanma izni, yapı denetimi ve imar mevzuatına aykırı ve tehlikeli yapıların yıkılması, ruhsatsız ve ruhsat ve eki projelere aykırı yapıların sahiplerine ve müteahhitlerine idari müeyyide uygulanması gelmektedir.

İK m. 7/b'de, nüfusu 10.000'i aşan yerleşmelerin imar planlarını yaptırmalarının zorunlu olduğu, nüfusu 10.000'i aşmayan yerleşmelerde, imar planı yapılmasının gerekli olup olmadığına belediye meclisinin karar vereceği öngörülmüştür. 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun²⁰⁰ 14/1-a maddesi ile imar yapımı belediyelerin zorunlu görevleri arasında sayılmış, aynı Kanunun 18/1-u maddesi ile de imar planlarını karara bağlama yetkisi belediye meclislerine görev olarak verilmiştir. İK m. 8'de her ne kadar, belediye ve mücavir alanlar içerisinde nazım ve uygulama imar planlarının belediyeler tarafından yapılacağı belirtilmiş ise de, 04.03.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6/1-b maddesinde, belediye sınırları dışındaki imar hizmetlerini yürütmekle il özel idareleri yetkili kılınmış, aynı kanunun 10/1-c maddesinde ise, belediye sınırları il sınırı olan

¹⁹⁹ÖZKAYA, İmar Kanunu Şerhi ve Mevzuatı, s. 158.

²⁰⁰RG: 13.07.2005, Sayı: 25874.

Büyükşehir Belediyeleri hariç il çevre düzeni plânı ile belediye sınırları dışındaki alanların imar plânlarını görüşmek ve karara bağlamak il genel meclisinin görevleri arasında sayıldığından, 5302 sayılı Kanunun “uygulanmayacak hükümler” başlığını taşıyan 70. maddesinde de bu Kanunla il özel idaresinin görevli ve yetkili kılındığı hizmetlerle ilgili olarak, 3194 sayılı İmar Kanunu ile 5302 sayılı Kanunun çakışması durumunda 3194 sayılı Kanunun değil, 5302 sayılı Kanunun uygulanacağı öngörüldüğünden, belediye sınırları dışında imar planlarını karara bağlama yetkisi il özel idarelerine aittir. Aynı şekilde, 5393 sayılı Kanunun 14’üncü maddesinde belediyenin imarla ilgili hizmetlerini yapmak veya yaptırmakla yetkili ve sorumlu olduğu vurgulandıktan sonra belediyenin görev, sorumluluk ve yetki alanının belediye sınırlarını kapsadığı belirtilmekte, aynı Kanunun 84’üncü maddesinde de bu Kanunla belediyenin sorumlu ve yetkili kılındığı görev ve hizmetlerle sınırlı olarak 3194 sayılı İmar Kanunu’nda 5393 sayılı Kanuna aykırı hükümler bulunması halinde 5393 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı açıklanmaktadır. Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden; 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 04.03.2005 tarihinden itibaren, belediye sınırları dışında bulunan mücavir alanlarda imar planları konusunda il özel idarelerin görevli ve yetkili olduğu sonucu çıkmaktadır.

Yukarıdaki hükümlere göre imar planlarını yapmak, değiştirmek ve imar planlarında revizyon yapmak yetkileri kural olarak belediye ve il özel idarelerinin yetkisindedir. İstisnai ve özel yetki uygulaması niteliğinde, İK m. 8/g,²⁰¹ 9 ve 1 nolu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin (CBK) 97/1-ç ve h²⁰² hükümleri ile kentsel planlama alanında Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’na imar planları ile önemli yetkiler verilmiştir. Bunlara ek olarak çeşitli kanunlarla kültür ve turizm alan ve merkezlerinde Kültür ve Turizm Bakanlığı’na, milli parklarda Tarım ve Orman Bakanlığı’na, organize sanayi, teknoloji geliştirme ve endüstri bölgelerinde Sanayi ve Teknoloji Bakanlığına önemli planlama yetkileri verilmiştir.

İmar planlama yetkileri, Anayasanın 128’inci maddesi gereği, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler niteliğindedir. Bu nedenle, imar planlama hizmetlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi gerekir. Dolayısıyla sözkonusu hizmetlerin karara bağlanması yetkilerinin ruhsat usulüyle veya sözleşme usulüyle özel kişilere bırakılması mümkün değildir.

²⁰¹İK m. 8/g hükmü ile ilgili idareler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzelkişiler tarafından yapılan mekânsal planlamaya, harita ve parsellasyona, etüt ve projelendirmeye, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni düzenlemeye, enerji kimlik belgesi hazırlanmasına ilişkin iş ve işlemler ile yapı malzemelerini denetlemeye, aykırılıklar hakkında işlem tesis etmeye, aykırılıkları gidererek mevzuata uygun hale getirmeye yönelik değişiklik yapmaya ve onaylamaya, yapı tatil tutanağı düzenlemeye, mühürlemeye, yıkım kararı almaya ve yıkımı gerçekleştirmeye, ilgililer hakkında idari yaptırım kararı vermeye Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Ancak, Kanun bu görevlerden bazılarının Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’nın merkez ve taşra teşkilatında, denetçi belgesini haiz personeli tarafından gerçekleştirilmesini öngörmüştür. Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’nın merkez ve taşra teşkilatında, denetçi belgesini haiz personeli tarafından gerçekleştirilecek görevler; yapı tatil tutanağı tanzim etme, mühürleme ve yıkım kararına ilişkin rapor düzenleme işi ile denetlemeye ilişkin görevlerdir

²⁰²1 sayılı CBK m. 97/1-ç’ye göre, Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, her tür ve ölçekteki fiziki planlara ve bunların uygulanmasına yönelik temel ilke, strateji ve standartları belirlemek ve bunların uygulanmasını sağlamak, Cumhurbaşkanlığı’na yetkilendirilen alanlar ile merkezi idarenin yetkisi içindeki kamu yatırımları, mülkiyeti kamuya ait arsa ve araziler üzerinde yapılacak her türlü yapı, milli güvenliğe dair tesisler, askeri yasak bölgeler, genel sığınak alanları, özel güvenlik bölgeleri, enerji ve telekomünikasyon tesislerine ilişkin etütleri, harita, her tür ve ölçekte çevre düzeni, nazım ve uygulama imar planlarını, parsellasyon planlarını ve değişikliklerini resen yapmak, yaptırmak, onaylamak yetkilerine sahiptir. Aynı şekilde, m. 97/1-h’ye göre, “Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan veya mülkiyeti Hazineye, kamu kurum veya kuruluşlarına veya gerçek kişilere veyahut özel hukuk tüzel kişilerine ait olan taşınmazlar üzerinde kamu veya özel sektör tarafından gerçekleştirilecek olan yatırımlara ilişkin olarak ilgililerince hazırlandığı veya hazırlatıldığı halde yetkili idarece üç ay içinde onaylanmayan etüt, harita, her tür ve ölçekteki çevre düzeni, nazım ve uygulama imar planlarını, parsellasyon planlarını ve değişikliklerini ilgililerinin valilikten talep etmesi ve valiliğin adı geçen Bakanlığa teklifte bulunması üzerine bedeli mukabilinde yapmak, yaptırmak ve onaylamak yetkilerine sahiptir

İmar Hukuku'na ilişkin kuralların amacı imar kamu düzenini sağlamaktır.²⁰³ İdare, kamu düzeninin bir bölümünü oluşturan imar düzeninin koruması amacıyla çeşitli kolluk faaliyetleri yapabilmekte, sağlıklı ve düzenli kentleşmenin gerçekleştirilebilmesi amacıyla çeşitli imar faaliyetlerinde bulunabilmekte ve bunları gerçekleştirirken idare hukukunun en önemli araçları idari işlem ve eylemleri kullanmaktadır.

Anayasanın 128/1'inci maddesine göre, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesine göre imar koluğu, 3194 sayılı İmar Kanunu ile mahalli idarelerin görev ve yetki alanında kabul edilmektedir. İmar koluğu faaliyetleri içinde yer alan ve yapı ruhsatı verme, vermeme ya da yapıyı durdurma, yıkma işlemleri mahalli idarelerin yetkisindedir.²⁰⁴ Diğer taraftan, yukarıda örneklerini verdiğimiz imar kamu hizmetleri, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler niteliğindedir.

Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca, devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ile diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi gerekmektedir. İdare, imar planlarının uygulanması niteliğinde olan parselasyon ifraz ve tevhit, yapı ruhsatı, yapı kullanma izni, yapı denetimi ve imar mevzuatına aykırı yapıların izalesi gibi taşınmazların aynıyla ilgili olan imar yetkilerini özel kişilere devredemeyeceğinden devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bu kamu hizmetini, ancak memurlar ve diğer kamu hizmetlileri eliyle görebilir. Bu nedenle imar planlarının uygulanması niteliğindeki kamu hizmetlerinin bizzat idare tarafından (emanet usulüyle) görülmesi gerekir. Dolayısıyla imar uygulama hizmetlerinin idare tarafından özel kişilere ruhsat (izin) usulüyle veya sözleşme usulüyle gördürülmesi mümkün değildir.

2. İmar Kamu Hizmetlerinin Görülmesine Özel Kişilerin Katılabilmesi

İmar kamu hizmetlerinin merkezi veya mahalli idarelerce yürütülmesi gerekir. Ancak özel kişilerin imar hizmetlerinin hazırlık işlemlerine katılabilmesine ilişkin olarak imar mevzuatında herhangi bir yasaklayan hüküm bulunmamaktadır.

İmar planlarının karara bağlanması veya onaylanması yetki ve görevleri, genel idare esaslarına yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevler niteliğindedir. Bu nedenle sözkonusu görevlerin idare (kural olarak belediye ve il özel idarelerince) tarafından yerine getirilmesi gerekir. Ancak burada kastedilen husus planların ilgili yerel meclislerce karara bağlanması veya onaylanmasıdır. Özel kişilerin imar planı değişikliği teklifinde bulunabilmelerine imar mevzuatında hukuki bir engel bulunmamaktadır. Gerçekten, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun orijinal halinde, özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerinin imar planı teklifinde bulunabilmelerine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 14.02.2020 tarih ve 7221 sayılı Kanunla²⁰⁵ eklenen İK Ek m.8/4'te, taşınmaz maliklerinin tamamının talebi üzerine ada bazında yapılacak imar planı değişikliğinden bahsedilmektedir. MPYY m. 31/4'te, imar planı tekliflerinin, planın kapsadığı alanın maliki veya maliklerinin yasal vekilleri tarafından sunulabileceği hükme bağlanmaktadır. Böyle bir hüküm bulunmasa bile, özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerinin de imar planı teklifinde bulunmalarını engelleyen bir hukuk kuralı bulunmadığı sürece, plan yapmakla yükümlü idareleri harekete geçirmek amacıyla, özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerinin de sağlıklı ve düzenli bir kentte yamalarının sağlanması bakımından imar planı teklifinde bulunmaları mümkündür.

Özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerin imar planı değişikliği teklifinde bulunulabileceğine ilişkin Danıştay kararları da bulunmaktadır.

²⁰³ŞAŞMAZ, Canbulut; İmar Mevzuatına Aykırı Yapı Kavramı ve Denetimi, İstanbul Kültür Üniversitesi, SBE, Kamu Hukuku Programı, İstanbul 2010, s. 96.

²⁰⁴AMK, 26/6/2002, E: 2001/377, K: 2002/59, RG: 9/11/2002-24931.

²⁰⁵RG: 20/02/2020 – 31045.

Örneğin, Danıştay'a göre²⁰⁶ 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 8/b hükmünden, imar planlarının bizzat ilgili belediyesince yapılabileceği gibi başka kurum, kuruluş ve kişilere de mevzuattaki esaslara uygun biçimde yaptırılabilir; ancak, planı onaylama yetkisinin kesinlikle ilgili belediye meclisine ait olduğu sonucu çıkmaktadır.

Hangi imar planında değişiklik talep edilecekse başvurunun bu planı değiştirmeye yetkili mercie yapılması gerekir. Bu nedenle, planı değiştirmeye yetkisi olmayan kurum veya kuruluşlara yapılan başvuru geçersizdir.²⁰⁷ Örneğin, Danıştay'a göre belediyeye yapılması gereken 1/1000 ölçekli uygulama imar planı için kaymakamlıklara yapılacak başvuru ile plan değişikliği süreci başlamaz. Aynı şekilde, belediyelerce yapılan imar planlarına karşı, kaymakamlıklara veya valiliklere²⁰⁸ yapılacak itirazlar da bir sonuç doğurmaz.²⁰⁹ Buna karşılık Danıştay'ın farklı kararları da bulunmaktadır. Örneğin Danıştay'a göre, mevcut planın değiştirilmesi için belediye yerine yetkili olmayan Valiliğe yapılan başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddi yolundaki işlemde mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.²¹⁰

Diğer taraftan, imar planlarının uygulanması amacıyla yapılan parselasyon (arazi ve arsa düzenlemesi), ifraz ve tevhit, yapı ruhsatı, yapı kullanma izni, yapı denetimi, kaçak ve tehlikeli yapıların yıkılması hizmetleri de genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli hizmetler niteliğinde olduğundan, bizzat yetkili idarelerce yapılması gerekir. Ancak imar uygulamalarının birçoğunun idarece karara bağlanabilmesi için, özel kişilerce teklifte bulunabilmesi, bazı hazırlık işlemlerinin yapılabilmesi mümkündür. Örneğin ifraz ve tevhit, arazi ve arsa sahibinin arazi veya arsasını kendi isteğiyle parçalara ayırması veya birleştirmesidir. Bu nedenle ifraz ve tevhit işlemleri, ilgililerin başvurusu üzerine belediyelerce yapılan parselasyon işlemleridir. Gerçekten, AADY m. 7/1 gereğince İmar planı bulunan alanlarda İmar Kanunu'nun 15 inci ve 16'ncı maddelerine göre ifraz ve tevhit işlemleri, istisnalar dışında ancak parselasyon planı tescil edilmiş alanlarda parsel maliklerinin tümünün muvafakati ile uygulama imar planlarına uygun olarak yapılabilir. Benzer şekilde, parselasyon işlemleri kural olarak ilgili idarelerce imar planlarının uygulanması amacıyla resen yapılması gerekmekte ise de, AADY m. 27/1 gereğince, imar planına uygun olması ve parselasyon planını onaylamaya yetkili idarenin uygun görmesi şartıyla düzenleme sahaları, mal sahiplerinin arsa payı oranı itibarıyla çoğunluğun talebi üzerine de tespit edilebilir. Bu takdirde, parselasyon masrafları, talepte bulunan mal sahipleri tarafından karşılanır.

SONUÇ

İmar ve bayındırlık hizmetleri, hizmetin etkinliği ve verimli yürütülmesi, faydalarının bölünebilmesi, yerel halkı en yakından ilgilendiren hizmet niteliğinde olması nedeniyle, yerel bir hizmettir. Yürürlükte olsun veya ilga edilmiş olsun, bugüne kadar, tüm imarla ilgili kanunlarda genellikle imar hizmetleri "yerel hizmet" ve bu nedenle de bu görevlerin "yerel yönetim görevi" olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, imar ve planlama konularında, zaman zaman karşılaşılan sorunlar, darboğazlar, güçlükler ve teknik eleman yetersizliği, merkezi idarenin bu alanda yerel idarelere yardımcı olmasını zorunlu kılmıştır. Ancak, merkezi idare kimi zaman söz konusu hizmetlerin yerine getirilmesinde yerel yönetimlerin yanında olmaktan da öteye geçerek kendini onların yerine koymuştur. Bu yaklaşım, hizmetin yerel niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Zira, yerel yönetimlerin karşılaştıkları mali, idari ve teknik sorunlar nedeniyle merkezi idarenin yerel idarelere yardımcı olması, hizmetin yerel niteliğini değiştirmemektedir. Bu nedenle, tüm dünyada ve özellikle Avrupa Birliği ülkelerinde görüldüğü gibi, imar ve bayındırlık hizmetleri yerel nitelikli bir hizmettir ve yerel idarelerce yerine getirilmesi gerekir.

²⁰⁶Danıştay 6. D., 5.2.2003, E. 2002/6559, K. 2003/1328. Diğer kararlar için bkz: D.6. D., 27.05.1993 gün ve E. 1992/2266, K. 1993/2208; D.6.D., 27.12.2004, E. 2003/2646, K. 2004/7050; D.6. D., 27.05.1993, E. 1992/2266, K. 1993/2208; D.6.D., 09.06.1987, E. 1987/391, K. 1987/615; D. 6. D., 19.02.1992, E. 1990/1473, K. 1992/635, www.danistay.gov.tr, (12/05/2024).

²⁰⁷D.6.D., 27.12.2004, E. 2003/2646, K. 2004/7050," <http://www.kazanci.com>, (12/7/2024).

²⁰⁸D.6.D., 5.6.2003, E. 2002/3200, K. 2003/3476, Danıştay Kararları Dergisi Sayı 3.

²⁰⁹ERGEN, İmar Planları, s. 393.

²¹⁰D. 6.D., 5.6.2003, E. 2002/32100, K. 2003/3476, DBB <http://www.danistay.gov.tr/>, (25.09.2007).

İmar kamu hizmetlerinin amacı, arazi kullanımı ve yapılaşmanın kontrol edilmesi, doğal kaynakların korunması, yapılaşmaların fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünün sağlanmasıdır. İmar ve inşaa faaliyetlerinin denetiminde idare çeşitli araçlar kullanmaktadır. Bu araçların başında imar planı yapılması, bölgeleme, parselleme, ifraz ve tevhit, yapı ruhsatı, yapı kullanma izni, yapı denetimi ve imar mevzuatına aykırı ve tehlikeli yapıların yıkılması, ruhsatsız ve ruhsat ve eki projelere aykırı yapıların sahiplerine ve müteahhitlerine idari müeyyide uygulanması gelmektedir.

İmar planlama yetkileri, Anayasanın 128'inci maddesi gereği, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler niteliğindedir. Bu nedenle, imar planlama hizmetlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi gerekir. Dolayısıyla sözkonusu hizmetlerin karara bağlanması yetkilerinin ruhsat usulüyle veya sözleşme usulüyle özel kişilere bırakılması mümkün değildir.

İmar kamu hizmetlerinin merkezi veya mahalli idarelerce yürütülmesi gerekir. Ancak özel kişilerin imar hizmetlerinin hazırlık işlemlerine katılabilmesine ilişkin olarak imar mevzuatında herhangi bir yasaklayan hüküm bulunmamaktadır.

İmar planlarının karara bağlanması veya onaylanması yetki ve görevleri, genel idare esaslarına yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevler niteliğindedir. Bu nedenle sözkonusu görevlerin idare (kural olarak belediye ve il özel idarelerince) tarafından yerine getirilmesi gerekir. Ancak burada kastedilen husus planların ilgili yerel meclislerce karara bağlanması veya onaylanmasıdır. Özel kişilerin imar planı değişikliği teklifinde bulunabilmelerine imar mevzuatında hukuki bir engel bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, imar planlarının uygulanması amacıyla yapılan parselasyon (arazi ve arsa düzenlemesi), ifraz ve tevhit, yapı ruhsatı, yapı kullanma izni, yapı denetimi, kaçak ve tehlikeli yapıların yıkılması hizmetleri de genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli hizmetler niteliğinde olduğundan, bizzat yetkili idarelerce yapılması gerekir. Ancak imar uygulamalarının ifraz ve tevhit, parselasyon gibi bazılarının idarece karara bağlanabilmesi için, özel kişilerce teklifte bulunabilmesi veya idareyi harekete geçirebilmek için bazı hazırlık işlemlerinin yapılabilmesi mümkündür.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

ACAROĞLU, İrim - ATAÜZ, Akın; «Belediyeler, Yerel Yönetim Anlayışı Ve 12 Eylül 1980'den Sonra Getirilen Değişiklikler Üzerine», Ergun Türkcan (Ed.), Yeni Bir Belediyeciliğe Doğru, Belediyecilik Araştırma Projesi, Türk İdareciler Derneği Araştırma Dizisi 2, Ankara 1982.

ACARTÜRK, Ertuğrul-KESKİN, Sabiha; Türkiye'de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı Modeli, SDÜ İIBF Dergisi, Y.2012, C.17, S.3.

AKALIN, Güneri; «Türkiye»de Mahalli İdareler Hizmetleri Ve Finansmanı Reformu», ÇYY, C: 3, S: 2, Mart 1994

AKDENİZ, Halil; İmar Planlarının Uygulanmasında Arazi ve Arsa Düzenlemesi, AÜ SBE Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Anabilim Dalı, Ankara 2000 (Yayınlanmamış Doktora Tezi).

AKIN, Ümit, “Elektrik Üretim, İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devre ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”, Danıştay Dergisi, Ş. 102, 2000.

AKTAN, Coşkun Can; Globalleşme, Bölgeselleşme ve Yerelleşme, http://www.canaktan.org/canaktan_personal/canaktan-arastirmalari/degisim/aktan-globallesme-bolgeselleme.pdf, (27.09.2008)

AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil; Türk İdare Hukuku, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s. 458;

AKYILMAZ, Bahtiyar; İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya 2003. ATAY, Ender Ethem; İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

AYDIN, A. Hamdi; “Yerel Siyaset-Hizmet-Yönetim ve İdeoloji-İdeolojiler İlişkisi”, Yerel Siyaset, Şubat 2008, <http://www.yerelsiyaset.com/pdf/subat2008/3.pdf>, (03.10.2008).

AYTAÇ, Fethi, Merkezî İdareden Mahalli İdarelere Devredilecek Hizmetler, Mahallî İdareler Eğitim Araştırma Ve Geliştirme Merkezi, Ankara 1994.

AYTAÇ, Fethi; Merkezî İdareden Mahalli İdarelere Devredilecek Hizmetler, Mahallî İdareler Eğitim Araştırma Ve Geliştirme Merkezi, Ankara 1994.

BAŞPINAR, Veysel; Türk Toprak Hukukunda İhya, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 1999, s. 1

Belediyeler Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, Haziran 1935'den naklen: TEKELİ, “Türkiye'de Kent Planlamasının Tarihsel Kökleri”, s. 67.

Belediyelerin Büyüklüğü, Etkinliği ve Halkın Katılımı, Avrupa Konseyi Yerel Ve Bölgesel Yönetimler Yönlendirme Komitesi (CDRL) Raporu, Yerel İdareler Genel Müdürlüğü, Ankara 1995, s. 21.

BERK, Ahmet; “Yerel Hizmet Sunumu ve Belediye İktisadi Teşebbüsleri, Sayıştay Dergisi, Cilt 14, Sayı 49, 2003.

Birleşmiş Milletler, Yerinden Yönetim ve Kalkınma, (Birleşmiş Milletler Yerinden Yönetim Araştırma Grubu Raporu) (Çev: Selçuk Yalçındağ-Necil Ulusay) TODAİE Yayını Ankara 1967.

BOZ, Yüksel – ÇAY, Tayfun; “İmar Uygulaması Kapsamında Gerçekleştirilen Bedelsiz Terklerin Danıştay Kararları Çerçevesinde İncelenmesi”, Türkiye Arazi Yönetimi Dergisi, 2020; 2(1).

Büyük Larousse Ansiklopedisi, Cilt 11, 1986.

Büyük Türk Sözlüğü, İstanbul Tarihsiz.

ÇAL, Sedat; Türk İdare Hukukunda Ruhsat, Seçkin, Ankara 2010.

ÇOMAKLI, Şafak Ertan, “Belediyelerde Hizmetlerin Gider Bölüşümü”, Yerel Yönetim Ve Denetim, C. 5, S. 4, Nisan 2000.

DAYAR, Hatice; “Türkiye'de Yönetimlerarası Mali İlişkilerin Düzenlenmesi, Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, s. 5. Bkz: <http://sbe.dumlupinar.edu.tr/7/297.pdf>, (03/10/2008).

- DEVELİOĞLU, Ferit; Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lugat, Ankara (tarihsiz)
- DUPUIS, Georges - Guéden, Marie-José, Droit Administratif, Quatrième edition, Armand Colin, Paris 1993, 192.
- DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- ELÇİN, Yeşeren; “Hangi Planlama? Küreselleşen Kentler, Yerelleşen Planlama”, Değişen-Dönüşen Kent ve Bölge (Prof. Dr. İlhan Tekeli Onuruna) Cilt 1, (8 Kasım Dünya Şehircilik Günü 28. Kollokyumu, 8-9-10 Kasım 2004) Ankara 2005.
- EMREALP, Sadun; Belediyelerde Mali Yönetim, T.C. Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı, Kent Basımevi, İstanbul 1993.
- EROĞLU, Hamza, İdare Hukuku, Dördüncü Bası, Ankara 1984.
- EROL, Mesut; “Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usullerinden Ruhsat (Lisans, İdari İzin, Yetkilendirme) Yöntemi ve Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Lisans Konusundaki Yetkilerinin Danıştay Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi (2010) 90.
- FİNER, Herman, The Major Governments of Modern Europe, Second Edition, Row, Peterson and Company, Evanston-Illinois, Elmsford-New York 1962
- GERAY, Cevat; Şehir Planlamasının Başlıca Tatbik Vasıtaları, Ankara 1960.
- GİRİTLİ, İsmet-BİLGİN, Pertev-AKGÜNER, Tayfun; İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Üçüncü Bası, Der Yayınları, İstanbul 2008.
- GÖZLER, Kemal – KAPLAN, Gürsel; İdare Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 20. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2018, s. 530;
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2002.
- GÜLAN, Aydın, “Kamu Hizmeti Kavramı”, İHİD, Y. 9, S. 1-3, 1988.
- GÜLER, Mahmut – KARANUH, Zeynep Damla; “Kentsel Yaşam Kalitesinin Belirleyicisi Olarak Belediye Hizmetleri ve Stratejik Planlar”, (Ed. Ayşegül MENGİ-Deniz İŞÇIOĞLU), Küreselleşme Sürecinde Yerel Hizmet Yerel Siyaset, Ankara 2018.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 1997.
- GÜNDAY, Metin; İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2002.
- HAMBLETON, Robin; «Consumerizm, Decentralisation And Local Democracy», Pa (London), Vol. 66, Nu: 2, Summer 1988, s. 125.
- HEREKMEN, Aykut; Genel Vergi Kurumu, Ankara 1976.
- International Ancylopedia of the Social Sciences, Vol: 2, 1968; 370
- JUNG, Yong-Duck, «The Territorial Dimension of the Developing Capitalist State: Measuring and Explaining Centralisation in Korea», International Review of Administrative Sciences (SAGE, London Newbury Park Beverly Hills Halifax and New Delhi), Vol 53, Nu: 4, December 1987
- KALABALIK, Halil; Avrupa Birliği Ülkeleriyle Karşılaştırmalı Yerel Yönetim Hukuku, Seçkin Yayıncılık A.Ş. Ankara 2005.
- KARAKÖSE, Mesut Emre; “Kamu Hizmetinin Özel Kişiler Eliyle Gördürülmesi”, Kamu-İş, C. 14, S: 2/2015.
- KARASU, Mithat Arman-ÇELİK, M. Lamih-ALTIPARKAM, Cüneyt; Yüz Soruda Kent Konseyi, Seçkin Yayınları, 2018 Ankara, s. 104.

- KARATEPE, Şükrü, «Yerel Yönetimlerde Hizmet Bölüşümü,» Akit, 6 Ocak 1996, Cumartesi.
- KARATEPE, Şükrü; «Yerel Yönetimlere Devredilecek Hizmetler,» Akit, 30 Aralık 1995, Cumartesi, s. 2.
- KELEŞ, Ruşen, Kent Ve Siyaset Üzerine Yazılar (1975-1992), Iula - Emme, İstanbul 1993.
- KELEŞ, Ruşen, «Hizmette Halka Yakınlık (Subsidiarity) İlkesi Ve Yerel Yönetimler,» ÇYY, C. 4, S.1, Ocak 1995.
- KELEŞ, Ruşen, Türkiye’de Kent Yönetimi, Türk Sosyal Bilimler Derneği, Ankara 1988.
- KELEŞ, Ruşen; İmar Planlamasında Merkeziyetçilik ve Yerellik, AÜSBFD, C. XXXVIII, No. 1-4, Ocak-Aralık 1983, s. 141-142.
- KELEŞ, Ruşen; Kentbilim Terimleri Sözlüğü, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İmge Kitabevi, 1998 Ankara.
- KÖSEÇİK, Muhammet; “Avrupa Birliğinin Bütünleşmesi Sürecinde Yerel Yönetimler”, Avrupa Birliği İle Bütünleşme Sürecinde Türkiye’de Yerel Yönetimler (Ed. Bekir Parlak – Hüseyin Özgür), 1. Baskı, Alfa, İstanbul 2002.
- LEEMANS, A.F. Changing Paterns Of Local Government, IULA, The Hague 1987.
- MACMAHON, Arthur W., Delegation and Autonomy, Asia Publishing House, 1960, s. 15.
- MADDICK, Henry, Democracy, Decentralisation and Development, Asia Publishing House, 1963., s. 23.
- NADAROĞLU, Halil, Mahallî İdareler, Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul 1994.
- Okyanus Ansiklopedisi sözlüğü, Cilt III, İstanbul 1992.
- ONAR, S. Sami; İdare Hukukunun Umumî Esasları, II. Cilt, Üçüncü Bası, İstanbul 1966.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları II
- ÖNCEL, Mahallî İdareler Maliyesi, s. 36; NADAROĞLU, Mahallî İdareler, s. 66.
- ÖZALP, Teoman, «Demokrasinin Tabana Yayılmasında Yerel Yönetimlerin Yapısı Nasıl Olmalıdır? Türkiye’den Ve Dünya’dan Perspektifler», Stratejik Araştırmalar Vakfı (Sav), Ankara 1994, s. 29.
- ÖZAY, İl Han; Gümüşğında Yönetim, Alfa, İstanbul 1996..
- ÖZCAN, Mehmet, “Subsidiarite İlkesinin Avrupa Birliği’nde Uygulanması Ve Yerel Yönetimler Bağlamında Türkiye’de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme”, Yerel Yönetimler Sempozyumu Bildirileri, TODAİE Yayını, Ankara 2002.
- ÖZCAN, Mehmet, “Subsidiarite İlkesinin Avrupa Birliği’nde Uygulanması Ve Yerel Yönetimler Bağlamında Türkiye’de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme”, Yerel Yönetimler Sempozyumu Bildirileri, TODAİE Yayını, Ankara 2002.
- ÖZDEN, Ebubekir; İmar Hukukunda İfraz ve Tevhid İşleri, Marmara Üniversitesi SBE Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 2004, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- AKDENİZ, İmar Planlarının Uygulanmasında Arazi ve Arsa Düzenlemesi, s. 80.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil, İdare Hukuku Ders Notları, Ankara 1977.
- RODOPLU, Gültekin; “Küreselleşme ve Yerelleşme”, Yerel Siyaset, Yıl 1, Sayı 5, Mayıs 2006.
- RONDİNELLI, Dennis A. - CHEEMA, G. Shabbir, «Implementing Decentralisation Policies», Decentralisation and Development, Dennis A. rondinelli and G. Shabbir Cheema (ed.) SAGE Publications, 1983.

SANCAKDAR, Oğuz-US, Eser-KASAPOĞLU, Turan Mine-ÖNÜT, Lale Burcu-SEYHAN, Serkan; Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2017.

ŞAŞMAZ, Canbulut; İmar Mevzuatına Aykırı Yapı Kavramı ve Denetimi, İstanbul Kültür Üniversitesi, SBİE, Kamu Hukuku Programı, İstanbul 2010.

ŞENER, Orhan; Kamu Ekonomisi, 2. Baskı, Okan Yayıncılık, İstanbul 1984, s. 46.

TAN, Turgut, İdarî Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler, AÜSBFD, C. 50, S. 3-4

TAN, Turgut; “Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdarî Yargı, (1-4 Mayıs 1990, Ankara), Danıştay Yayınları No: 53, Ankara 1991.

TAN, TURGUT; İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

TEKELİ, İlhan, «Yerel Yönetimlerde Demokrasi Ve Türkiye’de Belediyelerin Gelişimi», AİD, C: 16, S: 2, Haziran 1983, s. 13.

TORLAK, Ömer; Belediyelerde Hizmet Yönetimi ve Pazarlama, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 20 vd.

TORTOP, Nuri, «Yerel İdarelerde Halka Danışma Yöntemleri», İBD, Y: 38, S: 435, Ocak 1982.

TORTOP, Nuri, Mahalli İdareler, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yargı Yayınları, Ankara 1994

TUNCEL, Cüneyt; Mahalli İdarelerin Hizmet Sunumunda Etkinlik: Salihli Belediyesi Jeotermal Orneği, Yönetim ve Ekonomi, Yıl 2007, Cilt 14, Sayı 1, s. 91. Bkz: <http://www.bayar.edu.tr/~iibf/dergi/pdf/C14S12007/CT.pdf>, (09.05.2024).

TÜRK Şevkiye - ÜNAL, Yücel; “Arsa ve Arazi Düzenlemesi Metoduna İlişkin Olumsuz Önyargı”, İTÜ Dergisi/a, mimarlık, planlama, tasarım, Cilt: 2, Sayı 1, Mart 2003.

ULUSOY, Ali; Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, Birinci Bası, İstanbul 2009.

ÜNAL, Erol – DUYGULUER, Feridun – BOLAT, Z. Ersin; İmar Terimleri, 1. Baskı, TODAİE Yerel Yönetimler Araştırma ve Eğitim Merkezi Kentsel Hizmetler Dizisi/3, Ankara 1998.

ÜNLÜ, Halil, Yönetimlerarası İlişkiler, T.C. Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı, Kent Basımevi, İstanbul 1993.

ÜSKÜL, Zafer, «”Sübzidiarite” İlkesi Üzerine Düşünce Alıştırmaları», Yeni Türkiye, Y:1, S: 4, Mayıs Haziran 1995

WRIGHT, Vincent; “Government And Politics Of France”, Routledge, London 2001.

YALÇIN, Barbaros; Türkiyede Yerelleşme Tartışmaları ve Belediyeler, http://www.stratejikboyut.com/article_detail.php?id=109, (27.09.2008).

YALÇINDAĞ, Selçuk, İlçe Özel Yönetimi, TODAİE Yayını, Ankara 1977, s. 4.

YILMAZ, EJDER; Hukuk Sözlüğü; Ankara 1992, s. 405.

YILMAZ, Mustafa; İmar Yaptırımları ve Yargısal Korunma, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 19.

YILMAZ, Onur, Türkiye’de Yerelleşme Tartışmaları, <http://www.bianet.org/bianet/kategori/siyaset/24036/turkiyede-yerellesme-tartismalari>, (27.09.2008).

ZEREN, Halim Emre – ÖZMEN, Alper; Halkın Belediye Faaliyetlerine Katılma Duyarlılığı ve Hizmet Memnuniyeti: Karaman Belediyesi Orneği, KMÜ Sosyal ve Eknomik Araştırmalar Dergisi, 12 (19), 2010.

1- Tarihsel Perspektiften Genel Bakış

“Kamu Hizmetinin Evrimi ve Sorunları” incelenirken, elbette kamu hizmetini bizzat ifa ile görevli “kamu görevlileri” konusu da incelenmek durumundadır. Bu nedenle, sempozyumumuzdaki bu oturumun konusuna “Kamu Görevlileri” de dahil edilmiştir. Ancak, konunun merkezinde “Kamu Hizmeti” kavramı yer almaktadır. Çünkü kamu görevlilerinin ve hatta tüm idarenin yegane varlık nedeni de, amacı da kamu hizmetidir.

Kamu Hizmeti kavramının ortaya çıkışı ve evrimi, aslında “devlet” ve “hukuk” kavramlarının ortaya çıkışı ve evrimi ile doğrudan ilgilidir ve onların gelişimi ile paralel bir seyir izlemektedir. Çünkü, kamu hizmeti (Hidemat-ı Amme ya da Amme Hizmeti-Public Service) demek, en ilkel ve saf anlamıyla kamuya sunulan hizmet demek olunca, bunu sunacak olanın da devlet olacağı açıktır. O halde, tarihsel olarak bir kamu hizmetinden söz edilebilmesi için, öncelikle devlet kurumunun ortaya çıkması ve varlığı gereklidir. Her hukuksal müessesede olduğu gibi, konunun günümüzdeki anlamı ve sorunlarının incelenmesi bakımından, tarihsel sürecin ve ilgili kavramların kısaca gözden geçirilmesi önem taşır.

Kısaca belirtmek gerekirse; tarihsel süreçte “Kamu Hizmeti” kavramının ortaya çıkabilmesi için, öncelikle Devlet kavramının ortaya çıkmış olması gerekecektir. Hatta, kamu hizmetinin hükümdarların bir cömertliği sayılmaktan çıkıp, devletin meşruiyet kaynağı olarak görülebilmesi, insanların Devlet kurumundan bu hizmetleri bir hak olarak talep edebilmeleri, özetle çağdaş anlamda kamu hizmeti kavramının ortaya çıkışı, çoğu coğrafyada iki asra bile ulaşmayan kısa bir geçmişe sahiptir diyebiliriz.

İnsan toplulukları, klanlar(boylar) halinde (geniş aileler biçiminde) yaşayarak var olmaya çalışmışlar, sonrasında “erken devlet” dediğimiz birden çok klanın dayanışma halinde yaşadığı daha geniş topluluklar ortaya çıkmış ve bu sosyolojik dönüşüm devam eden binyıllar sonrasında daha kurumsal bir durumu ifade eden “Devlet” yapılanmasına evrilmiştir.

İnsanların klanlar halinde yaşadığı devlet öncesi dönemin; avcılık, toplayıcılık, çiftçilik ve çobanlık gibi evrelerden oluştuğu kabul edilir. Fakat bütün bu aşamalarda, bilhassa kıtlık dönemlerinde insanların varlıklarını sürdürebilmek ve ayrıca güvenliklerini sağlayabilmek için daha kurumsal bir yapıya ihtiyaç duydukları ve erken devlet yapısının bu şekilde ortaya çıktığı kabul edilir. Böylece, toplumların günlük yaşamlarını sürdürmesinin ötesinde, artık değerlerin oluşturulması ve idaresi ile dışsal saldırılara karşı güvenlik sağlanması amacıyla sürekli geliştirilen “erken devlet” yapısı, yönetici sınıfların diğer halk kitesinden ayrıldığı, yöneten-yönetilen yapılanmasının süreklilik arz edecek şekilde belirginleştiği yeni bir yapıya evrilmiş, zamanla artık ordusu ve merkezi yönetim örgütü ile kurumsal bir Devlet yapısına dönüşmüştür.

Elbette ki bu süreç dünyanın farklı coğrafyalarında (doğu, Ortadoğu ve batı toplumlarında olduğu gibi), bazı farklılaşan özellikleri de bulunan sosyolojik süreçlerle ve onlardan kaynaklanan değişimlerle birlikte ilerlemiştir. Ama sonuçta ortaya çıkan devlet yapısı, artık yeryüzündeki gelişmelerin daha çok devletlerarası ilişkilerle şekillendiği bir tarihsel dönemi başlatmıştır. Bugün geriye dönüp baktığımızda, tarihin akışına yön veren büyük olayların tarihsel çağları sona erdirip yenisini başlattığını kabul etmekteyiz. Bu büyük dönüşümler, sosyal, siyasal ve kültürel büyük yenilikleri de beraberinde getirmiştir.

Tarihsel çağlara yol açan ilk büyük olay ya da tarihsel çağların(tarihin) başlangıcı olarak, M.Ö. 3200 yılında Sümerliler tarafından gerçekleştirilen yazının icadı olarak gösterilmektedir:

Yazının icadından önceki çağlara Eskiçağ ya da “tarih öncesi çağlar” denilmektedir ve o da kendi içinde, gelişmişlik düzeyi bakımından sırasıyla: Kaba Taş Çağı, Yontma Taş Çağı, Cilalı Taş Çağı ve Maden Çağı olarak adlandırılmaktadır. Elbette tarihsel çağlar, belli bir günde belli bir olaya bağlı olarak aniden sona ermez ve aniden başlamaz. Ama, çağların değişimlerini önemli olayların tetiklediği; bu olayların, köklü değişim süreçlerinde birer nirengi noktası oluşturduğu (referans rol oynadığı) da gözlenmektedir.

Kaba Taş Çağı olarak adlandırılan dönemin M.Ö.12.000 (oniki bin) ila 2.500.000 (iki milyon beş yüz bin) yıllarına kadar uzandığı kabul edilmektedir. İnsanın yeryüzündeki asıl en uzun serüveninin bu dönemde yaşandığı, insanoğlunun yaşamında köklü değişimlerin olabilmesi için binlerce yıllar beklenilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. M.Ö. 12.000 yılından sonra, önce taşı işleyen insan, sonrasında bir çeşit değerli taşlar olan madenleri işlemiş ve yazıyı keşfettikten sonra da tecrübelerini ve birikimlerini gelecek nesillere aktarabilme imkanını bulunca, gelişmeler adeta önce aritmetik (iki boyutlu) ve daha sonraları da geometrik (üç boyutlu) bir hızla artmaya başlamıştır. Ancak, bu tarihsel süreçte aynı ülke yapısı içerisinde bile farklı devirlerin yaşandığı, ülkelerin başkentlerinin ve gelişmiş şehirlerinin uzağında kalan coğrafyalarında gelişmişlik hızının çok farklı ilerlediği, adeta farklı tarihsel devirlerin birlikte yaşandığı bir gerçektir. Ancak, günümüzde bu gelişmelerin çok daha hızlı olduğu, 1940’larda Anadolu’nun ücra bir köyünde doğan bir kişinin, 2020’lere gelindiğinde bir insan ömrü içerisinde kendi köyünde adeta bütün tarihsel çağlara tanıklık ettiği görülecektir.

Yazının keşfi sonrasında ortaya çıkan bazı olaylar, insanlık tarihinin akışında radikal dönüşümlere yol açmıştır. Bu olaylardan bazısının yol açtığı dönüşümlerin küresel bazda büyük etkiler doğurması, o olayların çağ değiştirici olay olarak nitelenmesine de yol açmıştır. Örneğin; yazının keşfi (M.Ö.3200) ile başladığı kabul edilen İlk Çağ’ın, Kavimler Göçü’nün etkisi ile kapanarak Orta Çağ’ın (M.S.375) başladığı; İstanbul’un Fethi (M.S.1453) ile Ortaçağ’ın sona ererek Yeni Çağ’ın, 1789 Fransız ihtilali ile de, halen yaşamakta olduğumuz Yakın Çağ’ın başladığı kabul edilmektedir. Aslında Yakın Çağ’ın son yüzyılının da atom çağı, bilgi çağı, uzay çağı ve nihayet dijital çağ gibi alt versiyonlara ayrılması mümkündür. Denebilir ki, çağların değişmesi artık bin yıllar ya da yüzyıllar almamakta, neredeyse her çeyrek yüzyılda yeni bir çağ başlamaktadır. Ama yaşadığımız bu baş döndürücü gelişmelerin hangilerinin bir çağ olarak tanımlanacağına karar vermek, gelecek nesillere ait bir çıkarım olacaktır.

Evet, belli büyük olaylar köklü dönüşümlere yol açtığı için, tarihsel çağların isimlendirilmesinde referans alınmaktadır; ancak tarihsel süreçte bu büyük olayları hazırlayan diğer bazı çok önemli olayları da göz ardı etmemek gerekir. Çünkü tarih, kesintisiz bir etkileşim süreci içerisinde devam eder. Örneğin, 1453 yılında gerçekleşen İstanbul’un fethi ile Orta Çağ’ın sona ermesi, aslında Antik Yunan feylesoflarının (Özellikle Aristo ve Eflatun’un) eserlerini inceleyip, onları güncel gelişmelerle yorumlayan Endülüs’te yetişmiş İslam Alimlerinden İbnürrüşd’ün (M.S. 1126-1198) etkisiyle ilerleyen süreçte Avrupa’da başlayan Rönesans ve Reform hareketleri, Engizisyon yargılamalarının zulmüne rağmen ilerlemeye devam etmiş ve tarihçilerin “Doğu Roma” olarak da adlandırdıkları İstanbul’un Türkler tarafından fethi ile Orta Çağ’ın sona ermesine ve takip eden asırlarda Aydınlanma döneminin başlamasına yol açacak bir sosyal, siyasal ve kültürel zeminin oluşmasını gerçekleştirmiştir.

Diğer bir ifadeyle, Ortaçağ karanlığının aydınlanması sürecine ilk kıvılcım ile varoluşsal bir katkı sağlayan İbnürrüşd, matbaanın da icadı ile birlikte reformist aydınlar aracılığıyla fikirlerinin hızla yayılması ve geliştirilmesi sayesinde, Yeniçağ’ın ve hatta Yakınçağ’ın vücut bulacağı sosyal ve siyasal ortamın hazırlanmasında, önemli bir kilometre taşı teşkil etmiştir. Nitekim Ortaçağ boyunca süren Engizisyon (Papalık Mahkemeleri) yargılamalarında Avrupalı aydınlara yöneltilen temel suçlama “İbnürrüşd’çülüktür. Yalnız, bizzat İbnürrüşd’ün kendisinin de yaşadığı dönemde artık duraklama çağına girmiş İslam coğrafyasının en batıdaki parçası olan Endülüs’te, felsefe karşıtı akımların güçlenmesi nedeniyle ömrünün son demlerinde pek de rahat yüzü göremediği bilinmektedir.

Aslında, yukarıda da söz edildiği üzere, Avrupa’da gerçekleşen Aydınlanma döneminin hızlandırıcısı olarak da, 1440’ta matbaanın bulunuşunu görmek mümkündür. Bu sayede bilginin

daha hızlı yayılması sağlanmış, bilimin hızlı gelişmesi ve özellikle de astronomi biliminin gelişmesine bağlı olarak, kıyılarına bağımlı kalınmayıp açık denizlerde yıldızlara bakarak yön bulma tekniğinin(navigasyon) öğrenilmesi sayesinde gerçekleşen coğrafi keşiflerin de etkisi ile oluşan düşünsel ve siyasal ortamın yol açtığı 1789 siyasal devrimi ile, sadece üç asırlık bir zaman dilimi sonrasında dünyada “Yakın Çağ” olarak adlandırılan yepyeni bir dönem başlamıştır. Bu nedenle, tarihsel kronolojide insanlığın Ortaçağ karanlığından kurtuluşu (1453, İstanbul’un Türkler tarafından fethi) ile başladığı kabul edilen Yeniçağ’a, bin yılı aşkın süre devam ettiği kabul edilen Ortaçağ’ın tersine, sadece 326 yıl ayrılmaktadır. Aynı şekilde, yazının bulunuşundan itibaren başladığı kabul edilen İlk Çağ’a (M.Ö. 3200-M.S. 375=3.575 yıl) ise tarihsel kronolojide ayrılan zaman dilimi de, Ortaçağa ayrılan sürenin (1.083 yıl) üç katını aşmaktadır. Diğer bir ifadeyle, insanlık İlkçağ - Ortaçağ ve Yeni Çağ süreçlerinde, gittikçe hızlı gelişmelere yelken açmakta, bu hız sebebiyle tarihsel çağların süresi, bir önceki çağın 1/3’ünden bile az bir süreye karşılık gelecek şekilde kısalmaktadır. Bu gelişim hızında, 1789’da başlayan “yakın çağ” döneminin, yeniçağ sürecini oluşturan 326 yılın üçte biri kadar bir süre sonra, yani 1900’lerden itibaren başka bir çağa evrilmiş olması gerekecektir. Ama bu ve sonraki isimlendirmeler henüz yapılmamıştır. Daha doğrusu, artık bilimsel gelişmeler o kadar büyük ve ani gelişmelere yol açmaktadır ki, yaşanan köklü değişimlerin, süreçlerin kısalığı sebebiyle artık yeni tarihsel çağ isimlendirmeleri ile anılmaları belki pek de anlamlı olamayacaktır.

Matbaanın Osmanlı Devleti’ne resmen (azınlıkların daha öncesinde de kullandıkları bazı matbaalardan söz edilir) ilk defa gelişi, maalesef üç asra yakın (16 Aralık 1727) süre sonra gerçekleşebilmiştir. Fakat bu tarihten sonra da matbaa yeterince gelişmemiş, 1800’lere kadar çok sınırlı sayıda kitap basımı yapılabilmıştır. Bu durum, 1453 yılında İstanbul’un fethi ile Ortaçağ’ı kapayıp Yeni Çağ’ın açılışına yol açan, altı dil bilen, fen bilimlerine oldukça düşkün, aynı zamanda “Avni” mahlasıyla muhteşem şiirler yazan (Örneğin “Niyyetim” şiiri) Fatih Sultan Mehmet’in ülkesine pek yakışmasa da, maalesef bir gerçekliktir. Gerçekten de Fatih Sultan Mehmet (1432-1481), Timur’un torunu ve Timur İmparatorluğu hükümdarı astronom Uluğ Bey’in adamlarından bilim insanı (matematikçi ve astronom) Ali Kuşçu’yu (1403-1474) İstanbul’a davet etmiş, geldiğinde medresede müderris olarak görevlendirmiş; bilimin ilerlemesi için çok çaba sarfetmiştir. Bu birikimler, yaklaşık bir asır sonra uygun bir siyasal ortam oluştuğunda Takiyüddin Efendi tarafından İstanbul - Tophane sırtlarında Rasathane kurulması (1587) ile astronomi alanında somut meyvesini vermişse de akla ziyan söylentilerle harekete geçen yeniçerilerin top atışları sonucu, kuruluşundan sadece birkaç yıl sonra, 1580 yılında rasathane yıkılmıştır. Rasathanede yer alan kitaplar ve özellikle de yıldız hareketleri hesaplarını gösteren cetvellerden (Zic) kurtarılabilenlerin daha sonra Greenwich’e (İngiltere) götürüldüğü rivayet edilir.

Takiyüddin Efendi Rasathanesi olayı; Avrupalı düşünürler Papalığın Engizisyon Mahkemelerinin katı zulmüne rağmen 15. Yüzyıldan itibaren Rönesans ve sonrasında (18. yüzyıl) aydınlanma çağını başlatırken, aynı dönemde Osmanlı’da Fatih Sultan Mehmet ile başlayan pozitif bilimlere dayalı sınırlı bir gelişmenin, sadece bir yüzyıl sonra üstelik de “top atışları ile rasathane yıkma” gibi radikal bir şekilde nihayete ermesinin hazin hikayesinin anlatımı gibidir. Matbaanın geç gelişi ve aktif olarak ancak 19. Yüzyılda (tanzimat süreci ve sonrasında) kullanılışı da dikkate alındığında, bu topraklarda aslında Yeni Çağ’ın ıskalanması nedeniyle sosyal, bilimsel ve teknolojik gelişmeleri bazan asırları aşan sürelerle hep oldukça gerilerden takip edebilmek mümkün olabilmıştır. Elbette iletişim teknolojisinin hızlanmasına ve küreselleşmenin aşama kaydetmesine paralel olarak bu geriden takip süreci de 19. ve özellikle de 20. Yüzyılda çok kısalmaktadır. Nitekim, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin kurulmasıyla birlikte hedef doğrudan doğruya “Muasır Medeniyet” seviyesini yakalamak olarak belirlenmiştir. Ama kaybedilen yüzyıllar nedeniyle, bunun çok kolay olamayacağı açıktı. Çünkü sorun sadece teknolojik ve bilimsel gelişmelerin geriden takip edilmesi değil, bu nedenle oluşan toplumsal sosyolojinin direnci de atılım yapmada önemli bir engel oluşturmaktadır. Örneğin, kız çocuklarının okula gönderilmesinde, erkek çocukların dahi uzak şehirlere okumak üzere gitmelerinde hep bir sosyolojik dirençle karşılaşmıştır. Bu nedenle Türk Cumhuriyeti çocuklara

ve gençlere özel önem vermiş, Cumhuriyetin kuruluş sürecinde en önemli (23 Nisan, 19 Mayıs gibi) tarihsel olayları onlar adına bayram ilan edilerek bu önem veriş vurgulamıştır.

Olaylar, tetikledikleri sosyolojik değişim rüzgârları ile birbirinin takipçisi olmuşlardır. Ancak, toplumların sosyolojisi, akşamdan sabaha kolay değişen hususlar değildir. Bazan binlerce yıllık süreçlerde bile, sosyal yapı lokal bazda da olsa önemli ölçüde varlığını korur. Burada, genelde yeryüzünde ve özelde ülkemizde sosyal değişimleri tetikleyecek önemli olaylara vurgu yapmak suretiyle genel bir bakış açısı ortaya koymaya çalışılmıştır.

2- Yeryüzünde Devletin Değişimi: “Mülk Devlet” Anlayışının Doğuşu

İnsanların genelde varlığını sürdürme ve korunma ihtiyacından klanlar dayanışması şeklinde ortaya çıktığı bilinen Devlet yapılanması, Erken Devlet aşamasından sonra Kurumsal Devlet yapısının yerleşmesi sonucu, zaman içerisinde yeni bir sınıf olarak Yönetici Sınıfın ortaya çıkmasına da yol açtı. Bu dönemde Devlet, artık yönetenlerin (Kralın, Hükümdarın, İmparatorun) mülkü sayıldı. Buna “Mülk Devlet” anlayışı denilmektedir. Artık yönetim, babadan oğula verasetle intikal etmekte idi. Gerçi bu intikaller sırasında da çoğu zaman kardeşler arası kanlı çatışmalar (taht kavgaları) çıkabilmekte idi. Bu intikallerin de çeşitli coğrafyalarda zaman içerisinde bir kurala bağlanmaya çalışıldığı gözükmemektedir. Özellikle, İngiltere tarihinde 17. Yüzyıldan itibaren uygulamaya konulan ve zaman zaman güncellendiği gözlenen Taca Tevarüs Kanunları bu konuda somut bir örnek teşkil eder. Osmanlı’da ise, Fatih Kanunnamesinde görülen ve ulemadan Fetva alındığı da belirtilmek suretiyle “Nizam-ı Alem için kardeş katline” izin veren bir düzenlemeden söz edilir. Burada, tahta oturan padişaha, devletin varlığının devamı için gerekirse kardeşlerini katletme yetkisinin verildiği anlaşılmaktadır.

Osmanlı’da son yüzyıla kadar, ülke toprakları Devletin vergi gelirlerinin elde edilmesi ve asker ihtiyacının karşılanması amacı çerçevesinde kısımlara ayrılmakta ve bu ihtiyacı karşılayacak uygun kişilere tahsis edilmekte idi (Tımar sistemi). Avrupa coğrafyasında ise bu paylaşım daha bir kurumsal idi. Çünkü orada, bir soylular sınıfı mevcuttu ve Kral da esasen bu soylular sınıfına mensup ailelerden birine mensup idi. Hatta, kralın çağrısı ile zaman zaman toplanan bir de soylular Meclisi mevcuttu. Her soylu ailenin tasarrufunda olagelen bir de arazi (bölge) mevcuttu ve “serf” denilen köylüler bu topraklara bağlı olarak yaşarlardı. Her soylu aile, bir çeşit alt krallık oluşturmaktaydı. Özetle; krallıklar, aristokrasinin tarihsel arka plandan kaynaklanan yetkileri ile görece sınırlandırılmış yapıydı. Ama, soylular sınıfına mensup az sayıdaki kişiler dışında herkes, bir çeşit toprağa bağlı köleler (serfler) olarak yaşamaktaydı. Elbette, dünyanın her yanında olduğu gibi, hükümdar ve soyluların ayrıca gerçek köleleri de mevcuttu.

Devlet, Kralın (ve soyluların) mülkü olunca, kral ve soylular, sahip oldukları topraklar üzerinde mutlak bir yetkiye sahipti. Öyle ki, tarihte bir ülkenin kralı ile diğer ülkenin kraliçesi evlendiğinde, bu ülkelerin birleştiği olaylara bile tanık olunmuştur. İngiltere Kralı da bir dönem Fransa Krallığında bu nedenle (geçmişteki evliliklerden dolayı) hak iddia etmişti.

Krala ve Soylulara tanınan bu mülkiyet hakkı, aslında onların gücünün de kaynağı idi. Gerçi, Kervanlarla ve kısmen de deniz yolu ile ticaret yapılabilir olsa da, asıl zenginlik topraktan elde edilmekte idi. Sonuçta yapılan ticarete kullanılan kervan yolları da, bu topraklar üzerinden geçmekte idi ve satılan mallar da yine bu topraklarda üretilmekte idi. Deniz yolu ile yapılan ticaret ise, kıyıya paralel gidebilen gemilerle yapıldığından, sınırlı bir öneme sahipti. Özetle, zenginliğin ve gücün asıl ve neredeyse tek kaynağı Toprak idi ve o toprağa hükmedenler de hem askeri ve ekonomik hem de siyasi güce sahip olmaktaydılar.

Kral da soylularla iyi geçinmek durumunda idi. Çünkü, her soylu da aslında bir çeşit alt krallığa sahipti. Onların da sarp coğrafi alanlarda yapılmış kaleleri mevcuttu. Ama, krala sadık kalınması, daha o krallık kurulurken aşiret reislerinin verdiği sözlere (sadakat yemini) dayanan bir durumdu. Krallar da, özellikle sefere çıkmak gibi olağanüstü dönemlerde, tüm soyluların ilave desteğine ihtiyaç duymaktaydı. Bu nedenle, anılan dönemlerde soylular meclisi toplantıya çağrılır ve ilave yükümlülükler (asker, vergi vb.) bu mecliste karar verilirdi.

Soyluların dışında diğerk bir sınıf, Din Adamları (Kilise Rahipleri) sınıfı idi. Kilisenin de kendine ait gelir kaynakları mevcut olduğu gibi, halk üzerinde de ciddi bir etkisi mevcuttu.

Bu üç güç; kral, kilise ve soylular; kendi aralarında zaman zaman çatışmalar çıksa da, genelde ortaçağ boyunca kendi yetki alanlarında söz sahibi olarak birlikte var olmaya devam ettiler. Özellikle, dünyevi gücü temsil eden Roma İmparatoru ile, uhrevi gücü temsil eden Papalık arasında zaman zaman ciddi sorunlar ortaya çıkmıştır. Hz. İsa'ya mal edilen (rivayete göre Hz. İsa'nın göklerden fısıldadığı) bir söze göre; Sezar'ın hakkını Sezar'a, İsa'nın (Tanrı'nın) hakkını İsa'ya (Tanrı'ya) veriniz" ilkesi ile bu sorunlar çözülmeye çalışılmıştır. Günümüzde kurumsallaşmış olan Laiklik ilkesinin batı hukukundaki ilk dayanağı, rivayet edilen bu sözde aranır.

İmparator ile Papalık arasındaki çatışmanın son bulması, bu iki gücün uyumlu çalışması konusu, Dante Aligheri'nin (1265-1321-Floransa)ünlü La Divini Comedia'sında (İlahi Komedy) isimli eserinin de asıl temasını oluşturur. Dante, bu ikisine "Çifte Kılıçlar" demekte ve öbür alemde otuzbeş yaşında yani tam ömürlerinin ortasında herkes yeniden dirildiğinde, bu ikisinin Hristiyan ümmetinin karşısında güneş gibi parlayarak birlikte duracaklarını anlatmaktadır. Özetle, Avrupa'nın Ortaçağ karanlığının dinsel tutuculuğun dehlizlerinde en karanlık günlerini yaşadığı bir ortamda, "öbür tarafta birlikte olacaksınız, şimdi neden kavga ediyorsunuz" demek istemektedir. Cahit Sıtkı'nın ünlü şiirindeki "35 yaş" nitelemesinin de bu eserden ilhamla söylendiğı anlaşılmaktadır.

Ortaçağ Avrupa'sında devlet idaresinde etkili bu üç güçten ikisinin temsilcileri, düzenli bir meclis olmamakla birlikte, sefere hazırlanıldığı durumlarda savaş giderlerinin finansmanı (arızı vergi salınması-Osmanlı uygulamasındaki Avarız vergisi) gibi önemli kararların alınmasında Kral tarafından toplantıya çağırılırdı. Bu meclisler; Kutsal Meclis ve Soylular Meclisi olarak isimlendirilirdi. Ama bu iki meclisten de asıl önemlisi, soylular meclisi idi. Çünkü maliyete asıl katlanacak olan onlardı. Hükümdarlar, önemli kararlarında soylular meclisinin desteğine gerçekten ihtiyaç duyarlardı. Esasen Kral ya da imparatorun gücü, bu soyluların yetki alanları bakımından ciddi sınırlamalara sahipti. Çünkü soylular, kendi topraklarında vergi alırlar, serf denilen toprağa bağlı köylüler onların topraklarını işlerlerdi Ayrıca, her bir soylunun önemli bir askeri gücü de var idi. Elbette bir soylu askeri bakımdan Kral ile baş edecek güce sahip olamazdı. Ama Kral da, bir soyluyu kolayca alt edemezdi. Çünkü bir çatışma durumunda sarp arazi parçası üzerine inşa edilmiş kalesine çekilen bir soylu, kralın ordusunu aylarca meşgul edebilirdi. O günkü şartlarda, kaledeki nöbetçilere ok atmak ya da mancınıkla kalenin içerisine taş ya da yanan ateş topları atmaya çalışmak gibi ilkel araçlarla içeridekilere çok sınırlı şekilde zarar verebilmek ancak mümkün olabilirdi, ama bu yöntemlerle kaleler kolay kolay fethedilemezdi. Çünkü kaleler, zapt edilmesi adeta mümkün olmayan yerlerdi. Tek çare, kalenin kuşatılması ve içeride yer alan yiyecek ve içeceklerin bitmesi sonucu teslim olunmasının beklenmesi idi. Bütün bu nedenlerle, Kralların da soylularla iyi geçinmesi, çok zorunlu olmadıkça onlarla çatışmaması gerekme idi.

3- Feodal Sınırların Aşılması: Mutlak Krallıklar Dönemi ya da Polis Devleti

Avrupa'da Devletlerin iç düzeninde, özellikle Roma İmparatorluğu ölçeğinde baktığımızda; herbir egemenlik (güç) kaynağına bağlı olarak Kraliyet Mahkemeleri, Engizisyon (Kilise) Mahkemeleri (İspanya, Roma ve çeşitli yerlerde 1100lerden 1700lere kadar sürmüştür) ve bunlar kadar etkili olmamakla birlikte Feodal Beylerin Mahkemeleri bulunmaktaydı.

Ancak, barutun İcadı ve savaşlarda kullanımı, dünya tarihinde önemli değişimlere yol açmıştır. Barut, hem patlayıcı özelliğinden, ama özellikle de top mermisi ekipmanı olarak kullanılmasından dolayı, artık kaleler eskisi kadar güvenli yerler olma özelliğini kaybetmişlerdi. İlk defa Çinliler tarafından 9. ve 10. Yüzyıllarda savaşlarda kullanıldığı bilinen Barut, 12. ve 13. Yüzyıllardan itibaren diğerk coğrafyalarda ve Avrupa'da da kullanılmaya başlanmıştır. Nitekim İstanbul'un Türkler tarafından fethi de, geliştirilen sur yıkıcı topların kullanılmasının da yardımıyla gerçekleşebilmiştir.

Barut'un savaşlarda kullanımının yaygınlaşması, Devletlerin iç düzenleri bakımından da etkili olmuş, özellikle yeterince güçlü olmayan feodal beylerden başlamak üzere, kralların önündeki engelleri kaldırmalarına ve "mutlak krallıklar" döneminin başlamasına yol açmıştır. Özellikle, 15 ve 16. Yüzyıllardan itibaren, mutlak krallıklar döneminin başladığı kabul edilir. Bilhassa, Fransa Kralı XIV Louis'in (ö.1715) "Devlet Benim" sözü bu dönemin tipik ifadesi olarak anlatılır. Bu dönemde, artık kralların koyduğu kurallar, feodalite dahil herkesi bağlamaktadır. Ama bu kurallar, kuralı koyan kralları bağlamamaktadır. Bu şekilde; kralın buyruklarının herkesi bağladığı, ama hiçbir kuralın kralı bağlamadığı mutlak krallıklar dönemine, Polis Devleti denmektedir. Bu nedenle, Polis Devleti kavramı, hukuk devletinin zıddı olarak kabul edilmektedir.

Mutlak Krallıklar döneminin (Polis Devletinin) kurulmasını tetikleyen çok önemli bir diğer olgu da, etkisi özellikle Fransa'da açıkça gözlemlenen Feodalite dışında güç odağı yeni bir sınıfın (tüccar -Burjuvazi sınıfının) ortaya çıkışıdır. Yukarıda izah edildiği üzere, Ortaçağ boyunca gücün tek kaynağı toprak idi ve bu da feodal beylerin elinde idi. Burjuvazi olarak adlandırılan bu yeni sınıf, ticaretle zenginleşmiş ve zamanla ayrı bir güç odağı haline gelebilmiştir. Artık, toprağın yanı sıra ticaret de gücün bir kaynağı haline gelmiştir.

Peki bu yeni sınıf nasıl ortaya çıktı ve bu sınıfın ortaya çıkışının sosyal ve siyasal nizam üzerindeki etkileri neler oldu? Bu soruların cevabı, yukarıda değindiğimiz Takiyüddin Efendi'nin sadece birkaç yıl süren rasathane macerasına giden süreçle de doğrudan ilgilidir. Şöyle ki:

Antik Yunan uygarlığında edinilmiş bilgi birikiminin, 9 ve 10. Yüzyıldan itibaren Müslüman bilim insanlarınca (özellikle Endülüs'te yaşayanlar başta olmak üzere) yeniden yorumlanması ve geliştirilmesi sonrasında, Felsefe-Sosyoloji, Matematik, Tıp ve Astronomi alanında bir atılım gerçekleştiği görülmektedir. Her ne kadar İslam Dünyası da 12. Yüzyıldan itibaren Avrupa toplumları gibi kendi kendini tekrar etmeye ve devamında bir tutucu sosyolojinin etkisine girmeye başlamışsa da, bu dalga batıdan doğuya doğru yavaş yavaş ilerlediğinden, Timurlular hanedanı 1500'lerde henüz bu karanlık dalganın etkisine tam girmemişlerdi. Özellikle kendisi de bir astronomi bilgini olan Timurlular Devleti hükümdarı Uluğ Bey ve onun ekibinden olup Fatih Sultan Mehmet tarafından İstanbul'a davet edilen Ali Kuşçu, bu alanda çok donanımlı bilim insanları idiler. Astronomi alanındaki bu çalışmalar sayesinde, deniz araçlarının yıldızlara bakarak açık denizlerde yön bulmaları(navigasyon) mümkün olabildiği.

Böylece, gemiler açık denizlerde kaybolmak tehlikesi nedeniyle kıyıya paralel gitmek zorunda olmaktan kurtulmuş, 1500'lerden itibaren kıtalararası deniz seyahatleri artık yapılabilir olmuştur. Önce, Afrika'nın en güney ucu olan Ümit Burnu'nun keşfi, Hindistan ile olan baharat ticareti ve her türlü ticaretin deniz yoluyla yapılabilmesi sayesinde, İpek Yoluna alternatif, daha hızlı ve çok daha ekonomik bir ticaret imkanının gelişmesini sağlamış; batıya doğru açılan İspanyol gemiciler ise başlangıçta farkında olmasalar bile Amerika kıtasına ulaşmayı başarmışlardır. Ali Kuşçu ve Uluğ Bey'in astronomi çalışmaları İslam dünyasında netice vermezken, batı dünyası Ortaçağ karanlığından kurtularak astronomi sayesinde açık denizlerde yol bulmayı başarınca, denizlerde kıtalararası seyahati başarmışlardır. Böylece, yıldızlara bakarak yön bulmaya dayalı olarak açık denizlerde gelişen kıtalararası ticaret sayesinde, Avrupa'da gücün kaynağı tek (toprak sahipliği) olmaktan çıkmış, bunun yanına gücün kaynağı olarak bir de ticaret eklenmiştir. Bugün "navigasyon" olarak cep telefonlarımızın içine sığabilen bu büyük bilimsel gelişme, güç sahibi toplumsal sınıflarda da çeşitliliğe yol açmış, feodalitenin karşısına bir de burjuvazi(tüccar) sınıfının çıkmasını sağlamıştır.

Artık hükümdarlar olağanüstü savaş dönemlerinde savaşın finansmanı için sadece feodal beylere değil, aynı zamanda bu tüccar sınıfının temsilcilerine de danışmak durumunda kalmışlardır. Önceleri, soylular meclisi ve kutsal meclis (kilise temsilcileri) şeklinde, iki meclisten oluşan bu toplantılar, zaman içerisinde tüccar sınıfının ağırlıklı olduğu diğer toplumsal sınıfların temsilcilerinden oluşan üçüncü bir meclisin de katılımıyla toplandı. Bu üçüncü meclise "halk meclisi" de denilmekte idi. Ama bu meclisin üyeleri aslında tüccar sınıfından oluşmakta idi.

Fransa’da bu üçlü meclise birlikte toplandıklarında “Genel Meclis” denmekte idi ve bir danışma meclisi niteliği taşıyan bu Genel Meclis, ancak kral çağırıldığı zaman toplanmakta idi. Bazan on yıllarca toplanmadığı da olurdu. Bu üçlü meclisin yüzyıl savaşları olarak bilinen, feodal haklar (taht varisliği) sebebiyle çıkan ve İngiltere-Fransa arasında 1453 yılında biten savaş boyunca bu üçlü meclis Fransız kralı tarafından sıklıkla toplantıya çağırıldı. Ancak, savaşın bitmesinden sonra 1614 yılına kadar tekrar toplantıya çağırılmadı. 1614 yılında yapılan Genel Meclis toplantısında ise, soylular meclisi ile halk meclisi arasında çok sert tartışmalar çıkınca, kral tarafından 1789 yılına kadar, yani 175 yıl boyunca bir daha toplantıya çağırılmadı.

Aslında bu dönem, Fransa’da mutlak krallık döneminin de zirveye ulaştığı bir dönemi temsil eder. Nitekim, I’am the State (Devlet benim) diyen XIV. Louis (ö.1715) de bu dönemde hüküm sürmüştür ve hükümdarlığı 72 yılı aşmaktadır. Mutlak krallıklar dönemi olarak adlandırılan bu dönemde, kralın emirleri ve koyduğu kurallar, soylular dahil artık herkesi bağlamakta, sadece kralı bağlamamaktadır. Bu dönemde ülke çapında ve değiştirilmedikçe uygulanan kurallar Kral tarafından yürürlüğe konulmakta, bu kurallar herkesi bağlamakta ama kralın bu kurallarla bağlı olması şeklinde bir düşünce söz konusu dahi olmamaktadır. Bilindiği üzere, kuralların yönetilenleri bağlayıp yönetilenleri bağlamadığı bu tür devlet düzenlerine, Hukuk Devleti kavramının zıddı bir kavram olarak “Polis Devleti” denilmektedir. İşte mutlak krallıklar dönemi, hukuksal yönden de tam bir polis devleti dönemini temsil eder. Mutlak krallıklar dönemi ya da diğer adıyla Polis Devleti dönemi; bir yandan barutun bulunuşu ve savaşlarda kullanımının yaygınlaşması gibi teknolojik, diğer yandan da bilimsel gelişmeler nedeniyle açık denizlerde ilerleyebilen gemiler sayesinde aristokratlar sınıfının karşısında yeni bir güçlü toplumsal sınıfın(tüccarlar sınıfı)oluşması sonucu sosyolojik nedenlerle, hükümdarların ülkelerinde tek güç haline dönüşmesinin bir sonucu oluşabilmiştir.

4- Burjuva-Feodalite Çatışması: Hukuk Devleti’nin Ayak Sesleri

Ancak, Fransa’da 1774 yılında tahta çıkan XVI. Louis, ciddi ekonomik sorunlarla boğuşan bir devlet devraldı. Bu sorunları aşmak için yeni vergiler koyulması başta olmak üzere, köklü tedbirler alınması gerekmekte idi. Bütün bunlara bir çare aramak üzere 1789 yılında tam 175 yıldır toplanmamış olan Genel Meclisi toplantıya çağırıldı. Görüşmeler yapıldıktan sonra meclisin dağılmasını istedi. Kutsal Meclis ve Soylular Meclisinin derhal dağılmasına rağmen, üçüncü meclis (burjuvazi- halk meclisi) dağılmadı. Kralın tekrar dağılmaları için haber göndermesi üzerine; “Biz halkımızın temsilcileriyiz” diyerek dağılmayı reddettiler. Bunun üzerine Kral askerlere emir vererek, Meclis Üyelerini gözaltına aldirmek istedi. Askerler Meclis binasını kuşatmaya başlayınca, artık oldukça bilinçlenmiş olan halk da askerlerin etrafını kuşattı. Böylece başlayan sokak olayları, meşhur 1789 Fransız İhtilali ile sonuçlandı.

Görüldüğü üzere sürecin bu noktaya evrilmesinde, bilimsel gelişmeler sayesinde açık denizlerde kaybolmayan, yön bulabilen gemilerin kıtalararası ticarete yoğun kullanımına (sömürgelerin oluşturulması vs.) bağlı olarak ortaya yeni bir sınıfın çıkması, bu sınıfın soylular sınıfı ile çatışması, bu çatışmanın mutlak krallıklar dönemini zirveye taşıması ve sonuçta bilinçlenen halkın kendi kaderine el koyması şeklinde özetlenebilecek bir süreç rol oynamış bulunmaktadır.

1789 ihtilalini yapanlarca aynı yıl yayımlanan “Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları” bildirgesi, zaman içerisinde başta Avrupa Kıtası ve yakın çevresinde olmak üzere, küresel değişimleri tetiklemiş ve 1453’te İstanbul’un Fethi ile başladığı kabul edilen Yeniçağ süreci sona ererek, Yakınçağ olarak isimlendirilen ve halen devam ettiği kabul edilen bir dönem başlamıştır.

Fransız ihtilalinin arka planında yer alan ve bu ihtilale yol açan insan haklarına ilişkin felsefi akımlar(özellikle Doğal Yaşam dönemi, sosyal sözleşme ve devletin temel insan haklarını koruma görevini işleyen yönleriyle), Atlantik’in öbür kıyısında Fransa’dan da önce etki uyandırmış; Amerikan bağımsızlık bildirgesi(1776) ve nihayet Amerikan Anayasası(1784) olarak Fransa’dan da önce somut gelişmelere yol açmıştır.

İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi, toplam 17 maddeden oluşmaktadır.

Bunlar, kısaca: İnsanların özgür doğdukları ve haklar yönünden de eşit olarak doğduklarını(m.1); bütün siyasal yapıların amacının insanların özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnme haklarından oluşan ve zaman aşımına uğramayan doğal haklarını korumak olduğunu(m.2); Ulusa ait olan egemenlik hakkının açıkça ulus tarafından verilmedikçe hiç kimse tarafından kullanılamayacağını(m.3); özgürlük, başkalarına zarar vermeyen her şeyi yapabilme hakkı olduğunu ve bu hakkın ancak yasa ile sınırlanabileceğini(m.4); toplum için zararlı fiillerin ancak yasa ile yasaklanabileceği(m.5); Yasanın genel iradenin eseri olduğu, kamu görevine alınmada erdem ve yetenekler dışında bir ayırım gözetilemeyeceği(m.6); suç ve cezada kanunilik ilkesine hem yurttaşların hem de yöneticilerin uymasının zorunlu olduğunu(m.7); suçların ancak suç sayılan fiilden önce yürürlüğe girmiş yasa ile belirlenebileceklerini(m.8); suçlu olduğuna karar verilmedikçe her insanın masum sayılacağı(m.9); herkesin inançlarında özgür olduğu ve açıklanması halinde kamu düzenini bozan inançların sadece açıklanmalarına yasayla sınırlama getirilebileceği(10); Herkesin düşünce ve inanç özgürlüğüne ve bunları yayma hakkına sahip olduğu, kötüye kullanım dışında bundan dolayı cezalandırılmayacağı(m. 11); kamu gücünün kişisel yararlar için değil sadece kamu düzeninin sağlanması için kullanılabilmesi(m.12); kamu düzenini korumak ve idarenin işleyişini sağlamak amacıyla yurttaşların eşit ve imkanları ölçüsünde vergi ödeyecekleri(m.13); vergiye ilişkin konuların doğrudan yurttaşlar ya da temsilcileri aracılığıyla belirlenebileceği(m.14); kamu görevlilerinin topluma hesap verme yükümlülüğü bulunduğu(m. 15); hakların güven altına alınmadığı ve kuvvetlerin ayrılmadığı bir toplumun Anayasasının olmadığı(m.16); mülkiyet hakkının kutsal bir hak olduğu, kamu için açıkça gerekmedikçe, ve gerçek karşılığı peşin ödenmedikçe kimsenin mülkiyet hakkına dokunulamayacağı(m.17) bu beyannamede belirtilmektedir.

Görüldüğü üzere, başta “hayat, hürriyet, mülkiyet” hakları olmak üzere, kişilerin bazı temel hakları anayasal koruma altına alınmışsa da, henüz anayasal düzeyde devlete yüklenen bir kamu hizmeti ödevi söz konusu değildir. Tarihin bu aşamasında burada söz edilen hakların, devlete pozitif ödevler yüklenmesinden çok, negatif ödevler yükleyen ve haklara müdahaleden kaçınmasını öngören “negatif statü hakları” olduğu görülmektedir. Ayrıca, egemenlik artık millete ait olduğuna göre yönetimin oluşmasına katılma şeklinde bir de “aktif statü hakkından” söz edebiliriz. Mutlak krallıklar ve öncesi dönemlerinde de, topluma yönelik olan ve kurallara bağlanmış düzenli kamu hizmetleri devlet tarafından zaten üstlenilmemiştir. Devletlerin baştan itibaren üstlendikleri genel sorumluluk, kişilerin can güvenliğinin sağlanması ve kamu düzeninin korunmasıdır diyebiliriz. Önceki dönemlerde de, sağlık alanında bazı tesisler kurulmuşsa da, bunun devlete sorumluluk yükleyen genel bir sağlık kamu hizmeti yürütülmesi olarak değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Devletler, eski devirlerde ulaşımın sağlanması için bazı kervan yolları inşa etmişler ve yol güvenliğinin sağlanması için özellikle dağlık ve sarp geçitlerin olduğu bölgelerde koruyucu güvenlik tedbirleri almışlardır. Örneğin Osmanlı Devleti uygulamasında, kervan yolları üzerinde bir günlük yürüyüş mesafesi ölçüt alınarak belirli mesafelerde Hanlar yaptırılmış, stratejik geçitlerde(derbentlerde) güvenliği sağlama görevi de “Derbentçi” denilen kişilere verilmiştir. Bütün bu sistemlerin sürekliliğinin sağlanması ve işletilmesinde “Vakıf” usulünden yararlanılmış, hana gelen kişilerin üç günlük giderleri ve Derbentçilere ödenecek maaşlar, o işler için tahsis edilen miri arazilerin malvarlığını oluşturduğu Vakıflar eliyle sağlanmıştır. Özetle; Osmanlı’da vakıf kurumu, bu tür faaliyetler bakımından tam bir idari örgütlenme fonksiyonu ifa etmiştir.

Aynı şekilde; yerleşim yerlerinin su ihtiyacının karşılanması için su yolları ve bakımı; hastalıkların tedavisi için şehirlerde hastaneler kurulması gibi kamusal hizmetler de, vakıf formunda oluşturulan idari birimler tarafından finanse edilmişlerdir. Su yolları, günümüzde kullanılan borular o dönemde mevcut olmadığından, engebeli arazilerden su kemerleri yoluyla suların geçişinin sağlanması yoluyla yapılmaktaydı. Bu nedenle, su yolları oldukça masraflı hizmetler oluşturmakta idi.

Özetle; mutlak krallıklar döneminde ve öncesi devirlerde, özellikle şehir yerleşim yerlerine yönelik olarak yaşama hakkının görünümleri olan hastane ve su hizmetleri ile, bazı yol hizmetlerinin

ve kamu düzeninin sağlanmasına yönelik tedbirlerin alındığı; ama bunların hükümdarların birer lütfu olarak algılandığı, tebaanın yasal bir hakkı niteliğinde herhangi bir kamu hizmeti anlayışının o devirlerde henüz olmadığı görülmektedir.

Yaşama hakkının görünümünü; beslenme ve barınma, aynı zamanda güvenlik olarak özetleyebiliriz. Zaten bunlar, yukarıda izah edildiği üzere tarihsel perspektifte devletlerin varlık nedeni olarak da sayılabilir. Tarihsel süreçte şehirlerde, güvenlik hakkının somut araçları olarak kaleler ve surlar görülebilir. Hatta Çin Seddi de, Çinliler özelinde dünyaca ünlü ve çok abartılı (ama zaruri) bir güvenlik aracı örneğidir. Çağdaş dünyada bunun teknik versiyonları, özellikle hava savunma araçları olarak Demir Kubbe vs. isimleriyle anılmaktadır.

Beslenmeye ilişkin olarak İstanbul'da halen bazı semtlere adını veren gıda ve su depolarını anmak gerekir: Un Kapanı, Yağ Kapanı ve savunulması zor su yollarının yanı sıra, sur içlerindeki bölgelerde yapılan çok eski zamanlardan kalma su sarnıçları (Yere Batan Sarnıcı, Binbir Direk Sarnıcı, Şerefiye Sarnıcı vb.), yaşam hakkına ilişkin kadim kamu hizmetleri örneklerdir.

5- Kamu Hizmeti'nin Bir Hukuki Hakka Dönüşümü ve Anayasal Serüveni:

1789 insan ve yurttaş hakları beyannamesi ile tanınan “hayat, hürriyet, mülkiyet” haklarının ve bu hakların türevi nitelikli diğer hakların, 1791 Fransız Anayasası ve devam eden Anayasalarda birer hak olarak tanındığı görülmektedir. Ancak, tüm yurttaşlara yönelik bazı kamu hizmetlerinin örgütlü şekilde sunulması anlayışına henüz bu dönemde de geçilemediği gözlenmektedir. Ama, henüz sınırlı sayıda da olsa bazı temel haklar artık yönetenler tarafından sunulan bir lütuf olmaktan çıkmış, devletin çıkartacağı yasalarla ve yapacağı uygulamalarla koruması gereken ve kişilerin doğuştan gelen, zaman aşımına uğramayan doğal hakları olduğu net şekilde Anayasa ve yasalarda ifadesini bulmuştur. Lakin bu hakların gereği gibi yerine getirilememesi halinde devletin sorumluluğunun kabul edilebilmesi için daha bir asra yakın zaman geçmesi gerekecektir.

Söz konusu hakların ekonomi alanına yansımaları ise, doğal olarak liberal ekonomi şeklinde olmuştur. Adam Smith'in (1723-1790) sistemleştirdiği liberal(özgürlükçü)ekonomik yaklaşıma göre, devlet ekonomik hayata müdahale etmemelidir. Bu yaklaşımın mottosu “bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler” (laissez- faire, laissez- passer) şeklinde özetlenmektedir.

Devlete bazı kamu hizmetlerinin sunumunu doğrudan yükleyen pozitif statü hakları henüz anayasada yer almamış olsa da, 1789 devrimini hazırlayan düşünsel süreçte zaten **devletin varlık sebebinin, toplumun iyilik ve refahının sağlanması olduğu** derinlemesine işlenmiş; tabiat halini sona erdiren “sosyal sözleşme” ile oluşturulan devlet yapılanmasının, toplumdaki bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması, bu hak ve özgürlüklerden yararlanmalarının önündeki engellerin kaldırılması olduğu hep vurgulanmıştı. Nitekim 1787 tarihli Birleşik Devletler Anayasasının giriş kısmında da devletin halkın ve gelecek nesillerin mutluluğunun sağlanması için kurulduğu ifadesi yer almıştı. Artık, bu sosyal sözleşmenin sadece teoride kalmaması, gereğinin çok daha belirgin şekilde yerine getirilmesi için uygun şartlar oluşmuş bulunmakta idi.

Fransa, çok çalkantılı bir yüzyıl yaşadıkdan sonra, görece daha istikrarlı bir yönetim ve hukuksal zemine girmeyi 18. Yüzyıl sonlarına doğru nihayet başarabilmiştir. Bu dönemde yetişen önemli düşünür ve hukukçulardan özellikle Leon Duguit(1859-1928), eserlerinde kamu hizmetinin önemini vurgulamış, kavramı hukuk teorisinde adeta devletin unsurlarından biri olarak konumlandırmıştır. Bu bağlamda da, sonuç olarak **“idare hukuku, kamu hizmetinin hukukudur.”** çıkarımında bulunmuştur.

Duguit'e göre; Devleti yönetenlerce icra edilmesi, düzenlenmesi ve denetlenmesi mecburi olan faaliyetler kamu hizmeti niteliğindedir. Özetle; kamu hizmeti objektif nitelikte bir kavramdır ve devleti yönetenlerin kamu hizmetlerin belirlenmesinde bir takdir hakkı mevcut değildir; çünkü, bazı faaliyetler nitelikleri gereği kamu hizmetidirler. Nitekim bu tartışma, aşağıda değinileceği üzere 1990'lı yılların sonunda Türk hukukunda özelleştirme ve tahkime ilişkin düzenleme yapılırken Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararının da gerekçesini oluşturmuştur.

Anayasa Mahkemesi, verdiği iptal kararının gerekçesinde, maddi ölçütü esas almıştır. Daha sonra Anayasada yapılan değişikliklerle, hangi hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleri ile gördürülebi-
leceğine yasama organınca karar verileceği düzenlemesi yapılmak, ayrıca tahkim düzenlemesi geti-
rilmek suretiyle bu hukuksal tartışma sonlandırılmıştır. (Anayasa, m.47 ve 125).

Böylece, 18 yüzyıl sonu ve 19. Yüzyıl başlarından itibaren kamuya hizmet sunulmasının hü-
kümdarların cömertliğinden ve merhametinden kaynaklandığı yolundaki çağlar boyu süren anlayışın,
kamu hizmetlerinin sunulmasını devletin meşruiyeti ile ilişkilendiren bir anlayışa doğru evrildiğini
görmekteyiz. Özellikle Fransa’da, 18. Yüzyıl sonlarına doğru, devletin yürüttüğü kamusal hizmetler-
den kaynaklı sorumluluğunun olduğu ve bu tür uyuşmazlıkların çözümünde kamu hukuku kuralları-
nın da uygulanması gerektiği, bu tür davaların idari yargıda görüleceği anlayışı Fransız Uyuşmazlık
Mahkemesi(1873, blanco kararı) kararıyla netleşmiştir. (Öncesinde “Rothschild Kararı” olarak bili-
nen 1855 tarihli Conseil d’Etat kararı da süreçte önemli bir karar olarak öne çıkmaktadır).

18.yüzyılda, Anayasacılık hareketlerinin görece yaygınlaşmaya başladığı görülmektedir. 17.
Yüzyılda ABD Anayasası (1787) ve Fransız Anayasasının(1791) kabulünden sonra, 18. Yüzyılda
Osmanlı Devleti dahil toplamda 16 ülkede daha Anayasaların kabul edildiği görülmektedir.

19. yüzyılın ilk yarısı, insanlık tarihinin en kanlı iki dünya savaşı sahne olmuştur. Bu dö-
nemde, özellikle de iki dünya savaşı arası dönemde büyük bir gerginlik yaşanmış, daha çok otoriter
rejimler öne çıkmıştır. Bu ise, ikinci dünya savaşına zemin hazırlamıştır. Ama özellikle ikinci dünya
savaşı sonrası, artık dünyada neredeyse Anayasası olmayan ülke kalmamış, insan hakları alanında
bölgesel ve küresel örgütlenmeler ve bir bakıma küresel ve bölgesel anayasalar (İnsan Hakları Evrensel
Beyanamesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi) öne çıkmıştır.

Buna bağlı olarak da, devletlerin üstlendikleri kamu hizmetlerinde de artış yaşanmış, devletler
için kamu hizmetlerinin kesintisiz şekilde görülmesi bir lütuf olmaktan çıkarak zorunlu hale gelmiş,
19. Yüzyıl başlarında önceleri daha ziyade eğitim ve sağlık gibi birkaç alanla sınırlı olan kamu hiz-
metleri, özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında çok çeşitlenmiş; anayasa ve yasalarda bir takım sos-
yal haklar (Pozitif statü hakları) düzenlenmiş ve anayasalarda yer alan “hukuk devleti” yaklaşımları
“sosyal hukuk devleti” yaklaşımına evrilmiştir. Bu ise, devletlerin birçok yeni hizmet çeşidini kamu
hizmeti olarak üstlenmesi anlamına gelmiştir.

Osmanlı- Türk Anayasaları bağlamında konuya baktığımızda; 1876 Anayasasının (Kanun-u
Esasi) “Hukuk-u Umumiye” başlıklı 8 ila 26. Maddelerinde temel hakların düzenlendiği görülmekte-
dir. Burada düzenlenen hakların, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nde yer alan hakların anaya-
sa maddeleri halinde ifade edilmesinden oluştuğu gözlenmektedir. Fakat bilindiği üzere bu anayasa
hemen hiç uygulanmadan askıya alınmış, İkinci Meşrutiyet döneminde 1908 yılı ortalarından itibaren
tekrar yürürlüğe konulmakla birlikte, önce Balkan Savaşları ve sonrasında Birinci Dünya Savaşı, he-
men peşinden Kurtuluş Savaşı süreçlerinden geçilmesi nedeniyle, yeterli bir insan hakları birikimine
kaynaklık etmesi mümkün olmamıştır.

1921 yılında TBMM’nin toplanmasından sonra sadece idari ve siyasi yapılanmaya ilişkin bir
Teşkilat-ı Esasiye Kanunu kabul edilmişse de gerçek anlamda ilk anayasa, 1924 tarihinde kabul edi-
len 491 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunudur diyebiliriz.

Bu Anayasanın Beşinci Bölümünün başlığı (m.68 ila 88) “Türklerin Hukuku Ammesi” başlı-
ğını taşımaktadır. Bu bölümde “Türk” de tanımlanmaktadır. Buna göre (m.88); “Türkiye ahalisi din
ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibarıyla (Türk) ıtlak olunur”. Nitekim yürürlükteki Anayasamız-
da da bu tanım anlam itibarıyla aynen devam etmektedir (m.66.) Türk Devletine vatandaşlık bağı ile
bağlı olan herkes Türk’tür).

Bu bölümde yer alan temel haklar incelendiğinde; esas itibarıyla, 1789 beyanmesinden
itibaren geliştirilmeye devam edilen “hayat, hürriyet, mülkiyet” üçlüsünün çeşitli görünümünün
düzenlendiği görülmektedir. Ancak, devlete zorunlu bir kamu hizmeti olarak yüklenen “eğitim hakkı”
nın da bu bölümde düzenlendiği, bunun bir çeşit yenilik teşkil ettiği görülmektedir(m.87):
“İptidai tahsil bütün Türkler için mecburi, Devlet mekteplerinde meccanidir”.

Böylece, ilköğretim anayasal bir düzenleme ile zorunlu hale getirilmekte ve devlet okullarında ilköğretimin parasız olması şartı da getirilmiş olmaktadır. Bunun dışında, yine bu anayasa döneminde kanunlarla çeşitli düzeylerde devlet okulları açılması, yolların inşası, sıtma gibi salgın hastalıklarla mücadele edilmesi gibi yasal düzenlemelerle de devlet tarafından çeşitli kamu hizmetlerinin yürütülmesi düzenlenmiştir.

1961 Anayasasının, daha başlangıç maddesinden itibaren ikinci dünya savaşı sonrası anayasalarda ortaya çıkan “sosyal devlet” ilkesinin izleri görülmektedir. Buna göre, anayasasının amaçları arasında; “insan hak ve hürriyetlerini, millî dayanışmayı, **sosyal adâleti**, ferdin ve **toplumun huzur ve refahını gerçekleştirme ve teminat altına almayı** mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün **hukukî ve sosyal temelleriyle** kurmak” da yer almaktadır. Ayrıca, bu Anayasanın 2. Maddesinde düzenlenen Cumhuriyetin niteliklerinde “sosyal hukuk devleti” özelliği açıkça vurgulanmaktadır.

Temel hakların düzenlenişinde, insan haklarının korunmasında çok ileri bir evreyi temsil eden yaklaşımlar söz konusudur. Örneğin, temel hakların sınırlanmasının maddi sınırı olarak “öze dokunma” yasağı getirilmiştir (m. 11).

Sosyal ve iktisadi haklar (m.35-53), Anayasanın temel haklar kısmında ayrı bir bölüm olarak düzenlenmiştir. Bu bölümde;

“Toprak Mülkiyeti” başlıklı 37. maddede, “Devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini gerçekleştirmek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlamak amaçlarıyla gereken tedbirleri alır. Kanun, bu amaçlarla, değişik tarım bölgelerine ve çeşitlerine göre toprağın genişliğini gösterebilir. Devlet, çiftçinin işletme araçlarına sahip olmasını kolaylaştırır” denilmek suretiyle, çiftçilik yapan köylüler lehine devlete ödevler yüklenmektedir. Bunlar, sosyal nitelikli yeni tür kamu hizmetleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yine bu bölümde; ailenin korunması, “çalışma hakkı”nın korunması ve çalışanların sosyal güvenlik hakkının sağlanması için devlete ödevler yüklenmekte; kooperatifçiliğin geliştirilmesi, tarımın ve çiftçinin korunması için de devlete görevler verilmektedir.

Böylece, doğrudan anayasadan kaynaklanan birçok yeni görev, artık birer kamu hizmeti olarak devlet tarafından üstlenilmek ve yürütülmek durumundadır.

Bu anayasadan 21 yıl sonra yürürlüğe giren 1982 Anayasasının başlangıç maddesinde, yurttaşların onurlu bir hayat sürme, maddi ve manevi varlığını geliştirme hak ve yetkisinin doğuştan var olduğuna da vurgu yapılmakta ve bu bağlamda: ”Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” ifadelerine yer verilmektedir.

Buna bağlı olarak, devletin temel amaç ve görevleri(m.5); “Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır” şeklinde belirtilmektedir. Yine 17. Maddede de “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” düzenlemesi ayrıca yer almaktadır.

Yine, Anayasanın “Cumhuriyetin Nitelikleri” başlıklı 2. Maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin “...**sosyal bir hukuk Devleti**” olduğu ayrıca ve açıkça vurgulanmaktadır.

1982 Anayasasında da, 1961 Anayasasındaki gelenek sürdürülmüş, menfi statü haklarının ve aktif statü haklarının yanı sıra, pozitif statü haklarına da geniş yer verilmiştir. “Sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” (m.41 ila 65. maddeler) başlıklı bu bölümde, Devlete çeşitli Anayasal görevler verilmektedir. Devlet, bu görevlerini bir kamu hizmeti rejimi içerisinde, yapılacak yasal düzenlemeler çerçevesinde yerine getirecektir.

Örneğin; Ailenin ve çocukların korunması, eğitim-öğrenim hakkı, kıyılarından yararlanma, topraksız köylüye toprak sağlanması ve tarımın korunması, çalışma hakkına ilişkin görevler, sağlık hakkı ve çevre hakkının sağlanmasına ilişkin görevler, sosyal güvenlik hakkının sağlanması gibi birçok görev doğrudan Anayasa ile devlete verilmiş bulunmaktadır. Devletin bu anayasal görevleri başta olmak üzere, yasal olarak üstlenilmiş diğer birçok görevleri de bir kamu hizmeti rejimi içerisinde yerine getirmesi ve yurttaşların hizmetine sunması gerekecektir.

Özetle belirtmek gerekirse; Hukuk Devleti kavramının Devlet yönetimine egemen olmadığı ve mülk devleti anlayışının hüküm sürdüğü eski devirlerde, bu günkü anlamda devletin yerine getirmek zorunda olduğu bir kamu hizmeti yaklaşımı söz konusu değildir. Devletin tebaasına yapacağı hizmetler, bir görev değil, yönetenlerin bir lütfu olarak algılanmaktadır. Özellikle 1789 Fransız ihtilali sonrası gelişen süreçte, İnsan ve Yurttaş Hakları bildirgesinde yer alan yaklaşımın da yol göstermesi ile, Devletin bir görevi olarak kamu hizmeti anlayışı yaygınlaşmış, zaman içerisinde kamu hizmetinin aksatılması devletin doğrudan bir sorumluluk nedeni olarak da kabul edilmiştir. Hatta 19. Yüzyıl başlarında bazı düşünürler, Kamu Hizmetinin önemini vurgulamak için onu Devletin unsurlarından biri olarak görmüş, “idare hukuku kamu hizmetinin hukukudur” demek suretiyle de, bu önem ayrıca vurgulanmıştır.

Devletin ifa ile zorunlu olduğu, sürekli ve düzenli şekilde topluma sunulması gereken hizmetler olarak bir kamu hizmeti anlayışından söz edebilmek için, kadim “mülk devleti” anlayışından yeni “hukuk devleti” anlayışına geçilmiş olması gerekmektedir. Devletin hukukla bağlanmadığı dönemlerde, hukuk kuralları olsa bile bunlar ancak yönetilenleri bağlayacağından, o dönemler için bir hukuk devletinden değil ancak bir “polis devletinden” söz edilebilmesi mümkün olabilecektir. Hukuk devleti olmadan zaten bir idare hukukundan söz edilmesi de mümkün değildir. Bu nedenle, idare hukuku oldukça genç bir hukuk dalıdır. İdare hukuku, kamu hizmeti hukuku olunca, kamu hizmeti kavramı da oldukça genç bir hukuksal kavramdır ve bu günkü anlamı ve kapsamıyla son iki asırlık zaman diliminde gelişmiş bulunmaktadır.

Yukarıda da vurgulandığı üzere, önceleri eğitim ve sağlık gibi, çok sınırlı birkaç alanda gelişme gösteren kamu hizmeti kavramı, 2. Dünya savaşında meydana gelen büyük yıkım sonrası ortaya çıkan sosyal şartlar sebebiyle “sosyal devlet” anlayışının anayasalarda yer almasına paralel olarak, oldukça geniş bir kapsama sahip olmuş, idarelerin görevleri çok artmıştır. Hatta parlamenter rejimlerde yürütme organının zayıflatılmış hukuksal statüsü yeniden masaya yatırılmış, birdenbire çok fazlaşan bu kamu görevlerinin yerine getirilebilmesi bağlamında “güçlendirilmiş yürütme” kavramından söz edilmeye başlanmıştır. Bunun yansımaları ülkemizde 1982 Anayasasında ve hatta 1961 Anayasasında bile zaman içerisinde yapılan bazı değişikliklerde gözlenmiştir.

6- Kamu Hizmetinin Görülüşünde Yeni Eğilim: Minimal Devlet ya da Düzenleyici Devlet Anlayışı

Kamu hizmeti anlayışında kapsam olarak gerçekleşen bu değişikliklerin yanı sıra, asıl bu hizmetlerin görülüş usulünde de 1970’lerin sonlarından itibaren dünyada ve 1980 sonrası süreçte ülkemizde de ciddi değişimler yaşandığı görülmektedir. Artık, kamu hizmeti bağlamında Devletin rolü sorgulanır hale gelmiştir. Küreselleşme denilen bir olgudan söz edilirken, devletin rolünün düzenleme ve denetleme ile sınırlanması gündeme gelecektir. Devletin rolüne ilişkin olarak öne sürülen terimlerden biri de “minimal devlet” nitelmesi olmuştur. Artık devletin rolü kürek tutmak değil, dümen tutmaktır denilmiştir. Yani Devlet, kamu hizmetlerini kendisi doğrudan görmektense, devlet dışı aktörlerce yürütülen bu hizmetlerin yönünü belirlemekle yetinmelidir. Bu süreçte, önceleri Refah Devleti, Sosyal Devlet, Sosyal Refah Devleti ve nihayet 1970’ler sonrasında gündeme gelen “Piyasa Dostu Devlet” kavramlarını da hatırlamak gerekir.

Özetle; “yeni sağ anlayış” olarak da adlandırılan bu yeni yaklaşımda artık Devlete düşen asıl görev, “serbest rekabet ortamının güvenliğini sağlamak” olarak belirlenmektedir. Bu anlayışın dünyada yayılmasını sağlayan siyasiler olarak; ABD Başkanı Ronald Reagan (1981-1989), Birleşik Krallık

Kraliçesi Margaret Thatcher (1979-1990) ve Türkiye için Başbakan ve sonrasında Cumhurbaşkanı olan Turgut Özal (1983-1993) gösterilmektedir.

Bu süreçte, kamu hizmetine ilişkin olarak da yeni yeni kavramların ortaya çıktığı görülecektir. Örneğin, “Evrensel Hizmet” kavramı bir ara çok popüler olmuştur. Yine Temel Hizmet- Ek Hizmet kavramı, ayrıca “İmtiyaz” yerine “yetkilendirme” kavramı, hatta “yurttaş” yerine “müşteri” kavramı ikame edilir olmuştur. Yine bu süreçte; Genel ekonomik yarar hizmetleri, minimum hizmet kavramları ile, son zamanlarda yaygınlaşan “kamu-özel ortaklığı” ve “Müşteri garantili yatırım hizmetleri” kavramlarından da söz edilebilir.

Türkiye’de Devletin ve dolayısıyla da kamu hizmeti anlayışında yaşanacak değişimin ilk işareti olarak, ihtilal idaresi sırasında gerçekleşen 1983 seçimleri sırasında, televizyondaki bir tartışmada Özal’ın, Boğaz Köprüsü’nü satma vaadine karşı, Halkçı Parti Lideri Necdet Calp’ın, yumruğunu masaya vurup “Satamazsınız beyefendi, sattırmayız!” şeklindeki çıkışı hatırlanmaktadır. Sonrasında görev yapan Anavatan Partisi iktidarları döneminde kamu hizmetinin sunumunda yaşanan köklü değişimler ve dünyadaki neo-liberal dalga karşısında, bu gelişmelerin “kamu hizmetinin sonu” olarak nitelendirilmesine de rastlanmıştır. Prof. Dr. Yıldızhan Yayla’nın “Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya kamu hizmetinin sonu)” başlıklı meşhur makalesinde, kamu hizmeti alanındaki bu radikal dönüşüme dikkat çekilmektedir(Hukuk Araştırmaları Dergisi, Ocak-Nisan (1986)).

1983 seçimleri sonrasında, yeni kamu hizmeti anlayışına geçiş amacıyla önce yasal ve sonrasında Anayasal düzeyde birçok düzenleme ve değişimler gerçekleştirildi. Kamu hizmetinin elbette çok büyük kısmı yine idare tarafından yürütülüyor olmakla birlikte, ekonomik kamu hizmetleri olarak adlandırılan birçok alanda ya sözleşme ile ya da tek yanlı işlemler ile bazı hizmetlerin özel sektör tarafından ifa edilmesi sağlandı. Doğal olarak bu süreçten kamu hizmetinin en çok etkilenen özelliği, meccanilik özelliği (hizmetin bedavalığı) oldu. Gerçi, temel birtakım hizmetlerin dışında, hizmetten yararlananlardan belli bir bedel alınması gerektiği önceden beri savunulmakta ve bu bedel alma uygulaması gerçekleştirilmekte idi. Ancak, alınan bu bedelin belirlenmesinde piyasa fiyatı değil, kamu fiyatı ölçütü kullanılmakta idi. Kamu fiyatı ise, karı içermeyen, en fazla hizmetin maliyetini içeren fiyat idi.

Hizmetin gördürülme usulü olarak da; sözleşmeye dayalı görevlendirmelerde esas olarak imtiyaz usulü, ya da müşterek emanet veya daha eski dönemlerde bazen iltizam usulü uygulanırken, tek yanlı görevlendirmelerde ise, ruhsat usulü uygulanmakta idi. Yeni süreçte artık bu eski usullerden daha ziyade, kamu-özel ortaklığı, yap işlet devret, yap işlet gibi usuller uygulanmakta, bazı işlerde sözleşmeler müşteri garantili olarak yapılmaktadır. Yani artık bu tür sözleşmelerle yürütülen hizmetlerde, doğal olarak maliyet ve karı da içeren doğrudan piyasa fiyatı geçerli olmaktadır.

Bu süreçte, birçok yasal düzenlemenin yanı sıra, Anayasal düzeyde de bu amaçla bazı önemli değişiklikler yapılmıştır: Örneğin, Radyo ve Televizyon Yayıncılığı alanında Devlet Tekelini düzenleyen Anayasanın 133. Maddesi 1993 yılında (3913 sayılı kanun ile) değiştirilerek, bu alanda serbesti getirilmiştir. Bu kuruluşlar üzerinde Devletin denetleme görevini yerine getirmek üzere, 2005 yılında bir üst kurul (Radyo ve Televizyon Üst Kurulu) kurulması düzenlenmiştir (5370 sayılı kanun).

Bir diğer önemli ve yeni kamu hizmeti anlayışı süreci bakımından oldukça stratejik yapılabilecek değişiklik, Anayasanın “Devletleştirme” başlıklı 47. Maddesinde 1999 yılında (4446 sayılı kanunla) yapılan değişikliktir.

Bu değişiklikle, öncelikle madde başlığı “Devletleştirme” iken “Devletleştirme ve Özelleştirme” olmuştur. Maddeye eklenen 3 ve 4. Fıkralarla şu düzenlemeler yapılmıştır:

“Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan **işletme ve varlıkların özelleştirilmesine** ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir”.

“Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından **yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği** kanunla belirlenir”.

Böylelikle, 1994'lerden beri fiilen devam eden özelleştirme uygulamalarının Anayasal alt yapısı da oluşturulmuştur.

Aynı kanunla (4446) yapılan diğer bir değişiklik, Anayasanın “Yargı Yolu” başlıklı 125. maddesinde gerçekleştirilmiş, maddeye şu iki fıkra eklenmiştir:

“Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir”. “Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir”.

Böylece, Danıştay’ın bu konudaki yargılama yetkisi oldukça daraltılmış, ayrıca Danıştay’ın düzenlendiği 155. Maddede de yine aynı kanunla değişiklik yapılarak, imtiyaz sözleşmelerinin yapılması sürecinde Danıştay’ın işlemin yetki unsuruna ilişkin mevcut “inceleme” görevi “görüş bildirme” olarak değiştirilmiştir:

“Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir”.

Anayasal düzeyde Danıştay’ın görevlerinde gerçekleştirilen bu daralmanın, Anayasa mahkemesinin “kamu hizmeti” ne ilişkin yaklaşımından kaynaklandığı gözlenmektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi, 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun”un 5. Maddesinin iptaline ilişkin davada iptal kararı verirken, şu gerekçeye dayanmıştır;

“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”.

Yani Anayasa mahkemesi, kamu hizmeti kavramının içeriğinin belirlenmesinde “maddi ölçütü” benimsemiş, Anayasa tarafından (m.155) Danıştay’a verilen “imtiyaz sözleşmelerini inceleme” görevinin yasalardaki niteliklemlerle devre dışı bırakılmayacağını bu kararı ile belirtmiş olmaktadır.

İptal davasına konu kanunun 5. Maddesinde;” Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir” düzenlemesi yer almakta idi.

Anayasa mahkemesi, bu kararıyla; “bir sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıyıp taşımadığına, dolayısıyla da bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığına kanunla (5. Madde ile) yetkilendirilen “Yüksek Planlama Kurulu değil, Anayasanın 155. Maddesi gereği Danıştay yetkilidir” demiş olmakta ve bu nedenle kanunun 5. Maddesini Anayasaya aykırı bulmaktadır. Yasama Organınca; sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak Yap-İşlet- Devret Sözleşmelerinin önünde bir engel olarak görülen Anayasanın 155.maddesi değiştirilerek, Danıştay’ın “inceleme” görevinin “görüş bildirme” şekline dönüştürülmesi suretiyle “yap-işlet-devret” sözleşmelerinin Anayasal bir engelle karşılaşılmaksızın yapılabilmesinin önü böylece açılmış olmaktadır. Ayrıca, Anayasanın 47. Maddesinde yapılan değişiklik, Yap-İşlet-Devret Modeli’ne Anayasal alt yapı kazandırılmış, hukuksal statüsü iyice tahkim edilmiştir.

Böylece; imtiyaz usulünün yerine ikame edilen “yap-işlet devret” modeli ve bu modelin daha üst versiyonu olan “müşteri garantili yap-işlet-devret” modeli; iktisadi devlet teşekküllerinin özelleştirilmesi uygulaması ve ruhsat usulünün yanı sıra özellikle elektronik haberleşme sektöründe uygulanmaya başlanan “yetkilendirme” modeli gibi modellerle, kamu hizmeti nitelikli faaliyetlerin özel kişilere gördürülmesinden ve genel olarak devletin küçülerek hassas ekonomik alanları düzenlemekle yetinmesi gerektiği yaklaşımından kaynaklanan “minimal devlet” anlayışı sonucunda, öncesinde ABD ve devamında Avrupa ülkelerinde oluşturulan Bağımsız İdari Otoriteler (independent agencies), 1990’lı yıllarda ülkemizde de kuruldu.

Bu kuruluşlara yasayla sonraları “Düzenleyici-Denetleyici Kurullar” adı verildi.

Sonuç Olarak;

Kamu Hizmetlerinin geleneksel kapsamı, yaşam hakkına ilişkin temel ihtiyaçlardan(beslenme, barınma, güvenlik) iken, daha yakın çağlarda buna yaşama hakkının bir diğer görünümü olan sağlık kamu hizmeti ve sonraları eğitim kamu hizmeti(ilköğretimin zorunlu ve bedava(meccani) olması yoluyla) eklenmiş; öncesinde, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin de beslediği siyasal ortamda gelişen Liberal Devlet anlayışının İkinci Dünya Savaşı sonrasında Sosyal Devlet Anlayışına dönüşmesi ile birlikte Devlet tarafından üstlenilen kamu hizmetlerinde önceki dönemlerle kıyaslanamayacak ölçüde büyük bir çeşitlilik görülmüştür.

Kamu Hizmeti teorisinin güç kazandığı, Kamu Hizmetinin Devletin adeta varlık nedeni ve zorunlu bir unsuru olarak görüldüğü, İdare Hukukunun Kamu Hizmetinin hukuku olarak nitelendiği 19. Yüzyılda, kamu hizmetinin; süreklilik, değişkenlik (ihtiyaçlara uygunluk), eşitlik ve meccanilik (bedavalık) gibi unsurlardan oluştuğu kabul edilmiştir. Hatta bu meccanilik özelliği, bazı kamu hizmetlerinin isminde de yer almıştır. Örneğin; Parasız Yatılı Devlet okulları “Leyli Meccani” olarak anılmıştır.

Zaman içinde ortaya çıkan İktisadi Kamu Hizmetlerinde, hizmetten yararlananlardan belli bir bedel alınması benimsenmiş, ancak bu bedelin belirlenmesinde karı da içeren “piyasa fiyatı” değil, meccanilik ilkesinin bu alandaki bir yansıması olarak en fazla “maliyet” unsurunun karşılanması ya da “maliyete katılma” ölçütünden hareket edilmiş, bu tür hizmetler dolayısıyla kamu üzerinde kalan zarar kısımları da “görev zararı” olarak Genel Bütçeden finanse edilmiştir.

1970’li yılların sonunda ortaya çıkan “Küreselleşme” söyleminin etkisiyle Devletin rolünün “kamu hizmeti üreten” devletten, “piyasayı denetleyen devlet” modeline doğru evrilmesinin ülkemizdeki yansımaları da daha 1983’lerden itibaren ülkemizde de görülmüş; iktisat teorilerinde yapılan “minimal devlet, piyasa dostu devlet” gibi isimlendirmelerin İdare Hukuku ve Kamu Hizmeti alanındaki yansımaları; özelleştirmeler, yap-işlet-devret, yetkilendirme ve ruhsat yöntemlerindeki yaşanan artışlar sayesinde, kamu hizmeti nitelikli birçok faaliyet, piyasa fiyatı üzerinden sunulur olmuştur. Artık, kamu hizmetinin “meccanilik” özelliğinin, saf şekliyle ve kapsam olarak gitgide azalan bir alanda varlığını sürdürdüğü gözlenmektedir.

Bilindiği üzere, bir kamu hizmetinin doğrudan idare tarafından (kendi personel ve imkanları ile) yürütülmesine “emanet usulü” denmekte ve kamu hizmetlerinin sunulmasında olağan usul olarak emanet usulü uygulanmakta idi. Bazı hizmetlerin bir idari sözleşme ile özel kişilere gördürülmesi usulü de, eskiden beri bilinen bir usul idi. Ama bu genellikle, bir müteşebbisin hasar ve zararı kendisine ait olmak üzere tekel nitelikli bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi ya da kurulmuş bir hizmetin sadece işletilmesi anlamına gelen İmtiyaz yöntemi ile yapılmakta idi. İdarenin, bu yöntemin uygulanması sürecinde de kamu yararı için kullanabileceği yasal bazı üstün yetkileri mevcut idi. Bir hizmetin bu yolla özel sektöre verilmesi de dosyasının Danıştay incelemesinden geçmesi ve bu incelemenin olumlu sonuçlanmasına bağlanmıştı. Çünkü, yakın tarihimizdeki Düyun-u Umumiye döneminin acı hatıraları yönetsel kodlarımızda bir reaksiyon olarak mevcut olmaya devam ediyordu.

Bu geleneksel yöntem (imtiyaz usulü), bazı kanunlarda mevcut ve bu nedenle de uygulanması teorik olarak mümkün olmakla birlikte, pratikte daha çok yap-işlet-devret, Yap İşlet, Kamu Özel Ortaklığı gibi yöntemler uygulanmaktadır. Birçok proje de “müşteri garantili” olarak uygulanmakta ve fizibilite hesap hataları yüzünden ulusal israfa ve haksız kaynak aktarımına neden olabilmektedir.

Özellikle iktisadi nitelikli hizmetlerin çeşitli yöntemlerle özel sektöre gördürülmesinin, bu hizmetlerin kendi kendini finanse etmesi anlamına geldiği, bu nedenle de Genel Bütçe üzerindeki doğrudan ya da Görev Zararı şeklinde ortaya çıkan yüklerinin kalktığı, bu yönleriyle kamu yararına yöntemler olduğu öne sürülebilir. Ancak, özellikle müşteri garantili yap-işlet-devret yöntemlerinde, çoğu kez yeterli müşteri sağlanamaması nedeniyle Genel Bütçeye büyük yükler oluşturduğu şeklinde haklı tenkitler de söz konusudur.

İkinci olarak, kurulmuş tesislerin özelleştirilmesinde, ihalelerde yeterli rekabet ortamı sağlanamaması nedeniyle ortaya çıkan bedellerin yetersizliği ve bu sebeple kamu zararına yol açıldığı yolunda da ciddi eleştirilerle karşılaşmaktadır.

Görüldüğü üzere, Montesque'nin belirttiği üzere, tıpkı hukuksal metinlerin sihirli değnekler olmayışı ve önemli olanın uygulayıcıların niteliği (iyi-kötü) olması gibi, kamu hizmetinin sunulmasında da hiçbir yöntem başlı başına iyi veya kötü değildir.

“Kamu Hizmeti” kavramı üzerinden yaptığımız tarihsel yolculuğun sonunda, şunu net olarak söyleyebiliriz: Devletler, küresel ekonomiye katkı sunmak amacıyla değil, yurttaşlarına hizmet sunmak amacıyla var olmuşlardır. Bu nedenle, varoluşsal amaca en uygun nitelemeyi hak eden Sosyal Devlet anlayışından uzaklaşılmalı ve çağın gerekliliklerine uygun temel kamu hizmetlerinin Emanet yöntemi ile doğrudan kamu eliyle üretilmesi ve sunulması uygulamasına devam edilmelidir. Hizmeti yürütecek kamu görevlileri de, kamu yararının gerektiği kararları vermekten kendilerini alıkoyacak dışsal etkilere direnebilmelerini sağlayacak güvencelerle donatılmalıdırlar.

KAMU HİZMETLERİNE GİRME HAKKI²¹¹

Mustafa Avcı*

Anayasanın 70.maddesinde yer alan “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir” düzenlemesiyle kamu görevliliğine alınmanın hak olduğu ifade edilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 21.maddesinin 2.fikrasında kamu görevliliğine girme ile ilgili olarak, “Herkes ülkesinin kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir” hükmü yer almaktadır. Aynı şekilde Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 25.maddesinin ‘c’ bendinde kamu görevliliğine girme şu şekilde düzenlenmiştir: “Her vatandaş hiçbir ayırım ve makul olmayan kısıtlama yapılmaksızın genel eşitlik şartları içinde, ülkesinin kamu hizmetlerine girme hak ve imkânına sahiptir”. İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmede (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) ise, kamu hizmetine girme hakkı düzenlenmemiştir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenmiş olan bir başka temel hakkın²¹² ihlâl edilmesi suretiyle kamu hizmetine girme hakkının engellenmesi söz konusu olduğunda, bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından incelenebilir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kamu hizmetine girme hakkı ile ilgili olarak, ‘siyasi ifade’ nedeniyle memuriyet yasağı uygulanmasının, sözleşmenin 10.maddesinde düzenlenmiş olan ‘ifade özgürlüğünü’ ihlâl ettiğine karar vermiştir²¹³. Kısaca belirtmek gerekirse; Anayasa ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerde yer alan kurallar, bütün düzenlemelerde olduğu gibi, kamu görevliliğine alınma usûlüne ilişkin düzenlemelerde de esas alınmalıdır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 70.maddesinde yer alan ‘kamu hizmetine girme’ kavramından ne anlaşılması gerektiğini bir kararında, “idare hukuku esaslarına göre Devlet memuriyetine girmek” olarak belirtmiştir. Ancak kamu hizmetine girme kavramını sadece Devlet memurluğuna girme ile sınırlandırmak idare hukuku açısından doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Çünkü Anayasanın 128.maddesinde Devlet memurlarının yanında ‘diğer kamu görevlileri’ de yer almaktadır. Dolayısıyla, idare hukuku esaslarına göre istihdam edilen diğer kamu görevlileri de Anayasanın 70.maddesinde ifade edilen ‘kamu hizmetine girme’ kavramı içinde kabul etmek gerekir.

Anayasanın 70.maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen, “Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez” kuralı, kamu görevliliğine girişteki liyakat ilkesi ifade eder. Kamu hizmetlerine en yetenekli kişilerin girmesini sağlamaya yönelik bir ilke olan liyakat ilkesi²¹⁴, herkese açık olarak yapılan yarışma sınavı ile gerçekleşir. Bu noktada sözlü sınavlar sorunu karşımıza çıkmaktadır. Sözlü sınav sorularının önceden belirlenmesi ve adaylara kura çekme yöntemiyle sorulması gerekir. Sözlü sınavın kayda alınmasının ve sınav evrakı gibi saklanması mevzuat ile düzenlenmesi, sözlü sınavın kayda alınmaması veya saklanmaması hâlinde, iptal edilmesine hukuki gerekçe oluşturacaktır. Sözlü sınavda başarısız sayılma işleminin yargısal denetimini kolaylaştıracak altyapının bütün unsurlarıyla oluşturulmasını sağlamak, hukuka bağlı idarenin görevidir.

²¹¹BU ÖZET, YAZARIN KENDİ ESERİ OLAN (MUSTAFA AVCI) DMK KAPSAMINDA KAMU GÖREVLİLİĞİNE GİRİŞ YETKİN YAYINEVİ ANKARA 2009 DEN DERLENMİŞ VE ALINMIŞTIR.

²¹²AYNI BAKINIZ. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14.maddesinde düzenlenmiş olan ayırımçılık yasağı, 10.maddesinde düzenlenmiş olan ifade özgürlüğü gibi. Bakınız. <http://ihami.anadolu.edu.tr>. E.T.12.12.2008.

²¹³AYNI BAKINIZ. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ‘Vogt’ Kararı. Karar Tarihi:26.09.1995. Karar Sıra No:526. Başvuru No:17851/91. Bakınız. <http://ihami.anadolu.edu.tr>. E.T.12.12.2008.

²¹⁴AYNI BAKINIZ. Cemal MIHÇIOĞLU. “Türkiye’de Memuriyete Girişte Liyakat Prensibi”. **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**. C.XIII. S.1-2. Ankara. (Y.1958). s.110-116.

**KAMU HİZMETİNİN DEĞİŞKENLİĞİ İLKESİ BAĞLAMINDA
AKILLI POLİSLİK UYGULAMALARI**

SMART POLICING APPLICATIONS IN THE CONTEXT OF THE PRINCIPLE OF VARIABILITY OF PUBLIC SERVICE

Begüm İSBİR*

ÖZET

İdarenin varlık amacı, devletin üstün ve kapsayıcı gücünün tezahürü olarak idari faaliyetlerin kamu gücü marifetiyle yerine getirilmesidir. İdari faaliyetlerden en önemlileri de kamu hizmeti ve kolluk faaliyetleridir. Kolluk, geniş anlamda kamu hizmetinin kapsamında yer alır.

Polis, genel kolluğun önemli bir unsurudur. Bu anlamda kamu düzeninin tüm öğelerini bir arada gerçekleştirmeyi amaç edinmiştir. Dolayısıyla kamu hizmetinin değişkenliği ilkesinin uygulanabilmesi açısından polislik, çağın değişen koşullarına uygun olarak gözden geçirilmeli; yeniliklerle desteklenen polislik faaliyetleriyle mesleki riskten kaynaklı zararlar (personel açısından) ile kolluk faaliyetinden kaynaklanan zararlar (hem personel hem vatandaş açısından) en aza indirgenebilir. Bu açıdan kamu hizmetinin değişkenliği ilkesinin kolluk açısından da uygulanması kaçınılmazdır. Bu çalışma, günümüz yapay zekâ teknolojisinin polisliğe uygulanmasını destekleyen görüşten hareket etmektedir. Yapay zekânın polislikte uygulanmasına dair sınırların olup olmadığı, akıllı polislik uygulamaları için hukuki dayanağa ihtiyaç duyulup duyulmadığı, esas tartışma konularıdır.

ANAHTAR KELİMELER: Akıllı Polislik, Yapay Zekâ, Kamu Hizmeti, Değişkenlik İlkesi, Öngörücü Polislik.

ABSTRACT

The purpose of the administration's existence is to carry out administrative activities through public power as a manifestation of the state's superior and encompassing authority. Among the most important administrative activities are public service and law enforcement activities. In a broad sense, law enforcement falls within the scope of public service.

The police are a crucial element of general law enforcement. In this context, the police aim to realize all elements of public order together. Therefore, to apply the principle of variability of public service, policing should be reviewed and supported with innovations in line with the changing conditions of the era; thus, damages resulting from professional risks (for personnel) and damages arising from law enforcement activities (for both personnel and citizens) can be minimized. The principle of variability of public service is inevitably applicable to law enforcement as well. This study is based on the perspective that supports the application of contemporary artificial intelligence technology to policing. The main discussion points are whether there are any limits to the application of artificial intelligence in policing and whether a legal basis is needed for intelligent policing practices

KEYWORDS: Smart Policing, Artificial Intelligence, Smart Application, Public Service, The Principle of Variability, Predictive Policing.

* Doç. Dr., Polis Akademisi Başkanlığı Güvenlik Bilimleri Enstitüsü İdare Hukuku Öğretim Üyesi, E-posta: kevserbegum.isbir@pa.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1487-3879

GİRİŞ

İdare, kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik vazgeçilmez nitelikli kamusal ihtiyaçları, kamu hizmetini yerine getirerek gidermektedir. Üstün ve vazgeçilmez nitelikli kamusal ihtiyaçlardan birisi de kamu düzeninin sağlanmasına yönelik girişilen faaliyetlerdir.

Geniş anlamda kamu hizmeti niteliği taşıyan²¹⁵ ve idari faaliyetlerden birisi olan kolluk, kamu düzenini ve kamu yararını sağlamak için ifa edilir. Kamu hizmeti, genel anlamda çoğunluğun yararı açısından üstün konumda bulunan idari faaliyetleri kapsar. Bu bağlamda kamu hizmetlerinin ifasında bazı ilkelere uygun hareket edilmesi, idare açısından zorunluluktur. Nitekim kamu hukuku rejiminin geçerli olduğu kamu hizmetinde; ilkelere uygun hareket edilmemesi halinde olumsuz sonuçlarla karşılaşılır ve bu durum, idarenin sorumluluğuna neden olur. Kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi, eşitlik ilkesi, bedelsizlik (meccanilik) ilkesi ve değişkenlik ilkesi kamu hizmetlerinin gerek kurulmasında gerekse yürütülmesinde mutlak surette dikkate alınmak zorundadır.

Kamu düzenini gerçekleştirmeyi hedefleyen kamu hizmetinin bir parçası olan kolluk faaliyetlerinde de söz konusu ilkelere uygun hareket edilmesi esastır. Çalışmanın konusunu oluşturan “değişkenlik ilkesinin” kolluk açısından görünümü; değişen koşullara ve çağın gereksinimlerine göre incelenmelidir. Bu açıdan dijital çağın yerini “yapay zekâ çağına” bırakmasıyla birlikte; kolluk faaliyetleri de “akıllı kolluk” veya “yapay zekânın kolluk faaliyetlerinde uygulanması” biçimine dönüşmektedir. Bu açıdan önemli olan; kolluk faaliyetlerinin ifasında ne kadar oranda yapay zekâyâ başvurulabileceğidir? Diğer bir ifadeyle idare, kolluk faaliyetlerinin tamamında yapay zekâdan yararlanabilir mi? İdari kollukta mı yapay zekâyâ başvurmak olumlu neticeler meydana getirir; yoksa adli kolluk aşamasında yapay zekâyâ başvurmak; suçun, failin veya delillerin ortaya çıkarılmasında önemli bir rol oynayacak mıdır? Kolluğun yapay zekâyâ başvuracağı hususlar, hukuki dayanağa sahip midir? Hukuki dayanak olmaksızın yapay zekânın kollukta uygulanması ne gibi sonuçlar meydana getirir? Polisin yapay zekâdan yararlanmasına yönelik Dünya’da ve Türkiye’de ne gibi adımlar atılmıştır? Çalışmada söz konusu sorulara yanıt aranmaktadır.

I. KAMU HİZMETİNİN DEĞİŞKENLİĞİ İLKESİ

“Değişmeyen tek şey değişimin kendisidir” ifadesi, antik Yunan filozofu Herakleitos’a atfedilen ünlü bir sözdür. Bu söz, evrende sabit ve durağan olan hiçbir şeyin olmadığını, her şeyin sürekli bir değişim içinde olduğunu vurgular.

Herakleitos, her şeyin sürekli bir akış ve dönüşüm halinde olduğunu, dolayısıyla değişimin evrenin temel bir yasası olduğunu ifade etmeye çalışmıştır. Bu düşünce birkaç temel noktayı içerir; değişimde süreklilik, değişimin kaçınılmazlığı ve dinamizm. Her şey zaman içinde değişir; hiçbir şey aynı kalmaz²¹⁶. Bu, doğadaki, toplumdaki ve bireylerin yaşamlarındaki sürekli değişimi ifade eder. Değişim, engellenemez ve kaçınılmaz bir süreçtir. İlerleme veya gerileme, yenilik veya bozulma gibi farklı şekillerde gerçekleşebilir, ancak her durumda değişim kaçınılmazdır. Evrenin ve yaşamın dinamik ve sürekli hareket halinde olduğunu vurgular. Bu, durağanlık veya sabitliğin sadece geçici bir durum olabileceğini gösterir.

Herakleitos’un bu görüşü, felsefi, bilimsel ve kültürel birçok alanda etkili olmuş ve değişim kavramının anlaşılmasına yönelik önemli bir perspektif sunmuştur. Bu düşünce, modern çağda da geçerliliğini korumakta ve değişimin kaçınılmazlığını hatırlatmaktadır. Bu düşünceden hareketle, kamu hizmetinin ve dolayısıyla kolluk faaliyetlerinin de değişimi kaçınılmazdır. Dinamik alanda yürütülen kolluk faaliyetleri; temel hak ve özgürlükleri doğrudan etkileyen özelliği nedeniyle çağın gereksinimlerine uygun değişime ayak uydurmalıdır.

Değişmek, hayat koşulları içerisinde zordur. Nitekim konfor alanından çıkılması anlamına gelir.

²¹⁵Ali Ulusoy, Türk İdare Hukuku, 5. B., Ankara 2022, s. 497; Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, 6. B., Ankara 2018, s. 656.

²¹⁶Söz konusu değişim, ateş metaforu ile ifade edilmektedir. Buna göre ateş de sönmeyen sürekli şekil değiştirerek yanmaya devam eder. Dolayısıyla değişim ve dönüşüm de ateşe benzemektedir. Bkz. Nuray Bayat Usta/İlyas Altuner, “Herakleitos Felsefesinin Temel Kavramları,” (İğdir Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2020, S. 23, s. 87-106), s.93.

Kişisel açıdan bir insanın değişmesi, fiziksel veya duygusal olabilir. Ancak bir süreci gerektirir. İdare açısından değişim; farklı bir anlam taşır. Zira idarenin “değişim hamlelerinde” bundan etkilenecek çoğunluk, olumlu ve olumsuz sonuçlara maruz kalabilir. Dolayısıyla değişimin idare tarafından kontrollü ve hukuka uygun zeminde gerçekleştirilmesi; olumsuzlukları azaltır.

Kamusal ihtiyaçların hızlı şekilde değiştiği günümüzde; idarenin değişime ayak uydurması, “kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesinin” gereğidir. Değişim, genellikle ilerleme ve gelişim için gerekli görülür. Ancak, her değişim olumlu sonuçlar doğurmayabilir ve bazı değişimler zorluklar ve uyum sorunları da getirebilir. Kamu hizmetleri, toplumsal ihtiyaçlar ve gelişen teknolojiye uyarlanmalıdır. Bu uyarlanma sırasında nesnellik esastır²¹⁷. Modern hale getirilen kamu hizmetleri; değişkenlik ilkesi ile sadece «kamusal ihtiyacın karşılanma şeklinin» değişmesini değil; aynı zamanda kamu hizmetinin sunulma biçimini, yürütülmesini, ortaya çıkan kamu yararının etkisini de değiştirmektedir. Nitekim kamu hizmetlerinin içeriği ve yoğunluğu hususundaki istikrar, hizmetin çağın gereklerine uygun hale getirilmesiyle mümkündür²¹⁸.

Kamu hizmetinin değişkenliği ilkesi, «uyarlanma, uyum, değişebilirlik» ilkesi şeklinde de ifade edilmektedir. Değişkenlik ilkesi; kamu hizmetlerinin yürütülme koşullarının aynı kalmayarak; kamusal ihtiyaçlara, değişen teknolojiye uygun hale getirilmesidir. Söz konusu ilke, sadece kamu hizmeti ilkesi midir yoksa evrensel anlamda bir hukukun genel ilkesi olarak kabul edilebilir mi? Bu soruya verilen yanıt, ilkenin uygulanabilirliği ile hukukun genel ilkesi kavramının tanımı arasındaki bağlantıya göre değişir. Her şeyden önce değişkenlik, hukukun bütününde yer alır. Diğer bir ifadeyle hukukun hangi alanı olursa olsun (kamu hukuku veya özel hukuk) kurallar, uygulama, hukuki beklentiler, toplumsal ihtiyaçlar dinamikler ve değişim kaçınılmazdır. Hukukun genel ilkesi, pacta sunt servanda, hakkaniyet ilkesi, savunma hakkı gibi medeni milletler tarafından kabul edilen ilkeleri ifade eder²¹⁹. Hukuk kurallarının her yerde her zaman tartışmasız şekilde kabul gördüğü ilkelere “hukukun genel (evrensel) ilkeleri” denir²²⁰. Ancak hukuk kurallarının değişkenliği ile kamu hizmetlerinin değişkenliği hususları birbirinden farklıdır. Her ne kadar bir görüşe göre kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesi, hukukun genel ilkesi gibi kabul edilse de²²¹, kanaatimizce bu ilkenin idari faaliyetlerle sınırlı olarak uygulanabilen ilke olduğu açıktır. Çünkü idare hukukunun “millilik” özelliği, ülkeden ülkeye idare hukukunun kaynaklarının, kabul edilen idari faaliyetlerinin çeşitliliğini, içeriğini, kamu hizmetlerinin görülüş usullerindeki farklılıkları etkiler. Dolayısıyla bir ülkedeki kamu hizmeti anlayışı ile diğer ülkedeki kamu hizmeti anlayışı birbirinden farklı unsurlar içerebilir. Bu durum, değişkenlik ilkesine de yansır. Son tahlilde, kamu hizmetinin değişkenliği ilkesi, hukukun genel ilkesinden ziyade, idare hukukunda kamu hizmeti, kolluk gibi sürekli ve düzenli idari faaliyetlerde uygulanabilen bir ilkedir.

Türk Hukuku’nda değişkenlik ilkesinin anayasa koyucu tarafından hukuki bir sınıra tabi olduğu unutulmamalıdır. 1982 Anayasası’nın 65. Maddesi’ne göre; «Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözetenek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir”. Devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde birtakım hizmetleri gözden geçirmesi; devlete geniş bir takdir yetkisi tanındığına işaret eder. Bu bağlamda idarenin kamu hizmetinin değişkenliği ilkesini uygularken takdir yetkisi oldukça geniş tutulmuştur. Bu durum gelecekte, kamu hizmetlerinin modernleştirilmemesi, hizmetin gereği gibi yürütülememesi gibi olumsuzluklara sebep olabilir.

Öte yandan idare, mali kaynaklarının yetersizliğini öne sürerek kamu hizmetlerinin modern hale getirilmesini erteleyebilir, geciktirebilir veya bu yükümlülüğünün olmadığını ileri sürebilir. Bu durum doktrinde “ortalama ölçütlere ayak uydurmak, sosyal düzeyi düşünmek” şeklinde yorumlansa da gerçekçi olmayan, sakıncalı bir durum sayılmalıdır²²².

²¹⁷Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, 34. Bası, Ankara, 2016, s. 295; Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, 7. B., Ankara 2021, s. 565-566.

²¹⁸İlhan Özalp, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004, s. 235-237.

²¹⁹Kemal Gözler, Hukuka Giriş, 16. Bası, Bursa 2019, s. 204.

²²⁰Ender Ethem Atay, Hukuk Başlangıcı, 7. B., Ankara 2019, s. 204.

²²¹Ahmet Bağrıaçık, “Kamu Hizmetinin Uyarlanma İlkesi Üzerine Bir Değerlendirme,” (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2018, C. 26, S. 8, s. 155-183), s. 160.

²²²Özalp, s. 237.

Ancak idarenin salt mali kaynaklarının yetersizliğinden ötürü kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesine aykırı bir uygulama içerisinde olması, uzun vadede, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülememesi, geç yürütülmesi veya kötü yürütülmesi şeklinde tezahür edebilir. Bu durumda “idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan mali sorumluluğu” ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla idarenin sonradan, hizmet kusurundan kaynaklanan zararı tazmin etmesi de idarenin mali açıdan yükümlülük altına girmesine neden olacaktır. Bu durumda idare; kamu hizmetinin değişkenliği ilkesine en baştan uygun hareket etmeyi tercih ederse; sonradan meydana gelebilecek kusur sorumluluğunun önlenmesi sağlanabilir. Bir diğer ifadeyle, idare kamu hizmetini modern hale getirmekten kaçınmaz, bunu erteleyemez ve mali kaynakların yetersizliği sebebiyle bundan vazgeçemez²²³. Nitekim 1982 Anayasası’nın 65. Maddesi’nde yer alan “... bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek...” ibaresi mutlak surette dikkate alınmalıdır.

A. Değişkenlik İlkesinin Çok Boyutluluğu

Kamu hizmetinin değişkenliği ilkesi, kamu hizmetlerinin dinamik ve sürekli değişen toplumsal ihtiyaçlara, teknolojik gelişmelere ve çevresel koşullara uyum sağlaması gerektiğini ifade eder. Bu ilke, kamu hizmetlerinin durağan değil, aksine esnek ve değişime açık olması gerektiğini vurgular. Kamu hizmetinin değişkenliği ilkesinin temel özellikleri şunlardır:

1. Esneklik: Kamu hizmetlerinin, zamanla değişen ihtiyaçlara ve beklentilere göre uyarlanabilir olması.
2. Yenilikçilik: Yeni teknolojilerin ve yöntemlerin uyumu ile kamu hizmetlerinin sürekli olarak geliştirilmesi.
3. Adaptasyon: Sosyal, ekonomik ve teknolojik değişimlere hızlı bir şekilde yanıt verebilme kapasitesi.
4. Etkinlik ve Verimlilik: Değişen koşullara göre kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılması.

Doktrinde kamu hizmetinin değişkenliği ilkesinin iki boyutu olduğu savunulmaktadır²²⁴. Bunlardan ilki; “kazanılmış hak doğurmaması”; ikincisi ise “kamu hizmetinin değişen koşullara uyumlanmasıdır”. Hizmetten yararlananlar açısından, kamu hizmetinin yürütülme koşullarının aynı kalmasını, koşulların aynılığını talep etmek söz konusu değildir. Bu durum, kazanılmış hak doğurmaz²²⁵. Değişikliğin, geleceğe etkili olması söz konusudur. Kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesinin kazanılmış hak doğurmaması; kazanılmış hak kavramının kendisinden hareketle daha iyi izah edilebilir. Kazanılmış hak, bir bireyin veya grubun yasal olarak elde ettiği, tamamlanan ve hukuki yollardan elde edilerek hukuki koruma altına alınmış haklardır. Bu haklar, bireylerin veya grupların belirli eylemler veya durumlar sonucunda tam olarak edindiği ve yasalarda tanımlandığı için koruma altına alınmıştır. Ancak kamu hizmetinin eski koşullarının değiştirilmesi, yenilenmesi, modern hale getirilmesi karşısında hizmetten yararlananlar, kazanılmış hak iddiasında bulunamaz. Çünkü kamu hizmetinin yürütülme amacı, kamusal ihtiyacın giderilerek kamu yararının gerçekleştirilmesidir. Günümüzde etkisini yitiren bir kamusal ihtiyacın, hak doğurması da mantıksız olacaktır.

Kamu hizmetinin kurulması da kanunilik ilkesine tabidir. Ancak değişen koşullara uyumlanması, kanunilik ilkesine aykırı değildir. Zira kamu hizmetinin değişen koşullara uyumlu hale getirilmesi, geleceğe etki eder ve bu hizmetten geçmişte yararlananların; “eski durum veya koşullara göre hizmetten yararlanmayı talep etmesi” söz konusu değildir. Ancak bu konuda Danıştay, kamu hizmetinin değişkenliği ilkesini geniş yorumlayarak; “mevzuat değişikliğinin belirli bir süre daha uygulanmasını, değişkenlik ilkesine aykırı bulmamıştır.”

²²³Metin Günday, İdare Hukuku, 10. B., Ankara 2013, s. 372-373.

²²⁴Kemal Gözler, İdare Hukuku C II, 3. B., Bursa 2019, s. 307.

²²⁵Gözler, s. 309; Turgut Tan, İdare Hukuku, Ankara 2011, s. 356; Atay, İdare Hukuku, s. 565; Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, 5. B., Ankara 2017, s. 236.

Danıştay'ın 17.04.2023 tarihli güncel kararında²²⁶ belirtildiği gibi; Danıştay, kamu hizmetinin değişkenliği ilkesinin «mevzuat değişikliği» açısından uygulanması halinde; eski mevzuatın «sadece belirli ve makul bir süre için uygulanmaya devam etmesini bazı kişilerin isteme haklarının olduğunu» kabul etmektedir. Danıştay'ın söz konusu içtihadı, 1997 tarihli bir diğer kararındaki içtihadını devam ettirdiğini gösterir. 1997 tarihli Danıştay kararında, Lisansüstü Eğitim Yönetmeliği'ndeki yabancı dil sınavı şartı ile ilgili kural değişikliğinin, doktora yeterlilik sınavına girmemiş öğrenciler açısından uygulanabileceğine dair kuralı hukuka uygun bulmuştur²²⁷. Danıştay'ın söz konusu içtihatlarının gerekçeden yoksun olmasının yanısıra kamu hizmetlerinin değişen koşullara uyarlanmasıyla ilgili olarak kişilerin idareden mevzuat değişikliğine karşı dava açma haklarını kullanmalarının kısıtlandığını ileri süren görüş de rastlanmaktadır²²⁸.

B. Değişkenlik İlkesine Duyulan Gereksinim

İdare, kendi içerisinde bir işleyişe sahiptir. İdarenin işleyişi, sürekli ve düzenli olmanın yanında toplumun gelişimine bağlı olarak değişim geçirmek zorundadır²²⁹. Bu bağlamda kamu değişkenlik ilkesi; kamu hizmetlerinin toplumun güncel ihtiyaçlarını karşılamak üzere sürekli olarak gözden geçirilmesi ve iyileştirilmesi gerektiğini ifade eder. Bu yönüyle ilke, kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesinin bir uzantısı şeklinde de yorumlanmıştır²³⁰. Özellikle hızla değişen teknoloji ve bilgi çağında, bu ilkenin uygulanması, kamu hizmetlerinin kalitesini ve etkinliğini artırmak için kritik öneme sahiptir. Bu anlamda değişen, kamu hizmetinin varlık sebebinin oluşturduğu ortak ve genel ihtiyaç değil, bu ihtiyacın giderilme şeklidir²³¹.

Geçmişte kamusal ihtiyaç ile ilgili kavram tartışmalarına bakıldığında Fransız Maliyecisi G. Jéze, “En aza indirgenmiş harcamalar vardır, onları da karşılamak gerekir” demiştir; ancak günümüzce bu durumun uygulanabilirliği kalmamıştır²³². Çünkü idarenin kamu hizmeti anlayışı günümüzde tamamen değişime uğramıştır.

Bir kamusal ihtiyaç, çağın gereksinimlerine uymuyorsa kanun koyucu tarafından ortadan kaldırılabilir, yerine başka bir kamusal ihtiyacın tatminine yönelik bir uyum süreci gerçekleştirilebilir. Diğer yandan kamusal ihtiyacın tamamen değiştirilmesi yerine, kamusal ihtiyacın gözden geçirilerek yaşanan döneme uyumlu hale getirilmesi de söz konusu olabilir. Bu durumda kamu hizmetlerinden yararlananlar, kamusal ihtiyaçtaki değişimlerin eski halinde kalmasını talep etme hakkı söz konusu değildir. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin uyarlanması hususunda idarenin takdir yetkisi vardır²³³. İdare, kamu yararı amacıyla ve kamu hizmetinin gerekliliklerini dikkate alarak bu takdir yetkisini kullanmalıdır.

Değişkenlik ve uyarlanma kendisini sadece kamusal ihtiyaçlarla ilgili göstermez. İdari faaliyetlerin yürütülmesinde görev alan kamu görevlilerinin görev yerlerinin değişmesi de bu ilke ile ilişkilendirilebilir. Özellikle sözleşmeli personelin istihdam edilmesi ile ilgili 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan hüküm, kamu hizmetinin değişkenliği ilkesinin bir yansımasıdır²³⁴.

C. Değişkenlik İlkesine Uygun Hareket Edilmemesinin Sonuçları

Değişkenlik ilkesi, idarenin kamu hizmetlerini yürütürken; değişen koşulları takip etmesine ilişkin bit yükümlülük yükler. Bu açıdan idare; sadece ulusal koşulları değil; aynı zamanda evrensel anlamda kamu hizmetlerinin hangi koşullara uyumlandığını takip yükümlülüğü altındadır.

²²⁶D.13. D., E.2022/1036, K. 2023/1912, T. 17.04.2023: www.lexpera.com.tr (erişim: 02.05.2024).

²²⁷D.8.D., E. 1996/3847, K. 1997/2153, T. 17.06.1997 www.lexpera.com.tr (erişim: 02.05.2024).

²²⁸Ulusoy, s. 541.

²²⁹Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 240.

²³⁰Özay, s. 235; Tan, s. 355.

²³¹Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 9. B., Ankara 2018, s. 533.

²³²Nuri Burhan, “İhtiyaç Kavramı Üzerine Düşünceler ve Kamu Ekonomisi,” (C.O. Tütengil'e Armağan, C.3, s. 17-34), s. 31.

²³³Oğuz Sancakdar, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Ankara 2011, s. 453.

²³⁴Anur Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 2. B., Ankara 2002, s. 226; Atay, s. 566.

Kolluk faaliyetlerinde de idarenin; faaliyeti, personeli, faaliyetin yürütülmesinde kullanılan kamusal malları değişen koşullara uyarlaması, idarenin kamusal ihtiyaçlardaki değişimi takip etmesine ilişkin kendisine yükümlülük yükler. Bu durumda, değişen koşullara uyumlandırılmayan kamu hizmetinin, «kötü yürütülmesi, hiç yürütülmemesi, geç yürütülmesi» gibi olasılıklardan dolayı hizmet kusurunun meydana gelmesi söz konusu olur. Kamu hizmeti, değişkenlik ilkesine göre yeniden düzenlenmezse; idarenin yeterli özen ve dikkati göstermemesinden dolayı sorumluluğu doğabilir. Bundan dolayı idare, kamu hizmetini, değişen koşullara uyarlamak zorundadır.

II. DEĞİŞKENLİK İLKESİNİN KOLLUKTA UYGULANMASI

Kolluk, kamu düzenini²³⁵ sağlamaya yönelik bir kamu hizmeti faaliyetidir²³⁶. Bazı kamu hizmetleri bakımından içeriğe yönelik olarak idarenin, kamu hizmeti denetiminin başka nitelikte, kolluk denetiminin başka nitelikte olduğu sonucuna varmak hukuken doğru bir yaklaşım değildir²³⁷. Dolayısıyla kamu hizmeti ile kolluk faaliyetleri özü itibarıyla birbiri ile doğrudan ilişkili idari faaliyetlerdir.

İdarenin faaliyetleri, genel olarak «kamu hizmetleri ve kolluk faaliyetleri» olarak ikiye ayrılır. Kolluk faaliyetleri de kamu hizmetinin bir parçasıdır. Bir diğer ifadeyle kolluk; kamu hizmetinin, kamu düzenini sağlamayı amaç edinen faaliyet alanıdır. Aynı zamanda kolluk, hem personeli hem de teşkilat ile faaliyetleri birlikte ifade eden kavramdır²³⁸.

Kolluk faaliyetleri, tek yanlı idari işlemlerle yürütülen kamu hizmeti örneğidir. Diğer yandan kolluk faaliyetlerindeki birçok idari işlem, yararlandırıcıdan ziyade yükümlendirici türdedir. Zira kolluk, kamu düzenini sağlamayı amaç edinen idari işlemlerde genellikle; bir kurala uyulmamasından kaynaklanan, ilgili kanunda yer alan yaptırımların uygulanması yoluna gider. Örneğin; imar mevzuatına aykırı bir bina ile ilgili yıkım kararı verilmesi, yükümlendirici bir kolluk işlemidir. Kamu düzeninin “kent estetiği ve güvenliği” açısından sağlanmasına yöneliktir.

Kolluğun amacı, kamu düzeni unsurlarının sağlanması veya bozulan kamu düzeni unsurlarının yeniden tesisidir. Bu durumda; kamu düzeni unsurlarının korunması veya yeniden tesisinin; «kamu hizmetinin değişkenliği ilkesi» gereğince gözden geçirilmesi; «kolluk faaliyetinin kalitesini, sunulma hızını artırır».

Kamu düzenini sağlamayı amaçlayan kolluk faaliyetleri yürütülürken; koşulların aynı kalmamasından kaynaklanan sorunlar ortaya çıkabilir. Örneğin; son yıllarda artan siber suçlarla mücadelede eski teknolojik cihazlarla denetim yapılması, olumlu sonuçlar vermeyebilir. Bundan dolayı, kamu hizmetinin değişkenliği ilkesinin kollukta da uygulanması kaçınılmazdır. Kolluk faaliyetlerinin değişen koşullara, teknolojiye ve çağın gereksinimlerine uygun hale getirilmesi, hem kolluk makamlarının hem kolluk personelinin esaslı vazifelerindedir. Genel kolluk içerisinde polis, jandarma, sahil güvenlik, çarşı ve mahalle bekçileri ile tümünün bağlı bulunduğu İçişleri Bakanlığı'nın kolluğun teçhizat ve her türlü donanımının çağın gereksinimlerine uygun hale getirilmesi esastır. Değişkenlik ilkesi; genel kolluk olan «polis» açısından nasıl uygulanır? Dijitalleşmeden akıllı uygulamalara geçilen günümüzde; kolluk faaliyetlerinin hızlandırılması, özellikle siber suçlarla mücadelede yeni yöntemlere başvurulması, kolluk faaliyetinden beklenen etkiyi arttıracaktır.

²³⁵Kamu düzeni; genel güvenlik, genel sağlık, genel ahlak, dirlik ve esenlik unsurlarından oluşur. Modern kamu düzeni kavramı söz konusuysa; “kent ve çevre estetiğinin korunması, insan onurunun korunması, kişinin kendisine karşı korunması” unsurlarının da eklenmesi söz konusudur.

²³⁶Genel anlamda kolluk, sözcük anlamı itibarıyla; «korumak, kollamak» anlamına gelir. Bkz. Ulusoy, s. 562.

²³⁷Sedat Çal, “Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler,” s. 1-96, s.51 <https://www.idare.gen.tr/cal-kh-dusunceler.pdf> (erişim: 14.06.2024)

²³⁸Duran, s. 287.

A. Kolluk Faaliyetlerinde Polisin Rolü: Genel Güvenliğin Tesisi ve Korunması

“Polis” sözcüğü, etimolojik anlamda Yunanca’dan dilimize geçiş yaparak ve küçük site devletlerini ifade etmek üzere kullanılmıştır²³⁹.

Günümüzde ise polis, kolluk faaliyetlerini yerine getirmek üzere iç güvenlik, sağlık, dirlik-düzen, çeşitli saldırılardan kişileri ve mallarını korumak maksadıyla oluşturulan teşkilatı ve personeli ifade etmektedir.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu’nun²⁴⁰ 1. Maddesi’ne göre: «Polis, asayiş amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur.

Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder.

Yardım isteyenlerle yardıma muhtaç olan çocuk, alil ve acizlere muavenet eder. Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve ilgili mevzuatın kendisine verdiği vazifeleri yapar».

Polisin görevine ilişkin Gazi Mustafa Kemal Atatürk’ün önemli bir tespiti söz konusudur. Buna göre: «Çünkü herkes biliyor ve bilmelidir ki polis kuvvetleri; vatandaşlara huzur ve sükûn temin eden Cumhuriyetin, kanuna ve Medeniyet düşmanlarına karşı kullandığı bir kalkandır». Atatürk’ün vurguladığı esaslı nokta; polisin “Cumhuriyetin kalkanı olma” vazifesidir.

Anayasa Mahkemesi’nin 1963 tarihli kararında polisin tanımı şöyle yapılmıştır²⁴¹: İç güvenliğin ve kamu düzeninin korunmasını sağlamakla öcevlî zabıta kuvvetlerinden birisi olması itibariyle sadece suçların işlenmesinden sonra failerin yakalanması ile görevli olmayıp kamu düzenine uygun olmayan fiillerin işlenmesinden önce bunu önlemekle de vazifelidir.”

Polisin rolünün anlaşılabilmesi için güvenlik kavramının izahında fayda vardır. Devlet güvenliği (milli güvenlik)²⁴² üst bir kavram olmakla birlikte; dış güvenlik ve iç güvenlik olarak ikiye ayrılır. Dış güvenlik; devletin varlığını devam ettirmek, geliştirmek, kendisini tehdit edebilecek iç ve dış tehlikelere karşı gerekli savunma tedbirlerini almak ve gerekirse zor kullanmaktır. Dış güvenlikten sorumlu olarak; Milli Savunma Bakanlığı’na bağlı Türk Silahlı Kuvvetleri görev yapmaktadır.

İç güvenlik ise milli sınırlar içerisinde vatandaşların huzur ve sükûnunun korunması, kamu düzeni unsurlarının sağlanması hususunda, temel hak ve özgürlüklerin tesisine yönelik koruma ve mücadele faaliyetidir²⁴³. İç güvenliğin sağlanmasında “özgürlük-güvenlik dengesine” riayet etmek önem taşır²⁴⁴. Özgürlük ile güvenlik arasındaki dengenin kurulması ile kamu gücünün temel hak ve özgürlüklerin sınırlarının belirlenmesi ve korunması dengesiyle doğrudan ilişkili olduğu da unutulmamalıdır. İç güvenlik içerisinde öngörülemeyen tehlikelerin bertaraf edilmesi ile yargı içerisindeki tehditlerin de ortadan kaldırılması yer alır²⁴⁵.

İç ve dış güvenliğin sağlanmasında kurumlar arası işbirliği dolayısıyla “güvenlik bürokrasisi” oluşmuştur²⁴⁶. Dolayısıyla güvenlik bürokrasisine dâhil idareler hem Milli Savunma Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Milli Güvenlik Genel Sekreterliği nezdinde yer alır. İlgili bakanlıklara bağlı olarak ise İçişleri Bakanlığı nezdinde Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı; Milli Savunma Bakanlığı nezdinde ise Türk Silahlı Kuvvetleri güvenlik faaliyetini topyekûn yerine getirir. Bu bağlamda Cumhurbaşkanlığı’na bağlı Milli İstihbarat Başkanlığı’nın da güvenlik ve istihbarat hizmetleri ile ilgili görevleri bulunmaktadır.

İç güvenlik ile dış güvenlik arasında doğrudan bir ilişki vardır. Dış güvenliğin sağlanamadığı bir ülkede iç güvenliğin; iç güvenliğin sağlanamadığı bir ülkede de dış güvenliğin sağlanması zorlaşacaktır. Bundan dolayı, her iki faaliyetin birbiriyle uyum içerisinde ve koordineli şekilde yürütülmesi esastır.

²³⁹Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları C III, İstanbul 1966, s. 1476.

²⁴⁰2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, RG. 14.07.1934, Sayı: 2751.

²⁴¹AYM, E. 1963/204, K. 1963/179, T. 08.07.1963, RG. 13.11.1963, Sayı: 11554.

²⁴²Milli güvenlik, ülkenin içteki ve dıştaki tehdit unsurlarına karşı korunmasını ifade etmektedir. Bkz. Atay, İdare Hukuku, s. 614.

²⁴³Yavuz Türkgenci, Yapay Zekâ Çağında Güvenlik Stratejilerinin Tasarımı ve Yönetimi, Ankara 2023, s. 103.

²⁴⁴Feridun Yenisey, Kolluk Hukuku, 2. B., İstanbul 2015, s. 1.

²⁴⁵Mehmet Ali Tekiner/Eser Gemici, “Türkiye’nin Mevcut İç Güvenlik Yapısı ve 15 Temmuz Sonrası Yeni Bir Yapılanma Modeli,” (Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 15 Temmuz Özel Sayısı, C.19, s. 15-40), s. 21.

²⁴⁶Türkgenci, s. 103.

Öte yandan dış güvenliğin sağlanması ile ilgili olarak Türk Silahlı Kuvvetlerinin fonksiyonunu azami seviyede icra edebilmesi için; iç güvenliğin tam olarak sağlanması gerekir. Böylece «milli güvenlik ya da devlet güvenliği» hedefine ulaşır.

B. Değişen Dünyada Polis Olmak

Polisin rolü, toplumda güvenliği²⁴⁷ ve düzeni sağlamak, suçları önlemek ve suçluları yakalamaktır. Polis, kamu düzenini sağlamak ve vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini korumak için çeşitli görevleri yerine getirir. Bu görevlerden bazıları; yasadışı faaliyetlerin önlenmesi, suçların önlenmesi ve soruşturulması, afet ve acil durumlarda müdahale edilmesi, toplumsal iletişim sağlanması (toplum destekli polislik), trafik güvenliğinin sağlanması, halkın bilgilendirilmesi, ailenin ve özellikle kadının korunması, adli görevlerin yerine getirilmesidir.

Polis, toplumda huzur ve düzeni sağlamak için çalışır. Toplumsal olaylarda düzeni sağlamak, yasadışı faaliyetleri önlemek ve toplumu korumak bu kapsamda yapılan çalışmalardır. Polis, suçları önleyici tedbirler alır ve meydana gelen suçları soruşturur. Suçluları yakalamak ve adalete teslim etmek polis görevinin önemli bir parçasıdır. Polis, acil durumlarda (örneğin, trafik kazaları, yangınlar, doğal afetler) hızlı müdahale eder ve gerektiğinde ilk yardım hizmeti sağlar. Polis, toplumla sürekli iletişim halinde olmalı ve işbirliği yapmalıdır. Toplumun güvenini kazanmak ve sürdürmek, etkin bir polislik için kritik öneme sahiptir. Toplum destekli polislik uygulamaları, bu iletişimi güçlendirmeyi amaçlar. Polis, trafik düzenini sağlamak ve trafik kurallarına uyulmasını denetlemekle görevlidir. Trafik kazalarını önlemek ve güvenli bir trafik akışı sağlamak için çalışır. Polis, toplumun güvenliği hakkında bilgi verir ve halkı bilinçlendirir. Özellikle çocuklar ve gençler arasında suçları önlemeye yönelik eğitim programları düzenler. Polis, tehdit altında olan kişilere koruma sağlar. Örneğin, aile içi şiddet mağdurlarına destek ve koruma hizmetleri sunar. Diğer yandan polis, adli makamların talimatlarını yerine getirir. Mahkeme celplerini iletme, tutuklama emirlerini yerine getirmek gibi görevleri üstlenir.

Polisin rolü, sadece suçla mücadele etmekle sınırlı değildir; aynı zamanda toplumun genel refahını ve güvenliğini artırmak, toplumsal barışı sağlamak ve korumak için çok çeşitli görevleri içerir. Bu nedenle, polislik hizmetleri sürekli olarak güncellenmeli ve geliştirilmelidir. Özellikle de teknolojinin ve toplumsal dinamiklerin hızla değiştiği günümüzde; polisin etkin ve verimli görev ifa edebilmesi için gerekli teknolojik donanıma ve bilgiye uyumlu hale getirilmesi gerekir. Günümüzde suç türleri hızla değişmektedir. Suçla mücadele; artık “ülkeler arasındaki sınırların ortadan kalktığı bir sahada” söz konusudur. Siber suçlar ve yapay zekâ kullanılarak işlenen suçlarda ülke, vatandaşlık, dil vs. gibi unsurlar önemini yitirmekte; uluslararası koruma mekanizmaları ile işbirliklerine ihtiyaç duyulmaktadır. Dolayısıyla değişen dünyada polislik, sınırları aşmaktadır. Diğer bir ifadeyle, iç güvenliğin, gerekli tedbirler alınmazsa dünyanın herhangi bir ülkesinden siber saldırı yoluyla kolaylıkla ihlâl edilebileceği yenedünya düzeninde; polislikte akıllı uygulamaların sayısının artırılması, yeni güvenlik tehditlerini bertaraf edebilir.

İdari faaliyetlerden özellikle kamu hizmeti ve kolluk, yapay zekâ desteği ile «akıllı kamu hizmeti», «akıllı kolluk, yapay zekâ destekli kolluk» isimlerine kavuşabilir. Hâlihazırda yapay zekâ teknolojisinin kolluk faaliyetlerinde kullanıldığı bilinmektedir. Örneğin; yüz tanıma sistemleri, retinadan güvenlik kodu oluşturma gibi akıllı polislik uygulamaları günümüzde mevcuttur. Ancak ilerleyen süreçte robot polisler, trafiğin robot-yapay zekâ ile yönetilmesi, trafik cezalarının yapay zekâ destekli uygulanması, alkol kontrolüne ilişkin veri tabanının yapay zekâ ile desteklenmesi kolluk faaliyetlerinde karşılaşılabileceğimiz hususlar arasında olacaktır.

²⁴⁷Güvenlik kavramı, çok yönlüdür: Fiziki güvenlik, personel güvenliği, bilgi ve doküman güvenliği, Bkz. Muazzez Şenel/Turhan Şenel, Temel Güvenlik Konularımız, 2. B., Ankara 2018, s. 52.

III. GÜVENLİK VE YAPAY ZEKÂ

Stratejinin belirlenmesi, dengelerin önceden kontrolü için zorunluluktur. Değişen teknoloji, faydalarının yanında; güvenlik stratejilerinin yeniden gözden geçirilmesini de gerekli kılar. Bu hususa “güvenlik stratejisinin tasarımı ve yönetimi” adı verilir²⁴⁸Yapay zekâ, bilgi ile ilgili hedeflere ulaşılabilmesi adına, bilgiyi yorumlama, analiz etme, açıklama, sonuca ulaşma yeteneği kazandırılan, makine tabanlı varlıktır. Bu bağlamda yapay zekâ, algoritma kullanarak analiz yeteneği kazanır²⁴⁹. Günümüzde yapay zekâ, insan gibi öğrenen, konuşan, muhakeme eden, işiten yapıdadır.

Yapay zekâ kavramı ilk kez 1955’te John McCarthy tarafından kullanılmıştır²⁵⁰. Marvin Lee Minsky’e göre yapay zekâ, «İnsan zekâsını gerektiren bir işi yapan makineler üretilmesi bilimidir». Ancak Türk Bilim Adamı Ordinaryus Profesör Cahit Arf’ın «Makineler Düşünebilir mi ve Nasıl Düşünebilir?» varsayımını 1959 yılında yaptığı ve bu konuda araştırmalar yaptığı da açık bir gerçektir. Dolayısıyla Türkiye’nin yapay zekâ araştırmaları hususunda alanında ileri pek çok ülkeye göre erken sayılabilecek bir düşünceye sahip olması gurur vericidir.

Yapay zekânın tarihsel gelişimi; üretimde makineleşmenin yaşandığı 1960’lı yıllardan itibaren, 1990’lı yıllardan günümüze kadar süren “Bilgi Çağı” ile desteklenmiştir. Bilgi Çağı’nda ortaya çıkan internet ve akıllı cihazlar, 2000’li yıllarla birlikte yerini “Endüstri 4.0” a bırakmıştır. Endüstri 4.0 dönemi ile birlikte akıllı makinelerle üretim faaliyetleri üst seviyededir. Ancak 2000’lerden 2024’e geçen sürecin “Trans Human Çağı” olduğunu söylemek mümkündür. Trans Human Çağı, süper yapay zekânın kullanılmasıyla başlamıştır. Süper yapay zekâ, diğer adıyla otonom sistemler, kendi kendine karar verebilen makineleri işaret eder. Güvenlikle ilişkili tehlike de bu noktada ortaya çıkmaktadır. Nitekim otonom sistem, özellikle kendisini koruma mekanizması baskın hale geldiğinde, insanı bir tehdit olarak görebilmektedir.

İdari faaliyetlerin «dijitalleşmesi», günümüzde otonom sistemlerin²⁵¹ devreye girmesiyle yapay zekâ ile desteklenebilir durumdadır. Akıllı sistemlerin bir adım ötesine geçildiği otonom sistemler, tamamen kendi kendine karar verebilen, durum ve koşulları yönetebilen süper yapay zekâyı ifade etmektedir. Akıllı uygulamalar dediğimiz yapay zekâ, otonom sistemlerin bir önceki teknolojisi konumuna gerilemiştir. Bu durumda artık kısa bir süre içerisinde «akıllı kamu hizmetleri», yerini «otonom kamu hizmetlerine» bırakabilir. Diğer yandan; kamu hizmetlerinde yapay zekânın dönüşümü daha hızlıdır. Özellikle belediyecilikte akıllı şehirlere göre yeniden planlamaların yapılması, kritik alt yapı hizmetlerinin yapay zekâ ile kontrolü ile «kamu hizmetlerinde henüz aksaklık meydana gelmeden önce alt yapıdaki sorunun çözümüne imkân verecektir. Özellikle kamu hizmetlerinde blockchain (blokzincir) uygulamasının yaygınlaşmasıyla; güvenlik ve şeffaflık artabilir, verilerin manipülasyon ve sahtekârlığa karşı daha dirençli bir sistem gelişebilir²⁵².

İdari faaliyetlerin dijitalleşmesi, «kamu hizmeti ilkeleri arasında hizmetin dijitalleşmesi ilkesi eklenebilir mi?» sorusunu sormaya imkân vermiştir. Dijitalleşmenin hızlı bir şekilde yapay zekâdaki gelişmeler neticesinde “otonomluk” ile ilgili süreci devam ettirdiğinden; kanımızca yakın bir zamanda «kamu hizmetlerinde otonomluk ilkesi» eklenebilir. Ancak bu durumda kamu hizmetlerinin güvenliğinin sağlanması hususunda; yeni riskler söz konusu olacaktır. Özellikle kritik kamu hizmetleri²⁵³ bakımından yeni güvenlik riskleri gündeme gelebilir. Bu durumda; yapay zekâ, kritik kamu hizmeti, güvenlik-risk kavramlarının yeniden tanımlanması gerekir.

²⁴⁸Türkgenci, s. 9.

²⁴⁹Türkgenci, s. 154.

²⁵⁰Erdem Doğan, Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu, 1. B., Ankara 2022, s. 55-56.

²⁵¹Tam otonom sistem, insansızdır. Yarı otonom sistem ise insan ve yapay zekâ kontrolündedir. Bkz. Türkgenci, s.159-160.

²⁵²Hüseyin Uslu, “Dijital Dönüşüm ve Kamu Hizmetleri Yönetimde Yenilikçi Yaklaşımlar ve Zorluklar,” (Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi, Y.2023, C. 9, S.3, s. 15-31), s. 19.

²⁵³Kritik kamu hizmeti, su, enerji, elektrik, finans, ulaştırma, elektronik haberleşme gibi faaliyetlerin yanında yer alır. Kritik kamu hizmetleri; vatandaşın gündelik hayatında sıklıkla etkileşimde bulunduğu nüfus, tapu, vergi, ticaret, sosyal güvenlik, sağlık (acil servis, tıbbi hizmetler, kan ve organ bankacılığı ve halk sağlığı), gıda, güvenlik (polis, jandarma, sahil güvenlik), yollar ve köprüler, barajlar, maaş ve adli işlemlerin yapıldığı ve kayıtlarının bulunduğu kritik sistemlerden sunulan servislerdir. Bkz. <https://hgm.uab.gov.tr/uploads/pages/siber-guvenlik/sektorel-some-reh.pdf> (erişim: 01.06.2024)

Kritik kamu hizmeti, bir toplumun temel işleyişini ve güvenliğini sürdürmek için hayati öneme sahip olan hizmetleri ifade eder. Bu hizmetler, toplumun genel refahı ve düzeni için vazgeçilmezdir ve kesintiye uğramaları durumunda ciddi sonuçlar doğurabilir. Bazı yazarlar, “kritik alt yapı” kavramını da kullanır²⁵⁴. Ancak kanaatimizce kritik kamu hizmeti, kritik alt yapı kavramını da kapsar niteliktedir. Çünkü kamu hizmetleri, alt yapı hizmetlerini de kapsayan, çok yönlü, kamu yararını gerçekleştirmeyi hedefleyen pek çok kamusal ihtiyacı karşılar. Kritik kamu hizmetlerinin bazı örnekleri; sağlık, güvenlik, enerji, su, ulaşım ve haberleşme altyapısı, eğitim, finansal hizmetler, atık yönetimi, acil durum ve afet yönetimi ile ilgili hizmetlerdir. Hastaneler, acil sağlık hizmetleri, ambulanslar ve diğer tıbbi hizmetler kritik kamu hizmetleri arasında yer alır. Sağlık hizmetlerinin aksaması, insanların yaşamını doğrudan etkiler. Polis, itfaiye, acil müdahale ekipleri ve diğer güvenlik hizmetleri toplumun güvenliği ve düzenini sağlamak için kritiktir. Elektrik, doğalgaz ve su temini, günlük yaşamın devamlılığı için hayati öneme sahiptir. Bu hizmetlerin kesintiye uğraması, geniş çaplı olumsuz etkilere yol açabilir. Günümüzde yapay zekâ destekli terör eylemleri ve siber saldırılar, kritik kamu hizmetlerinin tamamen çökmesine neden olabilir. Bu durum yeni güvenlik tehdididir ve uluslararası işbirliği ile önlenabilir.

Yol, köprü, tünel, havaalanı, demiryolu gibi ulaşım altyapıları ile internet, telefon ve posta hizmetleri, bankacılık toplumun işleyişi için kritik öneme sahiptir. Okullar, üniversiteler ve diğer eğitim kurumları, toplumun geleceği ve bireylerin kişisel gelişimi açısından kritik hizmetler sunar. Bankalar, borsalar ve diğer finansal kurumlar, ekonomik istikrar ve bireylerin mali güvenliği açısından kritiktir. Çöp toplama, geri dönüşüm ve çevre temizliği hizmetleri, toplum sağlığı ve çevrenin korunması için önemlidir. Deprem, sel, yangın gibi doğal afetlerde acil müdahale ve yardım hizmetleri, can ve mal kaybını en aza indirmek için kritik rol oynar.

Bu hizmetlerin kesintisiz ve etkin bir şekilde sunulması, toplumun genel refahı, güvenliği ve düzeni açısından büyük önem taşır. Kritik kamu hizmetlerinin sürekliliğini ve kalitesini sağlamak için özel önlemler ve düzenlemeler yapılır. Bu bağlamda kamu hizmetinin değişkenliği ilkesinin uygulanması, özellikle kritik kamu hizmetleri açısından önem taşır. Öte yandan kritik kamu hizmetlerine yapılabilecek siber saldırılar veya yapay zekâ kaynaklı güvenlik ihlalleri; ülke çapında ciddi güvenlik sorunlarının ve iç karışıklıkların meydana gelmesine neden olabilir. Bu bağlamda 28 Mayıs 2024 tarihli Milli Güvenlik Kurulu Toplantısı’nın Sonuç Bildirgesi’nin 7. Maddesi’nde de yapay zekâ kaynaklı yeni güvenlik tehdidine dikkat çekilmiştir²⁵⁵: “Yapay zekâ alanında kaydedilen ilerlemenin, insanlık tarihinde yeni bir merhaleye geçilmesini mümkün kılacak büyük fırsatlar sunduğuna; bununla birlikte, bahse konu sahadaki potansiyelin birtakım sınamaları ve siber alanda oluşan yeni tehditleri de beraberinde getireceğine dikkat çekilmiştir. Türkiye’nin, yapay zekâ çalışmalarının ilmî, askerî, iktisadi ve içtimai neticelerine hazırlıklı olmasının ve bu alanda ileri kabiliyetler geliştirmesinin önem ve önceliğine işaret edilmiştir.”

28 Mayıs 2024 günü gerçekleşen Milli Güvenlik Kurulu Toplantısı’na dair Sonuç Bildirgesi’de yer alan iki husus; güvenlik açısından Türkiye’nin atacağı adımlar hakkında ipucu vermektedir. Bunlar; “insanlık tarihinde yeni bir merhaleye geçilmesini mümkün kılacak büyük fırsatlar” ve “sahadaki potansiyelin birtakım sınamaları ve siber alanda oluşan yeni tehditler” şeklinde ifade edilmiştir. Fırsat ve tehdidin bir arada olduğu bu dilemmanın hukuki alt yapısının oluşturulması adeta bir zorunluluktur. Ancak Milli Güvenlik Kurulu Bildirgesi’nde “hukuki dayanakların oluşturulması” hususuna açıkça değinilmediği de görülür. Bunun yerine, “ilmi, askerî, iktisadi ve içtimai neticelere hazırlıklı olunması” hususu vurgulanmıştır. Dolayısıyla yapay zekâ kaynaklı güvenlik ihtiyacı konusunda özellikle askerî ve ekonomik birtakım tehlikelere karşı teyakkuzda olunması beklenir. Bu anlamda Türkiye, yapay zekâ ile ilgili gelişmelerden dolayı, milli güvenlik stratejisini gözden geçirmektedir. Zira ulus-devlet için milli güvenlik stratejisi olmazsa olmazdır.

²⁵⁴Tarik Ak, “İç Güvenlik Yönetimi Bakımından Kritik Alt Yapıların Korunması,” (ASSAM Uluslararası Hakemli Dergi, 13. Uluslararası Kamu Yönetimi Sempozyumu Bildirileri Özel Sayısı, Yıl: 2019, s. 42-51), s. 2

²⁵⁵<https://www.mgk.gov.tr/index.php/28-mayis-2024-tarihli-toplanti-erisim>: 02.06.2024

A. Dünya’da “Yeni Güvenlik Tehditleri”

Teknolojinin hızlı ve kontrolsüz gelişimi, güvenlik politikalarının bu hıza ayak uydurmasını zorlaştırmaktadır²⁵⁶. Yapay zekânın Dünya’da gelişiminin hızlı olmasının yanında; takibi zor bir hal almıştır. Diğer bir ifadeyle yapay zekâ alanında pek çok gelişmiş ülke, görünmez bir rekabet içerisinde. Ancak bu rekabet, uluslararası hukuki mekanizmalar tarafından kontrol altına alınmadığı takdirde, nükleer güvenlik tehdidi kadar önemli bir konuma ulaşacaktır.

Pek çok gelişmiş ülke, kapalı kapılar arkasında yapay zekâ teknolojilerini geliştirmekte ve uygulamaktadır. Söz konusu belirsizlik, önümüzdeki yüzyılda savaşların artık yapay zekâ destekli olabileceğini işaret eder. Öte yandan bu belirsizlik bile başlı başına bir güvenlik tehlikesidir. Sanayi devrimi sonrasında ulus devlet ve kişi güvenliği kavramları öne çıkmaktaydı. Ancak günümüzde dijital devrim dediğimiz bu çağda, ulus devletler varlığını sürdürme mücadelesini daha zor yürütmektedir. Çünkü yeni güvenlik tehditlerinin, teknolojinin de kullanılmasıyla çeşitlenip güçlendiği açıktır. Söz konusu güvenlik tehditlerini arttıran en büyük unsur, günümüzde kontrolsüz ilerleyen yapay zekâ ve otonom sistemlerdir. Dolayısıyla düşmanın belirlenmesi de artık daha zordur²⁵⁷.

1. Yapay Zekâ Kaynaklı Güvenlik Tehditleri

Yapay zekânın kontrol edilemez gelişimi; yapay zekânın kendisinden kaynaklanan birtakım tehlikeleri barındırır. Söz konusu tehlike, yapay zekânın üçüncü kişiler tarafından kullanılmasıyla değil; kendisinin oluşturduğu veri tabanı ve algoritma sebebiyledir.

Bilinmektedir ki; yapay zekâ, otonom sistemlerden dolayı kendi başına düşünebilme yeteneğine kavuşmuştur. Bunun en önemli örneklerinden birisi, Amerika Birleşik Devletleri’nde yapay zekânın işlediği ilk cinayettir²⁵⁸. ABD Michigan Eyaleti’nde Temmuz 2015’te bir otomobil fabrikasında çalışan bir robot işçi, kendi çalıştığı bölümden uzaklaşmıştır. Güvenlik kurallarını ihlal etmiştir. Başka bölümde çalışan teknisyen Wanda Holbrook’un kafasını, yerleştirmeye çalıştığı montaj tertibatının arasına sıkıştırarak kadını öldürmüştür. Güvenlik kamerası incelemelerinde; robotun uzun bir süre Wanda Holbrook’un çalışma ve mola saatlerini takip ettiği anlaşılmıştır. Hangi saikle bu cinayeti işlediği anlaşılamasa da, bu cinayete ilişkin davada, robotun taksirle ölüme neden olduğu tartışılmış ancak sonuç olarak dava, suçun isnadına ilişkin belirsizlikten dolayı reddedilmiştir.

Yapay zekâ kaynaklı güvenlik tehdidine karşı yapılması gereken nedir? Özellikle polislik açısından düşünüldüğünde; kolluk yetkilerinin gözden geçirilmesi gerekir. Ulusal ve uluslararası hukukta yapay zekâ ile ilgili mevzuatın gecikmeksizin yürürlüğe konulması bir zorunluluktur. ABD ve Avrupa Birliği’nde (AB), yapay zekâ ile ilgili hukuki düzenlemelere yer verildiği görülür. Özellikle AB, Mart 2024 itibarıyla AB Yapay Zekâ Kanunu’nu yürürlüğe koymuş²⁵⁹ ve üye ülkelerin iç hukuk düzenlemelerini 2025’in sonuna kadar yapmalarını şart koşmuştur. Bu bağlamda Dünya üzerinde yapay zekâ ile ilgili yürürlüğe konulan en kapsamlı kanun, AB Yapay Zekâ Kanunu’dur.

2. Yapay Zekâ Kullanılarak Oluşturulan Güvenlik Tehditleri

Yapay zekânın kötüniyetli kişiler tarafından kullanılmasıyla meydana getirilen güvenlik tehditleridir. Bu durumda yapay zekâ, bir silah gibi kullanılmaktadır. Bu konuda oluşabilecek en büyük belirsizlik, yapay zekânın üçüncü kişi tarafından kullanımının tespitidir. Nitekim yapay zekânın otonom özelliği, bu belirlemeyi zorlaştırır.

Terör örgütleri, yapay zekâdan yararlanarak devletlerin güvenliklerini tehlikeye atmaktadır. Çünkü dijital güvenlik ortamı, değişken ve belirsizdir²⁶⁰. Diğer bir ifadeyle, dost ve düşmanın ayrılması zorlaşarak, güvenlik tehdidinin öngörülmesine dair veriler yetersiz kalmaktadır.

²⁵⁶Türkgenç, s. 11.

²⁵⁷Türkgenç, s. 148.

²⁵⁸<https://www.freep.com/story/news/local/michigan/2017/03/14/lawsuit-defective-robot-killed-factory-worker-human-error-blame/99173888/> (erişim: 02.05.2024)

²⁵⁹https://www.ab.gov.tr/yapay-zek-yasasi-avrupa-parlamentosunda-kabul-edildi_53752.html (erişim: 30.03.2024)

²⁶⁰Türkgenç, s. 146.

Bundan dolayı, uluslar üstü hukuki dayanaklarla yapay zeka ve otonom sistemlerin gelişimi, sınırları, devletler arası işbirlikleri açıkça düzenlenmeli; kurallara aykırı davranan ülkelere tıpkı nükleer silahlarla ilgili kural ihlallerinde olduğu gibi uluslararası yaptırımlar uygulanmalıdır.

B. Yapay Zekâda İlk Kapsamlı Kanunlaşma Faaliyeti: AB Yapay Zekâ Kanunu

Yapay zekânın, ülkeler tarafından kontrolsüz üretimi, kontrolsüz kullanımı; ulusal ve uluslararası krizlere neden olabilir. Bunu dikkate alan Avrupa Birliği, 13 Mart 2024'te Yapay Zekâ Kanunu'nu (EU AI Act) yürürlüğe koymuştur. Yapay Zekâ Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden iki yıl sonra uygulanması öngörülmektedir. Dolayısıyla Kanun, 2026 yılında bütünüyle uygulama alanı bulacaktır. İstisnalar kapsamında, Kanun tarafından öngörülen yasaklar 6 ay sonra uygulanmaya başlayacak ve Genel Amaçlı Yapay Zekâ'ya ilişkin hükümler ise 12 ay sonra uygulanacaktır.

Kanun ile yapay zekâ uygulamasında “risk temelli bir yaklaşım” benimsenmiştir. Yapay zekaya ilişkin uygulamaların yaratacağı riskler, “en yüksek” ve “en düşük”, “kabul edilemez” ve “spesifik şeffaflık riski” olarak sınıflandırılıyor. Böylece güvenlik kavramı da «risk temelli bir yaklaşıma dayalı olarak yeniden tanımlanmaktadır. Kanun'un 2. Maddesi'nin 3. fıkrasına göre: «Kanun, Birlik hukukunun kapsamı dışındaki alanlara uygulanmaz ve Üye Devletler tarafından ulusal güvenlikle ilgili görevleri yerine getirmekle görevlendirilen kuruluşun türü ne olursa olsun, hiçbir durumda Üye Devletlerin ulusal güvenlikle ilgili yetkilerini etkilemez». AB Yapay Zekâ Kanunu'ndaki bu madde, üye ülkelerin ulusal güvenliklerini sağlamaları hususunda yapay zekâdan kaynaklı tavizlere yer vermemelerine yönelik açık bir düzenlemedir. Dolayısıyla yapay zekâ kaynaklı herhangi bir tehlike söz konusuysa; ülkeler, ulusal güvenliklerini korumaya ilişkin her türlü önlemi alabilir.

1. AB Yapay Zekâ Kanunu'nda Kolluğa Tanınan Yetkiler

İnsanların temel hak ve özgürlüklerine yönelik açık bir tehdit olarak değerlendirilen yapay zekâ sistemlerinin ülkeler tarafından yasaklanması söz konusudur. Bu kapsamda, insanları davranışlarından dolayı ödüllendiren ya da cezalandıran vatandaş takip sistemleri ya da insan davranışlarını manipüle etmeye çalışan yapay zekâ sistemlerine izin verilmeyecektir.

Dini, siyasi ya da cinsel kimliklere dayalı bazı biyometrik tanımlama biçimleri ile işyerlerinde ya da okullarda duygu tespit sistemlerinin kullanılması de yasak kapsamında olacaktır.

Kamuya açık alanlarda (zorunlu yasal gereklilikler hariç) kolluk kuvvetlerinin amaçları doğrultusunda gerçek zamanlı uzaktan biyometrik tanımlama gibi biyometrik sistemleri kullanmaları da yasaklanacaktır. Kural bu olmakla birlikte; istisnai hallerde; kolluk, terör tehdidinin önlenmesi veya kayıp kişilerin bulunması amacıyla gerçek zamanlı biyometrik tanımlama sistemini kamuya açık alanda «yetkili merciden» izin almak suretiyle kullanabilir. Biyometrik tanımlama sistemleri ilke olarak yasaklanacak olsa da bu tür sistemlerin kamuya açık alanlarda kolluk kuvvetleri tarafından kullanılmasına yönelik bazı istisnalar söz konusudur. Buna göre, bu sistemler yalnızca önceden resmi izin alındıktan sonra ve kesin olarak tanımlanan bir suç listesinin kovuşturulması için kullanılabilir. Örneğin; ciddi bir suçtan dolayı hakkında arama kararı bulunan kişi veya bir kaçırma olayında kaçırılan ve kaçırılan kişi odaklı bir arama yapıyorsa, “kişi tanımlama” konusunda yapay zekânın kullanımına istisnai olarak izin verilebilir.

AB Yapay Zekâ Kanunu'na göre; terörizm, cinayet, tecavüz, organize veya silahlı soygun, ciddi bedensel zarar, çocukların cinsel istismarı, adam kaçırma, rehin alma, uluslararası ceza mahkemesinin yargı yetkisine giren suçlar, uçak veya gemilere yasa dışı el konulması, sabotaj, insan ticareti, yasadışı uyuşturucu temini, silah veya radyoaktif madde temini ve bu suçlardan birine karışan bir suç örgütüne katılmak» suçları varsa polis, kamuya açık alanda biyometrik veri analizi yapabilecektir. Ancak Big Brother olarak bilinen “İzleme”, belirtilen suç türleri dışında parklardan spor salonlarına kadar kamuya açık ve özel alanlarda geçerli olacaktır. Teröristin aranması veya kurbanların aranması söz konusu ise hâkim kararı ile izleme yapılabilir. Yalnızca gerçek bir terör tehdidi gibi istisnai durumlarda polis, bir yargıcın kararına gerek kalmadan biyometrik yapay zekâ araçlarını etkinleştirebilir.

Ancak bu durumda bile polis, 24 saat içinde izin almak ve yetkili makama “temel haklar üzerindeki etkiye ilişkin bir ön değerlendirme” sunmalıdır. Ayrıca polisin yetkili denetim makamına ve veri koruma makamına da bildirimde bulunmaları gerekir. Hâkimden veya makamdan izin alınmazsa yapay zekâ aracı kapatılmalı ve şüpheli veya şüphelilerden elde edilen tüm veriler derhal silinmelidir.

2. İdari Polislik ve Yapay Zekâ: “Öngörücü Polislik”

Genel anlamda kolluk faaliyetlerinin önleme ve caydırma fonksiyonları dikkate alınarak; “idari (önleyici) kolluk” ve “adli kolluk” ayrımına tabi tutulduğu açıktır. Ancak günümüzde kolluk faaliyetlerinin teknolojiyle desteklenmesiyle, önleyici kolluk henüz devreye girmeden önceki aşamada “öngörücü kolluk” faaliyetinin gerçekleştirilmesi mümkündür.

Öngörücü kolluk kavramı, yeni bir terim olarak karşımıza çıksa da; içerik itibarıyla, “kolluk kuvvetleri tarafından potansiyel suç etkinliği hakkında istatistiksel tahminler yapmak için analitik tekniklerin kullanımını gerektirir²⁶¹. Öngörüye dayalı kolluk, genel olarak olası olayların (yani, suçların ne zaman ve nerede meydana gelebileceğinin tahmin edilmesini) veya muhtemel insanların (yani, mağdurların veya suçların faileri) tahmin edilmesini içermektedir.

Öngörücü polislik²⁶², suçların önceden tahmin edilmesi ve önlenmesi amacıyla polisin çeşitli veri analizi tekniklerinin kullanıldığı bir polislik yaklaşımıdır. Bu yöntem, suçların nerede ve ne zaman meydana gelebileceğini öngörmek için geçmiş suç verilerini, sosyal medya aktivitelerini, hava durumu gibi çevresel faktörleri ve diğer ilgili verileri analiz eder²⁶³. Bu anlamda idari polislik görevinin ifası öncesinde öngörücü polislik faaliyeti gerçekleştirilebilir. Öte yandan adli polislik faaliyeti yürütülürken; fail ve suç delillerine ulaşılabilmesi için benzer suç verilerinin analizi ile öngörücü polislikten yararlanılabilir. Böylece hem adli hem idari polis, öngörücü polislik faaliyeti sonucunda kendi görev alanına dair ciddi verilere sahip olabilir.

Öngörücü polislik; veri toplama ve analizi, suç türlerinin belirlenmesi, tahmin modellerinin oluşturulması, adli polislikle ilgili kaynakların tahsisi, gelecekte benzer suçların önlenmesi hususlarını içermektedir. Bu açıdan öngörücü polislik, adli ve idari polisliğin işbirliğine dayalı bir alanda yer alır. Dolayısıyla idare hukuku, ceza hukuku, ceza muhakemesi hukuku ile infaz hukukunun verileri birlikte değerlendirilir. Ayrıca öngörücü polisliğin; kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesinin kolluk faaliyetlerine yansması olarak nitelendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Suç kayıtları, çağrı raporları, nüfus istatistikleri ve hatta sosyal medya gibi çeşitli kaynaklardan elde edilen veriler toplanır ve analiz edilir. Analiz edilen verilerde belirli zamanlarda ve yerlerde tekrar eden suç türleri veya yönelimler belirlenir. İstatistiksel modeller ve makine öğrenimi algoritmaları kullanılarak gelecekteki suç olaylarını tahmin eden modeller oluşturulur. Elde edilen tahminlere göre, polis kaynakları daha etkin bir şekilde tahsis edilir. Bu, devriye güzergâhlarının optimize edilmesi, belirli bölgelerdeki polis varlığının artırılması veya belirli saatlerde daha yoğun devriye gezilmesi gibi stratejileri içerebilir. Suçların işlenmeden önce önlenmesine yardımcı olacak stratejiler geliştirilir. Bu, potansiyel suçluların caydırılması, topluluklarla işbirliği yapılması ve sorunlu bölgelerdeki güvenlik önlemlerinin artırılması gibi önlemleri içerebilir.

Öngörücü polislik, suçların meydana gelmeden önce önlenmesine yardımcı olabileceği gibi, aynı zamanda kaynakların daha verimli kullanılmasını sağlar. Ancak, bu yaklaşımın eleştirilen yönleri de vardır.

²⁶¹Nurettin Alkan/Yunus Emre Karamanoğlu, “Öngörüye Dayalı Kolluk Temelinde Önleyici Kolluk:Rusya Federasyonu’ndan Örnekler,” (Güvenlik Bilimleri Dergisi, Yıl: 2020, C.9, S. 2, s.387-418), s. 390.

²⁶²Zafer İçer, “Yapay Zekâ Temelli Önleyici Hukuk Mekanizmaları - Öngörücü Polislik,” Yapay Zekâ Temelli Teknolojiler Ve Ceza Hukuku, Yapay Zekâ Çağında Hukuk Yıllık Raporu, İstanbul 2021, s. 30.

²⁶³Öngörücü kolluk kavramı, Avrupa Birliği’nde de tartışma konusudur. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan temel hak ve özgürlüklerle öngörücü kolluk faaliyeti arasında nasıl bir dengenin kurulacağına dair yorumlar yapılmaktadır: “Öngörücü kolluk uygulamalarının insan haklarına üç temel etkisi olduğu söylenebilir: kişisel verilerin korunması ve gözetleme bağlamında özel yaşama müdahale, kolluk işlemlerinde “makul şüphe” ölçütünün sağlanması ve ayrımcılık. Bu doğrultuda, özel yaşama saygı hakkı (AİHS m. 8), özgürlük ve güvenlik hakkı (AİHS m. 5) ve ayrımcılık yasağının (AİHS m. 14) ihlali söz konusu olabilir” Bkz. <https://www.digicrimjus.com/2021/04/20/ongorucu-kolluk-uygulamaları-predictive-policing-ve-insan-haklari/> (erişim: 10.5.2024).

Özellikle, verilerin yanlış veya önyargılı olma riski, kişisel mahremiyet haklarının ihlali²⁶⁴ ve topluluklarda güvensizlik yaratma gibi potansiyel sorunlar öne çıkmaktadır. Bu nedenle, öngörücü polislik uygulamalarının etik ve yasal çerçevede dikkatlice yönetilmesi gerekmektedir.

3. Adli Polislik ve Yapay Zekâ

İdari faaliyetlerden özellikle kamu hizmeti ve kolluk, yapay zekâ desteği ile «akıllı kamu hizmeti», «akıllı kolluk, yapay zekâ destekli kolluk» isimlerine kavuşabilir. Yapay zekâ teknolojisinin kolluk faaliyetlerinde kullanıldığı bilinmektedir. Örneğin; yüz tanıma sistemleri, retinadan güvenlik kodu oluşturma gibi akıllı polislik uygulamaları günümüzde mevcuttur. Ancak ilerleyen süreçte robot polisler, trafiğin robot-yapay zekâ ile yönetilmesi, trafik cezalarının yapay zekâ destekli uygulanması, alkol kontrolüne ilişkin veri tabanının yapay zekâ ile desteklenmesi kolluk faaliyetlerinde karşılaşılabileceğimiz hususlar arasında olacaktır.

Diğer yandan; kamu hizmetlerinde yapay zekânın dönüşümü daha hızlıdır. Özellikle belediye-cilikte akıllı şehirlere göre yeniden planlamaların yapılması, kritik alt yapı hizmetlerinin yapay zekâ ile kontrolü ile «kamu hizmetlerinde henüz aksaklık meydana gelmeden önce alt yapıdaki sorunun çözümüne imkân verecektir.

Polislikte yapay zekâ; adli polislik ve idari polislik faaliyetlerinin niteliğinden ötürü farklı yöntemleri içerir. Adli polislikte yapay zekâ, olaylar arasındaki ilişkileri ve bağlantıları tespit etmek için farklı verileri analiz eder. Ses, video ve metin gibi çeşitli delil türlerini inceleyerek suçun işlenme şekli ve suçluların kimliği hakkında ipuçları sunabilir.

Benzer suçlara karışmış olabilecek kişileri belirlemek için çeşitli suç profillerini de analiz edebilir. Örneğin bir seri hırsızlık olayının şüphelisi olan kişilerin belirlenmesinde yapay zekâ suç örüntülerine göre potansiyel şüphelileri tanımlayabilir ve soruşturma sürecini hızlandırabilir.

Öte yandan, yapay zekânın adli polislikte kullanımı bazı hallerde hatalı sonuçlara sebep olabilir. 2024 yılı başında, ABD'de Detroit Polisi, son dönemde aralarında 8 aylık hamile Porcha Woodruff'un da olduğu 6 kişiyi haksız yere gözaltına aldı. Polisin yapay zekâlı yüz tanıma araçlarına güvenerek gözaltı yaptığı bilinmektedir²⁶⁵.

Bir diğer hatalı uygulama örneği Kanada'da yaşanmıştır. Edmonton Polis Teşkilatı, bir cinsel saldırı şüphelisini belirlemeye çalışırken yapay zekâ destekli fotoğraflama tekniği kullanmıştır (DNA Özelliklerini dikkate alarak). Kanada polisi “yapay zekâ fotoğrafı” nedeniyle özür dilemiştir. Yapay zekâ tarafından üretilen fotoğraftaki özelliklerin, siyahlar arasında çok yaygın görülen özellikleri taşıması nedeniyle fotoğraf kaldırılarak, polis özür dilemiştir. Yapay zekânın polisi yanlış yere gözaltına almaya sevk ettiği kişilerin tamamının siyah olduğu dikkatten kaçmamaktadır. Bundan dolayı, yapay zekânın suç önleme ve soruşturma alanında kullanımı, etik ve yasal konuların göz önünde bulundurulmasını gerektirir. Özellikle veri gizliliği ve güvenliği büyük önem taşır. Suç önleme ve soruşturma için kullanılan verilerin izinsiz kullanımı ve paylaşımı, bireylerin mahremiyet haklarını ihlal edebilir ve yanlış suçlamalara yol açabilir. Ayrıca yapay zekâ algoritmalarının önyargısız ve adil sonuçlar üretmesi, suçla mücadelede hatalı yönlendirmelere neden olabilecek önemli bir unsurdur.

IV. DÜNYADA AKILLI POLİSLİK UYGULAMALARI

Uluslararası Polis Teşkilatı (Interpol), yapay zekâyla dijital dünyaların giderek yaygınlaşmasının sanal dünyada işlenen suçların soruşturmasını zorlaştırdığı konusuna dikkat çekmektedir²⁶⁶.

Interpol raporlarına göre, sanal suç mahalli, delil toplanmasını zorlaştırmaktadır. Bundan dolayı suçun önlenmesi veya suçun takibi zorlaşır. Kripto para, Metaverse gibi platformlar, suç ve suçlunun takibini ulusal ve uluslararası anlamda zorlaştırmaktadır.

²⁶⁴Hamit Emrah Beriş, “Yapay Zekâ ve Güvenlik: Öngörücü Polislik mi Geliyor?,” <https://www.star.com.tr/acik-gorus/yapay-zeka-ve-guvenlik-ongorucu-polislik-mi-geliyor-haber-1686082/> (28.01.2022), (erişim: 19.06.2024).

²⁶⁵ <https://www.indyrturk.com/node/653621/bi%CC%87li%CC%87m/yapay-zeka-6-ki%C5%9Fiyi-su%C3%A7-yere-g%C3%B6zalt%C4%B1na-ald%C4%B1rd%C4%B1> (erişim: 21.04.2024)

²⁶⁶Independent Türkçe, Futurism, New York Times (erişim: 02.03.2024)

Bu nedenle polislik eğitiminde yetkili merciler; sanal suç mahalli, sanal devriye, sanal eğitim, sanal olay yeri, sanal delil toplama eğitimi gibi yeni eğitim sistemlerini polislik eğitimlerine dahil etmelidir.

Dünyadaki akıllı polislik uygulamalarında ilk robot polis Yeni Zelanda'da görev başındadır²⁶⁷. Ella isimli robot polis, bulunduğu karakolda ziyaretçileri karşılamak ve rehberlik etmek gibi görevlerde yer alıyor. Benzer bir uygulama ABD'de yer almaktadır. ABD Los Angeles robot devriye polisi, etrafı kayıt altına alarak verileri polis merkezine rapor edebilmektedir. ABD, devriye gezen robot polis ile suç oranını azaltmayı amaçlamaktadır.

V. TÜRKİYE'DE AKILLI POLİSLİK UYGULAMALARI

Türkiye'de yapay zekâ ile ilgili gelişmeler en fazla; bankacılık-finans, sağlık ve iş güvenliği ve sağlığı, eğitim alanlarında kendini göstermeye başlamıştır. Ancak kamu yönetiminde dijitalleşmeden otonomlaşmaya doğru hızlı ve ani bir geçişin de olduğu gözlenir.

Devletin idari faaliyetlerde (kamu hizmeti, kolluk gibi) yapay zekâdan yararlanması; devletin etkili ve verimli faaliyet yürütmesi neticesinde egemenlik unsurunu güçlendirecektir.

Türkiye'de dijitalleşme sürecinde genel kolluk içerisinde karşılaşılan sistemler; Polnet (Polis Bilgi Sistemi) Emniyet Kolluk İşlemleri (EKİP) Projesi, Elektronik Belge/Arşiv Yönetim Sistemi, Aranan / Kayıp Şahıslar Projesi, Geçici İkamet Yerleri Kimlik Bildirim, Mevsimlik Tarım İşçileri Bilgi Sistemi, Araç Tescil Projesi, Trafik Denetleme Projesi, Plaka Takip Sistemi

Hudut Kontrol Sistemi, Kent Güvenlik Yönetim Sistemi şeklindedir. Ayrıca trafik polislerinin çoğu, yaka kamerası kullanmaktadır.

Akıllı polislik uygulamalarının yerli teknolojilerle desteklendiği de görülür. ASELSAN tarafından geliştirilen yüz tanıma sistemi içerikli vücut kamerası, polis ve jandarma tarafından devriye sırasında kullanılmaktadır. İçişleri Bakanlığı bünyesindeki GAMER (Güvenlik Ve Acil Durumlar Koordinasyon Merkezi)'e doğrudan veri iletilecek olan bu sistem; güvenlik tehditlerinin öngörülmesinde hızlilik ve olaylara zamanında müdahale edilmesi ile olumlu sonuçlara vesile olacaktır. Emniyet personeli tarafından kalabalıklar içindeki şüphelileri tespit etmek için yüz tanıma teknolojisiyle donatılmış yapay zekâ destekli İHA'lar da kullanılmaktadır.

Türkiye'de; trafik güvenliği ve özellikle aranan şahısların tespitinde; ASELSAN'ın geliştirdiği Astarus²⁶⁸, JEMUS plaka tanıma sistemleri kullanılmaktadır. HAVELSAN tarafından geliştirilen yapay zekâ programı EYEMINER²⁶⁹ da akıllı polislik sistemlerine katkı sunmaktadır. Bu sistem, yapay zekâ tabanlı suç ile mücadele sistemidir. HAVELSAN tarafından geliştirilen yapay zekâ programı, emniyet birimlerinin suçla mücadelede etkinliğini arttırmakta, hızlı müdahalesini sağlamaktadır.

Son olarak polislikte kullanılan yapay zekâ tabanlı video analiz sistemi de öngörücü polisliği destekler niteliktedir. Söz konusu sistemler; hareketli platformdan hareketli nesne takibi, plaka, araç ve park ihlâl tespiti, araç içi ihlâl tespiti, eşkâl tespiti, kişi yoğunluk analizi, şüpheli kişi ve cisim takibi, yangın tespiti, kavga tespiti, silahlı kişi tespiti, düşme ve bayılma tespiti yapabilmektedir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Kamu hizmetlerinin en önemli özelliği, kamu yararını azami düzeyde gerçekleştirmektir. Bunun bir parçası olan kolluk faaliyetlerinde de kamu yararının sağlanmasının yanında; kamu düzeninin korunması veya yeniden tesisi amaçlanır. Günümüz teknolojisinin günden güne değişerek gelişmesi, kolluğun önemli bir unsuru olan Türk Polis Teşkilatı'nın da modern teknolojilerden yararlanmasına imkân sağlamıştır.

Böylece kamu hizmetinin değişkenliği ilkesinin polislik faaliyetlerinde tezahürü söz konusudur.

²⁶⁷Ella, ses tonu, konuşma ve beden dilini gerçekçi bir şekilde kullanacak şekilde geliştirildi. Hatta daha gerçekçi bir iletişim için Ella'nın gülümsemesi ve göz kırpması sağlandı. Ella, şimdilik dijital bir ekranda hizmet veriyor. Ekranın karşısına geçen insanları selamlayan Ella, uygun yüz ifadeleri ile bir diyalog yürütebiliyor.

<https://www.gercekgundem.com/bilim-teknoloji/162238/ilk-yapay-zeka-polis-gorev-basi-yaptim> (erişim: 20.04.2024)

²⁶⁸<https://www.milliyet.com.tr/gundem/terore-karsi-yapay-zek-geliyor-havelsan-yapti-2529137> (erişim: 08.06.2024)

²⁶⁹<https://www.havelsan.com.tr/sectorler/bilgi-ve-iletisim/urunler/akilli-ve-guvenli-sehirler/havelsan-eyeminer> (erişim: 08.06.2024)

Yeni teknolojinin emniyet içerisinde kullanımı bazı hallerde yeni güvenlik stratejilerinin de belirlenmesini gerektirir. Polislik faaliyetlerinde kullanılan yapay zekâ algoritmalarının ve sistemlerinin kötü niyetli kişiler tarafından manipüle edilmemesi ve çeşitli siber saldırılara maruz kalmaması önemlidir. Aksi takdirde yapay zekâ araçları aracılığıyla elde edilen sonuçlar güvenilmez hale gelebilir ve yanlış kararlar alınabilir. Dolayısıyla Emniyet Teşkilatı'ndaki siber güvenlik stratejileri, sıklıkla güncellenmelidir.

Yapay zekânın polislik faaliyetlerine katkısında gizlilik - güvenlik dengesi titizlikle ele alınmalı ve uygun düzenlemeler yapılarak vatandaşların hak ve özgürlüklerinin korunması sağlanmalıdır. Böylece kişisel verilerin gizliliği ile ilgili sorunlar giderilebilir.

Yapay zekâ, verileri daha hızlı ve daha etkin bir şekilde analiz ederek polislik faaliyetindeki hızı ve verimliliğini artırabilir. Bu da iş süreçlerinde azalmaya neden olabilir. Tekrarlayan ve rutin işleri yapay zekâ algoritmaları ve otomasyon süreçleri daha hızlı ve verimli bir şekilde gerçekleştirebilir. Bu durumda bazı iş pozisyonları gereksiz hale gelebilir veya insan çalışanlara olan ihtiyaç azalabilir. Bu durumda iş verimliliği olumlu bir sonuç şeklinde ortaya çıkarken; uzun vadede istihdam sorunlarının, işsizliğin meydana gelmesi olumsuz bir sonuç olacaktır.

Yapay zekâ teknolojisinin polislik faaliyetlerine uyumlandırılması, toplumun temel değerleri ve insan hakları ile uyumlu olmalıdır. Bu durumda yapay zekânın temel hak ve özgürlüklere saygılı olmasına yönelik ek tedbirlere ihtiyaç duyulur.

Türkiye'de de tıpkı AB Yapay Zekâ Kanunu gibi, Yapay Zekâ Kanunu acilen yürürlüğe konulmalıdır. Bu husus, Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi'nin belirlediği Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi'nde de belirtilmiştir²⁷⁰. Bu halde; kanun hazırlıklarının hızlandırılması gerekir.

Emniyet hizmetlerinde; kamu hizmetinin değişkenliği ilkesinin uygulanmasında yapay zekâ desteğinden daha çok dijitalleşme dikkat çekmektedir. Kent Güvenlik Yönetim Sistemi hariç, diğer uygulamalar genellikle dijital içeriklidir. Bu halde, akıllı ve otonom uygulamaların sayısı artırılmaktadır.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, yapay zekâ ve dijitalleşme nedenleriyle polisin görev ve yetkileri ile ilgili güncellenmelidir. Yeni güvenlik stratejilerinin belirlenmesi, yeni güvenlik tehditleriyle polisin mücadele etme yeteneğini arttıracaktır. Polisin dijitalleşme ve yapay zekâyâ dayalı yetkileri gözden geçirilmeli, «akıllı uygulamalar» ile yeni iç güvenlik tehditleri en aza indirilmelidir.

²⁷⁰<https://cbddo.gov.tr/uyzs> (erişim: 01.06.2024)

KAYNAKÇA

2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, RG. 14.07.1934, Sayı: 2751.

Ak, Tarık, “İç Güvenlik Yönetimi Bakımından Kritik Alt Yapıların Korunması,” ASSAM Uluslararası Hakemli Dergi, 13. Uluslararası Kamu Yönetimi Sempozyumu Bildirileri Özel Sayısı, Yıl: 2019, s. 42-51.

Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, 9. B., Ankara 2018.

Alkan, Nurettin/Karamanoğlu, Yunus Emre, “Öngörüye Dayalı Kolluk Temelinde Önleyici Kolluk:Rusya Federasyonu’ndan Örnekler,” Güvenlik Bilimleri Dergisi, Yıl: 2020, C.9, S. 2, s.387-418.

Atay, Ender Ethem, Hukuk Başlangıcı, 7. B., Ankara 2019 (Hukuk Başlangıcı).

Atay, Ender Ethem, İdare Hukuku, 7. B., Ankara 2021.

AYM, E. 1963/204, K. 1963/179, T. 08.07.1963, RG. 13.11.1963, Sayı: 11554

Bağrıaçık, Ahmet, “Kamu Hizmetinin Uyarılma İlkesi Üzerine Bir Değerlendirme,” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2018, C. 26, S. 8, s. 155-183.

Bayat Usta, Nuray/Altuner, İlyas, “Herakleitos Felsefesinin Temel Kavramları,” Iğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2020, S. 23, s. 87-106.

Beriş, Hamit Emrah, “Yapay Zekâ ve Güvenlik: Öngörücü Polislik mi Geliyor?,” <https://www.star.com.tr/acik-gorus/yapay-zeka-ve-guvenlik-ongorucu-polislik-mi-geliyor-haber-1686082/> (28.01.2022), (erişim: 19.06.2024).

Burhan, Nuri. “İhtiyaç Kavramı Üzerine Düşünceler ve Kamu Ekonomisi,” C.O. Tütengil’e Armağan, C.3, s. 17-34.

Çağlayan, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 5. B., Ankara 2017.

Çal, Sedat, “Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler,” s. 1-96 <https://www.idare.gen.tr/cal-kh-dusunceler.pdf> (erişim: 14.06.2024)

D.13. D., E.2022/1036, K. 2023/1912, T. 17.04.2023: www.lexpera.com.tr (erişim: 02.05.2024).

D.8.D., E. 1996/3847, K. 1997/2153, T. 17.06.1997: www.lexpera.com.tr (erişim: 02.05.2024).

Doğan, Erdem, Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu, 1. B., Ankara 2022.

Duran, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982.

Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, 16. B., Bursa 2019 (Hukuka Giriş).

Gözler, Kemal, İdare Hukuku C II, 3. B., Bursa 2019.

Gözübüyük, Şeref, Yönetim Hukuku, 34. B., Ankara, 2016.

Günday, Metin, İdare Hukuku, 10. B., Ankara 2013.

<https://cbddo.gov.tr/uyzs> (erişim: 01.06.2024)

<https://hgm.uab.gov.tr/uploads/pages/siber-guvenlik/sektorel-some-reh.pdf> (erişim: 01.06.2024)

https://www.ab.gov.tr/yapay-zek-yasasi-avrupa-parlamentosunda-kabul-edildi_53752.html (erişim: 30.03.2024).

<https://www.digicrimjus.com/2021/04/20/ongorucu-kolluk-uygulamalari-predictive-policing-ve-insan-haklari/> (erişim: 10.5.2024).

<https://www.freep.com/story/news/local/michigan/2017/03/14/lawsuit-defective-robot-killed-factory-worker-human-error-blame/99173888/> (erişim: 02.05.2024)

<https://www.gercekgundem.com/bilim-teknoloji/162238/ilk-yapay-zeka-polis-gorev-basi-yapti> (erişim: 20.04.2024)

<https://www.havelsan.com.tr/sectorler/bilgi-ve-iletisim/urunler/akilli-ve-guvenli-sehirler/havelsan-eyeminer> (erişim: 08.06.2024)

<https://www.indyturk.com/node/653621/bi%CC%87li%CC%87m/yapay-zeka-6-ki%C5%9Fiyi-su%C3%A7-yere-g%C3%B6zalt%C4%B1na-ald%C4%B1rd%C4%B1> (erişim: 21.04.2024)

<https://www.mgk.gov.tr/index.php/28-mayis-2024-tarihli-toplanti> erişim: 02.06.2024.

<https://www.milliyet.com.tr/gundem/terore-karsi-yapay-zek-geliyor-havelsan-yapti-2529137> (erişim: 08.06.2024)

<https://www.nbcnews.com/tech/tech-news/robocop-park-fight-how-expectations-about-robots-are-clashing-reality-n1059671> (erişim: 10.03.2024)

<https://www.trthaber.com/haber/dunya/kanada-polisi-yapay-zeka-fotografi-nedeniyle-ozur-diledi-716614.html> (erişim: 17.04.2024)

Independent Türkçe, Futurism, New York Times (erişim: 02.03.2024).

İçer, Zafer, “Yapay Zekâ Temelli Önleyici Hukuk Mekanizmaları - Öngörücü Polislik,” Yapay Zekâ Temelli Teknolojiler Ve Ceza Hukuku, Yapay Zekâ Çağında Hukuk Yıllık Raporu, İstanbul 2021, s. 30-44.

Karahanogulları, Onur. Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 2. B., Ankara 2002.

Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları C III, İstanbul 1966.

Özay, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004.

Sancakdar, Oğuz, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Ankara 2011.

Şenel, Muazzez/Şenel, Turhan, Temel Güvenlik Konularımız, 2. B., Ankara 2018.

Tan, Turgut, İdare Hukuku, Ankara 2011.

Tekiner, Mehmet Ali/Gemici, Eser, “Türkiye’nin Mevcut İç Güvenlik Yapısı ve 15 Temmuz Sonrası Yeni Bir Yapılanma Modeli,” Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 15 Temmuz Özel Sayısı, C.19, s. 15-40.

Türkgenci, Yavuz, Yapay Zekâ Çağında Güvenlik Stratejilerinin Tasarımı ve Yönetimi, Ankara 2023.

Ulusoy, Ali, Türk İdare Hukuku, 5. B., Ankara 2022.

Uslu, Hüseyin, “Dijital Dönüşüm ve Kamu Hizmetleri Yönetimde Yenilikçi Yaklaşımlar ve Zorluklar,” Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi, Y.2023, C. 9, S.3, s. 15-31.

Yenisey, Feridun, Kolluk Hukuku, 2. B., İstanbul 2015.

SAĞLIK HİZMETLERİNİN SUNUMUNDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLAR

Ahmet SARAÇ

Danıştay Onuncu Daire Üyesi

I- Sağlık Hizmeti ve İdarenin Sorumluluğu

Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımına göre; sağlık, yalnız hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, bedence, ruhça ve sosyal yönden tam bir iyilik halidir.

Rehabilitasyon hizmetleri, bedence veya ruhça sakat kalmış olanların başkalarına bağımlı olmaksızın yaşayabilmelerini sağlamak için yapılan çalışmaları kapsar.

Sağlık hizmetleri ise, bireyin sağlığının korunmasına, hastalıkların tedavisine, azalan fiziksel ve ruhsal becerilerinin rehabilitasyonuna yönelik olarak yapılan çalışmaların tümünü ifade etmektedir.

- Koruyucu sağlık hizmetleri,
- Tedavi edici sağlık hizmetleri,
- Rehabilitasyon edici sağlık hizmetleri,
- Sağlığın geliştirilmesi hizmetleri olarak gruplanmaktadır.
- Tedavi hizmetleri ise kendi içinde üç basamağa ayrılmaktadır.

I. Basamak, ayaktan teşhis ve tedavi

II. Basamak, genel hastanelerde sunulan teşhis ve tedavi

III. Basamak, eğitim ve araştırma hastaneleri ve dal hastanelerinde sunulan teşhis ve tedavi hizmetlerini kapsar.

Sarıca'ya göre; "Hizmet kusuru, idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir amme hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilatında, bünyesinde, personelinde yahut işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, murakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan vasıtaların kifayetsiz, elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi şeklinde tecelli eden bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık arz etmesidir."

İdarenin sorumluluğunun temel dayanakları

- T.C. Anayasası

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme

Hukukun Temel İlkeleri

Yargı İçtihatları

II- Sağlık Hizmeti Sunucuları

Sağlık Bakanlığı Merkez ve Taşra Teşkilatı

Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu

Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü

Üniversite Sağlık Tesisleri

Özel Sağlık Tesisleri

III- Tam Yargı Davalarına İlişkin Dairenin Usul Kararları

A- Göreve İlişkin Kararlar

Özel Sağlık Tesisleri: Sağlık hizmeti faaliyetlerini yürüten özel hukuk kişileri ile hastalar arasındaki ilişki bir özel hukuk sözleşmesi (vekâlet sözleşmesi) olup, tarafların hak ve borçları ve dolayısıyla meydana gelen zarardan sorumluluk bu sözleşme kapsamında değerlendirilecektir. Dolayısıyla açılacak tazminat davalarında da adli yargı görevli olacaktır. Ancak özel sağlık kuruluşlarının faaliyetlerinin özel hukuka tabi olması, özel kişileri ruhsatname düzenleyerek görevlendiren ve denetim ve gözetim yetkisini elinde tutan ve hizmetin asıl sorumlusu olan idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır (İdarenin denetim ve gözetim yükümlülüklerini yerine

getirmemesinden kaynaklı sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için hizmet kusuru işlenmiş olmasının yanında, aynı zamanda bir zararın da ortaya çıkması gereklidir. Zarar, idarenin denetim görevini yerine getirmemesinden veya yapılan denetim sonucunda aykırılıkların bulunmasına rağmen gerekli tedbirlerin alınmamasından kaynaklanmakta ise idarenin hizmet kusurunun bulunduğu kabulü gerekir. Örneğin özel sağlık kuruluşlarının tabi oldukları mevzuat bakımından, özel sağlık kuruluşu binasının, istihdam edilen personelin yetersiz ya da niteliksiz olduğu ya da tıbbi araç ve gereçlerin hijyenik olmadığı durumların idare tarafından yapılan denetimlerde saptanması gerekirken gözden kaçırılması ya da bu eksikliklerin saptanmasına rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı hallerde idarenin denetim görevini gereği gibi ya da hiç yapamamasından doğan hizmet kusuru sebebiyle sorumluluğu cihetine gidilebilecektir).

Vakıf (ve Kamu) Üniversitelerinin Sağlık Tesisleri: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemelerinin bakacağı hükmüne, geçici 1. maddesinde ise, bu Kanunun yargı yolu ve göreve ilişkin hükümlerinin, Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan davalarda uygulanmayacağı hükmüne yer verilmiş, bu Kanunun 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin iptali amacıyla açılan davada, Anayasa Mahkemesi, 16.2.2012 tarih ve E:2011/35, K:2012/23 sayılı kararıyla: dava konusu kuralla, sadece kişinin vücut bütünlüğüne verilen maddi zararlar ile buna bağlı manevi zararların ve ölüm nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararların tazmini konusunun kapsama alındığı ve bu tazminat davalarına bakma görevinin asliye hukuk mahkemelerine verildiği; buna göre, aynı idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararların kapsama alınmadığı; sorumluluk sebebi aynı olsa da bu zararların tazmini davalarının idari yargıda görülmeye devam edeceği; bu durumda, idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idari yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesinin yargılamanın bütünlüğünü bozacağı, ayrıca iki ayrı yargı kolunda görülen davalarda, idarenin sorumluluğu, bu sorumluluğun kapsamı, idarenin tazmin yükümlülüğü konularında farklı sonuçlara ulaşabileceği; esasen idare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramlarının, kişilerin gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten kavramlar olduğu; idare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk, terör eylemleri, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesinin mümkün olduğu; özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk hallerinin ise, belirli konular için düzenlendiği ve sınırlı olduğu; idarenin idare hukuku esaslarına dayanarak tesis ettiği tartışmasız bulunan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlara ilişkin davaların idari yargı yerlerinde görülmesi gerektiği; bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi, aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğunun söylenemeyeceği gerekçesiyle iptaline karar vermiş olup, Anayasa Mahkemesinin gerekçesi, vakıf ve kamu üniversitelerinin sağlık tesislerinde yürütülen sağlık hizmetine yönelik davaların görüm ve çözümünün idari yargı yerinde yapılma sebebi açısından önem arz etmektedir.

Anayasanın “Yükseköğretim Kurumları” başlıklı 130. maddesinin 1. fıkrasında, “Çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler Devlet tarafından kanunla kurulur.”; 2. fıkrasında, “Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilir.”; 10. fıkrasında “Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışındaki

akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabidir.” hükmüne yer verilmiş olup, vakıf ve kamu yükseköğretim kurumları, kamu tüzel kişiliğine, dolayısıyla özel hukuk tüzel kişilerine nazaran üstün ve ayrıcalıklı kamu gücüne sahip olarak kurulmakta, kamu hukukuna tabi olmaktadır.

Bu nedenle, Vakıf ve Kamu Üniversitesi Hastanesinin kamu hizmetini yürüttüğü sırada kişilere verdiği zararın tazmini istemiyle açılan davalarda, kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması gerektiğinden, bu hususların saptanması da idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden, 2577 sayılı Kanun’un 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında bulunan tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevlidir (Uyuşmazlık Mahkemesi 28/05/2020 tarih ve E:2019/895, K:2020/311 sayılı kararı).

Sağlık Bakanlığının Anayasal Görevi: Kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlenilen ödevin ve yürütülen hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendilerine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak yine de resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanarak, yaptıkları eylem ve kusurları, idareden ayırlamaması nedeniyle görevle ilgili olarak işlenen “görev kusuru” niteliğinde hizmet kusurunu oluşturmaktadır ve idari yargı yerinde görülmektedir. Örneğin, güvenlik görevlisi olarak çalışan personelin, çalıştığı hastanede, yeterli güvenlik önleminin (gerekli, makul ve yeterli tedbirlerin) alınmamış olması nedeniyle, hastaneye girmeye çalışan bıçaklı şahıslara engel olmaya çalışırken yaralanması olayında uğradığı maddi ve manevi zararların tazmini istemiyle açılan dava, idari yargı yerinde görülmektedir (Danıştay 10. Dairesi E:2019/6304 sayılı dosyası).

B- Yetkiye İlişkin Kararlar

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 36. maddesinde, idari sözleşmelerden doğanlar dışında kalan tam yargı davalarında yetkili mahkemenin sırasıyla, (a) zararı doğuran idari uyuşmazlığı çözümlenmeye yetkili; (b) zarar, bayındırlık ve ulaştırma gibi bir hizmetten veya idarenin herhangi bir eyleminden doğmuş ise, hizmetin görüldüğü veya eylemin yapıldığı yer; (c) diğer hallerde davacının ikametgahının bulunduğu yer idari mahkemesi olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Sağlık hizmetinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, teşhis ve tedavi süreci birden çok ili kapsayabilmekte, bu durumda, ilgililer tarafından uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılacak davada yetkili yargı yerinin belirlenmesinde tereddütler hasıl olabilmektedir. Danıştay’ın bu konudaki yerleşik içtihadı, tedavi hizmetinin son olarak gerçekleştiği yer idare mahkemesinin yetkili olduğu şeklindedir (Danıştay 10. Dairesinin 09/07/2020 tarih ve E:2020/3109, K:2020/2473 sayılı kararı).

C- İdari Mercii Tecavüzü

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun “Doğrudan Doğruya Tam Yargı Davası Açılması” başlıklı 13. maddesinin 1. fıkrasında, İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve herhalde eylem tarihinden beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemelerinin gerekli olduğu; bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren dava süresi içinde dava açılabileceği; 2. fıkrasında ise görevli olmayan adli yargı merciiilerine açılan tam yargı davasının görev yönünden reddi halinde sonradan idari yargı merciiilerince açılacak davalarda, birinci fıkrada öngörülen idareye başvurma şartının aranmayacağı hükmü yer almıştır. Ayrıca aynı Kanun’un 14-3/b ve 15-1/e maddelerinde idari merci tecavüzü hallerinde dilekçelerin görevli idare merciiine tevdi edileceği belirtilmiştir.

Yukarıda yer verilen düzenlemeler birlikte incelendiğinde, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari yargıda dava açmadan önce ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini talep etmeleri gerekmektedir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde idari yargıda dava açılması imkanı tanınmıştır. Bir başka ifadeyle idari yargıda dava açabilmek için ilgili idareye başvurup ön karar alma şartı getirilmiştir. Buna göre, idari eylemlerden doğan tam yargı davalarında, idareye başvurarak ön karar alınması zorunlu olmakta, ancak böyle bir ön karar alındıktan sonra tam yargı davası açılabilir.

Sağlık hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan tam yargı davalarında, eylemden zarar görenlerin sorumlu idareye İYUK'un 13. maddesi kapsamında başvurmaları ve sorumlu idareden zararın tazminini istemeleri gerekmektedir. Bu başvuru yapılmaksızın idari dava açılması halinde idare mahkemelerince verilen merciine tevdi kararlarında, sorumlu idarelerin doğru belirlenmesi önem arz etmektedir. (Danıştay 15. Dairesinin 28/04/2016 tarih ve E:2016/1246, K:2016/3024 sayılı kararı)

Tam yargı davalarında husumetin düzeltilmeyeceği, bu durumun bozma sebebi olduğu yönündeki İçtihadı Birleştirme Kurulu kararının çok eski olması ve günümüzde teşkilat yapısına uygun olmaması sebepleriyle uygulanamadığından, davanın doğru hasma yöneltilmesi bakımından gerekiyorsa husumetin düzeltilmesi önemlidir.

Bununla birlikte, dosyanın tekemmülünden sonra, davalı idareden ön karar alınmadan dava açıldığının anlaşılması halinde, davalı idarenin açıkça tazminat talebini kabul etmediği hususuna yer verdiği savunma dilekçesi, usul ekonomisi açısından 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesi bağlamında bir ön karar niteliğinde kabul edilerek, (diğer ilk inceleme hususları yönünden de aykırı bir durum yoksa) işin esasına girilerek bir karar verilebilir (Danıştay 15. Dairesinin 07/02/2017 tarih ve E:2015/7308, K:2017/555 sayılı kararı. Danıştay 10. Dairesi'nin uygulaması da aynı yönde).

D- İdari Davaya Konu Olamayacak İşlem

Dava dilekçelerinde, davalı idareye tazminat istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptaline de karar verilmesinin istenilmesi durumunda, bu tür idari eylemlerden doğan tam yargı davalarında, idareye başvurarak ön karar alınması zorunlu olduğundan, ancak böyle bir ön karar alındıktan sonra tam yargı davası açılabilirliğinden, 2577 sayılı Kanunun 13. maddesi kapsamında yapılan başvurunun reddine ilişkin söz konusu işlemin, idari davaya konu olabilecek nitelikte bir işlem olmadığı gözetilerek davanın incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerekmektedir (Danıştay 10. Dairesinin 30/09/2019 tarihli ve E:2019/6049, K:2019/6211 sayılı kararı).

Ayrıca, davacının hak kaybına uğramamak adına idareye yaptığı başvurudan hemen sonra, idarenin cevabını beklemeden (erken) dava açtığı durumda, Mahkemece herhangi bir hak kaybına mahal verilmemesi için, UYAP üzerinden sorgulama yapılarak, idarenin varsa açık veya zımni reddi üzerine bir dava açılıp açılmadığının araştırılması, davalı idarenin başvuru konusu hakkında ne tür işlem tesis ettiğinin bir ara kararla sorulması ve gelecek cevaba göre davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekmektedir (Danıştay 15. Dairesinin 31/05/2016 tarih ve E:2016/4241, K:2016/3896 sayılı kararı).

E- Süre Aşımı

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması" başlıklı 13. maddesinde, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurmaları, bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilirliği, görevli olmayan yargı mercilerine açılan tam yargı davalarının görev yönünden reddi halinde ise idareye başvurma şartının aranmayacağı düzenlenmiştir.

2577 sayılı Kanun'un yukarıdaki düzenlemelerinde idareye başvuru için öngörülen sürelerin hangi tarihten itibaren başlatılacağı zaman zaman duraksamalara yol açtığından, bu hususun irdelenmesi gerekmektedir.

Dava konusu eylemlerin idariliği ve doğurduğu zarar, bazen eylemin yapılmasıyla birlikte ortaya çıkarken (enjeksiyon nöropatisi), bazen de çok sonra, değişik araştırma, inceleme ve hatta ceza yargılamaları (otopside hastane enfeksiyonunun neden olduğu komplikasyonlar sonucu vefat ettiğinin anlaşılması, kesin sağlık kurulu raporu) sonucu ortaya çıkabilmektedir. İdari eylem nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle tam yargı davası açılabilmesi için, zarara sebep olan eylemin ve maddi olayın idariliğinin ve yol açtığı zararın kesin olarak ortaya çıkması zorunludur. Bu itibarla, 2577 sayılı Kanununun 13. maddesinin, yargıya başvuru hakkını ortadan kaldırmayacak, ancak maddeyi de işlevsiz bırakmayacak bir şekilde yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir. Danıştay'ın yerleşik içtihadı olan eylemin idariliğinin ortaya çıktığı tarihten itibaren 1 ve 5 yıllık sürelerin başlaması hususu, Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmektedir (Hamza Küçük Başvurusu E:2013/7400).

İdari eylemlerin neden olduğu bedensel zararların, tedavi sürecinin tamamlanıp kesin sağlık raporunun alındığı tarihte öğrenilmiş sayılması, Kanun'da öngörülen sürenin kesin raporun ilgiliye verildiği tarihte işlemeye başlatılması gerektiği Danıştay'ın yerleşik içtihatlarındandır (Danıştay 10. Dairesinin 29/04/2019 tarih ve E:2019/6393, K:2019/3354 sayılı kararı).

İdari eylemlerden dolayı açılacak tam yargı davalarıyla ilgili özel usul kuralı niteliğinde olan 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesinin yukarıda aktarılan ve "istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren dava süresi içinde dava açılabilmesi" yönündeki açık düzenlemesi karşısında, aynı Kanun'un 10. maddesinin "dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabileceği" hükmünün eyleme dayalı tam yargı davasında kıyasen uygulanması ve ön başvurunun, zımni ret ve dava açma süreleri geçirildikten sonra ilgiliye tebliğ edilen yazılı bir idari işlemle reddedilmesi durumunda dava açma süresinin bu işlemin tebliğinden itibaren yeniden işlemeye başladığının kabul edilmesi mümkün bulunmamaktadır (Danıştay 10. Dairesinin 14/01/2016 tarih ve E:2014/6696, K:2016/108 sayılı kararı, Danıştay 15. Dairesinin 14/04/2016 tarih ve E:2015/9657, K:2016/2609 sayılı kararı).

Öte yandan, merciine tevdi kararından sonra dava dilekçesinin davalı idareye tebliğ tarihi davacılar tarafından bilinmediğinden, 60 günlük cevap verme süresinden sonra cevap verilmişse, bu işlemin davacıya tebliğ tarihinden itibaren 60 günlük süre içinde açılan davanın süresinde açıldığının kabulü gerekmektedir (Danıştay 15. Dairesinin 05/02/2014 tarih ve E:2013/3607, K:2014/505 sayılı kararı. Danıştay 10. Dairesinin uygulaması da aynı yöndedir).

Görevli Olmayan Yerlere Başvuru: 2577 sayılı Kanun'un "Görevli olmayan yerlere başvurma" başlıklı 9. maddesi uyarınca, çözümlenmesi idari yargı mercilerinin görevine girdiği halde, adli yargı mercilerine açılmış davaların **görev yönünden reddi** halinde, bu husustaki kararların kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde idari yargı mercilerinde dava açılmaktadır. Adli yargı yerinde açılan davanın **husumet yokluğu nedeniyle reddi** halinde ise, eylemin idari olup olmadığı konusunun, kamu görevlisi olan sağlık personelinin bağlı bulunduğu idare aleyhine idari yargı yerinde açılması gerekirken doğrudan sağlık personeli aleyhine adli yargı yerinde açılmış bulunması nedeniyle husumet yönünden reddedilmesi yolundaki mahkeme kararının kesinleştiği tarih itibarıyla kesinlik kazandığı, dolayısıyla, bu tarihten itibaren 1 yıllık idareye başvurma süresinin başlayacağı kabul edilmektedir (Danıştay 15. Dairesinin 20/02/2014 tarih ve E:2013/11650, K:2014/1022 sayılı kararı. Danıştay 10. Dairesinin uygulaması da aynı yöndedir).

F- Yargılama Giderleri

1- Avukatlık Ücreti

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin yargılama giderleri konusunda atıf yaptığı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323. maddesinde, vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti yargılama giderleri arasında sayılmış; 326. maddesinde ise, yargılama giderlerinin aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verileceği hüküm altına alınmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık ücreti" başlıklı 164. maddesinde, avukatlık ücretinin, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade ettiği; 168. maddesinin son fıkrasında ise, avukatlık ücretinin takdirinde, hukuki yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarifinin esas alınacağı kurala bağlanmıştır.

24/11/2020 tarih ve 31314 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2021 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin "Manevi tazminat davalarında ücret" başlıklı 10. maddesinde, "(1) Manevi tazminat davalarında avukatlık ücreti, hüküm altına alınan miktar üzerinden Tarifenin üçüncü kısmına göre belirlenir. (2) Davanın kısmen reddi durumunda, karşı taraf vekili yararına Tarifenin üçüncü kısmına göre hükmedilecek ücret, davacı vekili lehine belirlenen ücreti geçemez. (3) Bu davaların tamamının reddi durumunda avukatlık ücreti, Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümüne göre hükmolunur. (4) Manevi tazminat davasının, maddi tazminat veya parayla değerlendirilmesi mümkün diğer taleplerle birlikte açılması durumunda; manevi tazminat açısından avukatlık ücreti ayrı bir kalem olarak hükmedilir." kuralına; "Tarifelerin üçüncü kısmına göre ücret" başlıklı 13. maddesinde, "(1) Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde gösterilen hukuki yardımların konusu para veya para ile değerlendirilebiliyor ise avukatlık ücreti, davanın görüldüğü mahkeme için Tarifenin İkinci Kısmında belirtilen maktu ücretlerin altında kalmamak kaydıyla (yedinci maddenin ikinci fıkrası, dokuzuncu maddenin birinci fıkrasının son cümlesi ile onuncu maddenin üçüncü fıkrası ile on ikinci maddenin birinci fıkrası, on altıncı maddenin ikinci hükümleri saklı kalmak kaydıyla) Tarifenin üçüncü kısmına göre belirlenir. (2) Ancak, hükmedilen ücret kabul veya reddedilen miktarı geçemez. (3) Maddi tazminat istemli davanın kısmen reddi durumunda, karşı taraf vekili yararına bu Tarifenin üçüncü kısmına göre hükmedilecek ücret, davacı vekili lehine belirlenen ücreti geçemez. (4) Maddi tazminat istemli davaların tamamının reddi durumunda avukatlık ücreti, bu Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümüne göre hükmolunur." kuralına yer verilmiştir.

Öte yandan, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun "Adli yardımla ertelenen yargılama giderlerinin tahsili" başlıklı 339. maddesinin 2. fıkrasında, "Adli yardım kararından dolayı Devletçe ödenen veya muaf tutulan yargılama giderlerinin tahsilinin, adli yardımdan yararlananın mağduriyetine neden olacağı mahkemece açıkça anlaşılırsa, mahkeme, hükümde tamamen veya kısmen ödemedi muaf tutulmasına karar verebilir." düzenlemesine yer verilmiş olup, maddede her ne kadar Devletçe ödenen veya muaf tutulan yargılama giderlerinden bahsedilmekte ise de, davanın reddine karar verilmesi halinde, adli yardımdan yararlanan bir davacı aleyhine hükmedilecek vekalet ücretinin miktarını da bu çerçevede değerlendirmek gerekmektedir.

Ayrıca, 02/11/2011 tarih ve 28103 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. maddesi ile, idareleri idari yargı mercilerinde temsil etme yetkisi, hukuk birimi amirlerine, muhakemat müdürlerine, hukuk müşavirlerine ve avukatlara tanınmış; aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 14. maddesinde ise, "Tahkim usulüne tabi olanlar dahil adli ve idari davalar ile icra dairelerinde idarelerin vekili sıfatıyla hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri, hukuk müşavirleri ve avukatlar tarafından yapılan takip ve duruşmalar için, bu davaların idareler lehine neticelenmesi halinde, bunlar tarafından temsil ve takip edilen dava ve işlerde ilgili mevzuata göre hükmedilmesi gereken tutar üzerinden idareler lehine vekâlet ücreti takdir edilir. " hükmüne yer verilmiştir.

Tüm bu düzenlemelerle birlikte vekalet ücreti olarak hükmedilen miktarın fazlalığı, konunun hak arama hürriyeti ve mahkemeye erişim hakkı bağlamında incelenmesini gerektirmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasında; usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı düzenlenmiştir.

Yine Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrasında ise, "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir." hükmü yer almıştır.

Bir tam yargı davası sonucunda, davacı aleyhine hükmedilen vekalet ücretinin, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile korunan hak arama hürriyeti ve mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuru sonucunda verilen Anayasa Mahkemesinin 07.11.2013 tarih ve B. No:2012/791 numaralı kararında konuya ilişkin temel ilkeler ortaya konulmuştur. Buna göre, "Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde, mahkemeye erişim hakkına açıkça yer verilmemişse de maddenin (1) numaralı fıkrasındaki "herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, ... bir mahkeme tarafından davasının ... görülmesini istemek hakkı..." ifadeleri çerçevesinde ve hakkın doğası gereği mahkemeye erişim hakkını da kapsadığının kabulü gerekir.

Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. Kişinin mahkemeye başvurusunu engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir.

Dava sonucundaki başarıya dayalı olarak taraflara vekâlet ücreti ödeme yükümlülüğü öngörülmesi de bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına yönelik bir sınırlama oluşturur. Böyle bir sınırlamanın meşru görülebilmesi için kamu yararı ile birey hakkı arasında makul bir dengenin gözetilmiş olması gerekir. Bu yükümlülüklerin kapsamını belirlemek kamu otoritelerinin takdir yetkisi içindedir. Öngörülen yükümlülükler dava açmayı imkânsız hale getirmediği ya da aşırı derece zorlaştırmadıkça mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği söylenemez. Dolayısıyla davayı kaybetmesi halinde başvurucuya yüklenecek olan vekâlet ücreti bu çerçevede değerlendirilmelidir (B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 38 - 39).

Buna karşılık bir hukuki uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyan başvuru sahiplerinin, reddedilen dava konusu miktar üzerinden hesaplanan vekâlet ücretini karşı tarafa ödemeye mahkûm edilmeleri ihtimali veya olgusu, belirli dava koşulları çerçevesinde mahkemeye başvurularını engelleme ya da mahkemeye başvurularını anlamsız kılma riski taşımaktadır. Bu çerçevede, davanın özel koşulları çerçevesinde masrafların makullüğü ve orantılılığı, mahkemeye erişim hakkının asgari sınırını teşkil etmektedir.

Taraflardan birinin yargılamadaki başarı oranına göre kazanılan veya kaybedilen değer oranında lehine veya aleyhine mahkeme masraflarının hükmedilmesine yönelik düzenlemeler mahkemeye erişim hakkına müdahale oluşturmakta ise de abartılı, zorlama veya ciddiyetten yoksun talepleri disipline etmeye yönelik orantılı müdahaleler meşru görülebilir.

Ancak, yukarıda da ifade edildiği üzere, bu sınırlamaların hakkın özüne zarar vermeyecek nitelikte, meşru bir amaca dayalı ve kullanılan aracın sınırlama amacı ile orantılı olması, kamu yararının gerekleri ile bireyin hakları arasında kurulmaya çalışılan adil dengeyi bozacak şekilde birey aleyhine katlanması zor külfetler yüklenmemiş olması gereklidir." denilmektedir.

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmelere göre, istenen tazminatın reddedilmesi üzerine belirli bir oranının karşı tarafa vekâlet ücreti olarak ödenmesi yükümlülüğü öngörülmesi tek başına mahkemeye erişim hakkını ihlal eden bir müdahale olarak nitelendirilemeyecektir. Ancak her bir uyuşmazlığın kendine özgü niteliklerinin ve uyuşmazlığa konu olayın, davacıların mahkemeye erişim hakkı üzerinde farklı sonuçlar doğurabilmesi de mümkündür.

Açılan bir tam yargı davasında istenilen tazminatın miktarının, ancak bilirkişi incelemesi ve benzeri araştırmalardan sonra elde edilen verilere göre mahkemece takdir edildiği bilinmektedir. Tazminat davasının bu özelliği gereği, gerçekte hak edilen tazminat miktarının dava açılmadan önce davacılar tarafından tam olarak bilinmesi veya öngörülmesi mümkün değildir. Dava açılması aşamasında karşı karşıya kalınan bu belirsizliğin, davacıları yüksek miktarda istemlerde bulunmaya yönlendirebileceği açıktır.

Talep miktarının sonradan düzeltilmesi (ıslah), tazminat davasının başındaki belirsizlik karşısında bir güvence oluşturabilecekse de, bu kurum 30/04/2013 tarihinden itibaren 2577 sayılı Kanun'da yer almakta, bu tarihten önce açılan davalarda hak kaybına uğramak istemeyen davacılar için, tazminat taleplerine ilişkin miktarları yüksek tutmaktan başka seçenek bulunmamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 36533/04 başvuru numaralı Mesutoğlu-Türkiye kararında özetle; mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığı, bazı sınırlamalara tabi olabildiği, bununla birlikte, getirilen kısıtlamaların, hakkın özünü ortadan kaldıracak ölçüde, kişinin mahkemeye erişimini engellememesi gerektiği, mahkemeye erişim hakkına getirilen bu tür sınırlamaların ancak meşru bir amaç güdüldüğü takdirde ve hedeflenen amaç ile başvuru araçları arasında makul bir orantı olması halinde Sözleşmenin 6/1. maddesi ile bağdaşabileceği, bu ilkelerden hareketle, dava açma hakkının doğal olarak yasayla belirlenen şartları olmakla birlikte, mahkemelerin yargılama usullerini uygularken bir yandan davanın hakkaniyetine hanel getirecek kadar abartılı şekilcilikten, öte yandan, kanunla öngörülmüş olan usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak kadar aşırı bir gevşeklikten kaçınılması gerektiği belirtilmektedir.

Maddi tazminat isteminin reddi: Maddi tazminat talebiyle açılan davalarda, kabul edilen tazminat miktarının önemli kısmının vekalet ücreti olarak davalı idareye ödenmesi, açılan tazminat davasını davacı açısından anlamsız hale getirmekte, bazı olaylarda ise, davacının dava açılmadan önceki durumundan daha kötü bir duruma girmesine neden olmakta, bu durum, gerek Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilmektedir. Tümünden ret ya da kısmen kabul, kısmen ret ile sonuçlanan maddi tazminat davalarında, taraflar lehine hükmedilecek vekalet ücretinin, kişilerin hak arama özgürlüğü kapsamındaki mahkemeye erişim hakkını ihlal etmeden ne şekilde hesaplanacağı konusunda Tarifenin 10. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına paralel bir düzenlemeye yer verilmemiş olması nedeniyle, reddedilen maddi tazminatın Tarifenin üçüncü kısmına göre belirleneceğine ilişkin Tarife hükmünün ihmal edilmesi, hakkaniyete daha uygun olacaktır. Bu açıklamalar uyarınca, İdare Mahkemelerince, reddedilen maddi tazminat miktarı için davalı idare lehine temyize konu Mahkeme kararının verildiği tarihte yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerekmektedir (Danıştay 10. Dairesinin 10/02/2020 tarih ve E:2019/1356, K:2020/309 sayılı kararı). (Davacının maddi tazminat isteminin kısmen kabulüne, kısmen reddine karar verilmesi durumunda, Tarifenin 13. maddesinin 3. fıkrasındaki kurallar uyarınca, idare lehine, davacı lehine hükmedilen vekalet ücreti tutarını aşmayacak şekilde nispi vekalet ücretine hükmedilmesi gerekmektedir.)

Manevi tazminat isteminin reddi: Mahkemece, davacının manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne, kısmen reddine karar verilmesi durumunda, Tarifenin 10. maddesinin 1. ve 2. fıkrasındaki kurallar uyarınca, idare lehine, davacı lehine hükmedilen vekalet ücreti tutarını aşmayacak şekilde nispi vekalet ücretine hükmedilmesi; manevi tazminat isteminin tamamının reddine karar verilmesi durumunda da, 10. maddesinin 3. fıkrası esas alınarak maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerekmektedir (Danıştay 10. Dairesinin 14/05/2020 tarih ve E:2020/225, K:2020/1384 sayılı kararı).

Maddi ve manevi tazminat davasının birlikte açılması: Bu durumda, davanın tümden reddi halinde, reddedilen maddi ve manevi tazminat talepleri yönünden Avukatlık Asgari cret Tarifesine göre ayrı ayrı ve maktu olarak vekalet ücretine hükmedilmesi gerekmektedir (Danışaty 10. Dairesinin 10/06/2020 tarih ve E:2019/6247, K:2020/1797 sayılı kararı).

59 sayılı KHK: 659 sayılı KHK'nın yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan davalarda, bu KHK'nın yürürlüğe girmesinden sonra verilmesi durumunda, karar tarihi itibarıyla yürürlükte olan 659 sayılı KHK uyarınca davalı idare lehine vekalet ücretine hükmedilmesi gerekmektedir (Danıştay 10. Dairesinin 11/03/2020 tarih ve E:2016/15689, K:2020/1186 sayılı kararı).

Davanın duruşmalı görülmesi: Tazminat davasının duruşmalı görülmesi halinde, maktu vekalet ücretine hükmedilecek ise, karar tarihi itibarıyla yürürlükte olan Avukatlık Asgari cret Tarifesi'ne göre duruşmalı işler için öngörülen maktu vekalet ücretine hükmedilmesine dikkat edilmesi gerekmektedir (Danıştay 15. Dairesinin 13/12/2018 tarih ve E:2018/2522, K:2018/8228 sayılı kararı. Danıştay 10. Dairesinin uygulaması da bu yöndedir).

2- Nisbi Harç

492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 2. maddesinde, yargı işlemlerinden bu Kanuna bağlı (1) sayılı tarifede yazılı olanların yargı harçlarına tâbi bulunduğu; 11. maddesinde, genel olarak yargı harçlarını davayı açan veya harca konu işlemin yapılmasını isteyen kişilerin ödemekle mükellef olduğu; 15. maddesinde, yargı harçlarının (1) sayılı tarifede yazılı işlemlerden değer ölüsüne göre nispi esas üzerinden, işlemin nev'i ve mahiyetine göre maktu esas üzerinden alınacağı; 16. maddesinde, değer ölüsüne göre harca tabi işlemlerde (1) sayılı tarifede yazılı değerlerin esas olduğu; 21. maddesinde, yargı harçlarının (1) sayılı tarifede yazılı nispetler üzerinden alınması gerektiği; 28. maddesinde ise, (1) sayılı tarifede yazılı nispi karar harcının dörtte birinin peşin, geri kalanının kararın verilmesinden itibaren bir ay içinde ödeneceği kurala bağlanmıştır.

Anılan Kanunun, yargı harçlarının gösterildiği (1) sayılı tarifesinde, konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda esas hakkında karar verilmesi halinde hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden, binde 68,31 oranında nispi karar harcı alınacağı belirtilmiştir.

Bu doğrultuda, konusu belli bir miktarı içeren davalarda, yargılama gideri içinde yer alan kalemlerden nispi karar harcı dışındaki harç, keşif ve bilirkişi creti ile posta giderinin, haklılık oranına göre davanın taraflarına yükletilmesi; hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden hesaplanacak nispi karar harcının ise, hükmedilen miktar yönünden haksız çıkmış olan davalı idareye yükletilmesi, bakiye nispi karar harcının davalı idareden tahsiline hükmedilmesi gerekmektedir.

Bu nedenle, İdare Mahkemelerince, nispi harç dahil tüm yargılama giderlerine haklılık oranı uygulanması suretiyle hüküm kurulması, nispi harcın davalı idareye tamamlattırılması ile karar harcının davalı idareden alınarak davacıya verilmesine hkmedilmemesinde mevzuata uyarlık bulunmamaktadır (Danıştay 10. Dairesinin 18/02/2020 tarih ve E:2019/9882, K:2020/593 sayılı; 23/09/2019 tarih ve E:2019/3015, K:2019/5939 sayılı kararları).

Nisbi harcın tamamlatılması meselesi, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 25/12/1997 tarih ve E: 1996/1, K: 1997/1 sayılı kararına da konu olmuş, söz konusu karar 14/06/1998 tarih ve 23372 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

G- Miktar Artırımı ve Faiz Başlangıcı

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 16. maddesinin 4. fıkrasına, 30/04/2013 tarihinde yürürlüğe giren 6459 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile "Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilmeye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir" cmleri, aynı Kanun'un

5. maddesi ile de 2577 sayılı Kanuna geçici 7. madde olarak ‘‘Bu maddeyi ihdas eden Kanunla, bu Kanunun 16 ncı maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen hüküm, kanun yolu aşaması dâhil, yürürlük tarihinde derdest olan davalarda da uygulanır. ‘’ cümlesi eklenmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda, 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktarın, kanun yolu aşaması dâhil, yürürlük tarihinde derdest olan davalarda da süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin artırılmasına olanak tanınmıştır. Yasal değişiklikle, ilgililerin uğramış olduğu zarar nedeniyle isteyebilecekleri tazminatın dava dilekçesinde gösterilen tazminat miktarından fazla olmasına karşın, davacı veya davacıların dava dilekçesinde gösterdikleri tazminat miktarını artırmaya yönelik taleplerinin mahkemelerce kabul edilmeyerek istemle bağlı kalma kuralı uygulanarak dava dilekçesinde gösterilen tazminat tutar kadar tazminata hükmetmelerinden doğan hak kayıplarının giderilmesi amaçlanmıştır. Bir başka ifade ile, mahkemelerce istemle bağlı olma kuralı uygulanmak suretiyle verilen kararlara karşı taraflardan herhangi birinin kanun yoluna başvurmuş olması şartıyla davacı veya davacıların artırılan miktara isabet eden harcı ödemek suretiyle kararı veren Mahkemeye verecekleri dilekçe ile bir defaya mahsus olmak üzere dava dilekçesinde gösterilen miktarı artırmaları mümkündür. Bu durumda, davacılar tarafından, yasal değişiklikten yararlanmak istemiyle dosyaya sunulan başvuru dilekçesinin, 6459 sayılı Kanun değişikliği kapsamında değerlendirilerek, söz konusu dilekçenin davalı idareye tebliği suretiyle artırılan maddi tazminat miktarına göre yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir (Danıştay 10. Dairesinin 11/11/2020 tarih ve E:2016/13816, K:2020/4778 sayılı kararı).

Manevi tazminatın ıslahı: Islah müessesesi davanın görülmesi sırasında tarafların kusurlarında, zararı doğuran nedenlerin ve olayların tespitinde ve uğranılan zararın miktarında bir değişiklik olması durumunda maddi tazminat için işletileceği gibi; zararı doğuran olayın meydana geliş biçiminin yeni ortaya çıkan bulgu ve tespitler sonucu, kişilerin manevi yönden çok daha fazla etkilendiğinin saptanması halinde manevi tazminat için de uygulanabilir. Ancak bu durumun istisnai bir durum olduğu ve manevi zararın sonradan gerçekten artmış olduğunun tespiti halinde işletilebileceği kuşkusuzdur.

Manevi zarar, kişinin fizik yapısının ve iç huzurunun bozulmasını, yaşama gücünün ve sevincinin azalmasını, kişilik haklarının zedelenmesini, şeref ve haysiyetinin rencide edilmesini, duyulan acı ve ıstırapı, kişinin günlük yaşamını zorlaştıran her türlü üzüntü ve sıkıntıyı ifade etmekte, fiziki veya manevi acılar duyan, ruhsal dengesi bozulan, yaşama sevinci azalan kişinin manevi yönden zarara uğramış olduğu kabul edilmektedir. Manevi tazminat, olay nedeniyle duyulan elem ve ıstırapı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar. Manevi zararın niteliği gereği sonradan gelişen veya öğrenilen yeni bir olgu olmadığı sürece kişinin manevi varlığında oluşan zararın arttığından bahsedilemez. Ayrıca manevi tazminat talepleri açısından konunun manevi tazminatın amacı ve niteliğinin dikkate alınması suretiyle ele alınması gerektiğinde de duraksama bulunmamaktadır (Danıştay 10. Dairesinin 15/06/2020 tarih ve E:2019/13017, K:1891 sayılı kararı).

İkinci kez ıslah: Danıştay’ın bozma kararı üzerine yapılan yargılamada alınan yeni hesap bilirkişi raporunda daha önceki rapordan daha yüksek bir miktarın hesaplanması durumunda, ikinci rapordaki bakiye kısmın miktar artırımı yoluyla talep edilmesi durumunda, 2577 sayılı Kanun uyarınca tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar bir defaya mahsus olarak artırılabilen olduğundan ilk miktar artırımı dilekçesi esas alınarak karar verilmesi gerekmektedir (Danıştay 10. Dairesinin 03/02/2020 tarih ve E:2019/10200, K:2020/147 sayılı kararı). İstinaf incelemesi sırasında idare mahkemesi kararının maddi tazminata yönelik kısmının kaldırılarak yaptırılan yeni bilirkişi incelemesi neticesinde düzenlenen raporda, ilk rapordan daha yüksek bir miktarın hesaplanması durumunda da bakiye kısmın ıslah edilemeyecektir (Danıştay 10. Dairesinin 09/02/2021 tarih ve E:2020/5287, K:2021/339 sayılı kararı).

(Dairemizde bu hususta oy birliği bulunmamaktadır – tazminatın hesaplanmasına ilişkin kriterlerin belirlendiği bozma kararına uyularak İdare Mahkemesince yeniden yapılan yargılama kapsamında alınan bilirkişi raporu doğrultusunda yapılan miktar artırım talebinin, miktar artırım imkanının ikinci kez kullanımı olarak nitelendirilemeyeceği yönünde karşı oy – ST, VK.)

(İdare Mahkemesince ek bilirkişi raporuna göre yapılan ikinci ıslah dilekçesindeki miktar esas alınarak karar verilen, Danıştay 14. Dairesince ıslahın bir defaya mahsus olabileceği gerekçesiyle bozulan dosyada, mahkemenin ısrar kararı üzerine İDDK tarafından verilen onama kararı: 19/02/2020 tarih ve E:2019/2428, K:2020/388 sayılı karar).

Miktar artırım sonrası artırılan tazminat miktarına işletilecek faizin başlangıç tarihi: Faiz; en basit biçimiyle, idarenin tazmin borcu bağlamında; kişilerin, idarenin eylem ve/veya işlemlerinden dolayı uğradıkları zararların giderilmesi istemiyle başvurmalarına karşın, idarenin zararı kendiliğinden ödemeyip, yargı kararıyla tazminata mahkûm edilmesi sonucunda, idarenin temerrüde düştüğü tarihten tazminatın ödendiği tarihe kadar geçen süre için 3095 sayılı Kanuna göre hesaplanacak tutarı ifade etmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesinde, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren 1 yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren 5 yıl içinde idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerektiği; bu isteklerinin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren dava süresi içinde dava açılabilirdiği kuralı yer almaktadır. Anılan maddede, idari eylemler nedeniyle uğranılan zararın tazmini için idareye başvuruda bulunulmasının, dava ön şartı olarak öngörülmesi ve zararın idare tarafından en erken bu tarihte sulhen ödenebilecek olması nedeniyle yargı yerince hükmedilecek tazminat miktarına, ön karar için idareye yapılan başvuru tarihi (başvuru dilekçesinin idarenin kayıtlarına girdiği tarih – Danıştay 10. Dairesinin 16/02/2021 tarih ve E:2020/2155, K:2021/532 sayılı kararı) , adli yargıda dava açılması halinde adli yargıda dava açıldığı tarih itibarıyla yasal faiz uygulanması (Danıştay 10. Dairesinin 03/02/2020 tarih ve E:2019/6462, K:2020/146 sayılı kararı), Danıştay'ın yerleşik içtihatlarıyla kabul edilmiştir.

2577 sayılı Kanunda, tam yargı davalarında, dava dilekçesindeki miktarın artırımına olanak tanıyan düzenleme uyarınca, davanın kabul edilmesi halinde artırılan tazminat miktarı yönünden de faize, bu tarihlerden itibaren hükmedilmelidir.

Ayrıca, 30/04/2013 tarihinde yürürlüğe giren 6459 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na geçici 7. madde eklenerek, kanun yolu aşaması dâhil yürürlük tarihinde derdest olan davalarda da yapılan düzenlemenin uygulanacağı belirtilmiş olup, geçici 7. madde hükmü uyarınca **kanun yolu aşamasında miktar artırımına ilişkin dilekçenin verilmesi durumunda**, kanun yolu aşamasının tamamlanıp miktar artırımına ilişkin dilekçenin davalı idareye tebliğine kadar geçen süreçte sürenin uzunluğu dikkate alındığında, bu dosyalarda miktar artırımına ilişkin dilekçenin idareye tebliğ edildiği tarihin esas alınmasının hakkaniyete aykırı olacağı açıktır. Bu nedenle, geçici madde uyarınca, kanun yolu aşamasında talep edilen miktar artırımına ilişkin dosyalarda, yürütülecek faize ilişkin olarak, davacı tarafından, miktar artırım dilekçesinin verildiği tarihin esas alınması gerekmektedir (Danıştay 10. Dairesinin 07/10/2019 tarih ve E:2019/6440, K:2019/6274 sayılı kararı).

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun miktar artırımına konu tutara işletilecek faizin başlangıç tarihine yönelik içtihadı ise şu şekildedir:

“... Dava şartı olan ön karar için idareye yapılan başvuruda ihlal edilen hakkın yerine getirilmesinin istenilmesi esas olup, idare ile işin esasında ihtilafa düşüldükten, başka bir ifadeyle, tazminatın ödenmesi istemiyle idareye yapılan başvuru üzerine, bu istemin idare tarafından açıkça veya zımnen reddi üzerine, idarenin, tazminat istemi karşısında direnmeye (temerrüde) düşürüldükten

sonra davacının tazminat miktarını dava açarak talep edebileceği, açılacak davada talep edilecek tazminat miktarının serbestçe tayinine hukuki bir engel bulunmamakla birlikte, talep edilecek tazminat miktarının yüksek tutulması durumunda davacının talep ettiği tutar ölçüsünde ödemek zorunda kalacağı ve bu tür davalarda nispi olarak belirlenen yargılama harçlarının da yüksek olacağı, bunun da mahkemeye erişim hakkını kısıtlayacağı açıktır.

Yapılan bu açıklamalar karşısında, uğranılan zararın gerçek miktarının Mahkeme tarafından yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda net bir şekilde ortaya çıkması durumunda, ortaya çıkan bu gerçek zararın tamamının tazmini amacıyla verilen miktar artırımına (ıslah) ilişkin dilekçenin yeni bir dava niteliğinde olmayıp, mevcut davada talep edilen tazminat miktarının ıslah suretiyle artırımına olanak sağlayan yasal bir hakkın kullanımına ilişkin olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, artırılan tazminat miktarı yönünden davanın kabul edilmesi halinde, yasal faizin başlangıcının bu miktar yönünden de, idarenin uyuşmazlığın esasında ihtilafa, bir başka anlatımla temerrüde düştüğü tarih olduğu sonucuna varılmaktadır. ...

Bu durum yukarıda aktarılan hususlarla birlikte değerlendirildiğinde, esasen davacıların ilk dava açarken yüksek oranlı yargılama harçları vb. nedenlerden dolayı tazmini isteminde buldukları bedel dava dilekçesinde düşük belirtilmiş ise de, davacıların tazminine karar verilmesi konusunda gerçek iradelerini yansıtan miktarın, ıslah ile arttırılan gerçek zararları olduğunun, bu gerçek zararın, Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi veya ıslah dilekçesinin verildiği tarihte değil, esasen olay tarihinde ya da idarelere başvuru tarihinde ortaya çıktığı, ancak, davacılar tarafından miktarı tam olarak bilinemediğinden ve tespit edilemediğinden dava açılırken talep edilemeyen bir zarar olduğunun kabulü, bu kabul doğrultusunda da ıslahla arttırılan dava değerinin tamamına davalı idarelerden Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve Van Büyükşehir Belediye Başkanlığı yönünden temerrüde düştükleri idareye başvurma tarihinden itibaren, İdare Mahkemesi kararıyla hasım mevkiine alınan Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı yönünden ise dava tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmesinin hukuka ve hakkaniyete uygun olduğunun kabulü gerekmektedir. ..." (İDDK 09/06/2020 tarih ve E:2019/53, K:2020/853 sayılı kararı)

H- Davanın İhbarı

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin birinci fıkrasında, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hususlarda, hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler, elektronik işlemler ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı; ancak, davanın ihbarının Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından re'sen yapılacağı kurala bağlanmıştır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasında, davanın taraflarının, müdahillerin ve yargılamanın diğer ilgililerinin, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olduğu; 61. maddesinin birinci fıkrasında, taraflardan birinin, davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebileceği; 65. maddesinin birinci fıkrasında, bir yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia eden üçüncü kişinin, hüküm verilinceye kadar bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede dava açabileceği, aynı maddenin ikinci fıkrasında, asli müdahale davası ile asıl yargılamanın birlikte yürütüleceği ve karara bağlanacağı; 66. maddesinde ise üçüncü kişinin, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer'î müdahil olarak davada yer alabileceği hükümleri yer almaktadır.

Davacılar tarafından, sağlık hizmetinin yürütülmesinden kaynaklı olarak davalı idare aleyhine açılan tam yargı davasında yapılacak yargılama sonucunda idarenin tazmin yükümlülüğünün olduğuna hükmedilmesi halinde davalı idarenin dava konusu olaya ilişkin olarak sorumluluğu olan kişi veya kişilere rücu edebileceği dikkate alındığında bu kişilerin menfaatlerinin etkileneceği açıktır.

Bu itibarla, yukarıda belirtilen Kanun hükümlerinde öngörülen davanın ihbarı için geçerli koşulların oluştuğu anlaşılmakta olup, Mahkemece, esastan yeniden karar verilirken dava konusu olayda idare ile arasında rücu ilişkisi doğabilecek kişi veya kişilerin tespit edilerek *davanın res'en ilgililere ihbar edilmesi* gerekmektedir (Danıştay 10. Dairesinin 14/09/2020 tarih ve E:2019/6500, K:2020/2937 sayılı kararı).

Başka bir nedenle Danıştay'ca bozulup, Mahkemesine gönderilen dosyalarda da, bozma sonrasında esastan yeniden karar verilirken dava konusu olayda idare ile arasında rücu ilişkisi doğabilecek kişi veya kişilerin tespit edilerek davanın res'en ilgililere davaya müdahil olabileme haklarını kullanabilmelerini teminen davanın ihbarı gerekmektedir (Danıştay 10. Dairesinin 21/10/2020 tarih ve E:2019/6360, K:2020/4043 sayılı kararı).

IV-Tam Yargı Davalarına İlişkin Dairenin Esas Kararları

A- Hizmet Kusuru (Ağır/Hafif)

Anayasanın 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtildikten sonra, son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.

Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan ve asli nedenini oluşturmaktadır.

Diğer taraftan, idarelerin kamu hizmetlerinin gereği gibi işlemlerini sağlayacak organizasyonları yaparak yeterli araç ve gereçle donatılmış bina, tesis ve araçlarda hizmetin özelliğine uygun olarak seçilen ve yetişmiş personelle hizmeti yürütmek yükümlülüğünün bulunduğu da tartışmasıdır.

Zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı sağlık hizmetinde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. (Danıştay 10. Dairesinin 21/12/2020 tarih ve E:2019/6359, K:2020/6586 sayılı kararı).

Buna göre, Danıştay tarafından sağlık hizmeti sunumuna ilişkin uyuşmazlıklarda hizmet kusurunun varlığı yeterli görülmektedir. Sorumluluk için "ağır hizmet kusurunun varlığı"ni arayan eski içtihat, AİHM tarafından hak ihlali olarak değerlendirilmektedir (Asiye Genç Türkiye Kararı). Hatta iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu bu içtihat nedeniyle aranmayabilmektedir (Asiye Genç Türkiye Kararı, Aydoğdu Türkiye Kararı)

Sağlık hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan tazminat davalarını, organizasyon bozuklukları ve tıbbi uygulama hataları şeklinde iki başlık altında ele alabiliriz.

1-Organizasyon bozuklukları

Sağlık hizmetinde, idare ajanlarının kusuru bulunmasa dahi, sağlık hizmetinin sevk ve idaresi ile lojistik alt yapısındaki bir eksiklik veya aksaklıktan dolayı idarenin sorumluluğuna gidilebilmektedir. Hizmetinin kuruluşunda ve işletilmesinde yetersizlik, idarenin sorumluluğunu gerektirmektedir. Ayrıca, sağlık meslek mensuplarının kusuru bulunmasa dahi, devletin yaşam hakkını koruma yükümlülüğüne uymamasından dolayı sorumluluğa gidilebilmektedir. Örneğin, erken doğum riski bulunan bir gebenin ileri teknik donanıma sahip hastaneye sevk edilmesine rağmen, ambulans verilemediği, kendi imkanlarıyla sevk edilen hastaneye gidecek hastaya refakat edecek sağlık personeli verilemediği, hastanede bulunan araçların da ambulans niteliğinde olmadığı bir durumda, hastanede yeterli personel ve teknik donanım bulunmadığından hastanın sevk edilememesi nedeniyle vefatı dolayısıyla yakınlarının açtığı davada, hizmetin kötü işlediği apaçık ortadadır (Danıştay 15. Dairesinin 19/06/2014 tarih ve E:2013/4109, K:2014/5561 sayılı kararı).

2- Tıbbi uygulama hataları

Teşhis ve tedavi hatası: Sağlık hizmetinde, başvuranın öyküsünün düzgün alınarak, bütüncül bir yaklaşımla sorunun doğru teşhisi ve bu teşhise uygun tedavinin yapılması gerekmektedir. Teşhisteki hata tedavi sürecini doğrudan etkilemektedir. AİHM bu kapsamda birçok yaşam hakkı ihlali kararı vermiştir (Calvelli ve Ciglio/İtalya, Csiki/Romanya, Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye Kararları)

Örneğin, göğüs ağrısı şikayetiyle hastaneye başvuran hastaya kronik bronşit tanısıyla tedavi uygulanması, hastanın kardiyojloji acili yönünden değerlendirilmemesi, EKG çekilmemesi ve enzim tetkiki yapılmaması sonucu kalp krizi nedeniyle vefat etmesi,

Ciltteki döküntü ve kaşıntı nedeniyle hastaneye başvuran hastaya, yapılan tetkikler sonrası T bölgesi lenfoması teşhisi konularak 8 kür kemoterapi uygulanmasına karar verilmesi, bu tedavinin 6 kürünün uygulanmasına rağmen ciltteki döküntü ve kaşıntının da geçmemesi nedeniyle hastanın bir başka hastaneye başvurması üzerine, burada yapılan tetkikler neticesinde hastalığının Pitriazis Likenoides kronika olduğunun kanser olmadığı tespit edilmesi,

Efor sarf ettiğinde bayılma şikayeti olan hastaya, epilepsi tanısıyla epileptik tedavi uygulandığı halde, kişinin vefatı üzerine yapılan otopside konjenital (doğumsal) kalp hastalığı bulunduğunun anlaşılması vb.

Dikkat ve özen eksikliği: Sağlık mesleği mensupları, hizmetlerini ifa ederken gereken dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdürler. Dikkat ve özen eksikliği idarenin sorumluluğunu gerektirmektedir. Bir meslek profesyonelinden beklenen dikkat ve özenin gösterilmediği haller, olayın niteliğine göre takdir edilmelidir.

Örneğin, (bu alanda en sık karşılaşılan) ameliyat sonrası, vücutta nesne unutulması vakaları, bel fitiği ameliyatında ameliyat bölgesinde spanç (gazlı bezi) unutulması,

Kalça bölgesinden intramuskuler (kas içine) uygulanan enjeksiyonun, kalçanın dış üst bölgesine uygulanması gerekirken orta veya iç kısmına uygulanması,

Sezeryan doğum yaptırılması sırasında kullanılan koter plağının hastaya teması nedeniyle yanık oluşması,

Yenidoğan bebekte gelişen dolaşım sorunun giderilmesi için radian ısıtıcı kullanılarak uygulanan ısı tedavisi sırasında, fazla ısı verilmesi nedeniyle bebeğin vücudunda yanıkların oluşması sonucu sol dizini kullanamaz hale gelmesi,

Kilolu bir hastanın genel anestezi altında yapılan kıl dönmesi ameliyatı sırasında entübe edilmemesi, sadece maske ile oksijenasyonu sağlanarak prone pozisyonu (yüz üstü pozisyon) aldırılması sebebiyle cerebral ödem ve hipoksik beyin oluşması üzerine vefatı vb.

Yetki sınırının aşılması: Sağlık mesleği icra edenlerin mesleki tanımları gereği icrayı sanat ettikleri alanın dışına çıkmaları durumunda, eğer kişide bir zarar meydana gelmişse bu zararın tazmini gerekmektedir.

Örneğin, üroloji uzmanının yapması gereken radikal prostektomi ameliyatının genel cerrah tarafından yapılması olayında yetki sınırının aşılması söz konusudur. Bir kadın doğum uzmanının, rahim ameliyatı sırasında organ komşuluğu sebebiyle bağırsak delinmesi yaşanması olayında bağırsak delinmesine müdahale etme yetkisi bulunmaktadır.

Ancak acil hallerde yapılan müdahaleler mücbir sebep tahtında değerlendirilebilir. Nitekim 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 23. maddesinde, "Umumi veya mevzii iptali his ile yapılan büyük ameliyeler behemehal ihtisas vesikasını hamil olan bir mütehassıs ile beraber diğer bir tabip tarafından yapılmak lazımdır. Mütehassıs bulunması veya celbi mümkün olmıyan mahallerde yapılması zaruri görülen ameliye-ler ile ahvali müstacele ve fevkalade bu hükümden müstesnadır." Hükümü yer almaktadır. (Örneğin Afyon Bolvadin'de genel cerrahın, kalbine bıçak saplanan genci opere etmesi olayı.)

Rıza alınması sürecindeki eksiklikler (Bilgilendirme eksiklikleri): 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde "Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlere ikiyüzlü Türk Lirası idarî para cezası verilir." hükmü yer almaktadır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Hasta Hakları Yönetmeliği ve Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, hastanın aydınlatılması ile tıbbi müdahale öncesi aydınlatılmış rızanın (onam) alınmasını yasal zorunluluk olarak düzenlemiştir.

Buna göre, tıbbi girişimin hukuka uygun olması için tedavi amacına yönelik olması ve bu tıbbi girişime başlamadan önce kişilerin yapılacak işlemlerle ilgili riskleriyle birlikte aydınlatılarak rızalarının alınması gerekmektedir.

Hastanın aydınlatılma ve onay verme hakkının elinden alınması ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda, yürütülen sağlık hizmetinin gereği gibi işletilmediği konusunda davacılar da endişe ve üzüntüye yol açacağından davacıların manevi tazminat talebinin, manevi tazminatın zenginleşme aracı olamayacağı ilkesi de gözetilerek değerlendirilmesi gerekmektedir.

Örneğin, kronik bir rahatsızlığı nedeniyle ilaç kullanan hamile bir kadına kullandığı ilacın herhangi bir anomaliye neden olabileceği hususunda bilgilendirilmemesi,

Varis ameliyatı olan hastadan alınan onam formunda, bu ameliyat sonrasında sinir hasarı ve sinir kesisine yönelik oluşabilecek risklerden bahsedilmemesi ve bu riskler bakımından hastanın bilgilendirilmemesi (varis ameliyatı sonrası sinir hasarı oluşması),

Baş ağrısı şikayetiyle hastaneye başvuran hastaya uygulanan enjeksiyondan önce, enjeksiyonun sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığına ve adı geçen bu işleme rıza gösterdiğine dair yazılı ve imzalı aydınlatılmış onamının alınmaması (enjeksiyon nöropatisine bağlı düşük ayak gelişmesi),

Bekar ve çocuk sahibi olmayan hastanın apandisit tanısıyla girdiği ameliyatta rızası ve bilgisi dışında sağ overinde bulunan kistin ve sağ yumurtalığının alınması, bu durumun bir başka hastanede sol yumurtalığındaki kiste yönelik yapılan operasyon sonrasında anlaşılması vb.

Vatandaşların tedaviyi reddetme hakları her zaman bulunmakta olup, bu anlamda kendi isteğiyle taburculuk durumunda, yazılı bir beyan alınması, gerekli muayeneler ve bilgilendirmeler yapıldıktan sonra taburculuğun sağlanması gerekir. Mağdurun hastanedeki tedavisine ilişkin güvenilir yeterli kayıtların tutulmaması, yeterli derecede bilgilendirilmemesi, sağlık hizmetinin, hastane kayıtlarının tutulmaması yönünden kusurlu işletildiğini gösterir (Danıştay 15. Dairesinin 18/02/2016 tarih ve E:2015/3233, K:2016/989, 31/12/2012 tarih ve E:2008/7168, K:2012/7214 sayılı kararları).

Aşı uygulamalarında durum nasıldır ? Koruyucu sağlık hizmetlerinin etkili ve verimli bir şekilde organize edilmesi ve bireylere sunulması konusunda devletin belli ölçüde pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu açıktır. Devletin öncelikle bulaşıcı bir hastalığın görülmesi hâlinde bu durumu tespit etmeye elverişli bir sistem kurması ve bu vakanın bir salgına dönüşmemesi için gerekli olan önlemleri alması gerekir. Gerekli önlemlerin alınması noktasında devletin yüksek aşılama oranlarına ulaşarak toplumun bağışıklığını güçlendirmesi önemlidir. Devletin normal dönemlerde yüksek aşılama oranlarına ulaşması ve toplumun bağışıklığını güçlendirmesi yönünde pozitif yükümlülükleri bulunmakla birlikte bu pozitif yükümlülüklerin kapsamının bulaşıcı hastalığa ilişkin bir vakanın görülmesi ve/veya bu durumun bir salgına işaret etmesi hâlinde daha geniş olacağı da muhakkaktır (Bedrettin Sumbül ve Mürüvet Sumbül, B. No: 2015/4664, 11/10/2018, § ...).

AİHM içtihadına göre, zorunlu aşı uygulamaları (ve hatta boyutuna bakılmaksızın uygulanan tüm tıbbi müdahaleler) fiziksel bütünlük hakkına bir müdahale teşkil etmektedir ve kanunilik şartını taşımalıdır (Boffa ve diğerleri/San Marino). Nitekim, Anayasa'nın 17. maddesinde de tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı belirtilmiştir. Çocuğunun bebeklik dönemi aşılarının anne ve babası tarafından yaptırılmadığından bahisle çocuk hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu uyarınca sağlık tedbiri uygulanması üzerine, çocuğun vücut bütünlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesinin zorunlu aşı uygulamasına yönelik değerlendirmeleri şöyledir;

“ ... 71. 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde belirli hastalık türleri sayılmış, 72. maddede ise 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda bir kısım tedbirlere başvurulacağı belirtilmiş ve söz konusu tedbirler arasında hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması şeklindeki tedbire de yer verilmiştir. İlgili Genelgede ise genel bağışıklama programına ilişkin ilke ve usuller belirlenerek bebeklik dönemini de kapsayacak şekilde belirli yaş grupları için çeşitli periyotlar dâhilinde bazı aşuların uygulanmasına ilişkin esas ve usuller düzenlenmiştir. Söz konusu Genelge kapsamında yer verilen aşı türlerine bakıldığında 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıklar için tatbiki öngörülenlerle sınırlı bir düzenleme olmadığı anlaşılmakta, başvurucuya tatbikine hükmedilen HepB, DaBT, İPA, Hib ve KPA türündeki aşuların da 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıkları tam olarak karşılamadığı, bu kapsamda 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması hususunu düzenleyen 72. madde hükmünün, başvuruya konu uygulamanın kanuni dayanağı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

72. Bunun yanı sıra 1593 sayılı Kanun'da münferiden çiçek aşısının mecburi bir aşı olarak öngörüldüğü ve söz konusu yükümlülüğün zaman ve kişi grupları nazara alınarak Kanun'un 88-94. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir. Bunun dışındaki aşı uygulamasının Bakanlığın ilgili Genelgesi kapsamında ve belirlenen program çerçevesinde yapıldığı görülmekle birlikte genel ve zorunlu aşı uygulamasına dayanak oluşturacak bir kanun hükmünün mevcut olmadığı anlaşılmaktadır.

73. Halk Sağlığı Kurumu tarafından gönderilen yazı içeriğinde belirtilen ve aşı uygulamasının kanuni dayanağı bağlamında yer verilerek halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele edilmesi; bulaşıcı ve bulaşıcı olmayan kronik hastalıklar ve belirli hastalık ve risk grupları ile ilgili izleme, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapılması görevini Halk Sağlığı Kurumuna verdiği belirtilen Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin de Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan bir temel hakka yönelik sınırlandırma ve müdahale açısından dayanak olamayacağı açıktır.

74. Yukarıda yer verilen tespitler uyarınca başvuruya konu müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşıldığından söz konusu müdahale açısından diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

75. Açıklanan nedenlerle başvuruçunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir. ...” (Halime Sare Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015, § ...)

Bu kapsamda, covid-19 sebebiyle başlatılan aşı uygulamalarının 1593 sayılı Kanun kapsamında olduğu, faz çalışmalarının da devam ettiği göz önünde bulundurulduğunda kişilerin rızasına bağlı olduğu değerlendirilmektedir.

Sır saklama yükümlülüğüne uyulmaması: Sağlık personelinin hastasıyla ilgili vakıf olduğu bilgileri paylaşmaması esastır. Umumi Hıfzısıhha Kanunu 57. ve 64. maddeleri uyarınca, kanunda belirtilen bulaşıcı hastalıkları öğrenen sağlık personelinin durumu yetkili mercilere bildirmesi, sır saklama yükümlülüğünün ihlali niteliğinde değildir.

Örneğin, aşçı olarak çalışan kişinin AIDS hastası olduğuna ilişkin bilginin basına verilmesi (Danıştay 10. Dairesinin 31/01/1996 tarih ve E:1994/5314, K:1996/294 sayılı kararı).

B- Bilirkişi Uygulaması (Hizmet kusurunun ortaya konulması açısından)

Kişilerin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla tıbbi ihmale dayalı açılan tam yargı davalarında, hizmet kusurunun tespitine yönelik olarak ilk derece mahkemelerince yaptırılan bilirkişi incelemesinde, bilirkişinin somut tıbbi verileri kullanarak, sahip olduğu tıbbi bilgilerden hareketle her türlü şüpheden uzak, nesnel bir sonuca varması ve buna göre de somut gerekçelerle kanaat bildirmesi gerekmekte olup, bilirkişiye başvurulmasındaki amacın, hukuka uygun karar verebilmek için gerekli verilere ulaşmak olduğu göz önünde tutulduğunda, bilirkişilerin uyuşmazlık konusunda özel ve teknik bilgiye sahip olan kişiler arasından seçilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bununla birlikte bilirkişi veya bilirkişilerce düzenlenen raporda, sorulara verilen cevapların şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, rapor içeriğinin ise hükme esas alınabilecek nitelikte olması gerekmektedir.

Doğrudan sağlık hakkını ilgilendiren bu tür davalarda, olayların oluşumuna ilişkin olarak delilleri değerlendirmekle görevli olan mahkemelerce, somut verilere dayanmayan, bilimsel değerlendirme içermeyen, yalnızca varsayıma dayalı olarak görüş bildiren bilirkişi raporlarının hükme esas alınması halinde, kişilerin anayasal haklarını korumaya yönelik yeterli yargısal güvence sağlanmamış olacaktır.

Bu kapsamda aşağıdaki kurumlardan alınan ve hükme esas olabilecek bilirkişi raporları Dairemizde kabul görmektedir:

- a. Adli Tıp Kurumu (Tercihen) (çok iyi tahlil edilmeli)
- b. Yüksek Sağlık Şurası
- c. Üniversite Tıp Fakülteleri (AİHM daha uygun görüyor)

Bilirkişi incelemesi kapsamında, dosyaların Adli Tıp Kurumuna gönderilmeden önce, özellikle davacı tarafın iddialarına yönelik araştırma yapılmalı, bilirkişi sorusu hazırlanırken, davacı tarafın iddiaları da dikkate alınmalı, genel olarak hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı hususunun sorulmasıyla yetinilmemelidir (Danıştay 10. Dairesinin 21/12/2020 tarih ve E:2019/6359, K:2020/6586 sayılı kararı).

Dosyanın Adli Tıp Kurumuna gönderilmeden önce, davacının iddialarına yönelik araştırma mutlaka yapılmalıdır (Danıştay 10. Dairesinin 24/11/2020 tarih ve E:2019/6558, K:2020/5274 sayılı, 21/12/2020 tarih ve E:2019/6359, K:2020/6586 sayılı kararları). Örneğin, hastane enfeksiyonundan vefat eden hastayla ilgili dosyada, hastanede yattığı döneme ilişkin yatan, ameliyat edilen, hastane enfeksiyonu kapan hasta sayısını ve enfeksiyon etkeni mikropları da gösterir şekilde enfeksiyon kontrol komitesi raporları, davacılar yakınıyla aynı yoğun bakımda yatıp hastane enfeksiyonu tespit edilen diğer hastalara ait kayıtlar ile birlikte; bir bağırsak görüntüleme yöntemi olan ERCP sonrası genel durumu kötüleşen hastaya geç müdahale edildiği iddiasına karşılık, ERCP işlemi ile bu işlemten sonra gelişen şikayetlerine yönelik yapılan tetkiklerin saatlerinin araştırılarak dosyanın ATK'ya gönderilmesi gerekir.

Mağdurun hastanedeki tedavisine ilişkin güvenilir yeterli kayıtların tutulmaması, yeterli derecede bilgilendirilmemesi, sağlık hizmetinin, hastane kayıtlarının tutulmaması yönünden kusurlu işletildiğini gösterdiğinden uygun bir manevi tazminat tutarının takdir edilmesi gerekir (Danıştay 15. Dairesinin 31/12/2012 tarih ve E:2008/7168, K:2012/7214 sayılı kararı. Danıştay 10. Dairesinin uygulaması da bu yöndedir).

Davaya konu olayın uzmanı bilirkişi heyetinde mutlaka bulunmalıdır (Danıştay 10. Dairesinin 21/12/2020 tarih ve E:2019/6359, K:2020/6586 sayılı kararı). Örneğin, bilirkişi heyetinde, hatalı göz ameliyatı dolayısıyla açılan davada, göz hastalıkları uzmanının; doğum sırasında bebekte brakial pleksus (omuz takılması) durumunun gelişmesi üzerine açılan davada, bilirkişi heyetinde kadın hastalıkları ve doğum uzmanının; göz seyirmesi şikayeti olan hemifasial spazm tanısıyla kullandığı tegretol isimli ilaca bağlı olarak gelişen reaksiyon sonucu vefat eden hastanın yakınlarının açtığı davada, nöroloji uzmanının; hatalı olarak konulan tüberküloz teşhisi nedeniyle kullanılan ilaçlardan dolayı açılan davada, göğüs hastalıkları uzmanının; yüz bölgesindeki siğiller için uygulanan kriyoterapi sonrası oluşan kalıcı iz ve lekelerden dolayı açılan davada, deri ve zührevi hastalıklar uzmanının; ERCP işleminden sonra genel durumun kötüleşmesi sonrasında vefat eden hastanın yakınlarının açtığı davada, gastroenteroloji uzmanı ile genel cerrah uzmanının; hastanede yatarak takip ve tedavi altındayken hastane enfeksiyonuna maruz kalarak vefat eden hastanın yakınlarının açtığı davada, enfeksiyon hastalıkları uzmanının bulunması gerekmektedir.

Bilirkişi raporlarına yapılan ve esası etkileyebilecek nitelikteki itirazların dikkate alınması, gerekirse bu yönde araştırma yapılması ve bu itirazların yine bilirkişi heyetince karşılanması gerekmektedir.

Bilirkişi raporunun çelişkili olması durumunda, Adli Tıp Üst Kurulu aracılığıyla çelişkinin giderilmesi, olayda hizmet kusuru bulunup bulunmadığının tereddüte yer vermeyecek şekilde tutarlı ve anlaşılır bir rapor ile açıklığa kavuşturulması gerekmektedir (Danıştay 10. Dairesinin 28/09/2020 tarih ve E:2019/6339, K:2020/3267 sayılı kararı). 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 1. maddesinde; adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere Adalet Bakanlığına bağlı Adli Tıp Kurumu kurulduğu, 2. maddesinde, Adli Tıp Kurumunun, mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlü olduğu, 15. maddesinde, Adli Tıp Üst Kurullarının, adli tıp ihtisas kurulları ve ihtisas daireleri tarafından verilip de mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklarca kapsamı itibarıyla yeterince kanaat verici nitelikte bulunmadığı, sebebi de belirtilmek suretiyle bildirilen işleri, adli tıp ihtisas kurullarınca oybirliğiyle karara bağlanamamış olan işleri, adli tıp ihtisas kurullarının verdiği rapor ve görüşleri arasında ortaya çıkan çelişkileri, adli tıp ihtisas kurulları ile ihtisas dairelerinin rapor ve görüşleri arasında ortaya çıkan çelişkileri, adli tıp ihtisas kurulları ile Adli Tıp Kurumu dışındaki sağlık kuruluşlarının heyet hâlinde verdikleri rapor ve görüşler arasında ortaya çıkan çelişkileri konu ile ilgili uzman üyelerin katılımıyla inceleyeceği ve kesin karara bağlayacağı düzenlenmiştir.

Anayasa'nın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesiyle "bilirkişi" konusunda atıfta bulunulan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Bilirkişi raporunun verilmesi" başlıklı 280. maddesi, "Bilirkişi raporuna itiraz" başlıklı 281. maddesi uyarınca, Mahkemelerce hükme esas alınan raporun, esas hakkında karar verilmeden önce, bilirkişi raporunun birer örneğinin taraflara tebliğ edilmesi ve bilirkişi raporuna tarafların itiraz edebilmelerine olanak tanınması, uygulanması zorunlu bir usul kuralıdır. Bu kapsamında, idare mahkemelerince, Cumhuriyet Başsavcılıkları veya asliye hukuk mahkemeleri nezdinde açılan tazminat davası kapsamında alınan raporların taraflara tebliğ edilmeden karar verildiği görülmektedir (Danıştay 10. Dairesinin 12/03/2020 tarih ve E:2019/6281, K:2020/1239 sayılı kararı).

C- Manevi Tazminat Takdiri

Manevi tazminat, mal varlığında meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, tatmin aracıdır. Olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar. Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Manevi zararın varlığı, sadece şeref, haysiyet ve onur kırıcı işlem ve eylemlere ya da kişilerin vücut bütünlüğünde meydana gelen sakatlık haline veya ölüm nedeniyle ağır bir elem, üzüntü duyulması şartına bağlı olmayıp, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini gereği gibi eksiksiz olarak sunamaması nedeniyle ilgililerin yeterli hizmet alamamalarından dolayı üzüntü ve sıkıntı duymaları manevi zararın varlığı ve manevi tazminata hükmedilmesi için yeterli bulunmaktadır (Danıştay 10. Dairesinin 21/12/2020 tarih ve E:2019/6359, K:2020/6586 sayılı kararı).

Sağlık hizmetinin sunumu sırasında meydana gelen olağan dışı zarardan da davalı idare sorumlu olduğundan, olayların bu kapsamda da (manevi tazminat açısından) değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, Devlet Hastanesinde gerçekleşen normal doğum sırasında meydana gelen uterus rüptürü (rahim yırtılması) nedeniyle vefat eden hastanın yakınları tarafından açılan davada, maddi tazminat isteminin reddi, manevi tazminat isteminin kabulü yolunda verilen İdare Mahkemesi kararı onanmıştır (Danıştay 10. Dairesinin 16/02/2021 tarih ve E:2020/3562, K:2021/531 sayılı kararı).

Manevi tazminat, dava edilmekle kişinin mamelekine dahil olduğundan, mirasçılara intikal eder. Bu nedenle manevi tazminat davalarında, davacının vefatı halinde 2577 sayılı Kanun'un 26/1. maddesinin işletilmesi gerekmektedir (Danıştay 10. Dairesinin 19/11/2019 tarih ve E:2019/6152, K:2019/8224 sayılı kararı).

Yukarıda değinildiği üzere tıbbi kayıtlardaki eksiklik, sağlık hizmetinin kusurlu işletildiği sonucuna işaret eder ve uygun bir manevi tazminat takdiri gerekir ((Danıştay 15. Dairesinin 31/12/2012 tarih ve E:2008/7168, K:2012/7214 sayılı kararı. Danıştay 10. Dairesinin uygulaması da bu yöndedir).

Manevi tazminatın ıslahı meselesi, ıslah ve faiz başlığı altında irdelenmiş olup, manevi zararın niteliği gereği sonradan gelişen veya öğrenilen yeni bir olgu olmadığı sürece kişinin manevi varlığında oluşan zararın arttığından bahsedilemeyeceğinden, ancak yeni bir olgunun bulunması durumunda manevi tazminatın ıslahının söz konusu olabilecektir (Danıştay 10. Dairesinin 15/06/2020 tarih ve E:2019/13017, K:1891 sayılı kararı).

V- Tam Yargı Davalarına İlişkin AYM'nin Bakış Açısı

Hamza Küçük Başvurusu 2013/7400 – Süreaşımı
Özkan Şen Başvurusu 2012/791 – Vekalet ücreti
İbrahim Can Kişi Başvurusu 2012/2014
Mükremin Eroğlu Başvurusu 2013/9025
İlker Başer ve Diğerleri Başvurusu 2013/1943
Osman Konuktar Başvurusu 2013/5670
Halime Sare Aysal kararı 2013/1789 – Onam
Bedrettin Sumbül ve Mürüvet Sumbül – Onam

VI- Tam Yargı Davalarına İlişkin AİHM'in Bakış Açısı

• **Asiye Genç Türkiye Kararı:** AİHM, yenidoğan yoğun bakım ünitesinde yer olmaması nedeniyle gerçekleşen ölümden dolayı, idari yargıda tam yargı davası açılmadan yapılan başvuruyu kabul etmiş ve taraf devletin;

Sağlık hizmetinden dolayı sorumluluğu “ağır hizmet kusuruna” bağlaması ve ilgili kamu görevlileri hakkında etkin bir soruşturma yapılamaması nedeniyle başvuranların bu ağır hizmet kusurunu ispatlamadaki güçlükleri, sağlık hizmetlerinde idarenin sorumluluğu konusunda, Türk İdare Hukuku, “ağır hizmet kusuruna” ilişkin düzenlemeye dayanması,

Oysa bu durumda sağlık personeline atfedilebilir - idari veya ceza ya da disiplinle ilgili - herhangi bir kusurlu işlemin son olarak yetkili makamlar tarafından tespit edilmediği,

İdarenin, kamu görevine tabi tutulan bir doktorun herhangi bir kusurunun bulunmaması halinde tazminat ödemeye mahkûm edilebileceğini gösteren herhangi bir karar sunmadığı,

(hal böyle olunca açılacak tazminat davasını kazanmayı mit edemedikleri)

Bu nedenle iç hukuk yolu tüketilmeden yapılan başvurunun kabul edilebilir olduğu...

Mahkeme, sağlık hizmetindeki eksiklik ve aksaklıkların, sağlık personelinin teşhis hatası ve koordinasyon eksikliği ile birlikte gerçekleşmesinin Sözleşmenin 2 nci maddesi kapsamında Devletin yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün ihlali olduğuna ve 65.000 avro manevi tazminata karar vermiştir.

• **Altuğ ve Diğerleri Türkiye Kararı (Başvuru no: 32086/07):** Penisilin uygulaması sonrası anafaktik şoka giren ve vefat eden davacı yakınları, iç hukuk süreci sonrası AİHM'e başvuruyor. Olay zel sağlık kuruluşunda.

“Taraf devletler, hekimlerin, uygulanması düşünülen tıbbi müdahalenin hastaların fiziksel bütünlüğüyle ilgili olarak meydana getirebileceği öngörülebilir sonuçlar hakkında sorgulanmaları ve hastalarını aydınlatarak, rıza göstermelerini sağlayacak şekilde kendilerini bu tıbbi müdahale hakkında önceden bilgilendirmeleri amacıyla gereken düzenleyici yasal tedbirleri almakla yükümlüdürler. Bunun bir sonucu olarak, özellikle, hastanın kendi hekimleri tarafından önceden gerektiği gibi bilgilendirilmediği ve söz konusu hekimlerin bir devlet hastanesi bünyesinde çalışmadığı durumlarda bu türden öngörülebilir bir tehlikenin gerçekleşmesi halinde, ilgili taraf devlet, bu bilgilendirme eksikliği nedeniyle doğrudan sorumlu tutulabilmektedir.”

Nitekim mahkeme aydınlatılmış onam alınmadan yapılan uygulama nedeniyle 20.000 Euro manevi tazminata hükmetmiştir.

• **Mesutoğlu Türkiye Kararı (vekalet creti kısmında ele alındı):** Mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığı, bazı sınırlamalara tabi olabildiği, bununla birlikte, getirilen kısıtlamaların, hakkın özünü ortadan kaldıracak ölçüde, kişinin mahkemeye erişimini engellememesi gerektiği, mahkemeye erişim hakkına getirilen bu tür sınırlamaların ancak meşru bir amaç güdüldüğü takdirde ve hedeflenen amaç ile başvurulan araçlar arasında makul bir orantı olması halinde Sözleşmenin 6/1. maddesi ile bağdaşabileceği, bu ilkelerden hareketle, dava açma hakkının doğal olarak yasayla belirlenen şartları olmakla birlikte, mahkemelerin yargılama usullerini uygularken bir yandan davanın hakkaniyetine hanel getirecek kadar abartılı şekilcilikten, öte yandan, kanunla ngrlmş olan usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak kadar aşırı bir geşşeklikten kaçınılması gerektiği belirtilmektedir.

• **Bilsen Tamer Türkiye Kararı (Başvuru no:60108/10):** Bulantı şikayetiyle asker hastanesine gidiyor, emetik tedavi ile eve gönderiliyor, ertesi gün göğüs ağrısı şikayetiyle gittiğinde koroner yoğun bakıma alıp ameliyat ediyorlar, adli tıptan 2 rapor alınmış, ceza davası takipsizlik ile sonuçlanmış, AYİM, raporlar doğrultusunda tazminat davasını reddetmiş.

“Sözleşmeci bir Devletin, sağlık görevlilerinin yeterliliğinde yüksek bir seviye sağlamak ve hastaların yaşamını güvence altına almak için gereklilikleri yerine getirmesi durumunda, bir sağlık görevlisi tarafından hatalı karar verilmesi veya özellikle bir hastanın tedavisi çerçevesinde sağlık görevlileri arasında kötü bir koordinasyon sağlanması gibi konuların, pozitif yükümlülüğü çerçevesinde Sözleşmeci Devleti, Sözleşme'nin 2. maddesinden doğan yaşam hakkını koruması için zorlamaya kendiliğinden yetebileceğini hatırlatmaktadır Mahkeme aynı zamanda, sağlık personellerinin klinik kararlarını sorgulamanın görev alanına girmediğini yeniden belirtmektedir.”

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil, (2022), Türk İdare Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil, (2019), Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara: Savaş Yayınevi.

Erkut Celal, (2015), İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara: Danıştay Yayınları No:51.

Gözler, Kemal, (2001), İdare Hukuku, Bursa: Ekin Kitabevi.

Gözübüyük, A.Şeref, (2001),Yönetmelik Yargı, Ankara: Turhan Kitabevi.

Sarıca, Ragıp, (1949), “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XV, Sayı: 4, İstanbul, s. 858-895.

Ulusoy, Ali Dursun, (2019), Yeni Türk İdare Hukuku , Ankara: Yetkin Yayınları.

Yargı Kararları/İnternet Kaynakları:

Anayasa Mahkemesi Kararları: <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları:

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]})

Danıştay Kararları: <https://karararama.danistay.gov.tr/>

Tıbbi Müdahalelerde Ortaya Çıkan Komplikasyonlarda Süreç Yönetimi ve Hukuki Sorumluluk

Doç. Dr. Emine CİN
Kırıkkale Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı

GİRİŞ

Tıbbi müdahalelerde komplikasyon ortaya çıkabilmesi ihtimal dahilinde bulunmakta ve hukuki sorumluluk doğurmamakla birlikte komplikasyon ortaya çıktıktan sonraki müdahale sürecinin doğru yönetilememesi idarenin hukuki sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Sağlık kamu hizmetinin bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotları kapsamında insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmesi nedeniyle komplikasyon yönetimi de dahil olmak üzere sağlık kamu hizmetinin her bir aşamasının çağdaş ve güncel tıbbi standartlara uygun yürütülmesi gerekmektedir. Sürekli gelişen tıp alanında güncel bilimsel ilerlemeler çerçevesinde hizmeti yeni gelişmelere uyarlamak durumunda olan idarenin varlığı karşısında komplikasyonun varlığı nedeniyle herhalükarda hukuki sorumluluk doğmayacağı yaklaşımı geçerliliğini kaybetmektedir. Günümüzde hukuki sorumluluğun değerlendirilmesi noktasında komplikasyon ortaya çıktıktan sonraki sürecin doğru yönetilmesi meselesi ağırlık kazanmaktadır. Zira komplikasyon sürecinin doğru yönetilememesi, komplikasyonun tıbbi uygulama hatasına dönüşmesine yol açmaktadır. Bu bildiride komplikasyon yönetim süreci üzerine yoğunlaşmakta ve Danıştay kararlarından yola çıkılarak komplikasyon yönetim sürecinden kaynaklı idarenin hukuki sorumluluğu ve sağlık kamu görevlisine rücu hakkında bilgi verilmektedir.

I. Komplikasyon Kavramı

Komplikasyon, doktrinde bir tanıma göre “bir hastalığa veya duruma bağlı olarak veya bu hastalık ya da durumdan bağımsız bir şekilde ortaya çıkan ikincil (ek) bir hastalık ya da durum”²⁷¹ anlamına gelmektedir. Diğer bir tanıma göre, “tıp biliminin barındırdığı risklerden, izin verilen ve sorumluluk yaratmayan risklere komplikasyon denilmektedir”²⁷². Danıştayın yerleşik içtihatlarına göre komplikasyon, “tıbbi standarda uygun bir müdahale yapılmasına rağmen ortaya çıkabileceği tıp çevreleri tarafından kabul edilen ve her türlü tedbir alınmasına rağmen kaçınılmaz olarak meydana gelen zararlar olarak tanımlanmaktadır”²⁷³. Yargıtay içtihatlarında da benzer şekilde komplikasyon, “hekimin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken her şeyi doğru yapmasına rağmen yine de istenmeyen bir sonucun meydana gelmesidir ve komplikasyonun iyi ve doğru yönetilmiş olması kaydıyla, istenmeyen sonucun ortaya çıkmasında tıp ilminin genel kurallarının kusurlu ihlali söz konusu olmadığından hekimin sorumluluğu doğmayacaktır”²⁷⁴ şeklinde tanımlanmaktadır.

²⁷¹BİLGE Yaşar, Adli Bilimler Sözlüğü, Ankara 2002, s. 165.

²⁷²DEMİR Mehmet/KİRKİT Ecem, “Komplikasyon-Malpraktis Ayırımının Tıbbi Özel Hukuk Sorumluluğuna Etkisi”, Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2022, S. 1, s. 58.

²⁷³Danıştay 15. Dairesi, E. 2013/12131, K. 2014/9635, K.T. 12.12.2014; Danıştay 10. Dairesi, E.2019/1177, K. 2019/3000, K.T. 17.04.2019.

²⁷⁴Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/2244, K. 2021/961, K.T. 07.07.2021; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/1981, K. 2021/960, K.T. 07.07.2021.

Komplikasyon, hukuken kaçınılamayacak zarar ya da yapılan tıbbi müdahale sonucunda hoşagitmeyen durum olarak nitelendirilmektedir²⁷⁵. Her türlü dikkat ve özenin gösterilmesine rağmen tıbbi müdahalede kaçınılmaz bir biçimde zarar ortaya çıkma durumu karşısında hukuk düzeni, elde edilmek istenen sonuç itibarıyla hastanın belirgin bir şekilde ortaya çıkan yararını göz önünde bulundurarak tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesine ve dolayısıyla risklerin üstlenilmesine izin vermektedir. Nitekim guatr ameliyatından sonra ses kısıklığı yaşanması, diş çekiminde kanama veya şişlik olması, doğumdan sonra hematoma (kan birikimi) gelişmesi, bel fitiği ameliyatından sonra damar yaralanması, yüze enjekte edilen dolgudan sonra yüz bölgesinde gelişen lezyon tipik komplikasyon örnekleridir²⁷⁶.

II- Komplikasyon Sürecinin Yönetimi ve Tıbbi Uygulama Hatası İlişkisi

Her tıbbi müdahalede az veya çok komplikasyon ortaya çıkabilmesi ihtimal dahilindedir. Tek başına komplikasyonun varlığı idarenin sorumluluğunu doğurmaz. Danıştay, komplikasyon gelişmesi muhtemel tıbbi müdahalelerde idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmemektedir²⁷⁷. Danıştay içtihatlarına göre, bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetlerinden yararlanan kişilerin uğradıkları zararların tazmini ancak idarenin hizmet kusurunun varlığı halinde söz konusudur²⁷⁸. İdarenin sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için kusurun varlığı şartı aranmaktadır. Sağlık kamu hizmetinin yürütülüşü kapsamında gerçekleştirilen tıbbi müdahalede komplikasyonun varlığı halinde ise kusur şartı gerçekleşmediğinden bu durum tek başına hizmet kusuruna yol açmamaktadır²⁷⁹. Bununla birlikte komplikasyon ortaya çıktıktan sonraki sürecin doğru bir yaklaşımla yürütülmemesi sonucu zararın ortaya çıkması halinde idarenin sorumluluğu değerlendirilmektedir. Nitekim Yargıtay da “komplikasyonun iyi ve doğru yönetilmiş olması kaydıyla, istenmeyen sonucun ortaya çıkmasında tıp ilminin genel kurallarının kusurlu ihlali söz konusu olmadığından hekimin sorumluluğu doğmayacaktır”²⁸⁰ diyerek kusurdan doğan sorumluluğa işaret etmektedir.

Tıbbi müdahale sonrası bir komplikasyon gelişmesi halinde uygulanması gereken teşhis ve tedavi dahil tüm tıbbi müdahalelere komplikasyon süreç yönetimi denilmektedir²⁸¹. Bir komplikasyon ortaya çıktığında nasıl ele alınması ve yönetilmesi gerektiğini ortaya koyan bu aşamaların tamamı, komplikasyon sürecinin doğru yönetiminde etkin rol oynamaktadır. Komplikasyon tıp kurallarına göre kendisinden beklendiği şekliyle iyi yönetilemezse hastanın iyileşme sürecinin uzaması, fiziki görüntüsünün bozulması, hasta üzerinde ortaya çıkan zararlı sonuçların artması ve hatta hastanın ölümünün gerçekleşmesi dahi söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle komplikasyon yönetiminin herhangi bir aksaklık ve eksikliğe mahal vermeden, ciddiyetle ve özenle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Danıştay içtihatlarında, komplikasyon sonrası yönetim sürecinin önemine dikkat çekilerek bu sürecin hizmet kusurunun varlığını tespit etme adına önem arz ettiği ifade edilmektedir²⁸². O halde, Danıştay’ın son yıllarda haklı olarak belirttiği üzere komplikasyon sürecinin iyi yönetilmemesi idarenin kusurlu sorumluluğunun varlığını ortaya koymaktadır ve idare aleyhine tazminata hükmedilmektedir. Zira komplikasyon yönetimini zamanında, tam ve doğru gerçekleştirilmesi gereken idare komplikasyonu yönetmekte yetersiz veya etkisiz kalmaktadır.

²⁷⁵POLAT Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara 2019, s. 29.

²⁷⁶POLAT, s. 105 vd.

²⁷⁷Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2016/778, K. 2018/2380, K.T. 16.5.2018: “İdarece önceden öngörülmesi ya da önlenmesi mümkün olmayan komplikasyonlar gelişmesi riskini içinde barındıran sağlık hizmetleri söz konusu olduğunda kusursuz sorumluluk ilkesi uygulanmak suretiyle de idareye tazmin yükümlülüğü yüklenmesi mümkün olmadığından, davacının uğradığı zararın davalı idare tarafından kusursuz sorumluluk esasına göre karşılanması gerektiği yönündeki ısrar kararında hukuki isabet görülmemiştir.”

²⁷⁸Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2016/778, K. 2018/2380, K.T. 16.5.2018; Danıştay 15. Dairesi, E. 2015/8936, K. 2016/1604, K.T. 10. 3.2016; Anayasa Mahkemesi Songül SERİN Bireysel Başvurusu, Başvuru Numarası: 2017/35648, K.T. 20.5.2021, Resmi Gazete Tarih ve Sayı: 5/8/2021, 31559.

²⁷⁹Danıştay 15. Dairesi, E. 2013/4486, K. 2016/2662, K.T. 18.04.2016.

²⁸⁰Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/2244, K. 2021/961, K.T. 7.7.2021.

²⁸¹DAĞLI Gözde, “Danıştay Kararları Işığında Sağlık Kamu Hizmetinden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları”, Danıştay Dergisi, Y. 2022, S. 154, s. 152; HAKERİ Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2018, s. 760.

²⁸²Danıştay 15. Dairesi, E. 2015/6119, K. 2015/5733, K.T. 8.10.2015; Danıştay 15. Dairesi, E. 2014/5674, K. 2016/1586, K.T. 10.3.2016; Danıştay 15. Dairesi, E. 2013/4509, K. 2015/1398, K.T. 11.03.2015.

Danıştay'ın bu içtihadının dayanağı komplikasyon sürecinin doğru yönetilmemesinin komplikasyonun tıbbi uygulama hatasına dönüşmesine yol açmasıdır. Bu noktada komplikasyon ve tıbbi uygulama hatası kavramları geçişken olduğundan ve net sınırlarla ayrılmadığından ihtiyatla hareket edilmesi gerekmektedir. Tıbbi uygulama hatası, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 13. gereği “bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik sebebiyle bir hastanın zarar görmesi hekimliğin kötü uygulanması anlamına gelir” şeklinde ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere tıbbi uygulama hatası, hekimliğin kötü uygulaması olarak da adlandırılmaktadır. Dünya Tabipler Birliği'nin 44. Genel Kurulu'nda kabul edilen sonuç bildirgesine göre “tıbbi kötü uygulama, hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi uygulamaması ile oluşan zarardır. Tıbbi uygulama sırasında öngörülemez bilgi ya da beceri noksanlığı sonucu oluşan ise istenmeyen neticedir ve bundan hekimin sorumluluğu yoktur”. Dolayısıyla tıbbi uygulama hatası, hekimin uzmanlık alanının gerektirdiği yeterliği, sorumluluğu ve tıbbi standartları gerçekleştirememesine karşılık gelmektedir. Komplikeasyonda ise her türlü özen gösterilmesine, bilgi, beceri ve tecrübe eksikliği bulunmamasına ve tıbbi standartlara uygun müdahale gerçekleştirilmesine karşın istenmeyen sonuç meydana gelmektedir. Bu bağlamda hekimin yetersiz gözlemi, tıbbi müdahalede bulunmakta gecikmesi, hastanın uygunsuz şekilde sevkini yapılması, hatalı ve dikkatsiz tedavi uygulaması, yetersiz teşhis koyması, tıbbi standartlara veya meslek kurallarına uymaması, tedavi sonrası bakım hatası gerçekleştirilmesi, komplikasyonu fark edememesi veya kanunlara aykırı tıbbi uygulama gerçekleştirilmesi tıbbi uygulama hatası örnekleri olarak göze çarpmakta ve hekimin kusurunun varlığını ortaya koymaktadır²⁸³.

Komplikasyon sürecinin tıp biliminin gerekliliklerine uygun zamanında, doğru bir şekilde ve tam olarak yönetilmemesi ile ortaya çıkan zararlı sonuç arasında illiyet bağı kurulabiliyorsa tıbbi uygulama hatasına dayalı hizmet kusurunun varlığından söz etmek gerekmektedir. Komplikeasyon gerekli özen ve dikkat gösterilmediği için zamanında ve doğru olarak fark edilmemişse, geç fark edilmişse, öngörülmekle birlikte ihmalkar davranılarak hiçbir önlem alınmamışsa veya geç önlem alınmışsa, alınan önlem yetersizse veya tıbbi standartlara uygun değilse tıbbi uygulama hatasının varlığından söz edilebilmektedir. Mahkemelere intikal eden somut uyuşmazlıklarda “takipte yetersizlik”, “tedavide takip hatası” veya “yetersiz takip hatası” olarak ifade edilen kusurlu davranışların komplikasyon süreci yönetiminin eksikliğine dikkat çektiği görülmektedir²⁸⁴.

O halde hekim komplikasyonu zamanında fark etmezse²⁸⁵, fark ettiği halde gerekli önlemleri almazsa veya fark edip önlem almasına rağmen bu önlemler yetersizse ya da yerleşik standart tıbbi uygulamalar kapsamında değerlendirilmesi mümkün değil ise tıbbi uygulama hatasının varlığı bahse konu olmaktadır²⁸⁶. Bu durumda ortaya çıkan zarar komplikasyon olarak nitelendirilemeyecek, zararı hukuken tıbbi uygulama hatası olarak adlandırmak gerekecektir.

Danıştay'ın önüne gelen uyuşmazlıklarda uygulamada komplikasyon sürecinin yönetiminde müdahalede ve tedavide eksiklik ya da gecikme yaşanması, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi, komplikasyonun dikkatli bir biçimde takibinde yetersizlik yaşanması veya fark edilmemesi gibi sorunlar yaşandığı görülmektedir. Bu noktada ilk yapılması gereken komplikasyonun varlığının zamanında ve hızla anlaşılmasıdır.

²⁸³ÇELİK Faik, “Komplikasyon”, Tıp Hukuku Atölyesi-I, Editör Sunay AKYILDIZ, Ankara 2013, s. 87-88.

²⁸⁴HAKERİ Hakan, “Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikeasyon Ayrımı”, Toraks Cerrahi Bülteni, 2014, s. 25.

²⁸⁵Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2014/31178, K. 2015/18961, K.T. 08.06.2015: “Mahkemece, alınan bilirkişi raporlarından da anlaşılacağı üzere davalı doktorun komplikeasyonu teşhis edemediği bu şekilde davacı hastaya müdahalede gecikildiği doktorun bu gerekçelerle kusurlu olduğu ve davacının maddi ve manevi tazminat talep etme hakkı olduğu kabul edilerek yukarıda açıklanan ilke ve mevzuat hükümleri de dikkate alınmak suretiyle uygun bir tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”

²⁸⁶KINIK Hakan, “Ortopedi ve Travmatolojide Komplikeasyon Yönetimi”, TOTBİD Dergisi, Y. 2020, s. 53; SOMER Pervin, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, s. 40-57; ÇELİK, s. 80-81; SAVAŞ Halide, “Tıbbi Malpraktis ve Komplikeasyondan Doğan Sorumluluklar”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, “Sağlık Hukuku Makaleleri”, 10-17 Eylül 2011, İstanbul 2012, s. 290.

Danıştay, tüp mide ameliyatı sonrası gelişen komplikasyonun tedavi sürecinin iyi yönetilememesi nedeniyle ölüm olayında, başta komplikasyonun varlığının zamanında anlaşılıp gerekli önlemlerin alınması, daha sonra hastanın takibinin ve tedavisinin gecikmeksizin gerçekleştirilmesinin sürecin iyi yönetildiğine dair somut göstergeler olarak kabul etmektedir²⁸⁷.

Danıştay, ameliyat sonrası alçıya alınan ayağın ertesi gün şişmesi ve morarması üzerine hastanın başvurusuyla hemşirenin alçıyı çıkartması ve hafta sonu olması nedeniyle başka hiçbir müdahale yapılmayıp hafta içi hekimin hastayı başka bir hastaneye sevk etmesi ve orada hastanın bacağının kesilmesine yönelik uyuşmazlıkta, “olayda alçıya ait komplikasyon geliştiği fakat nöbetçi doktor, ameliyatı yapan doktor ve hastane arasında irtibat kurulamadığı için komplikasyona zamanında müdahale edilemediği, ameliyat sonrasında tedavi ve bakımın aksadığı, gerekli tedavinin yapılmadığı hususlarının belirlendiği”²⁸⁸ gözetilerek komplikasyon iyi yönetilemediğinden tıbbi uygulama hatasına dönüştüğünü ve hizmet kusurunun ortaya çıktığını ifade etmektedir.

Diğer bir uyuşmazlıkta Danıştay, psikiyatride kullanılan elektroşok tedavisi sırasında hastanın kolunun kırılması ile sakat kalmasına dair uyuşmazlıkta elektroşok tedavisinde kırık, çıkık ve çatlak gibi komplikasyonlar oluşabileceği ve bu durumun öngörülebilir olduğu ancak komplikasyonun önlenmesi için alınması gereken tedbirlerin ihmalkar davranılarak alınmaması sonucu sakat kalması durumu karşısında idareyi ağır hizmet kusuru karşısında tazminata mahkum etmektedir²⁸⁹.

Komplikasyon ortaya çıktığında erken müdahale ile komplikasyonun ilerlemesinin durdurulması veya hasta üzerindeki etkilerinin en aza indirgenmesi yükümlülüğünün gerçekleştirilmemesi idarenin sorumluluğunu gerektirmektedir. Hastanın ikinci bir zarara uğramasını engellemek için hekimin dikkat ve özen yükümlülüğünü, çağdaş bilimsel ve tıbbi gelişmelerin tüm imkanlarını kullanarak yerine getirmesi gerekmektedir. Komplikasyon öngörmekle birlikte önlem alınmazsa ya da ihmali davranış ile önlem almakta gecikilirse komplikasyon süreci özenle yürütülemediği için idarenin sorumluluğu gündeme gelmektedir. Nitekim Danıştay, hastada enjeksiyondan sonra streptomisin gelişebileceği ve bu şok sonucu hastanın ölebileceği öngörülmesine rağmen yeterli gözlem yapılarak gerekli önlemler alınmadığı için hastanın kaybında idarenin ağır hizmet kusurunun varlığına hükmetmektedir²⁹⁰.

Yine Danıştay, bel fitiği ameliyatından sonra bele takılan vidanın hastanın bacaklarına baskı yaparak sol ayağının hareket kabiliyetini kaybetmesine ilişkin uyuşmazlıkta, vidadaki kaymanın komplikasyon olduğu, bu komplikasyonun fark edilmesine rağmen hastanın taburcu edildiği, zamanında müdahale edilip hasta ameliyat edilmeyerek vidanın düzeltilmesi için geç kalındığı, bu hususta ciddi bir gecikme yaşandığı için sol ayağını hareket ettiremediği hususlarını komplikasyon sürecinin iyi yönetilememesi noktasında ölçü olarak değerlendirmektedir²⁹¹. Bu uyuşmazlıkta komplikasyonun fark edilmesinden sonraki aşamada komplikasyonun ortadan kaldırılması veya etkilerinin azaltılması için hekime görev düşmekle birlikte hastanın taburcu edilmesi, komplikasyonu ortadan kaldırmak için uygun tedaviyi gecikmeksizin belirleyip uygulama noktasında yaşanan gecikme hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davranışını net bir biçimde ortaya koymaktadır. Komplikasyon yönetiminin kötü gerçekleştirilmesi, süreç içerisinde ihmal gösterilmesi tıbbi uygulama hatasının varlığını tespitite belirleyici hale gelmektedir.

Komplikasyon oluştuktan sonra hastaya müdahaleyi mümkün kılacak şekilde tıbbi malzeme, araç ve gereçler tıbbi müdahale öncesinde hazır bulundurulmalıdır²⁹². Tıbbi malzeme, araç ve gerecin hazır bulundurulmasının yanısıra belirlenen tıbbi standartta da olması gerekmektedir.

²⁸⁷Danıştay 10. Dairesi, E. 2019/5545, K. 2022/4873, K.T. 31.10.2022.

²⁸⁸Danıştay 10. Dairesi, E. 1992/184, K. 1992/4321, K.T. 9.12.1992.

²⁸⁹Danıştay 10. Dairesi, E. 1994/2110, K. 1995/4255, K.T. 9.10.1995.

²⁹⁰Danıştay 10. Dairesi, E. 1993/363, K. 1994/2502, K.T. 1.6.1994.

²⁹¹Danıştay 15. Dairesi, E. 2015/9988, K. 2017/4146, K.T. 22.6.2017.

²⁹²SUBAŞI Nur Zeynep, “Tıbbi Standartların Hekimin Özel Hukuk Sorumluluğuna Etkisi”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018, s. 24

Komplikasyon oluşması ihtimalinde müdahale edilmesi için gereken ekipmanın idare bünyesinde mevcut bulunmaması organizasyon kusuru nedeniyle idarenin hizmet kusuruna dayanan sorumluluğuna yol açmaktadır.

III- Komplikasyon Sürecinin Yönetiminde Gözönünde Bulundurulması Gereken Önemli Hususlar

Komplikasyon yönetiminin zamanında, tam, doğru gerçekleştirilmesi ve tıbbi uygulama hatasına dönüşerek hukuki sorumluluğun gündeme gelmemesi için doktrinde ve yüksek yargı kararlarında üzerinde durulan belli ölçütler bulunmaktadır. Bunları tıbbi müdahale öncesi ve tıbbi müdahale sonrası aşama şeklinde değerlendirerek genel çerçevesini çizmek mümkündür.

Öncelikle tıbbi müdahale öncesi hekim tarafından hastaya aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ortaya çıkabilecek muhtemel komplikasyonlar ve bu komplikasyonlara yönelik alınacak önlemler hakkında anlayabileceği şekilde yeterli bilgi verilmeli, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı ve hasta özerkliğine saygı ilkesi kapsamında rızası alınmalıdır. Mevzuatta²⁹³ bilgilendirme yükümlülüğünün usulünün sözlü olarak gerçekleştirileceği ifade edilmekle birlikte bazı tıbbi müdahaleler yönünden rızanın yazılı olarak alınması şartı aranmaktadır. Nitekim Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a göre büyük ameliyei cerrahiyeler için verilecek rızanın yazılı olması aranmaktadır. Ülkemizin taraf olduğu Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesi de "sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatını her zaman serbestçe geri alabilecektir" düzenlemesine yer vermektedir. Yargıtay ve Danıştay, hukuki sorumluluğun doğmaması adına ispat külfetinin gerçekleştirilmesi için yazılı ve imzalı onamın alınması gerektiğini vurgulamaktadır²⁹⁴. Aydınlatmanın tam ve eksiksiz yapıldığını ispat yükü idareye aittir²⁹⁵. Tıbbi müdahale öncesi yazılı ve imzalı onam alınması, hastanın yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında önemli görünmektedir²⁹⁶.

Hekim komplikasyonlar hakkında aydınlatma görevini yapılacak tüm tıbbi müdahaleler açısından ayrı ayrı gerçekleştirilmek zorundadır²⁹⁷. Tıbbi müdahale kapsamında yeni bir yöntem uygulanacaksa, hastanın rızasının alınmasından önce yeni yöntem ve komplikasyonları hakkında yeterli düzeyde bilgilendirilmesi hususunda daha özenli davranılmalıdır. Komplikasyon ihtimali ne kadar büyükse, aydınlatmanın kapsamının da o denli geniş tutulması gereğine de dikkat edilmelidir²⁹⁸.

²⁹³Hasta Hakları Yönetmeliği m. 18 (Bilgi Vermenin Usulü): "Bilgi mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir. Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır. Bilgilendirme uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılır."

²⁹⁴Danıştay 15. Dairesi, E. 2013/8167, K. 2018/2782, K.T. 20.03.2018: "Enjeksiyon uygulamasından önce risklerin anlatılıp davacıdan yazılı onamın alınmamış olması durumunda yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri uyarınca davacının aydınlatılma ve onay verme hakkının elinden alınmış olacağı ve yürütülen sağlık hizmetinin gereği gibi işletilmediği konusunda davacıda endişe ve üzüntüye yol açacağından davacının manevi tazminat talebinin zenginleşme aracı olmayacağı ilkesi de gözetilerek değerlendirilmesi gerekmektedir." Aynı doğrultuda bkz. Danıştay 15. Dairesi, E. 2018/1977, K. 2018/6502, K.T. 27.09.2018; Danıştay 10. Dairesi, E. 2007/6322, K. 2010/5981, K.T. 13.07.2010, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2015/9077, K. 2016/5505, K.T. 11.4.2016.

²⁹⁵İzmir Bölge İdare Mahkemesi 6. Dairesi, E. 2020/1212, K. 2020/1349, K.T. 23.10.2020.

²⁹⁶DAĞLI, s. 151.

²⁹⁷Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, E. 2021/6148, K. 2022/4506, K.T. 4.10.2022: "Mahkemeye sunulan belgelerde sadece yüz gerdirme operasyonu ile ilgili onam formunun bulunduğu, karın yağ aldırma ameliyatı ile ilgili onam kaydına rastlanmamış olup, hastanın kendisine yapılacak tıbbi müdahale ve neticesinde karşılaşabileceği komplikasyonlar hakkında bilgilendirilmesi zorunluluktur. Nitekim hükme esas alınan bilirkişi raporunda da dosya ve eklerinde anlaşılacağı üzere ameliyat sonrası takiplerde, karında seroma ve göz kapaklarında açılmaya bağlı asimetrielerin meydana geldiğinin anlaşıldığı, her iki durum da ameliyat sonrasında görülebilecek istenmeyen durumlar olarak kabul edilse de karın yağ aldırma ve yüz germe ameliyatları yapılması konusunda uzman olan hekimdir ve aydınlatma görevi vardır. Davacıda ameliyat sonrası ortaya çıkan komplikasyon ve görüntü bozukluğuna sebebiyet verilmesi de kusurlu bir davranış olup, hekime izafe edilebilecek bir kusur olarak değerlendirilmelidir."

²⁹⁸OZANOĞLU Seçkin Hasan, "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2003, C. 52, S. 3, s. 68.

Tıbbi müdahale öncesi doğabilecek komplikasyonlar hakkında hastanın aydınlatılmış onamının tam ve eksiksiz bir şekilde alınmaması ile hastanın aydınlatılma ve onay verme hakkı elinden alındığından Yargıtay ve Danıştay içtihatlarına göre hasta lehine manevi tazminata hükmedilmesi yönünde karar verilmektedir²⁹⁹. Yargıtay, hekimin tıbbi müdahale sırasında komplikasyon olarak kızlık zarının bozulabileceğine yönelik hastayı müdahale öncesinde aydınlatmamasından kaynaklanan uyuşmazlıkta “davalının rızasının bulunduğu kabul edilse dahi, muayenenin muhtemel sonuçları, riskleri davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davalı doktora düşer. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. Diğer bir deyimle, bu muayene sonunda her halde kızlık zarının bozulacağı tıbben kabul edilmemiştir. O halde nadiren de olsa böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeliydi. Kaldı ki, olayın özelliği davacının bu riski bilmesi gerektiği sonucunu kabule de olanak vermemektedir”³⁰⁰ diyerek davacı lehine manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

Danıştay da bir kararında, “enjeksiyon uygulamasından önce risklerin anlatılıp davacıdan yazılı onamın alınmaması durumunda, davacının aydınlatılma ve onay verme hakkının elinden alınmış olacağı ve yürütülen sağlık hizmetinin gereği gibi işletilmediği konusunda davacıda endişe ve üzüntüye yol açacağından manevi tazminat talebinin, manevi tazminatın zenginleşme aracı olamayacağı ilkesi de gözetilerek değerlendirilmesi gerekmektedir”³⁰¹ diyerek aydınlatmanın tam ve doğru bir şekilde yapılmamasının manevi tazminata yol açtığını ortaya koymaktadır. Danıştay aynı doğrultuda bir kararında üreterolitotomi (böbrek taşı ameliyatı) nedeniyle hizmet kusuruna dayalı açılan davada “tıbbi müdahalenin riskleri anlatılarak davacıdan yazılı muvafakatin alınmamış olması halinde mevzuat hükümleri uyarınca davacının aydınlatılma ve onay verme hakkı elinden alınmış olacağından ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, yürütülen sağlık hizmetinin gereği gibi işletilmediği konusunda davacıda endişe ve üzüntüye yol açacağından, davacının manevi tazminat talebinin manevi tazminatın zenginleşme aracı olamayacağı ilkesi de gözetilerek değerlendirilmesi gerekmektedir”³⁰² diyerek manevi tazminata hükmedilmesi gereğine dikkat çekmektedir.

Tıbbi müdahale öncesi aydınlatma görevinin tam, doğru ve eksiksiz yapılması için gösterilen özen, tıbbi müdahale sonrası oluşabilecek komplikasyonlar açısından da eksiksiz gerçekleştirilmelidir. Danıştay, tıbbi müdahaleden sonra komplikasyon gelişebileceği konusunda hastanın tam, doğru ve eksiksiz bir biçimde bilgilendirilmemesini manevi tazminat sebebi kabul etmektedir³⁰³.

Tıbbi müdahale öncesi onam alınırken özen yükümlülüğünün gerekliliklerini hekim eksiksiz gerçekleştirmelidir. Bu bağlamda onamın hukuka uygun şekilde alındığını kabul edebilmek için hekimin hastadan uygun ve yeterli anamnez (öykü) alıp almadığını da birlikte değerlendirmek, dolayısıyla eksik araştırma yapıp yapmadığını tespit etmek gerekmektedir. Örneğin, penisilin iğnesi uygulanacak bir hastaya penisilin alerjisi geçmişi olup olmadığı sorulmalı ve hasta penisilin uygulamasının muhtemel risklerine ilişkin bilgilendirilmelidir. Bu noktada uygulamada hemşire gözlem notu ile hasta ekiprizi (çıkış özeti) arasında çelişkiler bulunması veya kayıtların düzgün tutulmaması sorunu ile karşılaşıldığı görülmektedir. Halbuki iyi tutulmuş tıbbi kayıtlar ve arşivleme komplikasyon yönetimi açısından oldukça önemlidir. Bu soruna bir kararında değinen Danıştay, “hemşire gözlem notu ile hasta ekiprizi arasındaki çelişkiler ile hastanın penisilin alerjisi geçmişiyle ilişkin hasta öyküsünün alındığına ilişkin kayıtların ve hastanın penisilin uygulamasının olası risklerine ilişkin bilgilendirildiğine ilişkin kayıtların sunulmamasının sunulan kamu hizmetinin kötü işlediğini ve ortada bir hizmet kusurunun bulunduğu”³⁰⁴ vurgulamaktadır.

²⁹⁹Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2015/9077, K. 2016/5505, K.T. 11.4.2016; Danıştay 10. Dairesi, E.2019/11260, K. 2021/1597, K.T. 05.04.2021; Danıştay 15. Dairesi, E. 2016/1182, K. 2018/5727, K.T. 7.6.2018.

³⁰⁰Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 1976/6297, K. 1977/2541, K.T. 07.03.1977.

³⁰¹Danıştay 15. Dairesi, E. 2013/12134, K. 2018/3308, K.T. 3.4.2018.

³⁰²Danıştay 10. Dairesi, E. 2019/6628, K. 2021/4419.

³⁰³Danıştay 15. Dairesi, E. 2017/1111, K. 2018/790, K.T. 25.01.2018.

³⁰⁴Danıştay 15. Dairesi, E. 2016/2124, K. 2017/665, K.T. 14.02.2017.

İkinci olarak komplikasyon ortaya çıktıktan sonra zararın azaltılması veya ortadan kaldırılması için yoğun bir çaba gösterilmelidir. Bu noktada komplikasyonun üstesinden gelinemiyorsa ve somut vakıa karmaşık ve disiplinler arası nitelik taşıyorsa diğer uzmanlarla işbirliği içerisinde girerek destek alınması ile hastanın durumunun kapsamlı ve bütüncül bir yaklaşımla değerlendirilmesi ve uygun tedavi yönteminin seçilmesi sağlanmalıdır. Danıştay, konsültasyonu “hastanın tanı, tedavi ve takibi için sorumlu hekimin gerekli gördüğünde diğer uzmanlık dalları ile görüş alışverişinde bulunmasıdır. Hekimin hasta merkezde olmak üzere farklı bir alanda çalışan hekimlerden bilimsel ve teknik açıdan aldığı yardım ya da danışmanlık, konsültasyon ya da danışım olarak adlandırılmaktadır”³⁰⁵. Tıp biliminin sürekli bir biçimde gelişmesi sonucu uzmanlık alanlarının artması, hekimlerin hastanın yararını gözetenek ilgili uzmanlara eksiksiz bir biçimde danışma yükümlülüğünü beraberinde getirmektedir³⁰⁶.

Danıştay, tıbbi müdahalede komplikasyon oluşuktan sonra hastanın acil servise başvurusundan sonraki süreçte araya hafta sonu girmesi sonucu hasta için gereken ortopedi konsültasyonunun yaptırılmaması, yalnızca ortopedi polikliniğine yönlendirilmekle yetinilmesini hizmet kusuru kapsamında değerlendirmektedir³⁰⁷. Danıştay diğer bir kararında, trafik kazası sonucu kafatası kırığı ve baş ağrısı olan hastada menenjit hastalığının gelişmesi komplikasyon iken enfeksiyon hastalıkları konsültasyonu istenip lomber ponksiyon işleminin yapılması gerekirken antibiyoterapi ve analjezik tedaviye devam edilmesinin komplikasyon yönetimi açısından gecikmeye neden olduğunu belirterek idarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğuna hükmetmektedir³⁰⁸. Somut uyuşmazlıkta hastane enfeksiyonu kapılması gibi bir komplikasyon oluştuğundan enfeksiyon hastalıkları uzmanından gecikmeksizin konsültasyon istenmesi ve değerlendirilmesi sürecin doğru yönetilmesi ve hukuki sorumluluğın doğmaması için son derece önemli görülmektedir.

Üçüncü olarak somut olayın şartlarını değerlendirerek hekimin alabileceği alternatif ikinci karar, ikinci zararı durdurmak için çabalamasına rağmen başarılı olamıyorsa hastayı acilen daha ileri tedavi tekniklerinin uygulanabileceği büyük bir hastaneye sevk etmektir. İdarenin komplikasyonu yönetmek için tüm tıbbi koşulları sağlaması gerekmektedir. Bununla birlikte komplikasyon gelişen hastaya gerekli müdahalenin yapılması için mevcut hastanenin imkanları tıbben yeterli değilse sevk zincirinin işletilmesi gerekmektedir. Özellikle aciliyet gerektiren hallerde gerekli ilk müdahaleyi yapmış olmak kaydıyla hastanın ihtiyacı olan tıbbi hizmeti sunabilecek daha ileri tedavi tekniklerinin uygulanacağı merkezi bir hastaneye sevkinde duraksama ya da gecikme yaşanmaması gerekmektedir. Tıbbi donanımı ve yeterliliği iyi olan hastane ile gerekli koordinasyon sağlanarak hastanın derhal sevki sağlanmalıdır. Hastanın ileri tekniklerin uygulandığı merkezi bir hastaneye sevkinde gecikme yaşanması veya ihmal gösterilmesi ile zarar doğmuşsa idarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğu gündeme gelmektedir. Özel hastanede komplikasyon gelişen hastaya müdahale imkanı yeterli değil ise, Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 40/A maddesine göre hastanın ihtiyacı olan tıbbi hizmeti sunabilecek donanım ve yeterlilikteki kamu veya başka bir özel hastaneye gereken koordinasyon sağlanarak hasta sevk edilmelidir.

³⁰⁵Danıştay 15. Dairesi, E. 2013/4509, K. 2015/1398, K.T. 11.3.2015.

³⁰⁶ÖZDEMİR Özkan, “Tıbbi Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı”, Tıp Hukuku Atölyesi III, Ankara 2021, s. 119. Türk Tabipler Birliği’nin 02.01.2009 tarihli Bildirgesi’ne göre; “Bilimsel bilginin gelişmesine paralel olarak günümüzde uzmanlık alanlarının sayısı giderek artmaktadır. Bu nedenle bir vakaya bütüncül yaklaşabilmek için birden fazla tıp alanının birlikte çalışması kaçınılmaz olmuştur. İsaletli bir tanı ve tedavi amacıyla günümüzde her uzmanlık alanındaki hekim, mesleğini uygularken diğer alanların bilgi ve teknik desteğine de gereksinim duymaktadır. Hekimin hasta merkezde olmak üzere, farklı bir alanda çalışan hekimlerden bilimsel ve teknik açıdan aldığı yardım ya da danışmanlık konsültasyon ya da danışım olarak adlandırılmaktadır.

³⁰⁷Danıştay 15. Dairesi, E. 2014/5867, K. 2015/2320, K.T. 21.4.2015.

³⁰⁸Danıştay 10. Dairesi, E. 2021/5350, K. 2022/37, K.T. 11.1.2022.

Dördüncü olarak komplikasyon sürecinin modern tıbbi standartlara³⁰⁹ uygun bir biçimde kendisinden beklediği şekliyle iyi yönetilememesi komplikasyonun tıbbi uygulama hatasına dönüşebilmesine neden olmaktadır. Sağlık kamu hizmetinin bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotları kapsamında insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmesi nedeniyle komplikasyon yönetimi de dahil olmak üzere sağlık kamu hizmeti faaliyetinin her bir aşamasının çağdaş ve güncel tıbbi standartlara uygun yürütülmesi gerekmektedir. Tıbbi standart; süreklilik arz edecek biçimde güncel teknik ve bilimsel gelişmeler çerçevesinde uyarlanan, hekimlerce genel olarak kabul görüp uygulanan standart tecrübe kurallarıdır. Tıbbi standart, hekimin özen yükümlülüğünün kapsamını da belirlemektedir³¹⁰. Hekim komplikasyon yönetimini doğru gerçekleştirebilmek için tıp biliminin güncel gelişmelerini takip etmek, tıbbi müdahalede bu bilgi ve becerilerini yerleşik tıbbi standartlara uygun kullanmak ve mesleki tecrübe kurallarını dikkate almak zorundadır. Bu bağlamda hekimin uzmanlık alanına ait yenilikleri ve güncel gelişmeleri takip etmeyerek daha az riskleri olan bir tedavi yönetimi bulunmasına rağmen hastaya uygulamayarak hastaya risk altına sokması tıbbi standartlardan sapma yaşanmasına neden olmakta ve hukuki sorumluluk doğurmaktadır³¹¹.

Tıpta uzmanlık alanlarına dair standartların belirlenmesi bağlamında klavuzlar hazırlanması, tıbbi standartların kapsamını belirlemekte ve komplikasyonun hangi aşamada tıbbi uygulama hatasına dönüştüğünü ortaya koymaya yardımcı olmaktadır³¹². Zira bu klavuzlar, tıbbi müdahalenin temel standartlarını ve çalışma yöntemini belirlemekte, gerekli durumlarda kritik uygulamalar için atılacak her bir adımın yerine getirilmesine yönelik hazırlıkların yapılmasını sağlamaktadır³¹³. Geliştirilen klavuzlar sayesinde tıbbi standartlardan sapma olup olmadığı objektif bir biçimde değerlendirilmekte ve tıbbi müdahalenin hukuki uygunluk sınırları içerisinde gerçekleştirilmesine katkı sunulmaktadır. Bu noktada tıp alanındaki bilimsel makalelerin yol göstericiliğinden yararlanılmasının da tıbbi standartlardan sapma olup olmadığının objektif bir biçimde değerlendirilmesinde etkili olduğu belirtilmelidir.

Beşinci olarak komplikasyon sürecinin doğru yönetilmesinde hekimin objektif özen yükümlülüğüne uygun davranması da önem arz etmektedir. Zira hekimin tıbbi müdahalenin tüm süreçlerinde kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermesi, diğer yükümlülüklerinin gereği gibi yürütüldüğünün tespitinde başat rol oynamaktadır³¹⁴. Yargıtay, hekimin kendisinin değil görevine bağlı, ortalama bilgi düzeyine sahip, makul, basiretli bir hekimin aynı durum ve koşullar çerçevesinde göstereceği özen ölçüsünü, hukuki sorumluluğun değerlendirilmesinde dikkate alarak objektif özen yükümlülüğüne uygun davranılması şartını aramaktadır³¹⁵.

Bununla birlikte hekimin bilgi düzeyi ve tecrübesi normal bir hekimden beklenen tecrübe, bilgi ve beceri düzeyinden yüksekse, özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediği noktasında bu husus da göz önünde bulundurulmaktadır.

³⁰⁹Tıbbi standart kavramının tanımı hakkında bkz: Damıştay 15. Dairesi, E. 2015/6119, K. 2015/5733, K.T. 8.10.2015: “Tıbbi standart kavramı ile, tıp ilminin genel olarak tanınip kabul edilmiş meslek kuralları kastedilmektedir. Tıbbi standart ihlali değişik şekillerde gerçekleşebilir; teşhis, tedavi (endikasyon eksikliği, yanlış tedavi yönteminin seçimi) ve müdahale sonrası bakım yönetimi bunlardan bazılarıdır.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2018/3043, K. 2018/2820, K.T. 3.7.2018: “Tıbbi standart, hekimin tedavinin amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmekte olup, denenmiş ve bilinen temel meslek kurallarıdır.” Ayrıca İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 4. maddesine göre, araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekmektedir.

³¹⁰DEMİR/KİRKİT, s. 76.

³¹¹ÖZÇETİN Selvi/BALABAN Murat, Sağlık Hukuku Güncel Sorun ve Yaklaşımlar Örnek Yargı Kararları, Ankara 2015, s. 219.

³¹²SOMER, Pervin, “Komplikasyon Yönetimi”, Tıp Hukuku Atölyesi-1, Editör Sunay AKYILDIZ, Ankara 2013, s. 114.

³¹³ERTAN Ayşegül/YAYCI Nesime/ÖZ Hüseyin, “Anestezi Uygulamalarında İzin Verilen Risk Alanı”, Türkiye Klinikleri J Anest Reanim, 2008; 6, s. 128.

³¹⁴BAŞPINAR Veysel, “Hekimin Özen Borcu”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s. 27; SARP Nilgün, “Hekimin Tıbbi Özen Yükümlülüğü”, KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Kasım 2013, s. 45-59.

³¹⁵Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 1982/7237, K. 1983/1783, K.T. 14.03.1983: “Doktorlar hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktorun davranışlarında kusur, kendisinden beklenen gerekli özeni (dikkat ve ihtimam) ve sadakat borcunu eksik veya hiç yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkar. Kusurun saptanmasında objektif özen ölçüsü dikkate alınır. Diğer bir ifadeyle ölçü; objektif olarak mesleğin gereklerini bilmek ve uygulamaktır.”

Hekimin tıbbi müdahalenin her aşamasında tedbirli, dikkatli, özenli davranması yükümlülüğü, aynı zamanda hasta için bir haktır³¹⁶. Hekimin özen yükümlülüğüne uygun davranıp hastanın durumuna değer vermesi ve tedaviyi her türlü tedbiri alarak gerçekleştirmesi, komplikasyonun ortaya çıkma ihtimalini ciddi düzeyde azaltmakta veya komplikasyon sürecinin doğru yönetilmesi ve kontrol altına alınmasına katkı sunmaktadır. O halde hekim, komplikasyon yönetimini mesleki özen yükümlülüğü çerçevesinde gerçekleştirmişse kusur söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte hekim komplikasyonun yönetiminde ihmalkar davranmışsa, mevcut tabloyu önemsememişse, önlem alınmasını unutmussa veya görevini savsaklamışsa kusurundan sorumludur.

Komplikasyon yönetiminin tıp kurallarına uygun gerçekleştirildiğinin ve tıbbi uygulama hatasına dönüşmediğinin tespitinde bilirkişi raporları dikkate alınmaktadır. Yargıtay'ın yerleşik içtihadı, tıbbi müdahalede komplikasyon olup olmadığı, bu tip bir komplikasyonun hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, komplikasyon konusunda hekimin aydınlatma görevini yerine getirip getirmediği ve komplikasyon yönetiminin doğru ve özenli yapıp yapılmadığı hususlarının bilirkişi marifetiyle dosya kapsamında tartışılıp yeterince değerlendirilmemesini, eksik inceleme ve yetersiz rapora dayalı karar verilmesinin bozma nedeni kabul edilmesi yönündedir³¹⁷. Aynı doğrultuda Danıştay da tıbbi müdahalede komplikasyon olup olmadığı, bu tip bir komplikasyonun hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, aynı zaman diliminde gerçekleştirilen diğer tıbbi müdahalelerde komplikasyon olup olmadığı, komplikasyon yönetiminin tıp kurallarına uygun şekilde doğru yönetilip yönetilmediği hususlarının bilirkişi marifetiyle tereddüde yer vermeyecek şekilde açık, eksiksiz ve doyurucu bir biçimde değerlendirilmemesini bozma nedeni saymaktadır³¹⁸. Özellikle birçok tıbbi müdahalede ortaya çıkan enfeksiyon gibi komplikasyonlarda, idarenin enfeksiyonun önlenmesi için gerekli tedbirleri alıp almadığı, alınan tedbirlerin denetiminin sıkı bir biçimde gerçekleştirip gerçekleştirmediği, komplikasyondan öte hekimin bilgisizliği ve tecrübesizliği, ihmali veya herhangi bir eksiklik bulunup bulunmadığının hizmet kusurunun tespiti için değerlendirilme yapılarak karar verilmesi gereğinin üzerinde hassasiyetle durulmaktadır³¹⁹. Nitekim Danıştay bir kararında, hastanede gördüğü tedavi sırasında hastane mikrobu buluşması nedeniyle ölüm olayında, hastada gelişen hastane enfeksiyonunun komplikasyondan öte, idareye ait hastanede hijyen şartları açısından gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi sonucu doğduğunu belirterek sağlık kamu hizmetinin kusurlu işletildiğine hükmetmektedir³²⁰. Bununla birlikte idare tıbbi malzemelerin bakım ve sterilizasyonunu tıbbi standartlara uygun gerçekleştirmişse, hijyen kurallarına harfiyen riayet edilmişse, enfeksiyon ihtimaline karşı gerekli önlemler alınmış, herhangi bir ihmal ya da eksiklik gösterilmemişse kusura dayalı sorumluluk gündeme gelmez³²¹.

Yine Danıştay, her iki göz kapağındaki düşüklük şikayetiyle başvuran hastaya yapılan ameliyattan sonra hastanın göz kapaklarının tam kapanmaması ve görme bozukluğu yaşamasına ilişkin uyuşmazlıkta, “Pitozis düzeltme operasyonunu icra edecek bir uzmanın göz kapağını ne kadar yukarı kaldırması gerektiğini öngörmesi uzmanlığının bir gereği olmalıdır. Operasyon sonrası göz kapağının kapanamayacak bir şekilde yukarı kalkması öngörülemez veya öngörülse bile önlenemeyen bir sonuç değildir. Öte yandan, yapılan operasyonun birden fazla aşamalı olmayıp tek süreçte sonlandırılabilen bir operasyon olması nedeniyle adli tıp kurumunca ikinci bir müdahale ile giderilebilecek olunmasının, durumu bir komplikasyon olmaktan çıkardığı da tartışmasıdır.

³¹⁶SOMER, “Komplikasyon Yönetimi”, s. 106.

³¹⁷Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E. 2020/1854, K. 2021/619, K.T. 3.3.2021; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2009/13214, K. 2010/3694, K.T. 23.03.2010; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2007/2916, K. 2007/8485, K.T. 18.06.2007.

³¹⁸Danıştay 10. Dairesi, E. 2019/6826, K. 2021/6201, K.T. 13.12.2021; Danıştay 15. Dairesi, E. 2013/4509, K. 2015/1398, K.T. 11.3.2015.

³¹⁹Danıştay 10. Dairesi, E. 2020/3001, K. 2021/1888, K.T. 26.04.2021; Danıştay 15. Dairesi, E. 2013/6275, K. 2015/4430, K.T. 25.06.2015.

³²⁰Danıştay 15. Dairesi, 2015/6119, K. 2015/5733, K.T. 8.10.2015.

³²¹SOMER, “Komplikasyon Yönetimi”, s. 125.

Bu durumda operasyonda göz kapaklarına yapılan müdahalenin tıbbi standart dışına çıkılarak cerrahi müdahalenin kusurlu yapılması nedeniyle oluştuğu açık olup anılan tıbbi olumsuzlukların hizmet kusuru kavramının niteliği dikkate alındığında komplikasyondan öte, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi ve meslekte acemilikten doğduğu sonucuna varılmıştır³²² diyerek davanın reddine yönelik idare mahkemesi kararını bozmaktadır.

Maddi gerçeğin ortaya konulması ve adaletin tesis edilmesi için ayrıntılı bilimsel açıklama yapmaksızın soyut ve genel bir biçimde komplikasyonun varlığı sonucuna varan ve komplikasyon yönetiminin tıbbi açıdan uygunluğuna yönelik hiçbir bir değerlendirmede bulunmayan yetersiz ve eksik bilirkişi raporundan hareketle hüküm kurulması ile davanın reddine karar verilmesi kabul edilemez. Bu peşin hükümlü yaklaşım, birçok tıbbi uygulama hatasının üzerinin örtülmesi gibi adalet ve hakkaniyetle bağdaşmayan sonuçların doğmasına yol açabilecektir. Bu yaklaşım, hukuki sorumluluğun temelini teşkil eden kusur prensibi ile de uyumlu değildir³²³. Bununla birlikte ülkemizde resmi bilirkişi olarak başvuru alan adli tıbbın hazırladığı raporlarda hemen her vakada komplikasyon bulunduğu tespiti yapıldığı görülmektedir³²⁴. Danıştay ve Bölge İdare Mahkemelerinin kanun yolu denetimi sonucu verilen kararlarında ise bilirkişi raporlarındaki eksiklik, yetersizlik ve bilimsel açıdan netlik taşımayan değerlendirmelerin açıkça vurgulandığı görülmektedir.

IV-Hekimin Rücuen Tazminat Sorumluluğu

Komplikasyon yönetiminin tıp kurallarına uygun düşecek şekilde gerçekleştirilmemesi halinde idarenin hizmet kusuru esasına dayalı sorumluluğu gündeme gelmekle birlikte kişisel kusurun varlığı halinde idare tazminatı ödedikten sonra kişisel kusuru tespit edilen kamu görevlisine adli yargıda rücu davası açmak zorundadır.

27 Mayıs 2022 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 7406 numaralı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile kamu kurum ve kuruluşları ile devlet üniversitelerinde görev yapan hekim, diş hekimi ve diğer sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası sırasında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle ortaya çıkan zararlar bağlamında idare tarafından ödenecek tazminattan dolayı ilgisine rücu edilip edilmeyeceğine ve rücu miktarına Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulan Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından karar verileceği hükme bağlanmaktadır. Aynı yasal düzenlemede, sağlık mesleğinin icrası kapsamındaki fiillerinden ötürü sağlık meslek mensuplarının ceza mahkemesinde yargılanıp yargılanmayacağına yönelik soruşturma izninin Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından verileceği ifade edilmektedir. 15 Haziran 2022 tarihli Resmî Gazete’de ise Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbi İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik yayımlanmıştır. Kanuni düzenlemenin 15. maddesinde kanunun yürürlüğe girmiş olduğu tarihte açılan rücu davalarına devam edilip edilmemesi konusunda karar verilmek üzere Mesleki Sorumluluk Kuruluna başvurusu için davacı idareye iki aylık süre verileceği ve başvuru yapılmaması halinde davanın usulden reddedileceği hükmü yer almaktadır. Öngörülen yeni hukuki düzenleme ile hekimin rücu sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için Mesleki Sorumluluk Kurulu’nun bu yönde bir karar alması gerekmektedir.

³²²Danıştay 15. Dairesi, E. 2015/8936, K. 2016/1604, K.T. 10.3.2016.

³²³BİRTEK Fatih, “Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir-Bilinçli Taksir Ayrımı”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 10, s. 77.

³²⁴ÇINARLI Serkan/ERMUMCU Fidan/MERAL Orhan, Tıbbi Uygulamadan Doğan İdari Yargı (Tam Yargı) Davaları, Ankara 2020, s. 97.

Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun rücu sistemini işletebilmesi için, hekimin kasten görevin gerekliliklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığı kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı ile tespit edilmiş olması gerekmektedir³²⁵. Kasten görevin gerekliliklerine aykırı davranış fiilinin kapsamı ve içeriği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte,³²⁶ hastaya ötenazi uygulanması veya çocuk düşürtülmesi bu kapsamda değerlendirilebilmektedir.

7406 numaralı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun yürürlüğe girmesinde sonra yaşanan bir uyuşmazlıkta, fetüste down sendromu tespit edilmesi üzerine gebeliğin sonlandırılması için yürütülen tıbbi müdahale sonrası ölüm olayında İdare Mahkemesince maddi ve manevi tazminat talepli davanın kabulü üzerine idarenin kurum bütçesinden icra takibine ödenen tutarın hekime rücusu talebiyle açtığı davada Küçükçekmece Asliye Hukuk Mahkemesi, "7406 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce açılan rücu davasında davacı vekiline mahkememizce 22/09/2022 tarihinde süre verildiği ancak davacı vekili tarafından 27/09/2022 tarihli dilekçe ile "Bu kapsamda Müdürlüğümüz İnceleme-Soruşturma Birimince ve Disiplin İşlemleri Birimince yapılan tahkikat neticesinde davayla ilgili sağlık çalışanları hakkında görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığını tespit eden kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı bulunmadığı anlaşıldığından dosya Mesleki Sorumluluk Kurulu'na gönderilmemiştir" şeklinde beyan dilekçesi vermiştir. Sonuç olarak yasal değişiklik dava şartı niteliğinde olup yargılamanın her aşamasında dikkate alınması gerektiğinden ve davacı vekiline verilen süreye rağmen Mesleki Sorumluluk Kuruluna başvurmadığından davacının davasının usulden reddine dair aşağıdaki gibi hüküm kurulmuştur."³²⁷ şeklinde karar vermektedir. Yargıtay da ilk derece mahkemesinin davayı kabul veya reddine dair kararının temyizi üzerine önüne gelen uyuşmazlıklarda, Mesleki Sorumluluk Kuruluna başvurulması için idareye iki aylık süre verilmesi, başvuru yapılmaması halinde davanın usulden reddine karar verilmesi gereğine yönelik yeni düzenlemeyi hatırlatarak verilen kararları bozmaktadır³²⁸.

Yakın tarihli bir Asliye Ticaret Mahkemesi kararında rücuun gündeme gelmesi için "ilgili sağlık meslek mensubu hakkında kasten görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığının kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı ile tespit edilmiş olması zorunlu olduğundan, yalnızca kasten görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığını tespit eden kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı bulunan dosyaların Kurul gündemine alınması, ihmal, gecikme veya taksirle işlenen suçlardan ötürü mahkumiyetin yer aldığı dosyaların Kurul gündemine alınmamasına dair Mesleki Sorumluluk Kurulunca karar alındığı belirtildiğinden davalı hakkında ceza mahkemesine konu suçun taksirle bir kişinin yaralanmasına neden olma suçu olduğu, taksirle işlenen suçlardan mahkumiyetin yer aldığı dosyaların Kurul gündemine alınmamasına dair Mesleki

³²⁵7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.14/3: "Kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan hekim ve diş hekimleri ile diğer sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle idare tarafından ödenen tazminattan dolayı ilgisine rücu edilip edilmeyeceği ve rücu miktarına, ilgilinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanıp kullanmadığı ve kusur durumu gözetilerek Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından bir yıl içinde karar verilir." ve Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbi İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m.12/2: "Rücu istemi, kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar sebebiyle idare aleyhine açılan davada mahkeme kararına göre idarece ödenen meblağın; ancak kasten görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığı kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı ile tespit edilmesinde ilgili sağlık meslek mensubundan tazminata konu olaydaki kusur oranı gözetilerek Kurul tarafından belirlenen miktarının ödenmesinin istenilmesidir."

³²⁶KAYGUSUZ Serap, "7406 sayılı Kanun'un Sağlık Çalışanları Bakımından Getirdiği Yeni Düzenlemeler", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ocak 2023, Y. 14, S. 53, s. 269.

³²⁷Küçükçekmece 3. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 2020/193, K. 2022/473.

³²⁸Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2021/51, K. 2022/15703, K.T. 29.11.2022; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2022/12458, K. 2022/15689, K.T. 28.11.2022; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2022/12651, K. 2022/15533, K.T. 28.11.2022; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2020/83, K. 2022/13250, K.T. 27.10.2022; Aynı doğrultuda bkz. Antalya 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2018/452, K. 2023/54, K.T. 27.1.2023.

Sorumluluk Kurulunca karar alındığı, böylelikle davalı kamu görevlisine rücu edilemeyeceği anlaşılmakla davalılara karşı açılan davanın reddine karar vermek gerekmiş ve davadan sonra yapılan yasal düzenleme nedeniyle davanın reddine karar verilmiş olduğundan yargılama giderlerinin taraflar üzerinde bırakılmasına ve davalı lehine vekalet ücreti takdirine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulmuştur³²⁹ diyerek davanın reddine karar vermiştir.

Görüldüğü üzere görevin gerekliliklerine aykırı hareket edilmek suretiyle kişilere zarar verilmesi gerekmektedir. Hekimin ağır ihmali, anormal derecede tedbirsizlik, dikkatsizlik, acemilik, bilgisizlik veya özensizlik sonucu taksirle hareket ederek zarar vermesi halinde rücunun gündeme gelmemesi, mevcut kusurlarının perdelenmesini sağlayarak rücu mekanizmasının işletilmesini son derece sınırlandırmakta ve rücu müessesesini etkisizleştirmektedir. Bu durum, kamu görevlisinin hukuka aykırı davranışlarının artması riskini de beraberinde getirmektedir³³⁰. Hatta kişisel husumet gibi bir gerekçeyle kasten zarar verilmesi halinde rücu mekanizmasının işletilmesine gerek kalmadan kasıtlı kusurdan kamu görevlisinin şahsen sorumlu olduğu kabul edilmektedir³³¹. Dolayısıyla yalnızca kasten görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığını tespit eden kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı bulunan hallerde rücu edilmesi şartı, rücu müessesesini etkisiz ve işlevsiz hale getirmektedir. Yalnızca kasten görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığını tespit eden kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı bulunan hallerde rücu edilmesi şartı, başta hekimler olmak üzere sağlık meslek mensuplarına koruyucu bir zırh giydirmekte ve ayrıcalık tanımaktadır³³². Söz konusu yasal düzenleme ile bir taraftan sağlık meslek mensuplarının kişisel sorumluluk alanları epeyce daraltılmakta diğer taraftan sağlık kamu hizmetinin dikkat ve özen gerektiren bir faaliyet olduğu gerçeği göz ardı edilerek sağlık meslek mensuplarının işlem ve eylemlerini dikkat ve özen yükümlülüğüne ve hizmet gereklerine uygun şekilde gerçekleştirme sorumluluk bilinci zayıflatılarak keyfi davranışlarının önü açılıp vatandaşların zarar görmesine yol açılmaktadır.

Konumuz bağlamında ifade edilecek olur ise, komplikasyon sürecinin iyi yönetilememesi çoğunlukla ihmali, gecikme, tedbirsizlik, tıbbi özen yükümlülüğüne aykırılık, hekimin bilgisizliği, meslekte acemiliği ve tecrübesizliği nedeniyle meydana gelmektedir. Oysa mevcut yasal düzenleme ile mazur görülemeyecek nitelikteki meslekte acemilik, bilgisizlik, tecrübesizlik, ihmali, gecikme veya tedbirsizlik gibi nedenlerle komplikasyon süreci iyi yönetilememiş ve tıbbi uygulama hatasına dönüşmüşse, idare hizmet kusuru esasına dayalı tazminatı idari yargı kararına müteakip ödedikten sonra kişisel kusuru bulunan hekime ve diğer sağlık meslek mensuplarına rücu edilmemektedir.

Mevcut yasal düzenlemeden önceki dönemde ise hekimin veya diğer sağlık meslek mensubunun hasta sayısının normalin çok üzerinde olması, iş yükü yoğunluğunun bulunması, fiziki yorgunluğu, olayın meydana geliş şekli gibi gerekçeler kamu görevlisi aleyhine açılan rücu davasında tazminatta hakkaniyete uygun indirim yapılmasına yol açmıştır³³³.

³²⁹Antalya 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2022/841, K. 2023/356, K.T. 25.05.2023.

³³⁰AKGÜL YILDIZ Şerife, "Kamu Sağlık Personelinin Kusuru Nedeniyle İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesi", Sayıştay Dergisi, Y. 2023, C. 34, S. 131, s. 583.

³³¹AKGÜL YILDIZ, s. 582.

³³²KARAGÖZ CİN Emine, "Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbi İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Yasal Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış", Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2022, S. 194, s. 62.

³³³ÇINARLI Serkan/DÖNER GÖNCÜ Seray Munise/AZAK Kerim, "Kamu Sağlık Çalışanlarına Karşı Açılan Rücu Davalarında Organizasyon Kusuru Nedeniyle Hakkaniyet İndirimi", Tıp Hukuku Dergisi, Y. 2022, C. 11, S. 21, s. 3-34; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2019/1573, K. 2021/1966, K.T. 31.05.2021: "Olayın gelişimi, müteveffanın 30/03/2009 tarihinde göğüs ağrısı nedeniyle başka bir hastaneden sevk ile gelmiş olması ve geçen zaman aralığı, Bursa Muradiye Devlet Hastanesi Acil Polikliniğinde pratisyen hekimce muayene edilmesinin ardından, Kardiyoloji uzmanı davalı ...'ya haber verilmesi üzerine yapılan işlem ve tahlil aşamaları, hastane ortamındaki iş yoğunluğu ve koşullarının ağırlığı, klinik ve laboratuvar bulgularına göre akut miyokard enfarktüsünün ağır bir klinik tablo olduğu dikkate alındığında, yatırılarak takip ve tedavisinin yapılması durumunda da müteveffanın kurtulmasının kesin olmaması gibi hususlar birlikte gözetildiğinde, tahsiline karar verilen tazminat miktarından BK.'nın 43. maddesi (TBK m. 51) gereği uygun miktarda hakkaniyet indirimi yapılmalıdır."

SONUÇ

Günümüzde sağlık kamu hizmetinin güncel bilimsel ve teknik ilerlemeler çerçevesinde ulaştığı nokta, her vakada komplikasyon bulunduğu tespiti yapılarak komplikasyonun hukuki sorumluluk kapsamı dışında tutulduğu sonucunu doğurmamaktadır. Geline noktada artık hukuki sorumluluk bakımından belirleyici olan komplikasyon ortaya çıktıktan sonraki yönetim sürecinin doğru yürütülüp yürütülmediğidir. Bu bağlamda hastadan yeterli ve uygun anamnez (öykü) alınması, tıbbi kayıtların özenle doğru bir biçimde tutulması, aydınlatılmış onam sürecinin hukuka uygun gerçekleştirilmesi, hekimin tıp alanındaki güncel gelişmeleri takip etmesi, bilgi ve becerisini güncel tıbbi standartlara uygun kullanması, komplikasyonun üstesinden gelinememesi halinde konsültasyon istemesi ya da ikinci bir alternatif olarak ileri bir merkeze sevk zincirini işletmesi, her aşamada objektif özen yükümlülüğü çerçevesinde hareket etmesi gibi hususlar tıbbi müdahalenin en başından sonuna kadar tüm süreçlerin doğru yönetiminde başvuru kriterleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı noktasında komplikasyonun doğru yönetilmesi meselesi son derece önemli olduğundan her somut dosya kendi özelinde değerlendirilip o hasta için somut vakada komplikasyon yönetiminin doğru yapıp yapılmadığı değerlendirilmektedir. Tıbbi müdahalelerde öngörülen komplikasyonların istatistiksel oranına değil, somut dosyadaki komplikasyon yönetimine odaklanılmaktadır.

Danıştay ve Yargıtay içtihatlarına göre komplikasyon hiç fark edilmemişse, geç fark edilmişse, öngörülmekle birlikte ihmalkar davranılarak önlem alınmamışsa, geç önlem alınmışsa, tıbbi standartlara uygun müdahale süreci yürütülmemişse komplikasyon yönetimi tam, zamanında ve doğru gerçekleştirilmediğinden komplikasyon tıbbi uygulama hatasına dönüşmektedir ve hastada ortaya çıkan zararlardan hukuki sorumluluk doğmaktadır. Komplikasyon yönetiminin tam, zamanında ve doğru bir şekilde yapılmaması, Danıştay içtihatlarına göre idarenin hizmet kusuru esasına dayalı sorumluluğunu doğurmaktadır. Zira komplikasyon yönetimini zamanında, tam ve doğru gerçekleştirilmesi gereken idare komplikasyonu yönetmekte yetersiz veya etkisiz kalmaktadır.

Kişisel kusurun varlığı halinde idare tazminatı ödedikten sonra kişisel kusuru tespit edilen kamu görevlisine adli yargıda rücu davası açmaktadır. Bununla birlikte 27 Mayıs 2022 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 7406 numaralı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile sağlık meslek mensubuna rücu, ancak kasten görevinin gerekliliklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığı ceza mahkemesi kararı ile tespit edilenler açısından söz konusu olmaktadır. Komplikasyonun kötü yönetiminde ağır ihmal, anormal derecede gecikme, bilgisizlik ve tecrübesizlik, dikkatsizlik ve özensizlik gibi fiillerin etkinliği değerlendirildiğinde, taksir ve bilinçli taksir gibi hallerde başta hekimler olmak üzere sağlık meslek mensuplarına rücu edilemeyecek bir tablo ortaya çıkmaktadır. Bu tablonun Anayasanın 129/5 hükmü ve anayasadaki sorumluluk anlayışı ile bağdaştırılması mümkün değildir. Ayrıca sağlık kamu hizmetinin riskli bir faaliyet olduğu ve sağlık meslek mensuplarının mesleğin icrasını güvenle gerçekleştirilmesi ve defansif tıp uygulamalarına yönelmemesi şeklindeki anlayış, bünyesinde risk barındıran diğer kamu hizmetlerini gerçekleştiren kamu görevlilerini de kapsayan yeni yasal düzenlemelerin öngörülmesi talep ve beklentilerini de doğurabilecek nitelikte görünmektedir.

KAYNAKÇA

- AKGÜL YILDIZ Şerife, “Kamu Sağlık Personelinin Kusuru Nedeniyle İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesi”, *Sayıştay Dergisi*, Y. 2023, C. 34, S. 131.
- BAŞPINAR Veysel, “Hekimin Özen Borcu”, *Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007.
- BİLGE Yaşar, *Adli Bilimler Sözlüğü*, Ankara 2002.
- BİRTEK Fatih, “Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir-Bilinçli Taksir Ayrımı”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2015, C. 10.
- ÇELİK Faik, “Komplikasyon”, *Tıp Hukuku Atölyesi-I*, Editör Sunay AKYILDIZ, Ankara 2013.
- ÇINARLI Serkan/ERMUMCU Fidan/MERAL Orhan, *Tıbbi Uygulamadan Doğan İdari Yargı (Tam Yargı) Davaları*, Ankara 2020.
- ÇINARLI Serkan/DÖNER GÖNCÜ Seray Munise/AZAK Kerim, “Kamu Sağlık Çalışanlarına Karşı Açılan Rücu Davalarında Organizasyon Kusuru Nedeniyle Hakkaniyet İndirimi”, *Tıp Hukuku Dergisi*, Y. 2022, C. 11, S. 21.
- DAĞLI Gözde, “Danıştay Kararları Işığında Sağlık Kamu Hizmetinden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları”, *Danıştay Dergisi*, Y. 2022, S. 154.
- DEMİR Mehmet/KİRKİT Ecem, “Komplikasyon-Malpraktis Ayrımının Tıbbi Özel Hukuk Sorumluluğuna Etkisi”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2022, S. 1.
- ERTAN Ayşegül/YAYCI Nesime/ÖZ Hüseyin, “Anestezi Uygulamalarında İzin Verilen Risk Alanı”, *Türkiye Klinikleri J Anest Reanim*, 2008; 6.
- HAKERİ Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara 2018.
- HAKERİ Hakan, “Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı”, *Toraks Cerrahi Bülteni*, 2014.
- KARAGÖZ CİN Emine, “Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbi İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Yasal Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2022, S. 194.
- KAYGUSUZ Serap, “7406 sayılı Kanun’un Sağlık Çalışanları Bakımından Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ocak 2023, Y. 14, S. 53.
- KINIK Hakan, “Ortopedi ve Travmatolojide Komplikasyon Yönetimi”, *TOTBİD Dergisi*, Y. 2020.
- OZANOĞLU Seçkin Hasan, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2003, C. 52, S. 3.
- ÖZÇETİN Selvi/BALABAN Murat, *Sağlık Hukuku Güncel Sorun ve Yaklaşımlar Örnek Yargı Kararları*, Ankara 2015.
- ÖZDEMİR Özkan, “Tıbbi Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı”, *Tıp Hukuku Atölyesi III*, Ankara 2021.
- POLAT Oğuz, *Tıbbi Uygulama Hataları*, Ankara 2019.
- SARP Nilgün, “Hekimin Tıbbi Özen Yükümlülüğü”, *KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu*, 8-9 Kasım 2013.
- SAVAŞ Halide, “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, *İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri*, 10-17 Eylül 2011, İstanbul 2012.
- SOMER Pervin, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, *Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İstanbul 2011.
- SOMER Pervin, “Komplikasyon Yönetimi”, *Tıp Hukuku Atölyesi-1*, Editör Sunay AKYILDIZ, Ankara 2013.
- SUBAŞI Nur Zeynep, “Tıbbi Standartların Hekimin Özel Hukuk Sorumluluğuna Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara 2018.

SAĞLIK KAMU HİZMETLERİNDE KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİ

Public private partnership contracts in Health Services

*Çolpan MÜCAHİT KÜÇÜK**

ÖZET:

Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) liberal ve neoliberal ekonomiye geçiş ile birlikte sıkça gündeme gelen bir yöntemdir ve idareler artık sosyal güvenlikle nükleer atık yönetimine kadar çeşitli sorunları çözmek için özel sektörle ortaklık kurmaktadır. Söz konusu işbirliği ile kamu ve özel sektör arasında bir tesis ve/veya hizmetin kurulması, işletilmesi yahut yönetilmesi için uzun süreli sözleşmeye dayalı bir ilişki kurulur. Bu minvalde KÖİ terimi artık pek çok ülke açısından yenilikçi bir kalkınma yaklaşımı olarak kullanılmaktadır. Ekonomide yapısal değişikliklerin ortaya çıkmasıyla birlikte, gelişen ve büyüyen ülkeler ağırlıklı olarak serbest piyasa ilkelerini benimsemeye yönelmiştir. Zira devletlerin üstlendikleri görevlerin sayısı fazlalaşmış ve sunulan hizmetlerin kalitesi de önem taşımaya başlamıştır. Üstelik nüfus sayısı ile birlikte ihtiyaçlar da artmıştır. Bu cihetle eğitim, ulaşım, sağlık ve alt yapı hizmetleri gibi yüksek maliyetli hizmet sunumlarının finansman yöntemlerinde yeni arayışlar ortaya çıkmıştır. Nitekim geleneksel anlayışta tüm bu kamu hizmetlerinin idarelerce sunulması ve söz konusu hizmetlerin sunumu için gerekli tesislerin inşasına ilişkin maliyetin de idarelerce karşılanması esastır. Kamu-özel sektör ortaklığı yaklaşımı yeni değildir. Kamu ile özel sektörün işbirliği tarihi, Roma İmparatorluğu dönemlerine kadar gitmektedir. Roma imparatorluğunda karayollarının gelişmesi sonucunda, belirli merkezlerde posta istasyonları kurulması ihtiyacı doğurmuştur. Şehirlerin merkezinde oluşan bu istasyonların inşası ve yönetimi ise, beş yıllık dönemler içerisinde özel sektöre verilmiştir. Ayrıca limanların inşası ve yönetimi de bu yolla yapılmıştır. Roma İmparatorluğunun çökmesi ile birlikte, kamu ile özel hukuk kişisi arasındaki ilişki ancak 12.-13. yüzyılda Fransa’da tekrar ortaya çıkmıştır. Yeni yerlere yerleşim hakkı verilen köylüler için kaleler inşa edilirken, bazı imtiyazlı mesleklere sahip kişiler bu imtiyazların sonucu olarak gelirlerinin bir kısmını bu kalelerin inşasına tahsis etmiştir. 16. ve 17. yüzyıllarda Fransa’daki yollar ve köprüler kamu-özel ortaklığı ile inşa edilmiştir. 1820’lerde Londra’da faaliyet gösteren 6 özel su şirketinin varlığından söz edilmektedir. Elbette kamu sektörünün özel sektörle işbirliği yaptığı, özelleştirme, yap-işlet, yap-sahip ol, yap-işlet-devret, yap-kirala-devret gibi çeşitli yöntemler bulunmaktadır. Ancak söz konusu modeller arasında kamu ve özel sektörün işletme sahipliği ve risklerin dağıtılması gibi noktalarda farklılıklar mevcuttur. KÖİ günümüzdeki pek çok gelişmiş ülkede uygulama alanı bulmuş; bunun üzerine gelişmekte olan ülkelere de kullanılan bir model haline gelmiştir. Günümüzde KÖİ kavramının bu kadar önem arz etmeye başlamasının nedeni idareler ve özel sektör arasında uzun vadeli, yüksek meblağlı ve gelir garantili sözleşmeler imzalanmaya başlanmasıdır. İşbu çalışma kapsamında KÖİ kavramının çerçevesi çizilerek ülkemizde sağlık kamu hizmeti bağlamında KÖİ uygulamaları değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Özel İşbirliği, Sağlık Kamu Hizmeti, Kamusal Kaynaklar

ABSTRACT:

Public Private Partnership (PPP) is a method that has come to the fore frequently with the transition to liberal and neoliberal economics, and administrations are now partnering with the private sector to solve problems ranging from social security to nuclear waste management. With such co-operation, a long-term contractual relationship is established between the public and private sectors for the establishment, operation or management of a facility and/or service. In this respect, the term PPP is now used as an innovative development approach for many countries. With the emergence of structural changes in the economy, developing and growing countries have predominantly tended to adopt free market principles. This is because the number of tasks undertaken by governments has increased and the quality of the services provided has become more important. Moreover, needs have

increased with the number of population. Therefore, new searches have emerged in the financing methods of high-cost services such as education, transport, health and infrastructure services. In the traditional understanding, it is essential that all these public services are provided by the administrations and the costs related to the construction of the facilities required for the provision of these services are covered by the administrations. The public-private partnership approach is not new. The history of public-private partnership dates back to the Roman Empire. As a result of the development of highways in the Roman Empire, there was a need to establish postal stations in certain centres. The construction and management of these stations in the centre of the cities were given to the private sector in five-year periods. In addition, the construction and management of harbours were also done in this way. With the collapse of the Roman Empire, the relationship between the public and the private law person re-emerged only in France in the 12th-13th centuries. While castles were built for the peasants who were granted the right to settle in new places, some people with privileged professions allocated a part of their income to the construction of these castles as a result of these privileges. In the 16th and 17th centuries, roads and bridges in France were built through public-private partnerships. It is mentioned that there were 6 private water companies operating in London in the 1820s. Of course, there are various methods in which the public sector cooperates with the private sector, such as privatisation, build-operate, build-own-own, build-operate-transfer, build-lease-transfer. However, there are differences between these models in terms of public and private sector ownership and risk allocation. PPP has found an application area in many developed countries and has become a model used by developing countries as well. The reason why the concept of PPP has become so important today is that long-term, high-sum and revenue-guaranteed contracts have started to be signed between administrations and the private sector. Within the scope of this study, the framework of the concept of PPP is drawn and PPP practices in the context of health public service in our country are evaluated.

Key Words: Public Private Partnership, Health Public Service, Public Funding

I-KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ

Global ölçekte sosyal, ekonomik, ticari ve teknolojik gelişim ve değişimler idarelerce sunulan hizmetlerin sayısını artırmış; hizmet içerikleri daha karmaşık hale gelerek farklılaşmış ve sunulan hizmetlerin kalitesi yükselmiştir. Öte yandan yaşanan nüfus artışıyla birlikte yeni altyapı ihtiyacı da baş göstermiştir. Bu sebeple özel sektörün uzmanlığından faydalanmak, ilgili hizmetlerin finansmanını sağlamak, söz konusu hizmetlerin sunumuna ilişkin bürokratik engelleri aşmak, yatırımları teşvik etmek için farklı çalışma ve işbirliği modelleri öngörülmüştür. Yine ortak yürütülen projelerle özel sermayenin kamu hizmetlerinde kullanıldığı alanların sayısını artırabilmek, hizmetin daha etkin ve verimli sunulabilmesini temin etmek amaçlanmaktadır. Bilindiği üzere geleneksel yöntemde kamu sektörü hizmet projesinin sahibidir. Bu sebeple projenin finansmanından sorumludur. Yine proje planının tasarımını yapar ve projeyi denetler. Ayrıca projenin risklerini de üstlenir. Bu aşamada bir yüklenicinin hizmetinden istifade edilse dahi kamu sektörü projenin uygulanmasından ve maliyetinden sorumlu olmaya devam eder. Kamu katılımlı özel projeler de ise özel sektör projenin sahibidir. Özel sektör projeyi kontrol eder; projenin finansmanından, projenin inşasından ve işletilmesinden sorumludur ve riskin çoğunu taşır. KÖİ’de ise kamu ve özel sektör proje hususunda sözleşme akdeder. Tarafların yükümlülükleri, mülkiyet hakkı, risk kontrolü ve proje finansmanına ilişkin ayrıntılar sözleşme ile belirlenir³³⁴.

KÖİ’ler kamu bütçesini doğrudan etkilemeden kamu hizmetlerinin geliştirilmesi için bir araç olarak görülmektedir. Söz konusu işbirliğinde idareler, siyasi, ekonomik ve sosyal gereklerle kamu yararını gerçekleştirmek üzere hareket etmekte; özel sektör ise kârlılığı hedeflemektedir.

*Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD, Dr. Öğr. Üyesi, Orcid Numarası: 0000-0002-7140-3451

³³⁴Simovic, Jure, Rogic-Lugaric, Tereza, Simovic, Hrvoje, & Vuletic-Antic, Bozo. (2007). Public private partnership as non-fiscal instrument of financing the public interests. *Croatian Public Administration*, 7(1): 181,182.

Sözleşme içeriğinde özel sektörün hizmetin sunumu için gerekli işletmeyi ya da tesisleri kurması, uzun bir süre boyunca işletmesi ve/veya bakım ve yönetimi için münhasır haklar tanınır. Bunun karşılığında idarece ya büyük meblağlı bir ön ödeme gerçekleştirilir ya da ilgili ortağın yatırım amortismanı ve kârı da garanti edilir. Bu suretle özel sektörün uzmanlığından, yenilikçiliğinden ve finansmanından faydalanmak mümkün hale gelmektedir. Kamu ve özel sektör arasındaki ortaklıklar uzun yıllara sari bir geçmişe sahiptir. Ancak 1980’li yıllarda Yap-İşlet, Yap-İşlet-Devret gibi modeller ile KÖİ çatısı altında güncel işbirliği modellerinin çerçevesi çizilmeye başlanmıştır. KÖİ, özel hukuk kişisi ile kamu kurum ve kuruluşları arasında uzun vadeli bir sözleşme akdini içerir. Bu suretle bir kamu varlığı ve ilgili hizmetleri, âkit özel hukuk kişisi tarafından tasarlanır, inşa edilir, finanse edilir ve işletilir. Bu yöntemle kıt kamu kaynakları dışında özel sektör kaynaklarının kamusal altyapı yatırımlarına aktarılmasını sağlamak mümkün hale gelmiştir. KÖİ modeli, kamuya uzun vadeli finansman sağlamaktadır. Yine hizmetin sunumuna ilişkin kimi risklerin özel sektörle paylaşılması, bir tesisin inşasına ilişkin kamu bütçesi ayrılmayışı³³⁵ modelin faydalarındandır. Öte yandan âkit özel hukuk kişisi, hizmet aktif olarak sunulduğunda ve/veya ilgili tesisin inşası tamamlandığında gelir elde etmeye başlayacağı için, en hızlı sürede ve öngörülen bütçe içinde yükümlülüğünü yerine getirmek zorunda kalacaktır. Ayrıca sözleşme süresince alacaklarının kesintiye uğramaması ve herhangi bir müeyyideyle karşılaşmamak için çaba sarf etmesi; yüksek bakım ve onarım maliyeti doğurmayacak kalitede işlem gerçekleştirmesi gerekecektir. Bu ise en kaliteli hizmetin en kısa sürede sunumu anlamına gelecektir. Ne var ki modelin uygulanmasına ilişkin eleştiriler de dile getirilmektedir. Bu aşamada önce Kamu Özel İşbirliği kavramına değinmek ve sonrasında eleştirilere yer vermek faydalı olacaktır.

A. Kamu Özel İşbirliği Kavramının Çerçevesi

Kamu- özel sektör işbirliğinin üzerinde anlaşmaya varılan tek ve evrensel bir tanımı mevcut değildir³³⁶. Zira söz konusu işbirliği ülkelerin ekonomik ve siyasi bakış açısını yansıtacak biçimde gelişim göstermiştir³³⁷. Örneğin Dünya Bankası KÖİ modelini, özel sektörün risk ve yönetim sorumluluğu aldığı, kamu mal ve hizmetlerinin sağlanması amacıyla, tarafların uzun dönemli yükümlülükleri üstlendikleri sözleşmeler olarak tanımlamaktadır³³⁸. OECD KÖİ modelini, devletle bir veya daha fazla özel sektör oyuncusunun bir araya gelerek, tarafların farklı beklentileri çerçevesinde karşılıklı uzlaşma sağlanması sonucu ortaya çıkan anlaşma olarak tanımlamaktadır. OECD’ye göre KÖİ, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde karşılaşılan bütçe kısıtlarını aşabilmek için özel sektör finans desteğinin sağlanması ve özel sektörün sahip olduğu yönetim tecrübesi, işletme/teknik ve teknolojik kapasitesinden yararlanmak biçimindeki ihtiyaçların ürünüdür³³⁹.

³³⁵KÖİ’lerin bir diğer temel dinamiği de finansmanın özel sektör tarafından sağlanmasıdır. KÖİ finansmanı, hem kamu finansmanı hem de kurumsal finansmandan farklı olan özel bir finansmandır. KÖİ borç finansmanı bilanço dışı borçlanma olarak kabul edilir; bu da borçlanmanın Devletin kamu sektörü borçlanma gerekliliklerini ve borçluluğuna ilişkin herhangi bir ölçüm veya hesaplamayı etkilemediği anlamına gelir. KÖİ’ler kamu sektörünün alternatif sermaye kaynaklarına erişimini sağlar.

³³⁶KÖİ, kamu hizmetlerinin daha etkin ve verimli bir şekilde sunulması amacıyla kamu ile özel hukuk kişisinin sahip olduğu kaynakların birleşim modelidir. Uluslararası literatürde kavram, Altyapıya Özel Katılım, Özel Finansman Katılımı, Özel Finanse Edilen Projeler (bkz Palas Dağlı, Ezgi (2024). Kamu-Özel İşbirliği Modeli ve İdarenin Sorumluluğu (Sağlık Hizmetlerinde), Seçkin Yayınevi Ankara: 17) veya Kamu Özel Ortaklığı ve İngiltere’de bir çatı kavram olarak imtiyaz sözleşmesi biçiminde anılmaktadır. Ortaklık kelimesi ise dayanışma, birliktelik, paylaşım gibi değerlere vurgu yapmaktadır ve Şirketler hukukunda var olan anlamından ayrı biçimde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini ifade eder. Batı Literatüründe genellikle bu anlama gelen “partnership” ifadesi kullanılmaktadır (Evren, Çınar Can. (2016). Kamu – Özel İşbirlikleri Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Sözleşme Yoluyla Gördürülmesinin Hukuki Rejimi. Seçkin Yayınevi, Ankara:26).

³³⁷Yine KÖİ kavramı eskiden beri uygulanan ve yeni yeni uygulanmaya başlanan pek çok sözleşme modeli açısından çatı bir kavramdır. Özel sektöre gördürülen hangi iş modellerinin KÖİ kapsamında olduğu hususu da üzerinde uzlaşa bulunan bir konu değildir. Örneğin European Bank For Reconstruction And Development’a (EBRD) göre imtiyaz, yap-işlet-devret (YİD), yap-işlet-devretten türemiş modeller, özel finansman girişimi (PFI), kurumsal ortaklıklar gibi idare ile özel kişilerin arasındaki uzun süreli birliktelikler kamu-özel işbirliklerine dahil olup; tedarik sözleşmeleri, kamu tesislerinin ve kamu şirket hisselerinin satışı, kamu-özel işbirlikleri kapsamında değildir. OECD’e göre de kamu-özel işbirliği geniş bir kavram olup geleneksel tedarik yönetmeleri ile özelleştirme arasında kalan bütün yöntemleri kapsar (Evren, Çınar Can: 32).

³³⁸Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarında Etkin Yönetim Özel İhtisas Komisyonu Raporu: 7.

³³⁹Şahin Duran, D. (2018). Türkiye’de Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarının Mali Riskleri Üzerine Değerlendirmeler. Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler Dergisi(65): 319.

Brezilya hükümeti KÖİ sözleşmelerini, özel sektörün finansman, yatırım ve yönetimden sorumlu olduğu, kamu yararına hizmet, taahhüt ve faaliyetleri yönetmek için yasal olarak bağlayıcı bir yükümlülük oluşturan, hükümet veya kamu idareleri ile özel kuruluşlar arasında yapılan anlaşmalar olarak tanımlamaktadır. Güney Afrika’da KÖİ, bir devlet kurumu ile özel sektör arasında, özel sektörün bir kurum işlevi yerine getirdiği ve devlet mülkünü kullandığı ve önemli proje risklerinin üçüncü tarafa geçtiği bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Hindistan Hükümeti’ne göre KÖİ, bir sözleşmeye veya kamu kurumu işlemine dayanarak, kullanıcı ücretlerinin özel şirkete ödenmesi karşılığında altyapı hizmetinin sunulmasına dayanan bir proje anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle KÖİ bir kamu sektörü kuruluşu ile kamu sektörü dışındaki herhangi bir kuruluş arasında karşılıklı taahhüde dayalı çalışmaya ilişkin düzenlemedir³⁴⁰. Hollandalı kamu yönetimi akademisyenleri KÖİ’yi kurumsal bir bakış açısıyla “kamu ve özel aktörler arasında ortaklaşa ürün ve hizmet geliştirdikleri ve bu ürünlerle bağlantılı riskleri, maliyetleri ve kaynakları paylaştıkları bir tür dayanıklılık işbirliği” biçiminde tanımlamışlardır³⁴¹. Bahse konu bu tanımlar bize KÖİ’nin, kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk kişileri arasında geniş bir işbirliği yelpazesini içerdiğini göstermektedir³⁴².

KÖİ kavramı aynı zamanda dar ve geniş olmak üzere de farklı biçimlerde tanımlanmaktadır. Nitekim geniş mahiyette KÖİ, kamu ve özel sektör arasında yürütülen her türlü ortaklık olarak algılanmaktadır. Başka bir deyişle KÖİ’yi “bir sözleşmeye dayalı olarak, yatırım ve hizmetlerin, projeye yönelik maliyet, risk ve getirilerinin, kamu ve özel sektör arasında paylaşılması yoluyla gerçekleştirilmesi”³⁴³ biçiminde tanımlamak mümkündür. Anayasa Mahkemesi ise bir kararında KÖİ’yi dar bir biçimde “KÖİ, idare ile bir özel hukuk kişisi arasında uzun süreliğine imzalanan, özel hukuk kişisi tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan tesisin inşası, bakımı, onarımı ve hizmete elverişli hâlde bulundurulmasını konu edinen ve bunun karşılığında kamu tüzel kişisinin sözleşme süresince özel kişiye her yıl kira karşılığı belli bir miktar paranın ödenmesi taahhüdünü içeren bir sözleşmeyi ifade etmektedir” şeklinde tanımlamıştır³⁴⁴. Öte yandan Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan Yeşil Kitap’ta ise Kamu-Özel Sektör Ortaklığı terimi tercih edilmiş ve KÖİ’nin bir altyapının finansmanını, inşasını, yenilenmesini, yönetimini veya bakımını ya da bir hizmetin sunulmasını sağlamayı amaçlayan kamu makamları ile iş dünyası arasındaki işbirliği biçimlerini ifade ettiğine işaret edilmiştir³⁴⁵. Söz konusu çalışmada KÖİ’leri karakterize eden unsurlar şu şekilde ifade olunmuştur:

- Kamu ortağı ile özel ortak arasında planlanan bir projenin farklı yönleri üzerinde işbirliğini içeren nispeten uzun süreli ilişki tesis edilir.

- Proje, kısmen özel sektör (ve bazen kredi kuruluşları gibi diğer aktörlerin devreye girmesiyle bu kuruluşlar) tarafından finanse edilir.

- Projenin farklı aşamalarında (tasarım, tamamlama, uygulama, finansman) yer alan müteşebbisin rolü önem taşır. Kamu ortağı öncelikle kamu yararı, sağlanan hizmetlerin kalitesi ve fiyatlandırma politikası açısından ulaşılması gereken hedeflerin tanımlanmasına odaklanır ve bu hedeflere uyulup uyulmadığını izleme sorumluluğunu üstlenir.

³⁴⁰Tabassum, Shahla. (2013). Public private partnership: an overview. The Indian Journal of Political Science, LXXIV (3), July-September: 480.

³⁴¹Hodge, Graeme A. and Greve, Carsten. (2007). Public-Private Partnerships: An International Performance Review. Public Administration Review, May - Jun., 2007, Vol. 67, No. 3: 546. Çalışmada bu tanımın avantajları “İlk olarak, belirli bir sürekliliğe sahip işbirliğinin altını çizmektedir. İşbirliği sadece kısa vadeli sözleşmelerle gerçekleşmez. İkinci olarak, hayati bir bileşen olarak risk paylaşımını ve paylaşılması gereken diğer faktörleri vurgulamaktadır. Her iki taraf da bir ortaklık içerisindedir ve her ikisinin de ilgili risklerin bir kısmını üstlenmesi gerektiği anlamında eşit şartlara sahiptir. Birçok risk türü olabilir. Üçüncü olarak, ortaklaşa bir şey (bir ürün veya hizmet) üretirler ve belki de dolaylı olarak, her ikisi de ortak çabadan kazançlı çıkar.” biçiminde özetlenmiştir.

³⁴²Martiniello, Laura. (2006). Public private partnership and projects evaluation in Italy. European Public Private Partnership Law Review, 1(1):7. Yazar devamla, İngiltere, Kanada, Fransa, Hollanda, Portekiz, İrlanda, Norveç, Finlandiya, Avustralya, Japonya gibi ülkelerin, “Özel finans girişimi” adı verilen bir modeli benimsediğini; bu modelin, kamu ve özel sektör arasındaki KÖİ’lere mali destek sağlamak için kullanılan bir yöntemden oluştuğunu ifade etmiştir. Bu modelde özel sektör, hizmet sunumu karşılığında, performansına ve üzerinde mutabık kalınan standartları karşılama becerisine bağlı bir ödeme almaktadır.

³⁴³Beşer, Berna Hızarcı. (2018). Özelleştirmenin İkinci Dalgası : ‘Kamu - Özel İşbirliği’ : Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Devletin Değişen Rolü. Ekin Kitabevi, Ankara: 32.

³⁴⁴YM E. 2013/50, K. 2015/38. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi Sayı: 52 5. Cilt 2015: 2878.

³⁴⁵<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/green-paper-on-public-private-partnerships.html> (E.T. 25.04.2024).

- Riskler kamu ortağı ile özel ortak arasında dağıtılır ve genellikle kamu sektörü tarafından üstlenilen bir kısım riskler bu ortağa devredilir. Bununla birlikte, bir KÖİ, özel ortağın tüm riskleri, hatta projeye bağlantılı risklerin büyük bir kısmını üstlendiği anlamına gelmez. Riskin kesin dağılımı, ilgili tarafların bu riski değerlendirme, kontrol etme ve bu riskle başa çıkma becerilerine ve duruma göre belirlenir³⁴⁶.

Uygulamada görüleceği üzere bir ilişkinin KÖİ olarak nitelendirilmesi, öncelikle kamu hizmetinin sunulması amacıyla özel sektörün tesislerin kurulması, bakım ve onarımı ile işletilebilmesi için gerekli sermayeyi getirmesi, sözleşme ile özel sektöre yapılacak ödemelerin ve yine özel sektör ve idare tarafından üstlenilecek riskler ile ihtiyaçların uzun süreli bir sözleşme ile belirlenmesine bağlıdır.

KÖİ modeli pek çok ülkede altyapı yetersizliğine/açığına kârlı bir çözüm yolu olarak değerlendirilmektedir. Ancak, risk ve getiri paylaşımı bakımından sektörler ve hatta projeler bazında farklılıklar bulunması nedeniyle kamu idarelerinin gerekli teknik analiz ve risk yönetimi altyapısını geliştirmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu (United Nations Economic Commission for Europe - UNECE) tarafından hazırlanan KÖİ Yönetişim Rehberi'nde altı temel ilke belirlenmiştir:

- Katılımcılık: paydaşların süreçlere katılımın sağlanması,
- Uygunluk: kuralların yurttaşlara herhangi bir şekilde zarar vermeyecek şekilde geliştirilmesi ve uygulanması,
- Şeffaflık: karar alma süreçlerinde açıklık ve netlik olması,
- Hesap verilebilirlik: siyasilerin vermiş oldukları kararlardan dolayı kamuoyuna/vergi mükelleflerine karşı sorumlulukları,
- Adalet: kuralların toplumun bütün fertlerine aynı şekilde uygulanması,
- Etkinlik: kaynakların kamu zararına, gecikmeye, yolsuzluğa/ usulsüzlüğe yol açmayacak ve gelecek kuşaklara yük getirmeyecek şekilde kullanılması³⁴⁷.

Buna ilaveten UNECE bu ilkelerin hayata geçirilme seviyesi ve iyi yönetim için gerekli kurumsal kapasitenin oluşturmuş olma kriterlerini gözeterek üç gelişmişlik seviyesi belirlemiştir³⁴⁸. Bu seviyeler KÖİ'ye ilişkin hukuki reformların olup olmadığı, KÖİ'ye ilişkin piyasanın varlığı ve gelişmişliği, gözden geçirilmiş KÖİ modellerinin varlığı, işleyen etkin bir teklif süreci, rekabetin varlığı, şeffaflık, kamu çalışanlarının konuya ilişkin eğitilmiş olması gibi çeşitli kriterler vasıtasıyla oluşturulmuştur.

İşbu kılavuzlar KÖİ modelinin iyi uygulaması açısından ışık tutucudur. Esasen KÖİ geleneksel kamu ihaleleri ile özelleştirme uygulamaları arasında bir model olarak ortaya konmuştur. Bu yöntemle kamu ihalelerinde uyulması gereken sert kurallar aşılmış ve özelleştirmenin sonuçlarına ilişkin eleştiriler de bertaraf edilmeye çalışılmıştır. KÖİ bir yandan idarelerin kritik kamu hizmetleri ve tesisleri için büyük miktarda nakit sağlamakta diğer yandan kamuya ait tesislerin yıllık işletme ve bakım maliyetlerini azaltmaktadır. Ne var ki en iyi uygulama örneklerinde dahi kısa vadeli ekonomik kazanç ile uzun vadeli kamu yararı arasında bir dengesizlik olduğu gerekçesiyle KÖİ eleştirilmektedir. Zira bütçe açığı ile karşı karşıya olan idareler bütçelerini dengelemek, borçlarını ödemek ve vatandaşlara çok ihtiyaç duyulan hizmetleri sağlamak için KÖİ'yi adeta acil bir nakit girişi olarak görmekte iken karşılığında özel şirkete, kamu varlığı üzerinde onlarca yıl boyunca etkin mülkiyet ve kontrol hakkı vermektedirler³⁴⁹. Öte yandan bu uygulamaların şeffaf biçimde yapılmaması ya da risk analizinin doğru şekilde gerçekleştirilememesi yahut sözleşmenin imzalandığı koşullar ile güncel koşullar arasında meydana gelen değişimler sebebiyle ortaya çıkabilecek olumsuzluklar da gözetilmelidir.

³⁴⁶<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/green-paper-on-public-private-partnerships.html> (E.T. 25.04.2024).

³⁴⁷Cangöz, M. Coşkun, "Türkiye'de Kamu Özel İşbirliği Modeli: Fırsat mı Tehdit mi?" <https://zenodo.org/records/8331145>.

³⁴⁸Cangöz, M. Coşkun, <https://zenodo.org/records/8331145>

³⁴⁹Hogan, Kelsey. "Protecting the Public in Public-Private Partnerships: Strategies for Ensuring Adaptability in Concession Contracts." *Columbia Business Law Review*, vol. 2014, no. 2, 2014: 423.

Bu noktada KÖİ'nin ideal bir model olduğunu savunan görüşler KÖİ'nin finansman sıkıntısına bir çare olduğunu ve kamu hizmetlerinin sunumuna özel sektör uzmanlığını ve sivil toplum desteğini getirmenin bir yolu olduğunu savunmaktadır. KÖİ uygulamasının aleyhinde görüş bildiren kesim ise işlem maliyetleri, belirsiz hesap verebilirlik yapıları, hizmet başarısızlığı riski, kazanılmış menfaatler ve kamu sektörü bilgisini aşındırma potansiyeli gibi bazı potansiyel sorunlara işaret etmektedir³⁵⁰. Ülkemizde KÖİ'ye ilişkin olumsuz eleştiriler ise gecikmeler, yüksek maliyetler gibi farklı özellikleri de içermektedir. Zira kamunun bir an önce yerine getirilmesini beklediği kapsamlı projelerde, sözleşme yapısının veya uygulama süreçlerinin çok karmaşık olması sebebiyle gecikme yaşanabilmektedir. Yine birden çok sözleşme imzalanması durumunda bu karmaşa daha da artabilmektedir. Öte yandan farklı uzmanlıklara ihtiyaç duyuluyor olması, kamunun bağımsız danışmanlarla çalışmasını zorunlu kılmakta ve bu durum proje geliştirme maliyetlerini artırmaktadır³⁵¹. Ayrıca yasal düzenlemelerdeki çeşitlilik ve mevzuat dağınıklığı farklı uygulamalara yol açmaktadır. Bu nedenle KÖİ'ye ilişkin idari süreçlerde standartlaşma gerçekleşmemiştir. Standardizasyonun sağlanamaması ise sürece, yapıya ve bu süreçlerin denetimine ilişkin belirsizlikler doğurmuştur. İşbu sebeple şeffaf uygulamalar gerçekleştirilememiştir. İzah edilen gerekçeler ise başta yabancı yatırımcı olmak üzere özel sektör bakımından güven kaybına sebebiyet vermekte ve istikrar açısından negatif bir bileşen haline gelmektedir.

Bu aşamada KÖİ uygulamaları önce örnek ülkeler ve sonrasında ülkemiz bakımından değerlendirilmelidir.

B. KÖİ Bakımından Diğer Ülke Uygulamaları

Günümüzde KÖİ hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkelere sık sık başvuru yöntemlerdendir. Geçmişteki kamu özel ortaklıkları ile günümüz KÖİ uygulamalarının önemli bir farklılığı, bu ortaklığın hukuksal, yönetsel ve mali zemininde görülen değişimlerdir. Ortaklığın dinamikleri politik arenadan ziyade ekonomik alana kaymıştır. Öte yandan yeni tip işbirliklerinde sözleşmelerin uygulanması safhasında da özel hukuktan faydalanılmaya ve uyuşmazlıkların çözümü adli yargıya bırakılmaya başlanmıştır. Ayrıca bütçe ve yönetim usulleri açısından esnek bir yapıya sahiptir ve denetim safhasında bazı muafiyetler sağlanmaktadır. Yine KÖİ yapılanmalarında mali ve yönetsel risklerin paylaşımı bu işbirliği modelleri açısından belirleyici bir rol üstlenmektedir. KÖİ modeli açısından kamu hizmetleri alanının rekabetçi bir yapıda örgütlenmesi de³⁵² bir diğer farklılıktır.

Mevcut durumda birçok ülkede su temini, sanitasyon ve arıtma, atık yönetimi, ısınma, enerji, ulaşım ve bilgi iletişim teknolojisi gibi hizmetler KÖİ ile sunulmaya başlanmıştır. Nitekim Birleşmiş Milletler verilerine göre 733 milyon insanın elektriğe, 2,3 milyar insanın temiz ve güvenli yiyecek pişirme yakıtı ve teknolojisine, 2,2 milyar insanın su ve temiz içme suyu; 3,5 milyar insanın ise sanitasyon hizmetine erişimi bulunmamaktadır³⁵³. Mevcut ihtiyaçlar global ve ulusal bazda çözüme kavuşturulamazsa gelecekteki kentsel nüfusun büyük bir kısmı altyapıya dayalı hizmetlere erişemeyecek ve bu durum ekonomi, sosyal yaşam ve sağlık alanında ciddi olumsuzluklar yaratacaktır.

³⁵⁰Vrangbaek, Karsten. "Public-Private Partnerships in the Health Sector: The Danish Experience." *Health Economics Policy and Law*, vol. 3, no. 2, April 2008: 142.

³⁵¹Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarında Etkin Yönetim Özel İhtisas Komisyonu Raporu.(2018). Yayın No: KB: 2983 - ÖİK: 765, Kalkınma Bakanlığı Yayınları, Ankara:11. Esasen bu eleştiri kurumsal bir KÖİ müessesesi oluşturmanın gereğini ortaya koymaktadır. Özellikle tüm KÖİ'ler bakımından temel esasları belirleyecek, maliyet hesaplamalarını gerçekleştirebilecek, sözleşme safhasında da uygulama safhasında da denetleyebilecek, gerekli koordinasyonu gerçekleştirmeye ehil bir idari bir yapılanmaya ihtiyaç duyulduğu anlaşılmaktadır.

³⁵²Keçelgil Hasan, Tahsin. (2018). Kamu-Özel İşbirliği: Esasları ve Türkiye Uygulaması, *Terazi Hukuk Dergisi*, 13.145: 147.

³⁵³<https://www.un.org/sustainabledevelopment/water-and-sanitation/> (E.T:30.04.2024).

Hızlı kentleşme, nüfus artışı, zorunlu göç gibi pek çok farklı gerekçe ile mevcut kamu tesislerinin ve altyapı³⁵⁴ kapasitesinin artırılması gerekmiştir. Ne var ki bu hizmetlerin sunumu noktasında kamu fonlarının yetersizliği ve kamu hizmetlerinin meccaniliği ilkesi gereği yatırımların sübvansede edilmesindeki güçlükler idareleri yeni arayışlara itmiştir. Ayrıca sunulacak hizmetlere dair yatırımlara karşılık gösterilmesi gereğinin bütçede mevcut borçlanma açığını büyütmesi ve tüm dünya ekonomilerini etkileyebilen global krizlerin olumsuz yansımalarını giderebilmek açısından da farklı finansman yöntemlerine eğilmek gerekmiştir. Tüm bu gerekçelerle birlikte, uzmanlık gerektiren teknik gelişmeler de gözetilerek, kamu hizmetlerinin sunumunda özel sektörle işbirliği yapmak fikri ortaya atılmıştır. Bahse konu ihtiyaçları gidermek için kullanılan KÖİ hizmetlerine ilişkin yatırımlar incelendiğinde Dünya Bankası verilerine göre Çin, Filipinler, Brezilya, Hindistan ve Mısır başı çekmektedir. KÖİ yatırımı 2023'ün ilk yarısı için 17 ülkedeki 26 projeye için 2,5 milyar ABD Doları tutarında gerçekleşmiştir. Söz konusu yatırımlar incelendiğinde 2023'ün ilk yarısında enerji sektörü son yıllarda ilk kez liderliği ele geçirmiştir³⁵⁵. KÖİ pek çok ülkede uygulanmakla birlikte özellikle Avrupa'daki bazı örneklerle Amerika Birleşik Devletleri uygulamasına kısaca değinmek de fayda vardır.

Güncel anlamada KÖİ modeli uygulamasında en çok örnek alınan ülke İngiltere'dir³⁵⁶. İngiltere'de 1992-2003 yılları arasında hükümet yaklaşık 600 KÖİ'ye 36 milyar £'dan fazla yatırım yapmıştır ve 2004-2029 yılları arasında 110 milyar £ daha harcaması beklenmektedir. Bu ortaklıkların, önceki kamu tedarik biçimlerine kıyasla maliyetleri %17'den fazla düşürmesi beklenmektedir³⁵⁷.

KÖİ modelinin İngiltere'deki karşılığı Özel Finansman Girişimi'dir (Private Finance Initiative). Bu yöntemin finansman kaynağı, sermaye yatırımı ve borçlanmadır. Yapılan yatırım, vergi mükelleflerinin kullanabileceği duruma geldiğinde sözleşme gereği özel şirkete 25-30 yıl arası bir sürede ödeme yapılmaktadır. Toplam ödenecek miktar, enflasyon dikkate alınarak; borç ve faiz ödemeleri, ortaklık payı, onarım ve diğer hizmetleri içerecek şekilde belirlenmektedir³⁵⁸. KÖİ uygulamasını daha önce ve daha yoğun bir şekilde kullanan İngiltere, diğer ülkelere bu yapının sonuçlarını görebilecekleri bir örnek sunmuştur. Bu ülkelerden biri olan Fransa'da KÖİ projeleri 90'lı yıllarda başlamış ve 2004 yılında KÖİ'lerin kullanımına ilişkin finansal ve hukuki zemin oluşturmuştur. 2005 yılında ise KÖİ projelerinin ön fizibilite incelemelerini yapan Maliye Bakanlığına bağlı, merkezi bir KÖİ birimi kurulmuştur.

³⁵⁴Üzerinde uzlaşılmış bir tanımı olmayan altyapı kavramı, kamu yararına kullanılan tesis ve hizmetler, doğrudan veya dolaylı olarak kamuya hizmet sağlayan maddi varlıkları ifade etmektedir Ancak altyapı, hizmetin konusuna göre değişiklik gösterir. Örneğin enerji üretim, su ve atık su, sağlık, telekomünikasyon tesisleri, yollar, tüneller, köprüler, demiryolları, havayolları, eğitim kurumları, limanlar altyapı sayılmaktadır (Evren, Çınar Can: 30).

³⁵⁵<https://ppi.worldbank.org/content/dam/PPI/documents/PPI-Half-Year-H1-Update-2023.pdf>.

³⁵⁶Esasen İngiltere 1980 döneminden itibaren KÖİ modelini sıkça uygulamaya başlamış olsa da çok daha öncesinde İngiliz menşeli özel sektör hükümetlerle işbirliği halinde hizmet sunmaya başlamıştır. Örneğin İngiltere'nin en büyük sömürgesi durumundaki Hindistan'da demiryollarının inşası ve işletmesi İngiliz şirketler tarafından yapılmıştır. 1853 yılında başlayan demiryolu inşasında, Hindistan hükümetinin İngiliz şirketlerine %5'lik bir kâr marjı tanımış olması, bu girişimleri KÖİ modeliyle benzeştirmektedir. Hindistan hükümeti 1870'li yıllarda demiryolu inşası yapsa da, oransal olarak İngilizlerin yürüttüğü KÖİ'ler demiryolu inşasında yüksek paylarını korumayı başarmışlardır. 1880'li yıllarda ise, KÖİ'lerin gelirleri arttıkça, Hindistan hükümeti ile yapmış oldukları anlaşmalar gereği net kazançlarının %5'lik kısmını geçen dilimlerin %50'sini Hindistan hükümetine ödemişlerdir. Fakat gelirler arttıkça merkezi hükümet ile KÖİ'ler arasında sorunlar ortaya çıkmaya başlamıştır. Hizmet kalitesi ile maliyetler arasındaki denge iki tarafta memnuniyetsizlikler oluşturmuştur. En sonunda ise, Hindistan hükümeti demiryollarını millileştirme yoluna gitmiştir (Karabudak, Çağrı Özgür. (2020). Kamu Özel İşbirlikleri Yükümlülükleri Gizli Borç Mu? Küresel Bir Karşılaştırma. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Başkent Üniversitesi, Ankara: 8.).

³⁵⁷Rausser, Gordon and Stevens, Reid (2009). Public-Private Partnerships: Goods and the Structure of Contracts. Annual Review of Resource Economics, 1: 76. (Çalışmada Avrupa Birliği'nde yerel yönetimler tarafından sunulan tüm hizmetlerin %7'si KÖİ'ler tarafından sağlandığı ve küçük şehirlerde KÖİ'lerin hizmet sunumunun %33'ünü oluşturduğu belirtilmiştir).

³⁵⁸Ünal, Eda. (2020). Kamu Özel İşbirliği Modeli İncelemesi: Birleşik Krallık. İzmir İktisat Dergisi, 35(3): 458. Söz konusu çalışmada Birleşik Krallık'ta 2008 yılı ve sonrası 3 yıl, parlamentoda özel finansman girişiminin maliyetli, esneklik ve şeffaflığı olmayan bir model olduğu konusunda sıklıkla eleştirisinin yapıldığı ve bunun sonucu olarak projelerinin önemli miktarda azaltıldığı bir dönem olduğu ifade edilmiştir. 2007-2008 dönemi öncesindeki beş yıllık süreçte, yıllık ortalama 55 KÖİ sözleşmesi yapılırken, 2016- 2017'ye kadar olan sonrası süreçte yıllık ortalama sözleşme sayısı 1'e kadar düşmüştür. Ayrıca, yine aynı süreçlerde yıllık ortalama yatırım miktarı 5.5 milyar sterlinden, 2007-2008 yılında zirve yaparak 9 milyar sterline çıkmış; bu dönemden sonra ise ortalaması 0.5 milyar sterlinin altına kadar (462 vd).

Küresel krizlere rağmen giderek artan şekilde kullanılan KÖİ modeliyle çoğunluğu ulaşım sektöründe olmak üzere 2020 yılın kadar 172 proje hayata geçirilmiş ve Fransa, KÖİ projelerinin tamamlanması ile ilgili ciddi sorunlarla karşılaşmamıştır³⁵⁹.

Almanya'da KÖİ diğer Avrupa ülkeleri gibi çok erken dönemlerde uygulanmaya başlanmıştır. Bununla birlikte, modern anlamda ilk KÖİ, 20. yüzyılın başında başlanan ve çok başarılı bir proje sayılmasa da önemli bir tecrübe kaynağı sayılan Warnowtunnel isimli tünel projesidir. 1994 yılında ise Yap-İşlet- Devret kapsamında F modeli olarak da bilinen otoyolların yapımı ve işletimi ile ilgili yasa çıkarılmıştır. 2005 yılında da KÖİ projelerinin önündeki engelleri kaldırmak adına KÖİ hızlandırma yasası kabul edilmiş ve bu tarihten itibaren diğer sektörlerde de KÖİ'nin kullanımı amaçlanmıştır. Nitekim eğitim alanında yürütülen KÖİ projeleri de değer açısından ulaşımdan sonra en çok kullanılan alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Küresel krizlerle birlikte Almanya KÖİ projelerinde rakamsal anlamda küçülme yaşamıştır³⁶⁰.

Danimarka'nın resmi KÖİ politikası ise ilk olarak Ocak 2004'te 'Kamu-Özel Ortaklıkları için Eylem Planı' oluşturulmuştur. Eylem planının geliştirilmesinde dört bakanlık yer almıştır: Ekonomi ve Ticaret Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, İçişleri ve Sağlık Bakanlığı ve Ulaştırma Bakanlığı. Hükümetin kamu hizmetlerinin sunumunda piyasa güçlerinin kullanılmasını teşvik etmek istediği ve KÖİ'leri uygun olduğu zaman - ve sadece uygun olduğu zaman - kullanmak istediğini belirten ve ideolojik nedenlerle kullanılmaması istenen KÖİ'lere ilişkin bu politika belgesi, KÖİ'lerin ortaya çıkardığı farklı yasal, siyasi, ekonomik, iletişim, yönetim ve yönetim zorluklarını inceleyen kapsamlı bir belge olmaktan ziyade, bir niyet açıklaması niteliğindedir. Danimarka'da KÖİ projeleri diğer Avrupa ülkeleri kadar rağbet görmemiştir. Bunun gerekçelerinden biri yerel yönetimler tarafından çıkar ilişkisine dayanan yahut ilgili idareyi zarara sokan uygulama örneklerinin varlığı nedeniyle açılan soruşturma ve davaların idarelerin KÖİ'ye daha mesafeli yaklaşımları olarak değerlendirilebilir³⁶¹.

Amerika Birleşik Devletleri (ABD) de özellikle yerel yönetimler bazında KÖİ modelinin sıkça uygulandığı ülkelerdendir. Nitekim 22 Haziran 1995'te Los Angeles şehir merkezinde yaşanan facia ülke çapında KÖİ hizmetlerinin tartışılmaya başlanmasına vesile olmuştur. Bahse konu olayda Hollywood Bulvarı'nda çapı yetmiş metreden fazla olan bir obruk meydana gelmiştir. İşbu olayda Los Angeles metro sistemini inşa etmek için Los Angeles'ın aşağısında on iki mil boyunca tünel açmak üzere kiralanan müteahhit, yukarıdaki toprağı desteklemek için gereken uygun beton ve çelik yapıların yerine hurda, tahta ve çöp koymuştur. Bu suretle kendi başına bazı maliyet ve zaman tasarrufu önlemleri alan müteahhidin uygulamaları neticesinde Hollywood Bulvarı obruğu oluşmuştur. Esasen söz konusu inşaat esnasında daha önce de yeterli iş güvenliği tedbiri alınmadığı için yaralanan işçiler olmuştur. Bu aşamada esas tartışma konusu sözleşmecinin kusuruna karşın, süreçlerinin doğru kurgulanamaması nedeniyle yaşanan sorunlara rağmen fayda-maliyet dengesi gereği sözleşmenin feshedilememesi noktasıdır.³⁶² Böylece bir yandan sözleşmeci adaylarının seçimi ve diğer yandan sözleşme süreçleri mercek altına alınmıştır. ABD'de ekonomik alanda da sosyal alanda da önemli bir KÖİ proje potansiyeli mevcuttur. Ancak, ülke genelinde daha çok sosyal politikaya dönük hizmetlerin sunumunda KÖİ projelerinin tercih edildiği görülmektedir. Yine otoyol yapımı yahut kentsel dönüşüme ilişkin KÖİ uygulamaları dikkat çekmektedir³⁶³.

Bu aşamada ülkemizdeki KÖİ uygulamalarına da değinmek gerekecektir.

³⁵⁹Karabudak, Çağrı Özgür: 5-7.

³⁶⁰Karabudak, Çağrı Özgür: 10.

³⁶¹Vrangbaek, Karsten: 154.

³⁶²Singer, Eric M.. (2016). Competitive Public Contracts. Virginia Law Review. Vol. 102, No. 5: 1298-1300.

³⁶³Hodge, Graeme A. and Greve, Carsten: 547; Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarında Etkin Yönetim Özel İhtisas Komisyonu Raporu: 33.

C. Ülkemizde KÖİ uygulamaları

İzah edildiği üzere içeriği değişen ve sayısı artan kamu hizmetlerinin sunumu noktasında Dünyada yayılan liberal politikaların etkisi ile özel sektörün de bu hizmetlerin sunumuna katılmasını düşüncesi kabul görmüştür. Kamu-özel işbirliği bu katılımın çeşitli türlerini içine alan bir üst kavramdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de verdiği çeşitli kararlarda kamu özel işbirliğini bir çatı kavram olarak ifade etmiştir³⁶⁴. Mahkemeye göre KÖİ, özel sektörle kamu idaresi arasında, bir hizmetin tasarlanması, yapımı, kiralanması, ortaklık kurulması ve finansmanının sağlanması, işletilmesi gibi unsurların bileşiminden oluşan ve özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler üzerinden uygulanan bir işbirliği modelidir. KÖİ özel hukuk sözleşmeleri yoluyla yap-işlet-devret, yap-kirala, yap-işlet, işletme hakkı devri, tasarla-yap, yap-işlet-sahip ol-devret, tasarla-yap-finanse et- devret, ortaklık gibi birçok modelin birlikte veya ayrı ayrı uygulanmasına imkân vermektedir³⁶⁵. KÖİ modeli ile halkın sunulan hizmetten doğrudan yararlanması mümkün olduğu gibi idare tarafından kullanılacak bir kamu binasının inşası gibi dolaylı olarak hizmetten yararlananların istifadesine sunulması da mümkündür³⁶⁶.

Türkiye’de KÖİ uygulaması, güncel anlayışa uygun biçimde ilk olarak 1980’lerin ikinci yarısında Yap-İşlet-Devret modeli çerçevesinde gerçekleştirilmeye başlanmıştır. Bu kapsamda özel sektöre ait bilgi, tecrübe ve insan kaynağının yanı sıra finansal kaynakların kullanılabilmesi hedeflenmiştir. İlk örnekleri enerji sektöründeki elektrik alım taahhüdü içeren projeler ve İzmit Büyükşehir Belediyesi tarafından su alım taahhüdü verilen İzmit Evsel ve Endüstriyel Su Temini Projesidir (Yuvacık Barajı). Ancak 2000’li yıllardan itibaren başta ulaştırma ve sağlık olmak üzere diğer sektörlerde de KÖİ modelinin kullanımı yaygınlaşmıştır³⁶⁷. Nitekim Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı tarafından 2023 yılı KÖİ proje göstergelerine ilişkin açıklamada ülkemizde 4 farklı KÖİ modeli kullanıldığı ve bu modeller arasından en çok kullanılan modelin 127 projeye Yap-İşlet-Devret iken, onu 120 projeye İşletme Hakkı Devri, 18 projeye Yap-Kirala-Devret ve 5 projeye Yap-İşlet modellerinin takip ettiği belirtilmiştir³⁶⁸.

Dünyada olduğu gibi Türkiye’de de KÖİ modelinin kullanılmasındaki temel etken finansman ihtiyacının karşılanması ve genel bütçe üzerindeki yükün azaltılmasıdır. Bununla beraber, gelişmiş ülke örneklerinden farklı olarak KÖİ modeli Türkiye’de ağırlıklı olarak büyük ölçekli altyapı projelerinin gerçekleştirilmesinde kullanılmaktadır. KÖİ modeli, tâbi olduğu mevzuat, taraflar, ihale süreçleri ve bu çerçevede imzalanan sözleşmeler bakımından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki ihale ve sözleşmelerden de farklılık arz etmektedir.

³⁶⁴Örneğin AYM 13.01.2011 tarihli ve E. 2007/2, K. 2011/18, AYM 14.2.2013 tarihli ve E.2011/150, K.2013/30; AYM 1.4.2015 tarihli ve E. 2013/50, K. 2015/38 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T. 27.04.2024).

³⁶⁵Evren, Çınar Can: 29. Ülkemizde en çok kullanılan modeller ise Yap-İşlet (Kamu ve özel sektör arasında imzalanan sözleşme neticesinde kamu hizmetinin sunulması için özel sektör, yapıyı finanse eder; gerektiğinde tasarlar; inşası, bakım-onarımını, işletmesini üstlenir. Yap-işlet, sözleşmenin sona ermesiyle mülkiyetin özel sektörde kaldığı bir kamu özel ortaklığı modelidir); Yap-İşlet-Devret (Kamu ve özel sektör arasında imzalanan sözleşme kapsamında kamu hizmetinin sunulması için özel sektörün yapıyı finanse ettiği; gerektiğinde tasarladığı; inşası, bakım-onarımını, işletmesini ve yönetimini en fazla 49 yıl üstlendikten sonra kamuya devrettiği bir modeldir), Yap-Kirala-Devret (Kamu ile özel sektör imzalanan sözleşme çerçevesinde özel tarafın finansı ile inşa edilen ve belirli bir süre için kira karşılığında yönettiği, hizmetlerin kısmen ya da tümünü sunduktan sonra sözleşmenin sonunda mülkiyeti kamuya devrettiği bir modeldir.), İşletme Hakkı Devri (Kamu idarelerinin aktiflerinde yer alan mal veya hizmetlerin, mülkiyetinin kamuda saklı kalmak koşulu ile bedelinin ödenerek belirli bir süre ve koşul altında işletme hakkının özel sektöre verildiği bir kamu özel ortaklığı modelidir.) biçiminde sıralanabilir (Eke, Erdal and Çam, Sıddıka (2021). Sağlık Sistemlerinde Kamu-Özel Ortaklığı Uygulamaları Üzerine Bir İçerik Analizi. Pamukkale Üniversitesi İşletme Araştırmaları Dergisi, 8(2):515).

³⁶⁶Evren, Çınar Can: 29.

³⁶⁷Cangöz, M. Coşkun and Emek, Uğur and Uyduranoğlu Karaca Nurhan. (2021). Türkiye’de Kamu-Özel İşbirliği Modeli Uygulaması: Etkin Risk Paylaşımına Yönelik Bir Model Önerisi. TEPAV Elektronik Yayınları No: 1 (https://www.tepav.org.tr/upload/mce/2022/turkiyede_kamuozelisbirligi_uygulamasi_etkin_risk_paylasimina_yonelik_bir_model_onerisi.pdf

³⁶⁸<https://www.sbb.gov.tr/koi-gostergeleri/>. Söz konusu kaynağa göre KÖİ modeliyle gerçekleştirilen projelerin yatırım tutarlarının sektörel dağılımına bakıldığında; 2023 yılı Eylül ayı fiyatlarıyla 32,47 Milyar ABD Doları ile karayolu sektörünün ilk sırada olduğu görülmektedir. Havaalanları ise 24,03 Milyar ABD Doları ile ikinci sıradadır. Bunu 21,73 Milyar ABD Doları ile enerji sektörü takip etmektedir. Yap-Kirala-Devret modeliyle gerçekleştirilen sağlık projeleri 13,08 Milyar ABD Doları ile dördüncü sıradadır. İşletme hakkı devri bedellerinin sektörel dağılımına bakıldığında havaalanlarının 75,77 Milyar ABD Doları ile (KDV dâhil, 2023 yılı Eylül ayı fiyatlarıyla) birinci sırada bulunduğu görülmektedir. Bunu 22,74 Milyar ABD Doları ile enerji sektörü, 3,26 Milyar ABD Doları ile limanlar ve 3,18 Milyar ABD Doları ile yat limanları takip etmektedir.

Buna göre bir KÖİ uygulaması için öncelikle ön fizibilite raporu ve proje ile ilgili belgeler ilgili idare tarafından hazırlanmaktadır. Bundan sonra Cumhurbaşkanlığı onayı alınmakta ve sonrasında projeye ilişkin ihale aşaması gerçekleştirilmektedir. İhale üzerinde bırakılan yüklenici tarafından kurulan görevli şirket ile sözleşme imzalandıktan sonra ise işletme dönemi aşamasına geçilmektedir. Öngörülen süre sonunda ise devir işlemleri tamamlanır³⁶⁹.

Bir projenin fikir aşamasından tamamlanmasına kadar geçen süreci tüm aşamalarıyla, doğru biçimde planlamak ve kalite, verimlilik ve etkinlik açısından gereklilikleri belirlemek önem taşımaktadır. Proje döngü yönetimi adı verilen söz konusu süreç yönetimi çerçevesinde başlangıçta ihtiyaç sıralaması yapılarak öncelikli projelerin belirlenmelidir. Öncelikli proje belirlendikten sonra ise projenin hangi yöntemle gerçekleştirileceğine karar verilmelidir. Sürecin geleneksel modellerle kamu kesimi tarafından mı yahut KÖİ modeliyle mi yapılacağına ilişkin karar aşaması bu aşamadır. Bunun için Kamu Kesimi Karşılaştırıcısı (KKK) adı verilen ve kamu tarafının projeyi geleneksel tedarik yöntemi ile gerçekleştirilmesi durumunda projenin maliyeti varsayımsal bir senaryo ile belirlenerek bu maliyetler KÖİ yöntemi ile finansman sağlanması halinde özel sektörden alınabilecek en avantajlı teklifin kamu tarafından tüm maliyet, gelir ve risklerinin tahmin edilmesi ile oluşturulan gölge teklif ile kıyaslanmaktadır. Kamu Kesimi Karşılaştırıcısı genel olarak 4 bileşenden oluşmaktadır: Ana KKK bileşeni (altyapının ve/veya hizmetin yaşam döngüsü boyunca oluşacak olan yatırım sermayesi ve faaliyet giderleri olmak üzere doğrudan veya dolaylı tüm maliyetler), rekabetçi tarafsızlık (KKK hesaplanırken kamu sahipliğinin doğasından kaynaklı özel sektöre göre bazı muafiyet ve üstünlüklerinin ayıklanması), devredilebilir riskler ve üstlenilen riskler³⁷⁰.

Ülkemizde KÖİ uygulamalarına ilişkin temel tartışmalar; Türkiye’de kamu-özel işbirliği projelerinin diğer ülkelere göre daha fazla tercih edildiği; söz konusu projeler kapsamında merkezi danışmanlık ve risk analizlerinin yapıldığı kurumların bulunmadığı; sosyal alanlardan ziyade ulaşım sektörüne yönelindiği, çoğunlukla mega projeler için KÖİ modelinin kullanıldığı; yapılan projeler kapsamında kamunun hangi ölçüde harcama yaptığına ilişkin rakamların kamuoyu ile yeterince paylaşılmadığı; projelerin hazırlık, ihale ve sözleşme sürecinde yaşanan sorunların yanı sıra özellikle döviz cinsinden verilen garantiler nedeniyle kamu-özel işbirliği projelerinin öngörülenin çok üstünde bir maliyete yol açtığı³⁷¹ biçimindedir. Öte yandan KÖİ projelerinin planlama ve programlama aşamasındaki bilgi ve tecrübe eksikliğinin “yaparak öğren” modeli ile yol alınmasını mecbur kıldığı, böylece zaman kaybına ve fazladan maliyete neden olduğu belirtilmektedir. Yine bu durumun ihale hazırlık ve sözleşme aşamalarında sürekli bir değişikliklerle karşılaşılmasına sebebiyet verdiği ve bir çerçeve kanunun hayata geçirilmesine engel olduğu ifade olunmaktadır. “Yaparak öğren” süreçlerinde karşılaşılan programlama eksiklikleri, ihale dokümanı tadilleri, sözleşme müzakereleri ve düzenlemeleri, yapım aşamasında değişen tasarım ve mimari projeler, işletmeye geçişte devir prosedürleri³⁷² de eleştiri konusudur. Ayrıca kabuller esnasında farklı sözleşme yorumlamaları ve kısıtlı insan kapasitesi gibi unsurlar sebebiyle karşılaşılan sorunlar, projelerin ilgili kamu kuruluşları tarafından geliştirilmesi sebebiyle uygulama birliği bulunmayışı, bu kapsamda finansman ve risk yönetimi konusunda uzmanlığı bulunmayan uygulamacı birimlerce kamu adına çeşitli taahhütlerde bulunulması³⁷³ da dikkate değer tenkitlerdendir.

Söz konusu sorunlar kamuoyu üzerinde olduğu gibi özel sektör üzerinde de olumsuz etki yaratmaktadır. Bu sebeple KÖİ uygulamalarında idareler, yatırımcıların güvenini kazanmak ve uzun vadeli sözleşme süresince de bu güveni korumak için tedbir almak zorundadır.

³⁶⁹<http://ekapkademi.kik.gov.tr/wp-content/uploads/2020/01/4734-K%C3%96%C4%B0-Sunum.pdf>

³⁷⁰Kulaksız, Sila, & Küçükkocaoğlu, G. (2019). Kamu Hizmet Tedarik Yönteminin Seçilmesinde Yatırımın Değeri Analizi: Bir Hastane Projesi Üzerinde Uygulanması. Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi, 21(1):200.

³⁷¹Eriçok, Recep Emre. (2023).Dünyada Ve Türkiye’de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamaları: Rakamsal Verilerle Bir Analiz. Journal of Economic Policy Researches, vol. 10, no. 2, 2023: 633.

³⁷²Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarında Etkin Yönetim Özel İhtisas Komisyonu Raporu: 37; 74.

³⁷³Cangöz, M. Coşkun and Emek, Uğur and Uyduranoğlu Karaca Nurhan: 11.

İdareler, KÖİ politikasındaki kararlılığı ortaya koyarak proje sayısını artırmayı ve bu projelerin tamamlanma sürecini hızlandırmayı hedeflemektedir. Bu noktada idareler ekonomik istikrarı sağlamak ve bütçe açığına sebebiyet vermemek adına hizmet sunumuna başlamadan bir ödeme yapmamayı tercih etmektedir. Ayrıca idareler belirli riskleri özel sektörün üstlenmesini istemektedir. Ancak bu şartlar altında KÖİ projelerini cazip hale getirmek için bazı destekler sunmak gerekmektedir. “Destek” ve “garanti” ifadelerinin aynı anlamda kullanıldığı vaki ise de esasen destek, garanti kavramını da içeren daha geniş bir anlama sahiptir. Aynı ve nakdi olabileceği gibi taahhüt şeklinde de olabilir. Destek esasen ekonomik temelli bir kavram olup proje şirketinin bu projeyi sürdürmesi için verilen, borç üstlenim garantisi, vergi avantajları, proje konusu tesislerin yapımı için taşınmazların bedelsiz devri, gümrük muafiyetleri, köprü krediler, sübvansiyonlar, bazı hizmetlerden elde edilen gelirlerin proje şirketine verilmesi gibi katkıları ifade eder³⁷⁴. Nitekim Anayasa’nın 167. maddesinde Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri almakla mükellef kılınmıştır³⁷⁵. KÖİ projeleri; politik, ekonomik, yasal ve çevresel boyutları içermektedir. Hem hükümet hem de özel yatırımcı, bu faktörleri içeren projelerden kazançlı çıkmak isterler. Bunun için de uygun koşulların oluşması gerekir. KÖİ projeleri, uzun vadeli belirsizlikler ve geniş risk faktörlerini barındırdığından, başarılarını arttırmak için önemli devlet güvencelerine ihtiyaç duymaktadır. Bu noktada bir destek kategorisi olan garanti ise³⁷⁶ ülkeden ülkeye farklılık göstermekte olup standart bir çerçevesi mevcut değildir. KÖİ kapsamında verilen kamu garantileri, asgari gelir garantisi, satın alma garantisi, faiz oranı, döviz kuru ve enflasyondaki değişimlerinden kaynaklanan zararların garantisi, idare tarafından yapılan yasal düzenlemelerden kaynaklanan zararların telafisi, kredi geri ödeme garantisi, fesih durumunda ortaya çıkabilecek ödemeler biçiminde sıralanabilir. Elbette kamu idareleri tarafından verilen bu garantiler, garantinin konusuna göre kamu kaynaklarının kullanımı söz konusu olabileceği için şeffaf biçimde sunulmalıdır. Ayrıca söz konusu garantiler piyasa aktörleri arasında dengesizlik ve rekabet sorunları oluşturabileceği için uzun vadeli etkileri değerlendirilerek ve uygulama süreçleri yakından izlenerek hareket edilmelidir³⁷⁷.

³⁷⁴Evren, Çınar Can: 70 vd. Müellif, bazı projelerin yeterli kâr içermemesi, risklerin ağırlığı, kreditorlerin verdikleri parayı güvence altına almak istemeleritesislerin kurulacağı yerin önem taşıması, özel sektörün yatırım risklerini bertaraf etmek istemeleri gibi sebeplerle devletlerden destek istemesinin mümkün olduğunu belirtmektedir (: 69).

³⁷⁵Anayasa’nın bu emredici hükmüne uygun olarak ve Avrupa Birliği ile ülkemiz arasındaki anlaşmalara uygun hareket edebilmek üzere kanun koyucu 2010 yılında 6015 sayılı Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanunu ihdas etmiştir. İşbu Kanun’un 2. maddesinde devlet desteği “Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki ticareti etkilediği ölçüde doğrudan kamu tarafından veya kamu kaynakları aracılığıyla herhangi bir şekilde sağlanan, belirli teşebbüslere veya belirli ürünlerin üretimine ayrıcalık tanıyarak rekabeti bozan veya bozma tehdidi oluşturan ve yararlanana mali fayda sağlayan her türlü tedbir” biçiminde tanımlanmıştır Özkardeş, Nihal. (2022). Devlet Desteği Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Modeline Dayalı Sözleşmelerde Yer Alan Devlet Garantilerinin Değerlendirilmesi. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 24, sy. 2 (Kasım 2022): 973. Bahse konu çalışmada 2010 yılında yayımlanmasına karşın ülkemizde halen devlet desteklerinin rekabet politikası doğrultusunda etkin bir denetiminin gerçekleştirildiğinden bahsetmenin güç olduğu belirtilerek “öncelikle Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine uyum sağlanması amacıyla 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile devlet desteklerinin izlenmesi ve denetlenmesi hususunda görevlendirilen Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kurulu kaldırılmıştır. 2018/3 sayılı Genelge28 ile Kurul’un “politika belirleme ve istişari nitelikte olan” görevleri Cumhurbaşkanlığı Ekonomi Politikaları Kurulu’na, “icrai nitelikte olan” görevleri ise Cumhurbaşkanına verilmiştir. Bu durum ise devlet desteklerinin bağımsız bir idare tarafından denetlenmesine duyulan ihtiyacın yanı sıra bazı hallerde devlet desteğini sağlayan ile denetleyen makamın aynı olması sonucunu doğurmaktadır. İkinci olarak 6015 sayılı Kanun’un 2. maddesinde Kanun hükümlerinin “tarım, balıkçılık ve hizmet sektörlerindeki devlet desteklerini” kapsamayacağı kararlaştırılmıştır. Son olarak, Kanun’un uygulanması için gerekli ikincil düzenlemeler hala yürürlüğe girmemiştir” denilerek uygulamaya ilişkin eleştiriler yöneltilmiştir.

³⁷⁶Mahmutoğlu, Muhammed Yekcan, Kamu-Özel Sektör İşbirliği Projeleri: Devlet Garantisi Konusunda Bir Sentez Çalışması, yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi İstanbul: 44.

³⁷⁷Cangöz, M. Coşkun, <https://zenodo.org/records/8331145>.

Uygulamada kamu idareleri, şehir hastaneleri örneğinde olduğu gibi KÖİ sözleşmeleri kapsamında doğrudan ödeme taahhüdünde bulunabilmekte ya da ulaştırma projelerindeki gibi yolcu ve araç geçiş sayısına ilişkin garantiler verebilmektedir³⁷⁸.

Elbette KÖİ modelinde kamu sektörü herhangi bir hizmet sunumu yaparken birkaç hususu netleştirmelidir. Buna göre: 1. Talep edilen işin açık tanımı ve kamu sektörünün kamu yararına ilişkin hedefleri, 2. Sunulacak hizmet türlerinin ve bu hizmet türlerine ilişkin kalite standartlarının belirlenmesi, 3. Hizmet fiyatlarının belirlenmesi, 4. Denetim, kontrol ve izleme mekanizmalarının kurulması ve işletilmesi³⁷⁹ kamu idaresinin öncelikleri olmalıdır. İşbu hedeflere ulaşılabilmesi için risklerin doğru belirlenmesi ve dağıtılması önem arz eder. Bu aşamada belirtilmelidir ki KÖİ modelinin en önemli özelliklerinden biri taraflar arasında yapılan risk paylaşımıdır. Risk; bir projenin zamanında, planlanan bütçesinde ve öngörülen kalitede tamamlanmasını tehlikeye atan faktör, etki veya olay biçiminde tanımlanabilir³⁸⁰. Risk paylaşımı karşılaşılabilecek sorunlarda çözümün nasıl sağlanacağı ve/veya oluşabilecek zarara hangi tarafın ne ölçüde katlanacağını belirlemek üzere kullanılmaktadır. KÖİ projelerinde risk, onu en iyi yönetecek tarafa bırakılır. Riski en iyi yönetecek tarafın riskin doğma ihtimalini etkilemekte daha muktedir olan taraf olduğunu ifade edenler olduğu gibi oluşan riskin sonuçlarıyla en iyi başa çıkabilecek taraf olduğunu ileri sürünler de mevcuttur. KÖİ projelerinde riski en iyi yönetecek taraf, en az maliyetle riski gerçekleşmeden bertaraf edecek yahut risk gerçekleşir ise yine en az maliyetle sonuçlarıyla başa çıkabilecek taraftır³⁸¹. Riskler çeşitli açılardan sınıflandırılabilir. Genel bağlamda riskleri idari, hukuki ve mali riskler biçiminde ana başlıklara ayırmak mümkündür³⁸². Projelerde uygun risk dağılımı yapılması yarar ve zarar arasındaki dengeyi ölçebilmek ve korumak açısından önem taşımaktadır. Zira KÖİ'ler riski olabildiğince kamu sektöründen özel sektöre aktarmayı amaçlamaktadır. Özel sermayenin sağlanması ve özel sektör ortağının kamu hizmetlerinin sunumunun yönetimine stratejik olarak dahil olması faydalı olabilirken, gerçek bir paranın karşılığını veren ortaklık elde etmek için kamudan özel sektöre önemli bir risk transferi gereklidir. Risk transferinin finansman maliyetleri üzerindeki etkisi ve etkin risk transferini sağlamak için riskin fiyatlandırılması, KÖİ uygulamasında riskin nasıl ele alındığını anlamak için çok önemlidir. Bir KÖİ'yi finanse etmek için gereken sermaye maliyeti, yalnızca finansmana değil proje özelliklerine de bağlıdır. Ne var ki gelişmiş piyasalarda, proje riskinin kamu sektöründe mi yoksa özel sektör tarafından mı üstlenildiği önemsizken az gelişmiş piyasalarda riskin geniş bir alana yayılması önem taşır.

³⁷⁸Doğrudan ödemeler ve verilen garantilerin yükümlülüğe dönüşmesi durumunda ilgili kamu idaresinin bütçesine konulacak ödenekler kullanılarak görevli şirketlere ödeme yapılmaktadır. Ne var ki örneğin ekonomik daralma, salgın hastalıklar (COVID-19 vb) ya da terör olayları gibi mücbir sebep ya da beklenmeyen hâl kapsamına giren durumlarda, başta ulaştırma ve turizm sektörlerinde olmak üzere, çeşitli hizmet alanlarında talebin azalması olasıdır. KÖİ kapsamında sunulan hizmetlere ilişkin talebin düştüğü veya dönemsel de olsa ortadan kalktığı bu gibi durumlarda idareler sözleşme kapsamındaki garanti bedellerini ödemek için bütçeden ilave kaynak talep etmektedir. Üstelik KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan ödeme taahhütlerinin büyük bir kısmının dövizle endeksli olması nedeniyle de doğrudan ya da garanti kapsamında yapılan ödemeler kurdaki değişimlerden etkilenmektedir Cangöz, M. Coşkun and Emek, Uğur and Uyduranoglu Karaca Nurhan: 12.

³⁷⁹Simovic, Jure and Rogic-Lugaric Tereza and Simovic Hrvoje and Vuletic-Antic, Bozo: 189.

³⁸⁰EC, Directorate-General Regional Policy: Guidelines For Successful Public-Private Partnerships (PPPs), 2006 EUR. Pub. Private Partnership L. Rev. 24 2006,s 26 (Aktaran Çınar, Evren Can: 60).

³⁸¹Evren,Çınar Can: 61. Bir başka görüşe göre riskler devlet, proje şirketi, kreditorler ve hizmetten yararlananlar arasında farklı ağırlıklarda dağılmaktadır. Projelerde riskleri paylaşanlara, bu sayılanlar yanında, sigorta şirketlerini, taşeronları da dahil etmek mümkündür. Bir projede risklerin nasıl paylaşılacağı temelde, idare ile özel sektör tarafından belirlenir. Hizmetten yararlananlar ve vergi mükellefleri ise bu süreçte söz sahibi değildir. Ancak risk paylaşımının doğru yapılmaması, sonuçta vergi ve tarife artışlarına ve risklerin hizmetten yararlananlar ve vergi mükellefleri üstünde kalmasına neden olur. Risk paylaşımının yanlış yapıldığı projelerde paranın karşılığının alınmasından söz edilemez. Bu nedenle kamu-özel işbirliklerinde sendikaların, meslek odalarının ve hizmetten yararlananların sürece dahil edilmesi ve görüşlerinin alınması gerekir. Nitekim KÖİ projelerinin, bu kişi ve kurumların üyeleri üzerinde pek çok sosyal ve ekonomik sonucu bulunmaktadır.

³⁸²Yine bir başka ayrıma göre olası riskler, yatırım sahası riski(saha şartları, saha hazırlığı, alan kullanımı, teknik riskler), inşaat riski (maliyet artışı, teslimde gecikme, performans kriterlerinden sapma), operasyon riski (işletme giderlerinde artış, işletmede gecikme, performans kriterlerinden sapma), gelir riski (girdi maliyetlerinde artış, vergi ve tarifelerde değişiklik, talep durumu), finansal risk (finansman oranları, enflasyon), mücbir sebep riski, yasal değişikliklerin oluşturabileceği riskler olarak sıralanabilir. Genellikle bahse konu risklerden yatırım sahası riski yalnızca idareye ait iken inşaat riski, operasyon riski ve gelir riski özel sektörün üstlendiği riskler olup diğer riskler ise paylaşılmaktadır (Eriçok, Recep: 638.).

Kamu sektörü riski genel olarak vergi mükellefleri arasında yayabildiğinden, genel argüman bunun kamu sektörüne riski yönetme açısından özel sektöre göre bir avantaj sağladığı yönündedir. Buna mukabil, özel sektörün riski finansal piyasalara yayabileceği durumlarda proje riskinin özel sektör açısından daha düşük olması muhtemeldir. Esasen bu yöntemin tercih edilmesi, finansal piyasaların riski kabul etmesi ve özel sektör tarafından üstlenilmesi için gerekli teşviklerin sağlanması daha faydalı olacaktır. Zira kamu sektörünün riski mükellefleri arasında zorla yayma kabiliyeti yüksek vergi anlamına gelmektedir. Bu ise riskli projeler söz konusu olduğunda özel sektörü daha dezavantajlı bir konuma getirebilir. Ne var ki özel sektörün riski yayma kapsamı, daha az gelişmiş finansal piyasalara sahip ülkelerde bir miktar sınırlı olacaktır³⁸³. Bu sebeple yoğun biçimde KÖİ modelinin uygulandığı söz konusu piyasalarda bu modele özgü teşvik mekanizmasının kullanılması gerekebilir.

Küresel ekonomik ve finansal kriz, ekonomik değişimlerin hızına hız katmış, risklerini ve belirsizliklerini artırmıştır. Yatırım projeleri için, bir bütün olarak, öngörülemez finansal değişiklikler, piyasa dalgalanmaları ve ekonomik gelişme ile bağlantılı riskler öncelikli olmaya devam etmektedir. Ayrıca uzun vadeli yatırım sözleşmeleri için teknolojik riskler de unutulmamalıdır. Teknolojik risk grubu şimdilik literatürde üzerinde durulan bir husus değildir. Bu eksikliğin temel bir sebebi, KÖİ'lerin başlangıçta altyapı alanında kurulmuş olmaları nedeniyle bu alanda önemli teknolojik gelişmelerin yaşanmamış olmasıdır. Ancak örneğin araştırma ve geliştirme yahut sağlık kamu hizmetleri gibi hızla değişen alanlarda bu tehlike göz önünde bulundurulmalıdır. Zira bu alanlar son zamanlarda KÖİ'lerin yoğun şekilde uygulandığı alanlardır. Bu bağlamda, KÖİ sözleşmeleri mümkün olduğunca yüksek kalitede hizmet sunmak için sabit bir varlığı idare etme yükümlülüğünü de içerir. Bu yükümlülük KÖİ'nin uygulandığı süreçte teknolojik ilerlemenin baskısı altında, ekipmana yeni yatırım yapılmasını gerektirebilir veya işgücü kalifikasyonu için ek giderler doğurabilir. Bu yeni yatırım veya ihtiyaçların KÖİ'nin maliyetlerini beklenmedik bir şekilde artırması olasıdır³⁸⁴.

Avrupa Birliği, KÖİ varlıklarının risk geçişine göre sınıflandırılması konusunda rehberlik sağlamıştır. Avrupa İstatistik Ofisi ya da kısaca EUROSTAT, özel bir ortağın inşaat riskinin çoğunu ve kullanılabilirlik riskinin çoğunu (performans riski olarak da adlandırılır) veya talep riskinin çoğunu taşıması halinde KÖİ riskinin dengesini taşıdığı varsayılacağını belirten bir karar yayınlamıştır³⁸⁵. EUROSTAT'ın bu kararı, özel ortağın bir varlık inşa ettiği ve esas olarak kamu sektörüne hizmet sunduğu alanlardaki uzun vadeli sözleşmeleri kapsamaktadır. EUROSTAT, Kamu-Özel Ortaklıklarında yer alan varlıkların kamu dışı varlıklar olarak sınıflandırılmasını ve dolayısıyla aşağıdaki koşulların her ikisinin de karşılanması halinde kamu bilançosu dışında kaydedilmesini tavsiye etmektedir: i) özel ortak inşaat riskini taşımaktadır ve ii) özel ortak kullanılabilirlik veya talep risklerinden birini taşımaktadır. İnşaat riski, geç teslimat, düşük standartlar, ek maliyetler, teknik yetersizlik ve dış olumsuz etkiler gibi olguları kapsar. Kamu sektörü, varlığın durumuna bakılmaksızın özel ortağa ödeme yapıyorsa, bu durum kamu sektörünün inşaat riskinin çoğunu taşıdığı gösterir. Kullanılabilirlik riski, özel ortağın kararlaştırılan hizmet hacmini ve kalitesini sunma kabiliyetiyle ilgilidir. Kamu sektörünün özel ortağa hizmet sunumundan bağımsız olarak yaptığı ödemeler, kamu sektörünün en fazla hizmet sunumu riskini taşıdığı gösterir. Talep riski, iş döngüsünün, piyasa eğilimlerinin, rekabetin ve teknolojik ilerlemenin hizmete olan ihtiyacın devamı üzerindeki etkisini kapsar. Kamu sektörünün özel ortağa yaptığı ödemeler talepten bağımsız olduğunu göstermektedir. Sektör talep riskinin çoğunu taşımaktadır.

³⁸³Bovis, Christopher H. (2012). Risk and public-private partnerships. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 7(1): 45,46.

³⁸⁴Ghizdeanu, Ion. (2014). Risk Assessment in Feasibility Studies for Investments, including for Public-Private Partnerships. *Romanian Public-Private Partnership Law Review*, 9: 28.

³⁸⁵EUROSTAT KÖİ'yi geniş anlamda, kamu altyapı hizmetlerinin sağlanması için kamu ile şirketler arasında imzalanan çeşitli türdeki uzun vadeli sözleşmeler olarak tanımlamaktadır. KÖİ kapsamında kamu, özel kesimin inşa ettiği varlığı kullanmak üzere hizmet satın alma anlaşması yapmaktadır. Genellikle bu hizmetler sağlık(hastaneler), eğitim (okul ve üniversiteler), kamu güvenliği (hapishaneler) ya da bazı ulaştırma altyapılarının kullanımını kapsayan temel kamu hizmetleridir (https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/07/Dunyada_ve_Turkiyede_Kamu_Ozel_Isbirligi_Uygulamalarina_Iliskin_Gelismeler_2015.pdf).

Hükümet politikasındaki değişikliklerden kaynaklanan talep değişiklikleri hariç tutulmuştur³⁸⁶.

Öte yandan Dünya Bankası ve IMF de bu konuda bir risk analizi gerçekleştirmiştir. Buna göre KÖİ'nin yapılandırılmasına yönelik ilk adım olarak genellikle projeye ilişkili tüm risklerin kapsamlı bir listesinin oluşturulması tavsiye edilmektedir. Böyle bir liste risk kaydı olarak bilinir. Bu bağlamda risk, paydaşlar bakımından projenin değerinde öngörülemeyen değişikliklerin açığa çıkmasına sebep olabilir. Örneğin talep riski, sunulacak hizmete ilişkin talebin beklenenden düşük (veya yüksek) olması nedeniyle proje değerinin ve proje gelirlerinin beklenenden düşük (veya yüksek) olması riskidir. KÖİ riskleri, projenin uygulandığı ülkeye, projenin niteliğine ve ilgili varlık ve hizmetlere bağlı olarak değişir. Bununla birlikte, bazı riskler birçok KÖİ projesi türünde ortaktır. Bunlar genellikle belirli bir işlevle (inşaat, işletme veya finansman gibi) veya belirli bir proje aşamasıyla (fesih gibi) ilişkilendirilen risk kategorileri halinde gruplandırılır³⁸⁷. Dünya Bankası ve IMF tarafından KÖİ'ler açısından Mali Risk Değerlendirme Modeli (PFRAM) ortaya konmuştur³⁸⁸. Uygulamada, bir KÖİ projesinin değerlendirilmesi, hem belirli proje bilgilerinin toplanmasını hem de proje döngüsünün kilit aşamalarında hükümetin rolü hakkında yargıda bulunulmasını içerir. PFRAM, basit, beş adımlı bir karar ağacını takip ederek KÖİ projeleri portföyü için bilgi toplamak üzere yapılandırılmış bir süreç sağlar: Söz konusu karar ağacındaki ilk soru projeyi kim başlattığıdır. Temel mali göstergelerin (ör. açık ve borç) etkisi, projeden nihai olarak sorumlu olan kamu kuruluşuna (ör. merkezi, yerel yönetimler, kamu şirketleri vb.) bağlı olarak değişiklik gösterecektir. İkinci soru ise varlığı kimin kontrol ettiği. Basit ve standartlaştırılmış sorular, kullanıcının veya hükümetin KÖİ'nin konusu olan hizmet ve tesisler hususunda mülkiyet ve işletme haklarına ilişkin bilinçli bir karar vermesine yardımcı olacaktır. Nihayetinde varlığın parasını kim ödediği üçüncü adım sorusudur. Projenin finansman yapısı kamusal faydayı belirler. PFRAM üç finansman alternatifine izin vermektedir: (a) hükümet/idare kamu fonlarını kullanarak hizmet ve/veya tesisin bedelini öder; (b) hükümet/idare özel sektörün doğrudan hizmeti kullananlardan ücret toplamasına izin verir (örneğin, geçiş ücretleri); ve (c) hükümet/idare hem bir miktar ödeme yapar hem kullanıcılardan belirli ücretler alır. Dördüncü soru hükümetin/idarelerin özel ortağa ek destek sağlayıp sağlamadığıdır. Hükümetler/idareler KÖİ projelerini doğrudan finanse edebilecekleri gibi, özel ortağa garantiler, öz sermaye enjeksiyonları veya vergi afları da dahil olmak üzere çeşitli şekillerde destek sağlayabilirler. Son olarak KÖİ uygulamasında risk dağılımı hususuna bakılır. Buna göre ilgili sözleşme konusu makro mali riskler hakkında hangi unsurları ortaya koymaktadır sorusu yöneltilmektedir. Risk tahsisi bir KÖİ sözleşmesinin yapılandırılması için kilit öneme sahip olsa da, makro mali etkilerini ve bir KÖİ sözleşmesiyle ilgili hükümet eylemlerine yönelik potansiyel ihtiyacı anlamak pratikte zor olabilir. PFRAM, analiste bir KÖİ sözleşmesinden kaynaklanan temel mali riskleri belirlemede yardımcı olur ve risk olasılığını ve mali etkiyi değerlendirmenin yanı sıra risk azaltma önlemlerine ve/veya hükümet eylemlerine olan ihtiyacı değerlendirmek için bir çerçeve sağlar³⁸⁹.

Uygulamada modelin hayata geçirilmesinde özel sektörün kârlılığını etkileyecek dış etkenlerden (doğal afet, savaş, yasal altyapı vb.) kaynaklanabilecek risk ya da sorumluluklar kamu tarafından üstlenilmektedir. Gerçekten de bahse konu etkenler özel sektör tarafından öngörülebilir veya önlenilebilir hususlara ilişkin değildir. Bunun yanı sıra özel sektör de daha çok finansman, teknik bilgi ve teknolojik donanım için sorumluluk almaktadır. Risklerin ve karşılıklı yükümlülüklerin etkili şekilde belirlenmesi ve sözleşmeye bağlanması, projelerin başarısı için kritik önemdedir.

³⁸⁶Bovis, Christopher H. : 46.

³⁸⁷<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/identifying-risks>

³⁸⁸<https://www.imf.org/external/np/fad/publicinvestment/pdf/PFRAM.pdf>

³⁸⁹<https://www.imf.org/external/np/fad/publicinvestment/pdf/PFRAM.pdf>. PFRAM, projeye özgü ve makroekonomik verilere dayalı olarak bir KÖİ projeleri portföyü veya tek bir proje için standartlaştırılmış sonuçlar üretir. Ayrıca: (i) proje nakit akışları; (ii) nakit ve tahakkuk bazında mali tablolar/çizelgeler; (iii) KÖİ projeli ve projersiz borç sürdürülebilirlik analizi; (iv) ana mali büyüklüklerin makroekonomik ve projeye özgü değişikliklere duyarlılık analizi parametreler (örneğin, sözleşmenin feshi); ve (v) her bir proje için özet bir risk matrisi içerir.

Performans hedeflerinin belirlenerek özel sektör kuruluşunun özellikle kendi eylemlerinin sonuçlarına katlanması, kusuru, ihmali ya da yönetim becerisinin eksikliği gibi özel sektöre mal edilebilecek neticelerin kamuya yansıtılmaması; özel sektörün göstereceği yüksek performansın ise ödüllendirilmesi ile başarı ve motivasyonu artırılması³⁹⁰ sözleşme yönetimi açısından önemlidir.

KÖİ'nin genel çerçevesi çizilerek temel sorunlar belirlendikten sonra sağlık kamu hizmetleri açısından KÖİ modeli uygulamalarına değinilmelidir.

II. SAĞLIK KAMU HİZMETLERİNDE KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ

Sağlık hizmetleri, “sağlığı korumak ve geliştirmek; sağlığa zarar veren etkenleri yok etmek, hastalananlara imkânların elverdiği en erken dönemde tanı koyarak tedavi etmek; sakatlıkları önlemek; sakatlananlara tıbbi ve sosyal rehabilitasyon hizmeti sunmak ve insanların kaliteli ve uzun bir yaşam sürmesini sağlamak için sunulan hizmetlerin tümü” olarak tanımlanabilir³⁹¹.

Öte yandan Anayasasının 56. maddesinde; “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir” hükmü ihdas edilmiştir. Bu düzenleme ile Devlete sağlık alanında görev ve yükümlülük verilmiştir. Yine Anayasa'nın 17. maddesinde geçen “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” hükmü gereğince kişilere tanınmış olan yaşam hakkını güvence altına almak Devletin yükümlülüğü olarak belirlenmiştir. Tipik bir sosyal hak olan sağlık hakkı, sağlık hizmetlerinden yararlanma, tedaviyi serbestçe seçme hakkı ile kişi özgürlükleri kapsamındaki yaşam ile kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğü hakkına dâhildir. Anayasa Mahkemesi'ne göre de; “Sağlık hakkı, insanların sağlıklarının korunması, hastalandıklarında iyileşmeleri, tıbbi bakım görebilmeleri ve tedavi edilebilmeleri için Devletin sağladığı her türlü imkândan yararlanma hakkıdır.” Sağlık hakkının tamamlayıcı unsurları arasında önemli bir yer kaplayan hasta hakları ise “sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip buldukları haklar olarak tanımlanabilir³⁹².

Görüleceği üzere bahse konu anayasal düzenleme ile sağlık hizmetlerinin yürütülmesi Devlete bir görev olarak yüklenmiştir. Söz konusu hizmetin hiç ya da gereği gibi ifa edilmeyişi ise bir hizmet kusuru niteliği arz eder. Nitekim konuya ilişkin bir kararında Danıştay, “Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan davalı idare; hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi suretiyle yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru niteliğinde olup; idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur. Görüldüğü gibi, sağlık hizmetleri hizmetten yararlananın kişisel özelliklerine ve hizmetin yürütülmesine bağlı olarak önceden öngörülemeyen belirli bir tehlikeyi içerdiğinden, idarenin tazmin sorumluluğu için kural olarak idarenin ağır hizmet kusurunun bulunması ve zararlar, yürütülen sağlık hizmeti arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir.” biçiminde karar vermiştir³⁹³.

Sağlık sektöründe ortaklık, Dünya Sağlık Örgütü tarafından, karşılıklı olarak kabul edilen roller ve ilkeler temelinde toplumların sağlığını iyileştirme ortak hedefi için bir dizi aktörü bir araya getirme süreci olarak tanımlanmıştır³⁹⁴.

³⁹⁰Parlak, Nükrettin and Köse, Hacı Ömer and Toprak, Metin (2021). Kamu-Özel İşbirliği Modeli ve Türkiye Uygulamaları: Sayıştay Raporları Işığında Uygulama Sonuçlarının Değerlendirilmesi. Sayıştay Dergisi, 31(119):

³⁹¹Gümüşay, İpek Nur. (2020). Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacı Bayram Veli üniversitesi, Ankara: 14.

³⁹²Kanadoğlu, Korkut (2015). Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 28.119, (2015): 12.

³⁹³Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2004/721, K. 2007/2030, T. 18.10.2007 (Kazancı İçtihat Prog.).

³⁹⁴Tabassum, Shahla:483.

Bu sebeple sağlıkta reform hareketleri gündeme gelmiştir. Dünya genelinde uygulamaya geçilen sağlıkta reform hareketlerinin gerekçeleri ise artan maliyetler, artan beklentiler, ödeme kapasitesinin sınırlı olması ve geleneksel fikirler ile ilgili şüphecilik olarak sıralanmaktadır³⁹⁵. Sağlıkta Reform uygulamalarına bakıldığında küresel olarak reform paketlerinin bazı ortak özelliklere sahip olduğu saptanmıştır. Bunlar: sosyal güvenlik sisteminin yeniden yapılandırılması, vatandaşların tamamına sağlık kuruluşu ile hekim seçme-tercih hakkı verilmesi, ödemelerde finansal yardım yapılması, hizmet sunucularının (hastaneler, aile hekimleri, eczaneler gibi) yeniden düzenlenerek rekabet piyasası oluşturulması, hizmet sunumu ile finansmanın birbirinden ayrılması, sunumun özel sektörden hizmetin satın alınması şeklinde ilerlemesi, maliyetlerin sınırlandırılması, finansman kurumları ve hizmet sunucuları ilişkilerinin sözleşmeyle belirlenmesi, hizmet sunucularının yetkilerinin sıkıca takip edilmesi ve sınırlandırılması, tüm hizmetlerin standartlaştırılması, özel sermaye hizmetleri meta olarak üretilmeye ikna edilirken; doğacak riskleri devletin üstlenmesi, devletin rolünün düzenleme ve denetlemeyle kısıtlanması biçiminde sayılabilir³⁹⁶.

Dünyada sağlık kamu hizmetlerinin KÖİ modeli ile sunulmasına ilişkin farklı uygulamalar geliştirilmiştir. Mevcut ulusal politikaya uygun biçimde ülkeler, risk ve maliyetlerin kamu-özel sektör arasında paylaşılmasına dönük bir perspektif belirleyebilmektedir. Yine sivil toplum kuruluşları ile devlet arasındaki işbirliğine odaklanan bir yerel yenilenme perspektifi benimseyen ülkeler de mevcuttur. Ayrıca kimi ülkeler geniş bir yelpazede ağ tabanlı işbirliği yapılarını analiz eden bir yönetim perspektifi yahut büyük altyapı tesislerinin kurulması ve işletilmesine ilişkin finansman düzenlemelerine daha dar bir şekilde odaklanan finansal bir yaklaşımı kabul edebilmektedir. Son olarak, çeşitli kalkınma yardımı projelerine ilişkin olarak uluslararası kuruluşlar tarafından uygulanan bir kalkınma yaklaşımı da benimsenebilmektedir³⁹⁷.

Küreselleşme ve kapitalizmin etkisiyle, özel sektörün de sağlık hizmeti sunucularının arasına girmesiyle sağlık hizmeti, yarı kamusal bir hizmet olarak sunulmaya başlanmıştır. Sağlık hizmetlerine ilişkin yetersiz altyapı ve ekipman ilaç ve malzeme kıtlığı ve düşük bakım kalitesi gibi sorunlar başta üçüncü dünya ülkeleri olmak üzere küresel sağlık krizleriyle birlikte tüm ülkeler bakımından önemsenecek bir sorun oluşturmaya başlamıştır. İşte bu sebeple ülkeler kamu politikası hedeflerine ulaşmak için özel finansman ve uzmanlıktan yararlanmak için kamu özel sektör işbirliğine ihtiyaç duymaya başlamıştır. Sağlıkta öncelikli bir endişe kaynağı olduğu 2008 yılında Binyıl Kalkınma Hedefleri'nin açıklanmasıyla, sağlık hizmetlerinin sunumu için kapasiteyi artırmak, mevcut sağlık tesislerini yenilemek, sürdürmek ve işletmek üzere kamu bütçeleri üzerindeki kısıtlamaları azaltarak, özel sektörün bilgi ve becerisinden yararlanmak ve daha iyi risk yönetimi açısından ve verimliliği, kaliteyi, finansal desteği, hakkaniyeti, adil fiyatlandırmayı garanti altına almak için kamu-özel ortaklığı tercih edilmeye başlanmıştır³⁹⁸. İngiltere'de, 2003 yılından itibaren KÖİ kapsamında özel sektörün de klinik hizmetlere dahil edilmesiyle, dünya çapında sağlık hizmetleri için KÖİ modelinin kullanılmasına başlanmıştır. Örneğin, kamu özel ortaklıkları Afrika'da sıtma aşularını, Valencia, İspanya'da temel sağlık hizmetlerini ve Almanya'da kanser tedavisine erişimi sağlamaktadır. Kanada, Hollanda ve Danimarka kamu özel ortaklığı modelini uygulayan ülkeler arasındadırlar. Yine KÖİ ile sağlık hizmetleri sunulan bir başka ülke olan Pakistan'da, mevcut devlet hastanelerindeki yolsuzluklar, devlet hizmetlerindeki sorumluluk eksikliği, kötü denetimlerin personeller arasında verimsizliğe neden olması ve kamu özel ortaklığı düzenlemelerinin mevcut temel sağlık birimlerinde daha iyi hizmet sunumu sağladığı gerekçesiyle tercih edilmektedir³⁹⁹.

³⁹⁵Gün, Mahmut Fevzi and Topal Koç, Demet.(2023). Sağlıkta Dönüşüm Programının Genel Değerlendirmesi, Ekonomik ve Yapısal Etkiler. Uluslararası Sağlık Yönetimi Ve Stratejileri Araştırma Dergisi 9, sy. 1: 51.

³⁹⁶Gün, Mahmut Fevzi and Topal Koç, Demet:51.

³⁹⁷Vrangbaek, Karsten: 142.

³⁹⁸Yeşiltaş, Aysun. (2020). Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı: Şehir Hastaneleri Üzerine Bir Değerlendirme. Uluslararası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma Dergisi, c. 6, sy. 1: 16.

³⁹⁹Yeşiltaş, Aysun: 19.

Sağlıkta KÖİ sözleşmelerinin tercih edilmesi özel sektör kaynaklarına erişim ve maliyet tasarrufundan kaynaklandığı için, inşa edilecek idari kapasitenin (örneğin, hizmetlerin müzakeresi, belirlenmesi ve gözetimi) önerilen projenin uzun vadeli biçimde negatif ve pozitif etkilerinin detaylandırılması gerekmektedir. Nitekim 2005-2013 yılları arasında, sağlık sektöründe Avrupa’da 18 ülkede 277 KÖİ sözleşmesi imzalanmıştır. Bu sözleşmelerin %60’ı İngiltere⁴⁰⁰ %21’i Fransa, %7’si İspanya, %6’sı ve İtalya ve % 5’i Türkiye’de gerçekleştirilmiştir. Türkiye’nin genelde altyapıda özelde de sağlık sektöründeki tesislerin projelendirilmesi, finansmanı, yapımı, bakımı ve onarımı ile belirli hizmetlerin sunumu için KÖİ sözleşmelerine sıkça başvurması ve küresel yatırım şirketlerinin gözündeki cazibesi, ülkenin sağlık sektöründeki KÖİ sözleşmeleri üzerindeki tecrübesinin incelenmesini önemli hale getirmiştir⁴⁰¹. Sağlık hizmetleri açısından ülkemizde son dönemde şehir hastaneleri adı verilen büyük altyapıların inşasına dönük KÖİ uygulamaları görülmektedir⁴⁰². Sağlık Bakanlığı tarafından açıklanan 2024 verilerine göre, Türkiye’de 18 ilde olmak üzere toplam 23 şehir hastanesi bulunmaktadır. Türkiye’nin 9 ilinde devam eden şehir hastaneleri yapım çalışmaları sonrası 31 şehir hastanesine ulaşılması hedeflenmektedir⁴⁰³.

A. Türkiye’de Sağlık Kamu Hizmetlerinin Sunumu İçin Mevcut Uygulamalar

Anayasa’nın. 56. maddesinde düzenlenen sağlık hakkı sosyal bir hak olup sosyal devlet ilkesinin en önemli gerekleri arasında yer alır. Anayasa’ya göre sağlık hizmetlerinin özel hukuk kişileri aracılığı ile yürütülmesinde idarenin denetim, organizasyon ve eşgüdüm görevleri bulunmaktadır. Sağlık hakkı sağlık hizmetleri aracılığı ile yerine getirilmektedir. Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde başvuru KÖİ sözleşmelerinde, özel hukuk kişinin yürüttüğü tıbbi destek hizmetlerin Anayasa’nın ilgili hükmü gereğince idarenin denetim ve gözetim yetkisi çerçevesinde sunulması gerekmektedir. Zira söz konusu hizmetlerin asli sahibi idare olduğundan hizmetten yararlananlar ya da üçüncü kişilerin gördükleri zararlarda idarenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰Ne var ki İngiltere’de 2017 yılında hazırlanan bir raporda, KÖİ uygulamalarının İngiliz Sağlık Sistemini (NHS) çökerttiğinden söz edilmiş; raporda, KÖİ sözleşmelerine göre, özel şirketlerin kamusal altyapı oluşturup kamu hizmetleri verdiği; ancak ortadaki finansal riskin büyük bölümünün ilgili kamu kurumunun üzerine kaldığı ifade olunmuştur. Bu modelde KÖİ’ler, hükümetin projelerini gerçekleştirmek için kendisinin borçlanması halinde ortaya çıkacak maliyetin çok daha fazlasına mâl olmakta; KÖİ’de özel sektör, tüm riskin kamu tarafından üstlenilmesini sağlayacak şekilde hükümet güvenceleri istemektedir. KÖİ modelinde geri ödemeler “korunaklı”; dolayısıyla sözleşme bir kez imzalandıktan sonra maliyetleri yeniden ele alıp görüşmek ya da kısmak son derece güçtür. Sonuçta, bu sistemde ödemeler artıp bütçeler basınç altına girdiğinde, yönetim, kamu çalışanı sayısını azaltmak ve hizmet düzeyini düşürmek zorunda kalmıştır. KÖİ’ler, kamu hizmetleri sunumunda kâr dürtülü piyasa mantığının yerleşmesine ve giderek şirketleşen bir kamu hizmet yönetimi katmanını oluşturmaya yol açmaktadır. Nitekim Manchester İşletme Okulu’ndan Prof. Jean Shaoul, Birleşik Krallık’taki KÖİ’lerin “maliyet açısından büyük bir finansal felaket olduğunu” belirterek “Açık söylemek gerekirse, tam bir vurgunculuk ... yurttaşların çıkarlarını bir bütün olarak gözetim rasyonel hiçbir yönetimin bunu yapmaması gerekir.” ifadelerini kullanmıştır (bkz. https://www.ttb.org.tr/kollar/_sehirhastaneleri/haber_goster.php?Guid=66843552-efd2-11e7-ab2b-2dd192695673).

⁴⁰¹EMEK, Uğur. (2017).Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Sözleşmeleri: Beklenti ve Gerçekleşme, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 7.1: 42.

⁴⁰²KÖİ sözleşmesine konu olan altyapılar sosyal ve ekonomik altyapılar olmak üzere ikiye ayrılarak incelenebilir. Sosyal altyapıya hastaneler, okullar, hapishaneler, çocuk ve yaşlı bakım merkezleri örnek verilebilir. Ekonomik altyapıya örnek ise enerji, ulaşım, dijital iletişim gibi hizmetlere yönelik tesislerdir. Esasen yol, liman, enerji santrali gibi projeler yüksek geri dönüş sağladıkları için özel sektöre cazip gelmekte; işbu tesislerin hizmet sunumu özel sektör tarafından tasarlanabilmekte ve bu tür hizmetlerin doğrudan doğruya hizmetten yararlananlardan alınması mümkün olduğundan özel sektör tarafından tercih edilmektedir (Evren, Çınar Can:30.). Sosyal alt yapı projeleri söz konusu olduğunda ise kamu idareleri hizmeti doğrudan sunmakta ya da yakın denetim ve gözetim altında tutmaktadır. İşte söz konusu hizmetlerden biri de sağlık kamu hizmetidir. Sosyal alt yapı projesi bağlamında temel olarak bir tesisin özel sektör tarafından inşa edilmesi ve söz konusu tesiste sunulan kamu hizmetinin dışında var olan otopark, restaurant, kafeterya, yemekhane gibi ortak alanlar ile temizlik hizmetlerinin ve/veya bakım ve onarım gibi yan hizmetlerin özel sektör tarafından işletilmesi söz konusu olabilmektedir.

⁴⁰³<https://anlatilaninotesi.com.tr/20240123/sehir-hastaneleri-hangi-illerde-bulunuyor-1079949383.html#:~:text=T%C3%BCm%20yaz%C4%B1lar,->

⁴⁰⁴Kaplan, Gürsel, <https://www.idare.gen.tr/kaplan-saglik.htm> . Kaplan devamla “Anayasamızın 56.maddesi, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi bakımından Devlete geniş yetki ve ödevler getirmiş bulunmaktadır. Devlet, söz konusu ödevlerine uymadığı yani, sağlı hizmetlerini yürütebilecek teşkilatı kuramadığı, gerekli ve yeterli personeli istihdam edemediği, hizmet için gerekli araç-gereci hazır halde bulundurmadığı ölçüde kusurlu sayılabilecek ve söz konusu kusurundan kaynaklanan bir zararın varlığı ortaya konabilirse bunun tazmininden sorumlu tutulabilecektir. Gerek ülkemizde ve gerekse Fransa’da öteden beri kabul edilegelen bu yaklaşım, ülkemiz bakımından pek bir değişikliğe uğramadan varlığını sürdürdüğü halde, Fransa’da 1990’lı yıllardan itibaren sorumlulukla ilgili içtihatlarla önemli birtakım değişiklikler ortaya çıkmıştır. Daha önce, ancak ağır kusurun varlığı halinde idarenin sorumluluğuna gidilmekte iken, cerrahi ve medikal operasyonlarda artık basit kusurla yetinilir olmuştur. Ayrıca, zorunlu aşı, AIDS ve Hepatit-C gibi bulaşıcı tehlike içeren hastalıklar ile kan ürünlerinin nakli konusunda ortaya çıkan zararlı sonuçların idareye yüklenildiği ölçüde herhangi bir kusuru olmasa dahi, idare bundan sorumlu tutulmaktadır. Ülkemizde de benzer durumlarda, hizmet kusuru şartından vazgeçip; kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanmasının ya da en azından, zarar gören lehine kusur karinesinin kabul edilmesinin daha isabetli olacağını düşünüyörüz.” ifadelerini kullanmıştır.

Ülkemizde sağlık alanında KÖİ ile ilgili ilk düzenleme ise 2005 yılında 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen ek madde 7'dir. 2006 yılında da ek madde 7'ye dayanılarak Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması İle Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik ihdas edilmiştir. Söz konusu mevzuat sağlık hizmetinin çekirdek ve yan hizmetler kapsamında parçalı bir yapılanma ile yürütülmesi esasına dayandırılmıştır. Sağlık alanında 1988 yılında Numune Hastanesi için temizlik hizmetinin ihale edilmesi ile başlayan hizmet alımı 1999 Anayasa değişikliği sonrasında çok daha yaygınlaşmıştır. 2003 yılında 657 sayılı Yasanın 36'ncı maddesindeki değişikliklerle, sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dâhil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin, hizmet satın alınması yoluyla gördürülebileceği hükmü eklenmiştir⁴⁰⁵. Türk sağlık sektöründeki yeniden yapılanma kapsamında Sağlık Bakanlığı, sağlık hizmetlerinde hem örgütsel hem de finansman açısından kamu özel ortaklığı yöntemini kullanma yolunu tercih etmiştir. Nihayet 2013 yılında 6428 sayılı ve Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Sağlık Bakanlığı'nın KÖİ modeli ile verdiği hizmetlere ilişkin yasa oluşturulmuştur. Yasaya göre sağlık hizmetlerinde KÖİ, esas olarak "bir ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzelkişilerine kırk dokuz yılı geçmemek koşuluyla belirli süre ve bedeli üzerinden kiralama karşılığı yaptırılması" uygulamasıdır. KÖİ, sadece kiralama karşılığı yapım işi ile sınırlı değildir. KÖİ uygulamasına ilişkin Yasada tanımlanan işler şunlardır: 1) Kira bedeli karşılığında sağlık tesisleri yapımı, 2) Sağlık tesislerinin ve eklentilerinin bakımı, onarımı ve yenilenmesi işleri, 3) Tıbbi destek hizmetlerinin sunumu, 4) Tıbbi hizmetler dışındaki hizmetlerin sunumu, 5) Tıbbi hizmetler dışındaki alanların işletilmesi, 6) Sağlık tesislerindeki tüm tıbbi ekipmanlar ile mefruşatın sağlanması. Yasa içeriği ve uygulama incelendiğinde KÖİ sözleşmesinde devlet kamu hizmeti ödevini sağlık hizmeti tümünden özel sektöre devredilmemiştir. Sadece bu ödevin yerine getirilmesi sürecine özel sektör dâhil edilmiş ve kamu hizmetinden kaynaklanan nihai sorumluluğun devlet tüzel kişiliğine ait olduğu kabul edilmiştir. Sağlık alanındaki KÖİ uygulaması dikkate alındığında kesin bir ifadeyle özel sektörün, sadece hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi (tıbbi hizmetler dışında) ile sorumlu olduğu, tıbbi kamu hizmetlere ilişkin faaliyetin ise Sağlık Bakanlığı tarafından yürütüleceği ifade edilmektedir⁴⁰⁶. Bahse konu işbirliği kapsamında Kamu Hastaneleri Genel Müdürlüğü bünyesinde Şehir Hastaneleri Koordinasyon Dairesi Başkanlığı kurulmuş ve kamu özel ortaklığı modeli ile finanse edilen sağlık yatırımlarına ilişkin süreçleri takip etmek ve bu yatırımların hizmete açılması ve sonrasındaki iş ve işlemleri yürütmekle görevlendirilmiştir. Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü bünyesinde kurulan Kamu Özel İşbirliği Daire Başkanlığı da kamu özel işbirliği modeli ile yapılacak tesislere uygun arazileri bulmak, resmi izinleri almak, gerekli imar planlarını yapmak veya yaptırmak, ihtiyaç duyulan ön proje, ön fizibilite, temel standartlar dokümanını, sözleşme ve eklerini, ihale dokümanını ve fizibiliteyi hazırlamak veya hazırlatmak, tesislerin yapımına yönelik ihale sürecini takip etmekle görevlendirilmiştir⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵Keçeliçil Hasan, Tahsin: 171.

⁴⁰⁶Keçeliçil Hasan, Tahsin: 171,172.

⁴⁰⁷<https://sygm.saglik.gov.tr/TR-32393/kamu-ozel-isbirligi-daيره-baskanligi.html>

B. Sağlık hizmetlerinin sunumunda KÖİ modeli ile imzalanan sözleşmeler

Sağlık hizmetlerine ilişkin KÖİ sözleşmeleri, yapım işlerinde özel amaçlı şirketle idare arasında; yenileme işleri ile 6428 sayılı çerçevesinde ihtiyaç duyulan araştırma, geliştirme, danışmanlık hizmetleri veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi için yüklenici ile idare arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılan sözleşmeyi ifade etmektedir⁴⁰⁸.

Sağlık hizmetlerinde KÖİ sözleşmeleri, tıbbi hizmetlerin idare tarafından yürütülmeye devam edildiği ve idare tarafından yükleniciye kullanım ve hizmet bedeli ödemelerinin yapıldığı projeler olmaları sebebiyle kamu hizmetlerinin özel hukuk kişisi tarafından yürütüldüğü diğer sözleşmelerden ayrılmaktadır. Sağlık hizmetlerinin tıbbi ve tıbbi olmayan hizmetler olarak parçalanmak suretiyle idare ile özel hukuk kişisi iş birliği çerçevesinde yürütülen bu sözleşmeler 6428 sayılı Kanun gereğince özel hukuk rejimine tabi tutulmuştur⁴⁰⁹. Doktrinde kamu-özel işbirliği sözleşmelerinin karma sözleşme olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler mevcuttur. Sözleşmenin, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen eser, kira veya hizmet sözleşmelerinin unsurlarını taşıması itibarıyla karma sözleşme olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Bu noktada sözleşmede yer alan yapım işi, eser sözleşmesi hükümlerine; tesisin işletme sürecinde idareye kiralanması, kira sözleşmesi hükümlerine; işletme sürecinde belirli hizmetlerin idareye sağlanması, hizmet sözleşmesi hükümlerine göre yorumlanmalıdır⁴¹⁰.

⁴⁰⁸6428 sayılı Kanun, proje geliştirme sürecinde uluslararası uygulamalardaki KKK hesaplamasına benzer biçimde bir ön fizibilite raporu hazırlanmasını öngörmektedir (md. 1/m). Kanuna göre ön fizibilite raporunun, gerçekleştirilmesi öngörülen projenin, teknik, finansal, ekonomik, çevresel, sosyal ve hukuki açıdan yapılabilirliğini analiz etmesi gerekmektedir. Ayrıca, öngörülen kullanım bedeli, hizmet bedeli ve garantiler de dâhil olmak üzere risk analizlerini ve paylaşımını içermelidir. Son olarak, yatırımın emanet yöntemi yerine KÖİ modeli ile hayata geçirilmesinin gerekçesi, karşılaştırmalı ekonomik ve finansal analizlerle ortaya konulmalıdır Emek, Uğur :155,156. Çalışmada “Ön fizibilite raporlarının hazırlanma yöntemi ve sonuçları hakkında kamuoyuna açık bilgi bulunmamaktadır. Ancak, kamuoyuna açık ikinci el kaynaklar ön fizibilite raporlarının hazırlanmasına yönelik önemli eleştiriler yapmaktadır. Örneğin, Onuncu Kalkınma Planı (2018-2018) KÖİ Özel İhtisas Komisyonu Raporunun hazırlık toplantılarına katılan konunun uzmanları, kamu kurumları tarafından piyasaya çıkarılan belirli projelerin ayrıntılı ön hazırlık çalışmalarının yapılmadığını ifade etmektedir. Dayanağı bu raporlar olan şartnameler de aceleyle ve özensiz biçimde hazırlanmakta ve dolayısıyla doğası gereği eksik olan KÖİ sözleşmeleri yetersiz biçimde tasarlanmakta, müzakere edilmekte ve kusurlu yazılmaktadır. Raporda, proje geliştirme çalışmalarında uluslararası standartlara uyulmaması nedeniyle sürecin yavaşladığı, firmalar ve kurumların kaynaklarının israf edildiği ve ülkenin görünümünün yabancı yatırımcılar ve finans kurumları karşısında zora girdiği belirtilmektedir. Bunun yanı sıra, Türk Tabipler Birliği için yapılan ve sağlık sektöründeki KÖİ sözleşmelerini değerlendiren bir çalışmada fizibilite çalışmalarındaki yetersizliklere ve hatalara dikkat çekilmektedir. Bu kapsamda, ihalelerde ortaya çıkan yatırım ve kullanım bedellerinin fizibilite raporlarında öngörülenlerin çok üzerinde olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca, belirli KÖİ hastanelerinin, emanet yöntemiyle inşa edilen benzer ölçekli Bakanlık hastanelerinden daha pahalı olduğu ileri sürülmektedir. Diğer taraftan, şehir hastanelerinin yüksek maliyetini gizlemek için, geleneksel yöntemde bakım-onarım giderlerinin mevcut hastanelere ait gerçekleştirmelere göre hesaplandığı; 25-30 yıllık bir hastanenin bakım-onarım giderinin doğal olarak yeni yapılandan daha pahalı olacağı dile getirilmektedir. Bu tespitler, ön fizibilite çalışmalarında yapılan varsayımların, hesaplamaların ve elde edilen sonuçların gerçekliğini tartışmalı hale getirmektedir.” ifadeleri kullanılmıştır.

⁴⁰⁹Sağlık hizmetlerinde devredilebilecek hizmetlerin neler olduğu meselesi, 6428 sayılı Kanunla ilgili iptal davasında da Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş ve Kanun'da yer alan “tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında” ifadesinin yasama yetkisinin devri anlamına geldiği ve Anayasanın 56. maddesine aykırılığı iddia edilmiştir Anayasa Mahkemesi, E. 2013/50, K. 2015/38, ve 15.4.2015 tarihli ve 29327 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan kararında “Dava konusu kurallarda yer alan “belli hizmetler”in kapsamı tespit edilirken, KÖİ modelinin mahiyetinin ve bu model çerçevesinde özel kesime gördürülebilecek hizmetlerin niteliğinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere Kanun'da düzenlenen KÖİ modelinde, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetler özel sektörün sorumluluğuna bırakılmakta, kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetlerin ise idare tarafından görülmesine devam edilmektedir. Dava konusu kurallarda yer alan “belli hizmetler”in, sağlık hizmetlerinin özünü oluşturan ve bizzat idare tarafından yerine getirilmesi gereken tıbbi hizmetlerin dışındaki diğer hizmetler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Söz konusu hizmetlerin neler olduğunun belirlenmesi ise idari ve teknik bir mesele olduğundan bu belirlemenin kanunla yapılması gerekli değildir. Dolayısıyla kuralda yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bir yön bulunmadığı gibi belirsizliğe yol açan herhangi bir durum da söz konusu değildir.” ifadelerine yer vermiştir.

⁴¹⁰Aydın, Yunus Emre, Kamu-Özel İşbirliği Modelinin Sağlık Kamu Hizmetine Etkileri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi İstanbul Medeniyet Üniversitesi, İstanbul, 2021:52.

Bahse konu sözleşmelerde yüklenicinin haklarından ilki, sözleşmede belirtilen bedeli talep etme hakkıdır⁴¹¹. 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Karamamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 5. maddesi uyarınca bedel ve sözleşme süresinin tespitinde; yatırımın maliyeti ve projenin mahiyeti, ekipman ve tıbbi donanımın yüklenici tarafından sağlanıp sağlanmayacağı, yüklenicinin kârı, yatırım konusu taşınmaz ve tesisdeki hizmetlerin ve ticari hizmet alanlarının işletilmesinin yükleniciye verilip verilmeyeceği hususları dikkate alınır. Yapım işinin tamamlanmasından önce hiçbir şekilde bedel ödemesi yapılamaz. Bedel, Bakanlığa veya bağlı kuruluşlara ait döner sermaye bütçesinden ve/veya merkezi yönetim bütçesinden ödenir.

Öte yandan KÖİ projelerinde kamusal bir hizmetin görülmesi ile kamu yararını gerçekleştirmek amaçlandığı için yüklenicinin gerektiğinde kamu mallarından istifade etmesi söz konusudur. Bu veçhile KÖİ sağlık sözleşmelerinde ilgili tesisin kurulabilmesi için gerekli taşınmaz idare tarafından sağlanacaktır. Bunun için eğer idarenin taşınmazlarından istifade edilecek yahut gerekli hallerde özel kişi lehine taşınmaz üzerinde sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere üst hakkı tesis edilecektir⁴¹².

Yine mücbir sebep, beklenmeyen hal gibi öngörülemeyen sebepler vukua gelecek olursa sözleşmecinin sözleşme tadilini talep etme hakkı mevcuttur. Nitekim 6428 sayılı Kanunun 9. maddesinde bu durum "Mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini artırmamak kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir. (Ek cümleler:17/7/2019- 7186/29 md.) Bu kapsamdaki sözleşme değişikliklerinde, sözleşme bedelinin artırılmaması kaydıyla kullanım bedeli veya hizmet bedeli artırılmak veya azaltılmak suretiyle değiştirilebilir. Sözleşme bedeli, net bugünkü değer dikkate alınarak belirlenir ve net bugünkü değer hesaplanmasına ilişkin esaslara yönetmelikte yer verilir. İdare tarafından gerekli görülmesi hâlinde yükleniciye ödenecek kullanım bedeli ödemelerine ilişkin Türk lirası veya döviz cinsinden alt ve üst limitler sözleşme değişikliği düzenlemelerine uygun olarak belirlenebilir. Yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağına anlaşılması hâlinde bedel, ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncellenir ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemeler yapılır. "şeklinde ifade olunmuştur.

6428 sayılı Kanun kapsamında yapılacak ihalelerde açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü düzenlenmiştir. Açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebildiği ihaleyi ifade etmektedir. Belli istekliler arasında ihale usulü ise idarece yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda davet edilen isteklilerin teklif verebildiği ihale usulü olarak tanımlanmıştır⁴¹³

⁴¹¹KÖİ projelerinde proje konusu işin bakımı ve işletimini konu edinen maliyetle kural olarak yükleniciye aittir. Yüklenicinin yatırım finansmanını geri kazanabilmesi ve kâr elde edebilmesi için proje işletme sürecinde kullanıcı ödemelerinden gelir elde edilmesi, idare tarafından ödenen kullanım bedelleri gibi finansman geri dönüşüm modelleri mevcuttur (Palas Dağlı, Ezgi:106). Şehir hastanelerinde projenin finansman, planlama, inşaat ve işletme riskleri özel sektör girişimcileri tarafından üstlenilirken talep riski Sağlık Bakanlığı tarafından üstlenilmektedir. Başka bir deyişle, özel sektör girişimcileri üstlendikleri hizmetleri talep eden müşteri kitlesine ulaşmak için herhangi bir faaliyette bulunmak zorunda kalmamakta; sağlık hizmeti sunumunun doğal ve zorunlu sonucu olarak ortaya çıkan temizlik, yemek, güvenlik, otopark gibi destek hizmetlerini yürütmektedir. Ayrıca, Sağlık Bakanlığı'ndan kullanım bedeli tahsil etmekte olan özel sektör girişimcileri şehir hastanesi için yapmış oldukları planlama, inşaat ve işletme yatırımlarının geri dönüşünü sağlamış olmaktadır (Uysal, Yusuf. (2020). Kamu-özel işbirliği modelinde özel sektör teşvik faktörleri: Şehir hastaneleri örneği. Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi,9(1): 392.

⁴¹²Palas Dağlı, Ezgi: 112.

⁴¹³Mevzuata göre açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale esas usul olarak öngörülmüştür (6428 sayılı kanun madde 3). İstisnai nitelikteki pazarlık usulüne ise ancak mevzuatta öngörülen hallerde başvurulabilmektedir (madde 3/8 : Pazarlık usulü ile ihale, aşağıdaki hâllerde yapılabilir: a) Açık veya belli istekliler arasında yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması sebebiyle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması c) İhale konusu işin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin belirlenememesi ç) Bu Kanun kapsamında yüklenicinin namı hesabına yaptırılacak tamamlamaya yönelik işler d) Öngörülen maliyeti 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde belirlenen eşik değerini altı katına kadar olan işler.).

Bakanlık tarafından ihale öncesinde yapılması gerekenler de Kanunun 3. maddesinde sayılmıştır. Buna göre idare ön proje, ihale dokümanı, temel standartlar dokümanının hazırlanmasından sorumludur. Yine idare tarafından yaklaşık maliyetin, toplam sabit yatırım tutarının, sözleşme süresinin ve bedelin belirlenmesi gerekmektedir. Bakanlık tarafından, uygulamalarında belli istekliler arasında ihale usulüne başvurulduğu, ön yeterliliği sağlayan isteklilerden teklif alındığı, öncelikle isteklilerin teklif ettiği projelerin ön projeye uygun olup olmadığı incelendiği, Bakanlıklarınca teklife esas projeler hazırlandığı ve hazırlanan bu projeye göre isteklilerden fiyat teklifleri alındığı, akabinde açık eksiltme yapılarak en düşük teklif sahibi ile yapılan pazarlık sonucunda isteklinin nihai teklifi uygun bulunursa bu istekli üzerine ihale kararının verildiği belirtilmektedir⁴¹⁴.

Öte yandan 6428 sayılı Kanunun 4. maddesi gereğince tesisin ve ticari hizmet alanlarının yapım işlerinin projelendirilmesinden ve finansmanının sağlanmasından, yapımından, bakım ve onarımından, yükleniciye bırakılan hizmetlerin yerine getirilmesi ile ticari hizmet alanlarının işletilmesinden, sözleşme süresi sonunda yerleşkenin her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda Bakanlığa devredilmesinden yüklenici sorumludur. Yine yüklenici, sözleşme süresince üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan sorumludur. Yine bahse konu madde içeriğinde yüklenicinin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde idarenin uğrayacağı zararın tazminine ve cezai şartlara ilişkin hükümlere sözleşmede yer verileceği hususu da ayrıca vurgulanmıştır.

Sağlık hizmetlerinin sunumuna ilişkin KÖİ modelinde idare sadece tıbbi hizmetin (çekirdek hizmet) sunumunda yer almaktadır⁴¹⁵. Özel sektör ise öncelikle sağlık tesislerinin yapımı ve tıbbi destek hizmetleri alanında yükümlüdür. Ayrıca tıbbi olmayan temizlik ve güvenlik gibi hizmetlerin sunumu ile sağlık tesisinde mevcut kafeterya, market gibi ticari alanların işletmesi de özel sektöre devredilmektedir. İdare, uzun süreli sözleşmelerle ortak girişimden temin ettiği mal, hizmet ve yapım işinin karşılığını bütçe dışı yollarla yıllık kira şeklinde ödemektedir⁴¹⁶. Söz konusu modelle Sağlık Bakanlığı'nca kendisine veya hazineye ait taşınmazlar üzerinde üst hakkı kurmak suretiyle ve ön proje ile belirlenen standartlara uygun biçimde yapılacak olan sağlık tesisleri; ihale ile belirlenecek özel hukuk kişilerine belirli bir süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılacaktır⁴¹⁷.

İşbu sözleşmede tıbbi donanım da yüklenici tarafından karşılanmakta ve söz konusu ekipmanın bakım ve onarımı da sözleşmeci özel sektör tarafından gerçekleştirilmektedir. Özel sektör kendisi tarafından yürütülecek hizmetleri kendi personeli ile gerçekleştirmekte olup⁴¹⁸ sunacağı hizmetler miktara bağlı olan ve olmayan hizmetler olarak sınıflandırılmaktadır. Sözleşme ile özel sektöre devredilen hizmetlerin içerisinde yer alan görüntüleme, laboratuvar, atık yönetim, rehabilitasyon, çamaşır ve çamaşırhane, yemek ve sterilizasyon ve dezenfeksiyon hizmetleri miktara bağlı olan hizmetler sınıfına girerken diğer hizmetler ise miktara bağlı olmayan hizmetler şeklinde kategorize edilmektedir. İlgili hastanenin hizmet vermeye başladığı andan itibaren sözleşme ile özel kişiye devredilenler dışındaki hizmetler ise başhekimlik tarafından kendi personeli ile yürütülür.

⁴¹⁴Cangöz, M. Coşkun and Emek, Uğur and Uyduranoglu Karaca Nurhan:78,79.

⁴¹⁵Esasen sağlık hizmetleri bir bütün olmakla birlikte, anlaşılır kılmak için dört ana bölümde incelenmekte ve tanımlanmaktadır. Bu dört bölüm klasik olarak, koruyucu sağlık hizmetleri, tedavi edici sağlık hizmetleri, rehabilite edici sağlık hizmetleri ve sağlığın geliştirilmesi hizmetleri şeklinde ifade edilmektedir. Sağlık hizmetleri ise sağlık hizmetinden doğrudan beklenen faydayı ifade eden çekirdek hizmet ve genişletilmiş hizmet olarak ikiye ayrılabilir (Yarar Onur, & Bağcıoğlu Barış. (2017). Sağlık Hizmetlerinde Ürün Çeşitlendirme Politikaları ve Sosyal Projeler Anne Oteli ve Misafir Anne Projesi. Marmara Sağlık Hizmetleri Dergisi, 1(1) : 36.).

⁴¹⁶Kanuna göre, bina için ödenecek kira bedelinin kaynağı Sağlık Bakanlığının döner sermaye işletmeleridir. Kanunda kira bedelinin ödenmesi için başka bir kaynak öngörülmemiştir. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ek 7'nci maddenin öngördüğü yapıda, vergilerden karşılanan hemen hemen yalnızca çekirdek tıbbi hizmetleri üretecek personelin maaşlarıdır Keçelgil Hasan, Tahsin :172.

⁴¹⁷Projeyi yürütecek olan şirket belirlenen bir dönem yapım aşaması, bir dönem işletme aşaması olmak üzere hizmetin, ürünün veya yapım işlerinin sunulmasını temin etmektedir. İdare ise şirkete bunun karşılığında uzun dönemlere yayılan bir ödeme planıyla kira ödemektedir. Bu proje kapsamında sunulan sağlık hizmeti idarece sunulmakta ancak işletme özel sektör tarafından yürütülmektedir. Bu süreçte sözleşme süreci boyunca sağlık tesisinin bakım ve onarımı özel sektöre ait olmakla birlikte sözleşme süreci bitince arsa ve üzerindeki tüm tesisler Sağlık Bakanlığı'na devredilecektir (Gökçaya Durmuş and Eroymak Selin and İzgüden Dilruba.(2018).Kamu Özel Ortaklığı Bağlamında Şehir Hastanelerinin Değerlendirilmesi.Social Sciences Studies Journal (SSSJJournal), sy 19: 2239.).

⁴¹⁸Şehir hastanelerinde talep riskinin karşılanabilmesi amacıyla bazı kamu hastanelerinin personel ve ekipmanlarının şehir hastanelerine nakledildiği de belirtilmektedir (Uysal, Yusuf: 392).

Başka deyişle çekirdek hizmetlerin yönetim ve sorumluluğu hastanenin başhekimliğinde olurken destek hizmetlerin yönetim ve sorumluluğu yüklenici firma tarafındadır. Bu durumda hastane içerisinde iki başlı bir yönetim olup herkes kendi yetki alanına giren konularda sorumluluklarını yerine getirmektedir. Bu durum bazen hastane içerisinde yönetsel olarak çatışmalara sebebiyet verebilmektedir⁴¹⁹. Bu aşamada mevcut eleştirilere değinmek faydalı olacaktır.

C. Sağlık Hizmetlerinde KÖİ Sözleşmelerine İlişkin Eleştiriler:

Sağlık hizmetlerinin sunumu ve ilgili tesislerin kapasitesinin yükseltilmesine ilişkin talepler nedeniyle sağlık hizmetleri finansmanı bütçe üzerinde ciddi bir baskıya sebebiyet vermektedir. Bunun yanı sıra özel sektörün tecrübesinden faydalanmak isteyen idare kalite standartlarını da yükseltmek amacıyla KÖİ modeli tercih etmektedir⁴²⁰. Ancak uygulamaya ilişkin eleştiriler de mevcuttur. Bunları KÖİ modeline ilişkin eleştirilerle birlikte inceleyerek sonrasında spesifik olarak sağlık alanındaki uygulamalara değinmek yerinde olacaktır.

Öncelikle KÖİ'nin hem kapsam ve içerik hem de düzenleyici uygulamalar açısından muğlak bir kavram olduğu açıktır. İlk olarak, yeni piyasaların (ve işbirliğine dayalı düzenlemelerin) geliştirilmesinin zaman ve kaynak gerektirdiği açıktır. Yasal çerçeve ve normatif anlayış açısından kurumsal altyapı aşamalı olarak kurulur. Eğer yasal çerçeve, örneğin vergilendirme ve finansal raporlama kuralları açısından belirsiz ise, güvenin geliştirilmesi daha zor olacaktır. Hem kamu hem de özel sektör ortakları, KÖİ'lere girmeden önce belirsizlikleri ve potansiyel riskleri aşan faydalar görmelidir. Bu, rekabet için gerekli, ancak çok zaman alıcı ve maliyetli bir ön koşuldur ve aynı zamanda katılımcı özel ortakların lehine olan çözümlere kilitlenme riskini de içerir⁴²¹. Benzer biçimde sağlık hizmetlerine ilişkin KÖİ sözleşmelerinde de hangi hizmetlerin özel sektör tarafından verileceğinin net olmadığı alanlar mevcuttur. Yine özellikle hastanede iki farklı yönetimin mevcudiyeti dolayısıyla olası sorunların çözüm yöntemi belirlenmelidir. Ayrıca özel sektör tarafından verilen zararlara ilişkin sorumluluk hususlarının netleştirilmesi de yerinde olacaktır.

Öte yandan KÖİ alanında rekabet düşük seviyelerdedir. Elbette bu aşamada KÖİ gibi etkileşimli modellerin, altyapı, sağlık ve savunma gibi büyük ölçekli yatırımlarda sıklıkla kullanıldığı ve fiyat rekabetinden ziyade inovasyon yoluyla daha yüksek kaliteye vurgu yapılabilen bir dizi karmaşık görev için etkili işbirliği yolları olduğu da savunulabilecektir⁴²². Hatta KÖİ sözleşmesi imzalandıktan sonra âkit özel hukuk kişinin rekabet avantajından istifade ettirilmesi ve idare tarafından sözleşmeciye bazı korumalar sağlanması olağandır. Ne var ki ihale öncesinde serbest rekabet desteklenmeli ve en uygun ihale adayı tespit edilirken piyasanın tekelleşmesinin de önüne geçilmelidir. Özellikle KÖİ sözleşmeleri pazarında; ilgili tesisin farazi maliyetini hesaplayan KKK ile karşılaştırma yaparak, tekliflerin seviyesi hakkında bir değerlendirme yapmak mümkündür. Proje geliştirme ve fizibilite hazırlama aşamasında yapılacak çalışmalarda gösterilecek özen, şartnamelerin doğru hazırlanmasına, ihale pazarında rekabetin geliştirilmesine ve tekliflerin seviyesi hakkında karşılaştırma yapılabilmesine yardımcı olacaktır⁴²³.

⁴¹⁹Gökkaya Durmuş and Eroymak Selin and İzgüden Dilruba:2240.

⁴²⁰Türkiye'nin sağlık altyapısı fiziksel kapasite açısından henüz yeterli seviyeye ulaşamamış, fiziksel kapasite üretimi ve yatak sayıları itibarı ile AB ve OECD ülkeleri ortalamasının oldukça gerisinde kalmıştır. Öte yandan 2004 yılı verilerine göre, Sağlık Bakanlığı hastanelerinin inşasının ortalama 7 yıl sürdüğü tespit edilmiştir. Tüm bu hususları gözeterek Sağlık Bakanlığı tarafından sağlık hizmet sunumunda rol alan tüm oyuncular dikkate alınarak detaylı bir sağlık envanteri çıkarılmış, coğrafi, sosyo-ekonomik, demografik yapılar, epidemiyolojik özellikler dikkate alınarak planlamalar yapılmıştır. Yapılan planlamalar ilçe, il ve bölge düzeyinde yerinde incelenerek ve yerel yöneticilerle birlikte çalışılarak hazırlanmıştır (Savaş, Tayyip, Keleş, Ramazan, & Gökteş, Bayram(2020). Kamu Özel İşbirliği Modeli Ankara Şehir Hastanesi Örneği. Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi, 9(2):26.).

⁴²¹Vrangbaek, Karsten:158

⁴²²Vrangbaek, Karsten:153.

⁴²³Emek, Uğur: 159, 160.

Nitekim KÖİ ihalelerine sınırlı sayıda adayın katılması ihale piyasalarındaki yoğunlaşma oranlarının yüksekliğini göstermektedir. Structure-Conduct-Performance⁴²⁴ teorisi çerçevesinde, piyasalardaki yüksek yoğunlaşma oranları rekabet kısıtına neden olacak açık/zımnı anlaşmaların ve tüketici aleyhine gelişmelerin de habercisidir⁴²⁵. Konu sağlık hizmetine ilişkin KÖİ'ler kapsamında değerlendirildiğinde ihaleye katılımı sınırlayan bir diğer unsur olan işlem maliyetlerini düşürmek adına, hastane ölçeklerinden elde edilecek tasarruf dikkate alınmalıdır. Proje geliştirme aşamasında şehir hastanelerinin yatak kapasitelerinin uluslararası genel kabul görmüş standartlar seviyesinde (ortalamada 400-800 yatak) belirlenmesi, bir taraftan sermaye harcaması gereksinimini, diğer taraftan da teklif hazırlama maliyetini düşürecektir. Ayrıca, ihale edilecek hastane sayısı da artacaktır. Bu durumda, istekliler bir kere hazırladıkları teklifleri izleyen ihalelerde düzelterek yeniden sunabilecekler ve dolayısıyla daha düşük bir işlem maliyetiyle karşılaşacaklardır. Böylece ihalelere katılım ve rekabet artacaktır⁴²⁶.

Yine KÖİ projelerinde özel ortaklar sadece kâr potansiyeli gördükleri faaliyet alanlarına gireceklerdir. Elbette özel sektörün kâr amaçlı hareket etmesi yadsınamaz. Ancak zamanla kazançlı faaliyetler KÖİ'ler vasıtasıyla görülürken, kamu sektörünün yalnızca sorunlu iş alanlarında faaliyet göstermeye başlaması olasıdır. Bu ise idarelerin yenilikçi faaliyetler ile teknik gelişmelerin dışında kalmasına sebebiyet verebilecektir. Oysa idarelerin hizmet sunumunun yanında denetim ve yönetim açısından da gerekli bilgi seviyesinde olması önem taşımaktadır. KÖİ'ler, kamu tesislerinin ve hizmetlerinin geliştirilmesinde ve yönetiminde daha fazla özel sektör katılımını içeren modelleri kapsar. Bu ise özel yatırımcıların normal ihalelere göre daha uzun süreli sözleşmeler kapsamında tesisleri tasarlamasına, inşa etmesine, sahip olmasına ve işletmesine izin verileceği anlamına gelir. Yatırım risklerinin (örneğin inşaat projelerindeki gecikmelerden kaynaklanan) özel yatırımcılara aktarılması ve maliyetler konusunda yaşam döngüsü perspektifinin sağlanmasıyla, daha iyi maliyet kontrolü ve daha fazla verimlilik elde edilebilir⁴²⁷. Bu noktada idarelerin de gerekli ve yeterli ön proje oluşturma, süreçleri izleme, denetleme, gerekli tedbirleri alma ve sürdürme konusunda lüzumlu teknik bilgiye sahip olması; gerektiğinde KÖİ'lerle ilgilenen üst danışma birimi kurularak sektörlerdeki deneyimlerin anında ilgili idarelere aktarılabilmesi ve çözüm sunabilmesi ihtimali değerlendirilmelidir. Sağlık alanında bu hizmet, Sağlık Bakanlığı Kamu Hastaneleri Genel Müdürlüğü ve Şehir Hastaneleri Koordinasyon Dairesi Başkanlığı tarafından sunulmaya çalışılmaktadır.

Diğer yandan üzerinde durulması gereken bir diğer konu KÖİ kapsamında ilgili hizmetin süreklilik ilkesi gereğince sözleşme süresince gerekli standartlarda sunulmasının ne şekilde güvence altına alınacağıdır. Başka deyişle, özel ortağın KÖİ döneminde iflas etmesi veya bütçeyi aşması ve/veya vaat edilen düzeyde hizmet sunamaması halinde nasıl hareket edileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu durumda kamu ortağı zorunlu hizmet sunumunu güvence altına almak için ek finansman sağlaması gereği önemli bir sorundur.

⁴²⁴Yapı-davranış-performans (SCP) paradigması, piyasa yapısının firma davranışının belirleyicisi olduğunu ve bunun da performansı belirlediğini savunur. Pazar yapısı, bir sektördeki rakiplerin sayısı, ürünlerin heterojenliği, giriş ve çıkış maliyetleri gibi bir dizi faktörle ölçülebilir. Davranış, fiyat alma, ürün farklılaştırma, gizli anlaşma ve pazar gücünün kullanılması gibi firmalar tarafından gerçekleştirilen belirli eylemleri ifade eder. Bir firmanın performansı, üretkenlik verimliliği, tahsis verimliliği ve karlılık gibi bir dizi göstereyle yansıtılabilir.

Bir firmanın karşılaştığı seçenekler ve kısıtlamalar, faaliyet gösterdiği endüstrinin özellikleri tarafından tanımlanır. Rekabetin yüksek olduğu endüstrilerde firmaların önünde çok az seçenek bulunmasının yanı sıra birçok kısıtlama da bulunmaktadır. Bu sektörlerdeki firmalar sosyal refahı en üst düzeye çıkarır ve uzun vadede getiriler yalnızca sermaye maliyetini karşılar. Kısacası endüstri yapısı firma davranışını ve uzun vadeli firma performansını belirler. Öte yandan, rekabetin düşük olduğu bir ortamda faaliyet gösteren firmaların hem seçenekleri daha fazla, hem de karşılaştıkları kısıtların sayısı sınırlıdır. Firmalar rekabet avantajı elde etmek için mevcut tüm seçeneklerden yararlanabilirler. Örneğin, bu endüstrilerdeki firmalar önemli ekonomik değer yaratan fiyatları belirlemek için piyasa gücünü kullanabilirler. Ancak avantajlarının sürdürülebilirliği endüstri yapısının bir özelliği olan giriş engellerine bağlıdır. Giriş engelleri yoksa pazara yeni rakipler girdiğinde sektördeki firmaların rekabet avantajı ortadan kalkacaktır (Yong Tan, Performance, Risk and Competition in the Chinese Banking Industry, Chandos Publishing, 2014, https://www.researchgate.net/publication/267450859_Performance_Risk_and_Competition_in_the_Chinese_Banking_Industry)

⁴²⁵Emek, Uğur: <https://www.rekabetdernegi.org/dosyalar/OAD1613129787.doc>

⁴²⁶Emek, Uğur:160.

⁴²⁷Vrangbaek, Karsten:153.

Nitekim devlet garantisi konusu uluslararası literatürde genel bir tartışmadır⁴²⁸. Karşıt bir görüşe göre kamu hizmetlerinin sunumuna göre KÖİ vasıtasıyla hizmet sunulması daha garanti altındadır. Çünkü KÖİ'ler uzun vadeli sözleşme taahhütlerini temsil ederken kamu hizmetleri siyasi dalgalanmalara maruz kalmaktadır. Başka deyişle kamu idareleri çeşitli gerekçelerle hizmeti hiç ya da gerekli standartta sunamayabilecektir. Dikkatli biçimde seçilmiş özel ortak ise sözleşme ile bağlıdır. Bu tespit ancak KÖİ yapıları ve özel ortaklar taahhütlerini yerine getirebildikleri ölçüde doğrudur. Eğer KÖİ'nin tarafı olan özel hukuk kişisi itibarını korumak isteyen ve potansiyel kayıpları karşılayabilecek ekonomik değerlere sahip, büyük ve köklü bir firma ise bu daha olasıdır. Ancak bu düşünce tarzı sınırlı rekabete ve yeni rakiplerin girişinin önündeki engellere yol açabilir⁴²⁹. Ülkemizde KÖİ modeli kapsamında sağlık hizmetlerin sürekliliğini sağlamak üzere idare tarafından çeşitli garantiler ve destekler sunulmaktadır. Sürecin başlarında, Sağlık Bakanlığı Kamu Özel İşbirliği Daire Başkanlığının internet sayfasında, şartnameler ve kazanan teklifin içeriği dışında; ön yeterlik ilanı ve ön yeterlik alan, ihaleye katılan ve ihaleyi kazanan firmalara ilişkin bilgiler sağlanmakta iken Bakanlık, son dönemlerde bu bilgileri de kamuoyuyla paylaşmaktan imtina etmeye başlamıştır⁴³⁰. Şeffaflık ilkesini ihlal eden bu uygulama sebebiyle sağlanan garantinin miktarı bilinmemektedir. Ancak kamuoyuna yansıyan haberler yüksek oranda garanti verildiği yönündedir⁴³¹. Oysa özel sektöre verilecek devlet garantilerinin çok yüksek belirlenmesi, ilgili projelerin geleneksel tedarik usullerine göre daha pahalı projelere dönüşmesine sebebiyet verecektir. Ayrıca yükleniciye ödenecek uzun süreli kullanım bedeli ödemelerinin de nihayetinde vatandaş tarafından ödenen vergiler aracılığı karşılanması sebebiyle makul belirlenmesi ve ticari sır olduğu gerekçe gösterilerek kamuoyundan gizlenmemesi gerekmektedir⁴³². 6428 sayılı Kanun çerçevesinde yürütülen KÖİ projelerinde idarenin borç üstlenim garantisi ve yüklenici tarafından sunulan miktara bağlı hizmetler için belli bir oranda doluluk garantisi verdiği görülmektedir. Borç üstlenme garantilerinde, yüklenicinin kusuruna dayalı olarak sözleşmenin feshedilmesi ihtimalinde bile idarenin yüksek oranda bir garanti veriyor olması kamu yararı ilkesine aykırıdır. Bunun yanı sıra, dövizle kredi kullanan yüklenici, kur artışlarına karşı da güvence altına alınmıştır. İdarenin ödeyeceği yüksek kullanım bedelleri ve devlet garantileri sağlık hizmetinin sürdürülebilirliği ile çelişir niteliktedir⁴³³. İngiltere'de de benzer bir süreç yaşanmış ve söz konusu eleştirileri bertaraf edebilmek üzere hesap verebilirlik ve şeffaflığın sağlanması için bütçe dışı yükümlülükler bakımından bir kontrol mekanizması birimi kurulmasına karar verilmiştir. Sözleşme yapma sürecini daha hızlı ve ucuz hale getirmek için ise altyapı hizmetleri biriminin yetkileri artırılmıştır.

⁴²⁸Verilen Devlet garantileri şu gerekçelerle eleştirilmektedir “Hazine bu kanun kapsamda yapılacak yatırımlar için, hizmet alım garantilerinin yanı sıra bir de yurtdışından alınan borçlara örtülü garanti verecek. Örtülüden kastım, “sözleşmenin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınması”. Devlet, kredi verecek bankalara, “Özel sektör işi beceremeyip işletmeyi kamunun devralması söz konusu olursa, alınan dış borçları da üstleneceğim” diyor. Diğer bir deyimle, kamu kurumlarının dış borçlarına doğrudan garanti veren Hazine, işin içine özel sektör girince arkadan dolanıyor... Bundan böyle Sağlık Bakanlığı'ndan belediyelere, KİT'lerden üniversitelere her kamu kuruluşu yanına bir yatırımcı bulup elinde sözleşmesi Hazine'nin kapısına gidecek. Kendi yatırımı için hizmet alım garantisi ve kullanacağı dış borca da örtülü ödeme garanti verilmesini isteyecek. Siyasetçiler bütçedeki yatırım ödeneklerinin yetmediği durumlarda çeşitli yatırımlar için sık sık bu yönetimi kullanmak isteyecekler. Böylelikle, hem merkezi bütçenin hem de belediye, KİT ve diğer kamu kurumlarının yatırım ödeneklerinin sınırları aşılabilecek. Bütçe açığı büyümeyecek, harcama kısmak veya gelir artırmak durumunda kalınmayacak. İlk başta borçlanma da olumsuz etkilenmeyecek. Ancak, böylesi örtülü garantilerin muhasebe kaydı olmadığı için devletin ne kadar risk üstlendiği de bilinemeyecek. Çünkü verilecek garantilere ilişkin borç üstlenim anlaşmaları Resmi Gazete'de yayınlanmayacak. Ayrıca bu garantiler Kamu Finansmanı ve Borç Yönetimi Kanunu'nun borçlanma limiti maddesine de dahil edilmeyecek. Hükümet istediği kadar garanti verebilecek. Riskler hesaplanamayacak.” Özyıldız, Hakan, <https://www.bloomberght.com/ht-yazarlar/hakan-ozyildiz/1274180-mecliste-mali-disiplini-bozabilecek-bir-tasari-var>

⁴²⁹Vrangbaek, Karsten:156

⁴³⁰Emek, Uğur:159.

⁴³¹<https://www.sozcu.com.tr/ticari-sirda-hizmet-odeme-garantileri-wp5824652>

⁴³²Bu sözleşmelerin “ticari sır” olduğu gerekçesi ile kamuoyu ile paylaşılmaması nedeniyle ihale şartnameleri ve ön yeterlik kriterlerinin ne ölçüde tam rekabete izin verdiği ve ihaleyi kazanan şirketler ile idare arasında imzalanan proje sözleşmelerinin ihale şartlarına uygunluğu konularında değerlendirme yapmak mümkün bulunmamaktadır. Ancak ihale sonuçlandıktan sonra yerli ve yabancı danışmanlar eşliğinde sözleşme müzakerelerinin yıllarca devam ettiği, 3996 sayılı Kanun'a tabi projelerde olduğu gibi 6428 sayılı Kanun'a tabi projelerde de ihale sonrasında mevzuatın sürekli değiştirilerek görevli şirketlere ihale tarihinde olmayan bir takım yeni haklar tanındığı, sözleşmelerin tekraren tadil edildiği kamuoyuna yansımakta ve Sayıştay raporlarında da yer almaktadır.

⁴³³Palas Dağlı, Ezgi. 333

Bu kapsamda proje ile ilgili departmanların desteklenmesine ve ekstra bir durum olmadıkça teklif verme sürecinin 18 ayda tamamlanmasına karar verilmiştir. Ayrıca etkinlik ve standardizasyonun sağlanmasının ve sözleşme öncesi hazinenin projeyi dikkatli bir şekilde incelenmesinin gerekliliği vurgulanmıştır. Hizmetlerin etkinlik, esneklik ve şeffaflığını arttırmak için temizlik, yemek gibi hizmetler sözleşme dışında bırakılarak projeden kaldırılmıştır. Projenin başında, satın alma yetkililerine, küçük onarım faaliyetlerinin projeye dahil edilmesi konusunda takdir yetkisi verilmiştir. Kamu kaynaklarının değerini koruması, modelin temel ölçütü ve en önemli ilkelerinden biridir. Bu sebeple söz konusu değerlerin korunması için de bir kılavuz oluşturulması planlanmıştır⁴³⁴.

KÖİ'lere ilişkin bir diğer endişe, kamu sektörü değerlerinin sürdürülmesiyle ilgilidir. Kamu sektörü kuruluşları tipik olarak özel kuruluşlara kıyasla daha geniş bir talepler ve değerler dizisi ile aşılmıştır. Nihayetinde kamu yararını hedeflemektedir. Özel sektörün kârlılık hedefi ile kamu yararı karşı karşıya geldiğinde nasıl hareket edileceği net bir biçimde ortaya konmalıdır. Demokratik katılım, sosyal sorumluluk, açıklık, eşitlik ve sağlık gibi kaygılar kamu hizmeti kuruluşları için özel kuruluşlara kıyasla tipik olarak daha önemlidir. KÖİ'lerle ilgili sorun, bu değerlerin korunup korunamayacağı ya da özel iş ortağının kaygıları ve farklı yasal yapı nedeniyle aşınıp aşınmayacağıdır. KÖİ modelinde “net ve hesap verebilir olmayan” finansal işlemler ve muhasebe prosedürleri kullanılacak olursa bu değerlerin ihlal edilmesi daha olasıdır. Özel sektörün alacağı riskler ve özel sektörün denetimi hususları dikkatlice planlanmadığı sürece, kamu sektörünün misyonunun uygulaması öze sektörün inisiyatifine bırakılmış olacaktır. Ne var ki özel sektörün, yüksek gelir elde etmeyi hedeflemesi durumunda, kısa vadede ulusal veya uluslararası öncelikleri kolayca zayıflatabileceği açıktır. Son olarak, özel sektörün talep merkezli ve gelir temelli düşüncesi sağlık kullanıcıları arasında ciddi endişelere neden olabilmektedir⁴³⁵.

Sağlık hizmetleri kapsamında KÖİ projelerine ilişkin spesifik eleştirileri ise şu şekilde sıralamak mümkündür: KÖİ projelerinde, idare ve yüklenicinin kendi sorumluluk alanları bakımından hastane yönetiminde söz sahibi olması iki başlı yönetim sorunlarını beraberinde getirecektir. Kamuya ait diğer hastanelerden farklı bir yönetim mekanizmasının söz konusu olduğu bu projelerde, yüklenicinin kamu hastanesi statüsündeki sağlık yerleşkelerinde ticari yarar gözeterek yürüttüğü yönetim ilişkisi kamu yararı ilkesine aykırı sonuçlar doğurabilir. Zira ilgili projelerin sağlık hizmetlerini piyasalaştırdığı ileri sürülmektedir⁴³⁶.

Öte yandan sağlık çalışanları, KÖİ sözleşmesinde bir kısım garantilerin döner sermayeden ödeneceğinin hükme bağlanmış olması ihtimali ile gelir kaybı yaşama endişesi taşımaktadır⁴³⁷. Bunun dışında ise hastanelerinin şehir merkezlerine uzak yerlere yapılmasıyla ulaşım sorununun gündeme gelmiştir. Hastanelerin çok büyük yatak kapasiteli yapılmasıyla verimlilik konusunda yaşanacak sıkıntılarla muhtemel atıl kapasitenin ortaya çıkması muhtemel görülmektedir. Bu durum hastane içi ulaşımında da zorluklara sebebiyet vermektedir. Ayrıca koordinasyonun sağlanmasında ve işletme süreçlerinde olumsuzluklara yol açması da olasıdır. Öte yandan açılan şehir hastanelerinin yerine kapanan devlet hastanelerinin ne olacağının muamma oluşu da⁴³⁸ bir eleştiri konusudur. Ayrıca 25-30 yıl gibi uzun bir süre boyunca özel sektör girişimcilerine ödenecek kullanım bedelinin, yüksek maliyet içerdiği hem de şimdiki hizmetlerin gelecek kuşaklara ödettilmesi anlamına geldiği de söylenebilecektir. Özel sektör girişimcileriyle imzalanan uzun süreli taahhütlerin gelecek dönemlerdeki kamu görevlilerin faaliyet alanını ve imkânını daraltması mümkündür. Ülke olarak şehir hastaneleri modeli konusunda henüz yeterli tecrübeye sahip olunmamasının sözleşmenin imzalanması aşamasını geciktirmesi mümkündür. Ayrıca işbu kapsamdaki sözleşmenin hayata geçirilmesinde de pek çok güçlük yaşanabilmekte ancak merkezi anlamda bunlara bir çözüm üretilip üretilmediği kamuoyu ile paylaşılmamaktadır.

Yine mevcut tecrübe eksikliğinin hizmetin sunumu anında ortaya çıkacak kimi sonuçların öngörülmesini engellediği de açıktır⁴³⁹.

⁴³⁴Ünalın Eda: 463, 464.

⁴³⁵Savaş Tayyip and Keleş Ramazan and Gökteş Bayram:30.

⁴³⁶Palas Dağlı, Ezgi: 334.

⁴³⁷<https://www.istabip.org.tr/4824-sehir-hastaneleri-calistayi-calisma-grubu-raporlari-aciklandi.html>

⁴³⁸Savaş, Tayyip, Keleş, Ramazan, & Gökteş, Bayram:30.

⁴³⁹Uysal, Yusuf: 893-894.

SONUÇ:

KÖİ bir sözleşmeye dayalı olarak, yatırım ve hizmetlerin, projeye yönelik maliyet, risk ve getirilerinin, kamu ve özel sektör arasında paylaşılmasına ilişkin işbirliği modellerini içeren çerçeve bir kavramdır. Yirminci yüzyılın sonlarında modern devletler tarafından kamu hizmetlerinin sunumu esnasında özel sektörün kaynaklarından faydalanmak üzere geliştirilmiştir. Bu noktada özel sektörün finansmanından ve bilgi birikiminden faydalanmak isteyen idareler karşılığında uzun vadeli sözleşmeler vasıtasıyla âkit özel sektör girişimcisine kârlılık ve çeşitli korumalar vadetmektedir. KÖİ modeli bütçe üzerindeki baskıyı hafiflettiği için ideal bir model olarak sunulmasına karşın uygulamasında ilişkin pek çok da eleştiri almaktadır.

Dünya Bankası, başarılı bir KÖİ işlem hattının zaman içinde ölçeklendirilmesi ve sürdürülmesinin, proje döngüsü boyunca kritik yapı taşlarına dikkat edilmesini gerektirdiğini belirtmektedir. Bunlar arasında: i) mali risklerin ve koşullu yükümlülüklerin değerlendirilmesi ve yönetimi de dahil olmak üzere sağlam bir politika, kurumsal ve düzenleyici çerçeve; ii) KÖİ uygunluğu için projeleri önceliklendiren ve tarayan net süreçlerle belirlenen, bankaya yatırılabilir projelerden oluşan genişletilmiş bir iletim hattı; iii) sağlam proje hazırlama ve yapılandırma kapasitesi (ticari uygulanabilirlik ve risk tahsisi, devlet desteği ve karşılanabilirlik dikkate alınarak); iv) güçlü işlem desteği ve sözleşme yönetimi kapasitesi yer almaktadır.

Esasen KÖİ modeline ilişkin endişelerin giderilmesi için genel olarak KÖİ uygulamasında şeffaf ve sağlam bir düzenleyici çerçevenin oluşturulması için önemi tartışmasıdır. Böyle bir düzenlemede sözleşmenin tarafı özel kişinin hak ve yetkileri belirlenirken kamulaştırma işleminin niteliği, ticari anlaşmazlıkların tahkime götürülüp götürülemeyeceği; sözleşme içeriğinde zorunlu olarak yer alması gereken unsurlar, maliyetlerin hangi yöntemlerle sübvansede edileceği ve üstlenilen risklerin nasıl dağıtılacağı belirlenmelidir. Böylece oluşturulan düzenleyici çerçeve, taraflar açısından ortaklığın verimli ve etkin biçimde yürütülebilmesini ve daha geniş politika hedefleri doğrultusunda kendilerine sunulan kaynakları optimize etmesini sağlayarak kamusal faydaya hizmet edebilir. Buna ek olarak, kamu-özel sektör ortaklığı deneyimi, proje hazırlığı sırasında uygulanmaya değer birkaç ilke ve kılavuz olduğunu göstermektedir. İlk olarak hedeflerin ve amaçların net bir şekilde tanımlanması gerekmektedir. Bundan sonra ilgili KÖİ'nin tüm maliyet, gelir ve kârlılık unsurlarının zamanında ve şeffaf bir şekilde haritalandırılması ikinci adım olarak öne çıkmaktadır. Ayrıca proje bölümlerinin planlanması, ilgili risk profilleri ve çeşitli ortakların dahil olduğu yollar hakkında net bir fikir edinmek önem taşımaktadır. Net sınırlar, ölçülebilir çıktı performansı ve şeffaflık ile sağlanabilecektir. Bu noktada KÖİ için gerektiğinde özel raporlama ve kayıt tutma yöntemleri belirlenmelidir. Elbette politikaların uygulanmasını teşvik etmek ve yönlendirmek için özel sektör uzmanlığını kullanan, merkezi idare düzeyinde güçlü bir merkezi yapıya ihtiyaç duyulacaktır. Özellikle idari kapasitenin zayıf olduğu ülkelerde sözleşmelerin yeniden müzakere edilmesine ve sözleşme şartlarının düzenlenmesine yönelik hükümler hususunda dikkatli olunmalıdır. Ayrıca genel anlamda KÖİ müessesesi uygun şekilde tasarlanmış bir yasal çerçeve ile güçlenecektir. Bu noktada idarelerin işbirliği de önem taşımaktadır. Çevre, güvenlik ve sağlık sorumluluklarının ilgili idare tarafından paydaş sorumluluğu ile üstlenilmesi gereklidir. Tekelci durumların kontrolü ve yakından izlenmesi de piyasalar açısından elzemdir. Zorluklar konusunda daha fazla farkındalığa ihtiyaç vardır ve kamu-özel sektör ortaklığının potansiyel sorunlu yönünün beslenmesinin yanı sıra temel politika gerekliliklerine daha fazla aşına olunması gerekmektedir.

Öte yandan görüleceği üzere KÖİ uygulamasında mevcut en yoğun eleştirilerden ilki şeffaflık ikincisi teşvik ve üçüncüsü risk yönetimine ilişkindir. Nitekim mali olarak şeffaf ve denetlenebilir nitelikte olmayan kamu özel işbirliği uygulamalarının bütçe hakkını ihlâl ettiği açıktır. Ticari sır gerekçesiyle bu sözleşmelerin kamu denetiminden kaçırılması makul değildir. Kamuya maliyet, yük veya risk getiren büyük projelere ilişkin uygulama ve sözleşmelerin şeffaf ve denetime açık olmasında kamu yararı vardır. Çünkü bu sözleşmelerin olumsuz sonuçlarından tüm halk doğrudan veya dolaylı olarak etkilenmektedir.

Denetimin kamuoyu vasıtasıyla ya da TBMM tarafından gerçekleştirilmesi mümkündür.

Elbette KÖİ uygulamasında teşvikler vasıtasıyla özel sektör girişimcileri projelere ilgilerinin göstermektedir. Esasen özel sektörün ticari gelirini güvence altına almak istemesi ekonomik işleyişin de bir gereğidir. Yine bir sözleşmenin ayakta tutulması kamu hizmetlerinin devamlılığının sağlanmasını da amaçlar. Ancak, sağlanan teşviklerin üretilen kamu hizmeti çıktılarıyla doğru orantılı olmasına dikkat edilmelidir. Teşvikler kamu zararına yol açmayacak mahiyette olmalıdır. Ayrıca, teşvik uygulamalarında kamu kaynaklarının adaletsiz biçimde kullanıldığı ve kamu hizmetinden ziyade özel sektörü desteklemeyi amaçladığı izlenimi uyandıracak uygulamalardan kaçınılmalıdır. Elbette teşvikler kamu yararı gereği sunulması gereken hizmetlerin beklenen kalitede, hızda ve gereklilikleri karşılayacak biçimde sunulması bakımından önem taşımaktadır. Bu cihetle özel sektör temsilcisini mağdur edecek bir yapıya da izin verilmemelidir. Teşviklerin performansa göre sağlanması durumunda bu teşviklerin KÖİ sözleşmelerinde doğru şekilde tanımlanması, kapsamının ve sınırlarının net olarak belirlenmesi gerekmektedir. Teşvikler bu şekilde tanımlanırsa özel sektör girişimcileri üretim maliyetleri ile uyumlu en iyi hizmeti sunmaya teşvik edilmiş olacaktır.

Genel olarak, KÖİ bağlamında risk dağılım yönetimi sözleşme ile belirlenir. Günümüzün rekabetçi ve karmaşık kamu alımları, sözleşmenin adil, şartnamelerin ve zaman çizelgesinin uygulanabilir olmasını ve sorumluluk ve yükümlülüklerin açıkça tanımlanmasını sağlamak için hizmet sözleşmesinin oluşturulmasında dikkatli bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Uygun şekilde hazırlanmış sözleşmeler sayesinde hem kamu hem de özel sektör temsilcisi olanlar, örneğin yükleniciler, alt yükleniciler, mimarlar, mühendisler ve geliştiriciler olası sorunları önceden öngörerek sorumlulukları kapsamında giderebilir. Böylelikle performans anlaşmazlıkları azaltılabilir ve iş yükü doğru biçimde dağıtılarak beklentiler net biçimde ortaya konmuş olur. İdeal olarak, taraflar sözleşmelerinde risk ve yükümlülükleri, bunları yönetmek ve en aza indirmek için en iyi donanıma sahip olan tarafa devredeceklerdir.

Sözleşmenin doğru biçimde kurgulanması uygulama esnasında sorun çıkmamasına yahut çıkan sorunların daha hızlı çözülmesine olanak sağlayacaktır. Ancak bunun için genel anlamda tüm KÖİ sözleşme süreçlerini denetleyen idari birimlerin kurulması, bu birimlerin maliyet analizi yetkinliğine sahip olması ve mevcut tecrübeleri aktarabilecek koordinasyona sahip olması önem taşımaktadır. KÖİ modeli doğru biçimde uygulanırsa yatırımcıları çekmek, teknoloji transferine öncülük etmek ve bütçeyi rahatlatmak gibi katkılar sağlayabilecektir.

Ülkemizde sağlık kamu hizmetine ilişkin KÖİ modeli şehir hastaneleri özelinde uygulanıyor olsa da bahsedilen eleştiri ve endişelerden payını almaktadır. Bu endişeleri yok etmek açısından şeffaflığa önem verilmesi, yasal boşlukların giderilmesi, sağlık hizmetlerinde çalışan personelin de sözleşmenin paydaşı kabul edilerek istek ve önerilerinin dikkate alınması gereklidir. Sağlık çalışanlarının KÖİ modeli içerisinde özel sektör temsilcileriyle hastane yönetimi konusunda yaşanabilecek sorunlara ilişkin çözüm mercii bulunması; çalışma ortamı ve gelirlerine etkisi konusunda duydukları endişeler giderilmelidir. Ayrıca yapılacak hastanelerin kapasitelerinin düşürülerek birden çok alana yayılması ulaşım sorununu ve atıl kapasite doğması ihtimalini azaltarak ilgili hizmete ortak olmak isteyen özel sektörde rekabeti artıracaktır.

KAYNAKÇA

- Aydın, Yunus Emre, Kamu-Özel İşbirliği Modelinin Sağlık Kamu Hizmetine Etkileri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi İstanbul Medeniyet Üniversitesi, İstanbul, 2021.
- Beşer, Berna Hızarcı. (2018). Özelleştirmenin İkinci Dalgası : 'Kamu - Özel İşbirliği' : Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Devletin Değişen Rolü. Ekin Basım Yayın Dağıtım, Ankara.
- Bovis, Christopher H. (2012). Risk and public-private partnerships. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 7(1), 44-56.
- Cangöz, M. Coşkun and Emek, Uğur and Uyduranoğlu Karaca Nurhan. (2021). Türkiye’de Kamu-Özel İşbirliği Modeli Uygulaması: Etkin Risk Paylaşımına Yönelik Bir Model Önerisi. TEPAV Elektronik Yayınları No: 1 (https://www.tepav.org.tr/upload/mce/2022/turkiyede_kamuozelisbirligi_uygulamasi_aktif_risk_paylasimina_yonelik_bir_model_onerisi.pdf)
- Eke, Erdal, & Çam, Sıddıka. (2021). Sağlık Sistemlerinde Kamu-Özel Ortaklığı Uygulamaları Üzerine Bir İçerik Analizi. *Pamukkale Üniversitesi İşletme Araştırmaları Dergisi*, 8(2), 512-534.
- Emek, Uğur. (2017).Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Sözleşmeleri: Beklenti ve Gerçekleşme, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 7.1, 40-168
- Eriçok, Recep Emre. (2023).Dünyada Ve Türkiye’de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamaları: Rakamsal Verilerle Bir Analiz. *Journal of Economic Policy Researches*, vol. 10, no. 2, 2023, 629-661.
- Evren, Çınar Can. (2016). Kamu – Özel İşbirlikleri Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Sözleşme Yoluyla Gördürülmesinin Hukuki Rejimi. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Ghizdeanu, Ion. (2014). Risk Assessment in Feasibility Studies for Investments, including for Public-Private Partnerships. *Romanian Public-Private Partnership Law Review*, 9, 27-39.
- Gökkaya Durmuş and Eroymak Selin and İzgüden Dilruba.(2018).Kamu Özel Ortaklığı Bağlamında Şehir Hastanelerinin Değerlendirilmesi.Social Sciences Studies Journal (SSSJJournal), sy 19: 2235-2243.
- Gökyurt, Fatih. (2017). İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri. Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.
- Gümüşay, İpek Nur. (2020). Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacı Bayram Veli üniversitesi, Ankara.
- Gün, Mahmut Fevzi and Topal Koç, Demet.(2023). Sağlıkta Dönüşüm Programının Genel Değerlendirmesi, Ekonomik ve Yapısal Etkiler. *Uluslararası Sağlık Yönetimi Ve Stratejileri Araştırma Dergisi* 9, sy. 1 (Nisan 2023): 49-68.
- Hodge,Graeme A. and Greve, Carsten. (2007). Public-Private Partnerships: An International Performance Review. *Public Administration Review* , May - Jun., 2007, Vol. 67, No. 3 : 545-558
- Hogan, Kelsey. (2014). “Protecting the Public in Public-Private Partnerships: Strategies for Ensuring Adaptability in Concession Contracts.” *Columbia Business Law Review*, vol. 2014, no. 2, 420-462.
- Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarında Etkin Yönetim Özel İhtisas Komisyonu Raporu.(2018). YAYIN NO: KB: 2983 - ÖİK: 765, Kalkınma Bakanlığı Yayınları, Ankara.
- Kanadoğlu, Korkut (2015). Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 28.119, (2015): 11-34
- Karabudak, Çağrı Özgür (2020)Kamu Özel İşbirlikleri Yükümlülükleri Gizli Borç Mu? Küresel Bir Karşılaştırma. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Başkent Üniversitesi, Ankara.
- Keçelgil Hasan, Tahsin. (2018). Kamu-Özel İşbirliği:Esasları ve Türkiye Uygulaması, *Terazi Hukuk Dergisi*, 13.145: 158-175

- Kulaksız, S., & Küçükkocaoğlu, G. (2019). KAMU HİZMET TEDARİK YÖNTEMİNİN SEÇİLMESİNDE YATIRIMIN DEĞERİ ANALİZİ: BİR HASTANE PROJESİ ÜZERİNDE UYGULANMASI. *Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi*, 21(1), 197-227.
- Martiniello, Laura. (2006). Public Private Partnership and Projects Evaluation in Italy. *European Public Private Partnership Law Review*, 1(1), 7-13.
- Özkardeş, Nihal. (2022). Devlet Desteği Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Modeline Dayalı Sözleşmelerde Yer Alan Devlet Garantilerinin Değerlendirilmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, sy. 2 (Kasım 2022): 965-1015.
- Özyıldız, Hakan, <https://www.bloomberght.com/ht-yazarlar/hakan-ozyildiz/1274180-mecliste-mali-disiplini-bozabilecek-bir-tasari-var>
- Palas Dağlı, Ezgi (2024). Kamu-Özel İşbirliği Modeli ve İdarenin Sorumluluğu (Sağlık Hizmetlerinde)
- Parlak, Nükrettin and Köse, Hacı Ömer and Toprak, Metin (2021). Kamu-Özel İşbirliği Modeli ve Türkiye Uygulamaları: Sayıştay Raporları Işığında Uygulama Sonuçlarının Değerlendirilmesi. *Sayıştay Dergisi*, 31(119): 9-39.
- Rausser, Gordon and Stevens, Reid (2009). Public-Private Partnerships: Goods and the Structure of Contracts. *Annual Review of Resource Economics*, 1, 75-97.
- Savaş, Tayyip, Keleş, Ramazan, & Göktaş, Bayram. (2020). Kamu Özel İşbirliği Modeli Ankara Şehir Hastanesi Örneği. *Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi*, 9(2), 22-31.
- Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Simovic, Jure, Rogic-Lugaric, Tereza, Simovic, Hrvoje, & Vuletic-Antic, Bozo. (2007). Public private partnership as non-fiscal instrument of financing the public interests. *Croatian Public Administration*, 7(1), 171-202.
- Singer, Eric M.. (2016). Competitive Public Contracts. *Virginia Law Review*. Vol. 102, No. 5:1297-1354.
- Şahin Duran, Deniz (2018). TÜRKİYE'DE KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ UYGULAMALARININ MALİ RİSKLERİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER. *Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler Dergisi*(65), 316-333.
- Tabassum, Shahla. (2013). Public private partnership: an overview. *The Indian Journal of Political Science*, LXXIV (3), July-September, 479-488.
- Uysal, Yusuf. (2020). Kamu-özel işbirliği modelinde özel sektör teşvik faktörleri: Şehir hastaneleri örneği. *Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi*,9(1), 386-401
- Ünalın, Eda. (2020). Kamu Özel İşbirliği Modeli İncelemesi: Birleşik Krallık. *İzmir İktisat Dergisi*, 35(3), 457-468.
- Vrangbaek, Karsten. "Public-Private Partnerships in the Health Sector: The Danish Experience." *Health Economics Policy and Law*, vol. 3, no. 2, April 2008, 141-164
- Yarar, Onur, & Bağcıoğlu, Barış. (2017). Sağlık Hizmetlerinde Ürün Çeşitlendirme Politikaları ve Sosyal Projeler Anne Oteli ve Misafir Anne Projesi. *Marmara Sağlık Hizmetleri Dergisi*, 1(1), 35-39.
- Yeşiltaş, Aysun. (2020). Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı: Şehir Hastaneleri Üzerine Bir Değerlendirme. *Uluslararası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma Dergisi*, c. 6, sy. 1, 2020, ss. 15-28.