Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2013/50
Karar Sayısı : 2015/38
Karar Tarihi : 1.4.2015

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Emine Ülker TARHAN, M. Akif HAMZAÇEBİ ile birlikte 129 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 21.2.2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- Tümü ve ayrı ayrı tüm maddelerinin,

B- 1- 1. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasında yer alan *"...özel hukuk hükümlerine göre..."* ve *"...ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin..."* ibarelerinin,

b- (2) numaralı fıkrasının;

aa- (c) bendinde yer alan *"...tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında..."* ibaresinin,

ab- (ö) bendinde yer alan *"...veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi..."* ve *"...özel hukuk hükümlerine göre..."* ibarelerinin,

2- 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan *"...tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması..."* ibaresinin,

3- 3. maddesinin;

a- (3) numaralı fıkrasının,

b- (6) numaralı fıkrasında yer alan *"...idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile..."* ibaresinin,

c- (8) numaralı fıkrasının (b) ve (c) bentlerinin,

4- 4. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasında yer alan *"...özel hukuk hükümlerine tabi olup..."* ibaresinin,

b- (4) numaralı fıkrasının,

5- 13. maddesiyle, 28.3.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci ve altıncı cümlelerinin,

6- 25. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 51. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"...döner sermaye ek ödemesi dâhil..."* ibaresinin,

Anayasa'nın 2., 7., 8., 10., 11., 17., 56., 153., 155., 161., 163. ve 167. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

A- Dava Dilekçesinin Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"II. GEREKÇELER

1) 21.02.2013 Tarihli ve 6428 Sayılı "Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un Tümünün ve Ayrı Ayrı Tüm Maddelerinin Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunla -Kanundaki ifadeyle "kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde-, Sağlık Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatının ilgili birimleri ile taşra teşkilatına ait sağlık kurum ve kuruluşlarının, Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesi, onarımı, ileri teknoloji veya yüksek mali kaynak gerektiren donanımın temini ve hizmetlerin yaptırılması, tesisteki niteliği belirsiz bazı hizmetlerin sunulması vb. karşılığında; ticari hizmet alanlarının (mecburi ve ihtiyari) yükleniciye tahsisi ile yüklenicinin sözleşme kapsamında yaptığı tesislerin kullanım bedeli ile tesisin ve ekipmanların kullanıma hazır tutulmasına yönelik bakım, onarım ve benzeri hizmetler ile tesiste sunacağı sağlık ve yardımcı sağlık hizmetleri karşılığında hizmet bedeli ödenmesi ve kullanılan dış kredilere Hazine garantisi verilmesi suretiyle kamu sağlık hizmetlerinin sunulması öngörülmektedir.

Böylelikle, T.C. Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatının her türlü hizmet ve esenlik binaları ile tedavi kurumlarının yaptırılması, onarılması ve yenilenmesi ile tedavi hizmetlerinde kullanılan ekipman ve donanımın edinilmesi ve tedavi edici sağlık ve yardımcı sağlık hizmetlerinin sunulmasında, taraflar arasında yapılacak 30 yıl süreli bir imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde, sağlık hizmeti gibi sosyal hukuk devleti ilkesini ilgilendiren ve her siyasi partinin ideolojisi ve parti programları temelinde farklı çözüm yolları olan bir alanda, devletin 30 yıl boyunca kiracı ve tedavi hizmeti satın alıcısı olarak belirsiz bir bedel üzerinden yüklenim altına girdiği, yüklenicinin yapım işlerinde kullandığı kredi borçlarına Hazine garantisi verildiği, yüklenicinin enflasyon ve kur değişiminden kaynaklanan finansal risklerinin kamu tarafından üstlenildiği ve dolayısıyla sağlık hizmetlerinin kamu hukukuna tabi idari süreçlerde kamucu anlayışla üretilmesinden vaz geçilerek gelecek 30 yılın bütçesini bağlayıcı ve gelecekteki siyasi iktidarların 30 yılını bloke edici yeni bir modele geçilmektedir.

Modele geçiş Tasarının genel gerekçesinde, "Kamu özel işbirliği, kamu hizmetleri için kamu ve özel sektör arasındaki işbirliği anlaşmalarını ifade etmekte olup, işbirliği yapan taraflar arasında yatırım, risk, sorumluluk ve kazancın paylaşılması ile karakterize edilmektedir. Bu model ile yaptırılan tesislerdeki sağlık hizmetleri ise kamu tarafından sunulmaya devam edilmektedir.

Bu modelde kamu ve özel sektör, kendilerine mahsus üstün özellikleriyle birbirini tamamlamakta ve ortaya çıkan bu yapının sağladığı güçle kamu hizmetlerinin sunulmasındaki ekonomik zorluklar aşılarak kamu yararı sağlanmaktadır. Kamu özel işbirliği modeli, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yayma, hizmeti kısa dönemde sunma fırsatı tanımakta; finansal risk, bakım ve onarım maliyetleri ise özel sektörde kalmaktadır." şeklinde gerekçelendirilmektedir.

Ancak, Tasarının genel gerekçesindeki bu ifadeleri, 6428 sayılı Kanun doğrulamamaktadır.

6428 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasında, yapım işleri için gerçekleştirilecek öz kaynağın, sözleşmede belirtilen yatırım tutarının yüzde yirmisinden az olamayacağı belirtilerek, geriye kalan yüzde sekseninin iç ve dış piyasalardan kullanılacak kredilerle finanse edilmesi öngörülmekte; çerçeve 13 üncü maddesiyle, kredinin yabancı para birimi üzerinden edinilmesi halinde, kullanılacak kredi tutarı Bakanlar Kurulu kararıyla Hazine garantisi kapsamına alınmakta; 5 inci maddesinin (1) numaralı fıkrası ile ise, yükleniciye ödenecek bedel ÜFE ve TÜFE ortalaması yanında döviz kuru değişimine karşı da güvence altına alınıp, yüklenicinin enflasyon yanında kur riski de sıfırlanarak finansal risklerin tamamı devlet üzerine bırakılmaktadır.

Sabit yatırım giderlerinin (sözleşmeye göre yüklenicinin kullanımında olabilecek zorunlu ve ihtiyari ticaret alanları dahil) yüzde sekseni kredi kullanımı ile karşılanacak; yabancı para cinsinden kullanılan krediler (3 yılda bitirilecek bir inşaat için dört yıl süre belirlemek ve örneğin uygulama sözleşmesine üçüncü yılın sonunda sözleşmenin feshedilerek tesisin idare tarafından devralınması gibi bir 'danışıklı döviş' hükmü konulması temelinde) Hazine garantisi kapsamına alınacak ve finansal risklerin tamamı (enflasyon ve kur riski) devlet tarafından üstlenilecek ve yükleniciye hizmet satışı ve kar garantisi verilecek ise; söz konusu tesisleri T.C. Sağlık Bakanlığının kendisinin kredi kullanarak yapması ile özel sektöre kredi kullandırıp yaptırması arasında kamu hizmetlerinin sunumuna ilişkin "ideolojik" tercih dışında hiçbir fark kalmamakta, genel gerekçedeki "Kamu özel işbirliği modeli, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yayma, hizmeti kısa dönemde sunma fırsatı tanımakta; finansal risk, bakım ve onarım maliyetleri ise özel sektörde kalmaktadır." ifadesi boşlukta kalmaktadır.

T.C. Sağlık Bakanlığı bütçesine getireceği mali yük açısından ise, söz konusu tesisleri kendisi kredi kullanıp yaptırdığında, kredi tutarı için sadece faiz ödenecek iken, özel sektöre kredi kullandırıp yaptırması halinde kullanılan kredi için faiz yanında kar payı da ödeneceği dikkate alındığında, özel sektör eliyle yaptırmasının T.C. Sağlık Bakanlığı bütçesine daha çok mali yük getireceği ve aynı tesis için ödeyeceği toplam kullanım bedelinin, kredi anapara ve faiz toplamının çok üzerinde olacağı açıktır.

Dava dilekçesine yazılan maliyetlere ilişkin bu ifadelerin mantıksal çıkarımlar olup, herhangi bir teknik analiz ve hesaplamaya dayanmadığı ve dolayısıyla afaki olduğu ileri sürülebilir.

Anayasanın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin demokratik, sosyal, bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş; 161 inci maddesinin birinci fıkrasında, devlet

harcamalarının yıllık bütçelerle yapılacağı kurala bağlanmış ve 163 üncü maddesinde, cari ve ileriki yıl bütçelerine mali yük getirecek nitelikteki kanun tasarı ve tekliflerinde, belirtilen giderleri karşılayabilecek mali kaynak gösterilmesi zorunludur kuralına yer verilirken; kaynağını Anayasanın 161 inci maddesinden alan 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 14 üncü maddesinde ise aynen, "Merkezî yönetim kapsamındaki kamu idareleri; kamu gelirlerinin azalmasına veya kamu giderlerinin artmasına neden olacak ve kamu idarelerini yükümlülük altına sokacak kanun tasarılarının getireceği malî yükü, orta vadeli program ve malî plan çerçevesinde, en az üç yıllık dönem için hesaplar ve tasarılara eklerler. Sosyal güvenliğe yönelik kanun tasarılarında ise en az yirmi yıllık aktüeryal hesaplara yer verilir. Ayrıca, bu kanun tasarılarına Maliye Bakanlığı ile ilgisine göre Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı veya Hazine Müsteşarlığının görüşleri eklenir." denilmiştir.

Bu kurallara göre, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının hizmet ve tedavi kurumlarını bütçe olanakları içinde kendi yapıp, sağlık hizmetlerini Anayasanın 128 inci maddesindeki kurallar çerçevesinde kamu personeli eliyle yürütmesi ile "Yap-Kirala-İşlet-Devret Modeli" kapsamında yürütmesinin 30 yıl boyunca kullanım bedeli, hizmet bedeli ve garantiler dahil olmak üzere maliyet ve risk analizlerinin yapılıp karşılaştırılması ve Sağlık Bakanlığı ile Hazine Müsteşarlığını yükümlülük altına sokacak mali yükün hesaplanıp kaynağının gösterilmesi ile Maliye Bakanlığı ile ilgisine göre Devlet Planlama Teşkilatı veya Hazine Müsteşarlığının görüşlerinin Kanun tasarısına eklenmesi Anayasal bir zorunluluktur.

Kanun Tasarısı, bu hukuksal zorunlulukların hiç biri yapılmadan Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmuştur. Devlet bütçesine 30 yıl boyunca mali yük getirecek ve garantörlükten dolayı Hazineyi 30 yıl boyunca mali risklerle karşı karşıya bırakacak nitelikte olan 6428 sayılı Kanuna ilişkin Tasarıda, mali kaynak gösterilmemesi ve yükümlülük altına girilecek mali yükün hesaplanmaması ve ayrıca kanun tasarısına Maliye Bakanlığı ile DPT veya Hazine Müsteşarlığının görüşlerinin eklenmemesi, Anayasanın 163 üncü maddesine; sağlık ve yardımcı sağlık hizmetlerinin 30 yıl süreyle yıllara yaygın hale getirilmesi ise, Anayasanın 161 inci maddesinde belirtilen asli ve sürekli hizmetler nedeniyle yapılacak kamu harcamalarının yıllık bütçe esasına göre yapılması esasına aykırıdır ve 6428 sayılı Kanunun tümünün ve ayrı ayrı tüm maddelerinin iptalini gerektirir.

Öte yandan, Anayasanın 2 nci maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. Hukuk devleti ilkesi yasaların kamu yararına dayanması ögesini içerir. Çünkü devlet düşüncesi, kamu yararında biçimlenip somutlaşır ve bütün kamusal faaliyet, işlem ve girişimlerin temelinde kamu yararı ilkesi yatar. Bir yasa kuralının konulmasında kamu yararı bulunduğunun kabulü için, yasanın yalnızca özel çıkar veya belirli grup, sosyal sınıf ya da kişilere yarar sağlamayı değil, toplumun geneline yönelik yararlar sağlamayı amaçlaması, halktan toplanan vergilerin sermaye aktarımına aracılık etmek yerine, kamu hizmetlerinin verimli, etkin ve tutumlu harcanmasını hedeflemesi gerekir.

1/722 sıra sayılı Kanun Tasarısının Plan ve Bütçe Komisyonu Raporunda CHP Milletvekilleri Rahmi Aşkın Türeli (İzmir) Bülent Kuşoğlu (Ankara) ve Müslim Sarı (İstanbul) yazdıkları Karşı Oy'da, "Diğer taraftan, hastanenin yapımının sabit yatırım tutarı ile 25 yıllık (49 yıla kadar çıkabilir) toplam kira bedelleri karşılaştırıldığında ortaya çıkan büyük fark söz konusu finansman modelinin seçilmesine ilişkin olarak ciddi soru işaretlerini ortaya atmaktadır. Nitekim alt komisyon görüşmeleri sırasında Sağlık Bakanı Sayın Recep Akdağ tarafından örnek olarak verilen Kayseri Şehir Hastanesinin sabit sermaye yatırım tutarı 650 milyon TL olup, yıllık kira bedeli 137 milyon lira olarak açıklanmıştır. Söz konusu kira bedelinin alt detayına bakıldığında, 54 milyon lirası bina kullanım bedeli, 10 milyon lirası P1 olarak da adlandırılan zorunlu hizmet bedeli, 73 milyon lirası da P2 olarak adlandırılan opsiyonel hizmet bedelinden oluşmaktadır. Yıllık kira bedeli olan 137 milyon

lira 25 yıllık kira süresi için hesaplandığında 3 milyar 425 milyon lira olmaktadır. Söz konusu yıllık kira bedelinin sabit olmayıp 3 ayda bir enflasyon oranı ile dolar kurundaki artışı da içeren bir formül çerçevesinde yükseltileceği düşünüldüğünde 650 milyon lira olan sabit sermaye yatırım tutarı ile 3 milyar 425 milyon lira toplam kira bedelinin arasındaki büyük uyumsuzluk olduğu görülmektedir. Rakamlar arasındaki bu uyumsuzluğun nedeni Sağlık Bakanı tarafından yüklenicinin üstlendiği riskler olarak belirtilmiştir. Bununla birlikte, bu kadar yüksek bir risk primi başka hiçbir yapım ve işletme işinde söz konusu değildir." demişlerdir.

Sabit sermaye yatırımı 650 milyon TL olan ve 520 milyon TL'si kredi şeklinde kullanılıp Hazine garantisi kapsamına alınan ve ayrıca yüklenicinin enflasyon ve kur değişimine ilişkin finansal riskleri devlet tarafından üstlenilip sıfırlanan bir hastane için, 25 yılda 3 milyar 425 milyon TL ödenmesinin Sağlık Bakanlığınca olağan karşılandığı gerçeği göz önüne alındığında, 6428 sayılı Kanunda öngörülen "Yap-Kirala-İşlet-Devret" modelinde kamu yararı olmadığı Kayseri Şehir Hastanesi örneğiyle sabittir ve 6428 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (m) bendinde öngörülen "Ön fizibilite raporu"nun, Anayasanın 163 üncü maddesi ile 5018 sayılı Kanunun 14 üncü maddesindeki kuralları karşılamadığı ve ilgisinin de bulunmadığı açık olduğu gibi, işlerliğinin bulunmadığı da "Karşı Oy"da belirtilen örnekle açığa çıkmıştır.

Bu itibarla 6428 sayılı Kanunda kamu yararı bulunmadığı açık olduğundan Kanunu tümü ve ayrı ayrı tüm maddeleri, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine de aykırıdır.

6428 sayılı Kanunun, Devlete ve bütçesine 30 yıl süreli bir mali yükümlülük getirdiği gözetildiğinde, Anayasanın 163 üncü ve 5018 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinde öngörülen kuralların yerine getirilmediği ve alternatif hizmet sunum yöntemlerinin maliyet ve risk analizlerinin yapılıp siyasal iktidarın tercihi ideolojik niteliğinden arındırılarak teknik bir maliyet-yarar tercihine büründürülmediği sürece, bugünün siyasi iktidarının ideolojik tercihi ve bürokratlarının imzası, her siyasi iktidara göre değişebilen sağlık politikaları bağlamında yarın için gelecek hükümetlerin kamu yararı takdirini 30 yıl süreyle bloke ederek olumlu olumsuz yeni bir tasarruf yapmasını (tahkim yolu da açık tutulduğu gözetildiğinde) bütünüyle olanaksız kılmaktadır.

Demokratik hukuk devletinde, siyasi iktidarlara gelecek 30 yılın sağlık politikasını bağlayıcı kurallar koyma ve bürokratlara gelecek 30 yılın bütçelerini bu günden tahsis etme yetkisi verilirken, sunulacak sağlık hizmetinin değişik yöntemlere göre alternatif maliyetlerinin, tercih edilenin maliyet ve yarar avantajları ile marjinal faydasının, 30 yılı bağlayıcı yaygın yüklenmeye esas olan meşru amaç ve yarar dengesinin, istisnadan yararlanmak için yıllık bütçe plan tekniğini bertaraf etmeyi zorunlu kılan nedenlerin, bunu mümkün kılan yasa ve gerekçesinde sistematik yoruma elverişli, açık ve net bir şekilde ortaya konulması gerekir.

Demokratik devlet, gelecek siyasi iktidarların kamu hizmetlerine ilişkin siyasa tercihlerini ideolojik nedenlerle bugünden bloke etmemeyi, hukuk devleti ise her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı gerekli kılar. Oysa, 6428 sayılı Kanunun, siyasa tercihini ideolojik içeriğinden arındıran teknik analiz ve değerlendirmelere de dayanmadan, genel gerekçedeki genel geçer ifadelerle gelecek 30 yılın iktidarlarının sağlık hizmetlerinin sunumuna ilişkin siyasa tercihlerini bu günden bloke etmesi, Anayasanın 2 nci maddesindeki demokratik devlet ilkesine, kamu maliyesini 30 yıl süreyle yükümlülük altına sokması ile Hazineyi özel sektörün borçlarını üstlenmek zorunda bırakarak geçmişte örneği yaşanan mali krizlere davetiye çıkarması ise hukuk devletinin ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturur.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6428 sayılı Kanunun tümü ve ayrı ayrı tüm maddeleri, Anayasanın 2 nci, 161 inci ve 163 üncü maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

2) 6428 Sayılı Kanunun 1 inci Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasındaki, "... özel hukuk hükümlerine göre ..." İbaresi ile (2) Numaralı Fıkrasının (ö) Bendindeki, "... özel hukuk hükümlerine göre ..." İbaresinin ve 4 üncü Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasındaki "... özel hukuk hükümlerine tabi olup ..." İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (ö) bendi ve 4 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasında, kamu özel işbirliği modeli çerçevesinde, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerine yaptırılacak sağlık ve ticari hizmet alanları tesisleri ile mevcut tesislerin yenilenmesi işlerinin; bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetlerinin ve ileri teknoloji ya da mali kaynak gerektiren bazı hizmetler ile bazı sağlık hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin olarak yapılacak 30 yıl süreli sözleşmenin özel hukuk hükümlerine göre yapılacağı belirtilmektedir.

Ancak, 6428 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (ö) bendi ve 4 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasında, yüklenici ile Sağlık Bakanlığı veya bağlı kuruluşları arasında yapılacak sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu belirtilmesine rağmen; 6428 sayılı Kanun bir bütün olarak incelendiğinde söz konusu sözleşmenin "imtiyaz sözleşmesi"nin bütün unsurlarını taşıdığı ve dolayısıyla "idari sözleşme" olduğu anlaşılmaktadır.

Öğretide "imtiyaz, idarenin belli bir özel kişi ile yaptığı sözleşme uyarınca belli bir kamu hizmetinin kar ve masrafları, kar ve zararı özel kişiye ait olmak üzere, belli bir kişice kurulması ve/veya işletilmesi usulüdür." şeklinde tanımlanırken; imtiyaz sözleşmesi ise, "konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olan bir kamu hizmetinin bir özel kişi tarafından kurulmasını ve belli bir süre işletmesini veya kurulmuş bulunan bir kamu hizmetinin belli bir süre işletilmesini öngören idari sözleşmelerdir." biçiminde tanımlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi ise, 28.6.1995 günlü ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararında imtiyazı, "Kamu hizmetinin, uzun süreli bir 'idarî sözleşme' uyarınca, sermayesi, kârı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerince yerine getirilmesine İMTİYAZ denir." şeklinde tanımlamış; imtiyaz sözleşmesini ise, "Gereksinimler karşısında yönetimin işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını zorunlu kılmakta ve kamu hizmetinin özel girişime gördürülmesine olanak sağlamaktadır. Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler 'kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri' olarak tanımlanmaktadır." şeklinde ortaya koyarak, "Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanıması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idarî sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar." saptamasında bulunmuştur.

Sağlık hizmetlerinin Anayasanın 56 ncı maddesine göre, kamu hizmeti kapsamında olduğunda hiçbir kuşku yoktur.

6428 sayılı Kanuna göre, devlet sağlık hizmetlerini; Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerine Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları ile yükleniciler

arasında imzalanacak 30 yıl süreli sözleşmeler kapsamında yaptırılacak sağlık ve ticari hizmet alanı (zorunlu ve ihtiyari) tesislerinde sunacak; Kanunun 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (ö) bendine göre, sözleşmenin kapsamında "ileri teknoloji ve yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi" ile 1 inci maddenin (2) numaralı fıkrasının (c) bendine göre "tesisteki belli hizmetlerin sunulması" ve (e) bendine göre ise "hizmet alımı yoluyla gördürülebilecek hizmetlerin sunulması" işleri de olacak ve böylece sağlık ve yardımcı sağlık hizmetleri yüklenici aracılığı ile sunulabilecek; 1 inci maddenin (2) numaralı fıkrasının (c), (e) ve (j) bentlerine göre yükleniciye karşılığında yaptığı tesislerin kullanım bedeli ile tesisteki belli hizmetleri sunmasının bedeli idare tarafından ödenecek; tesisteki mecburi ticari hizmet alanları, idare ve yüklenici tarafından piyasa rayiç fiyatlarına göre belirlenen ücret karşılığında hizmetten yararlananlardan alınacak bedeller karşılığında yüklenici tarafından işletilirken, ihtiyari ticari hizmet alanlarının neler olduğu ve işletilmesi ihale dokümanlarında belirlenecek; 4 üncü maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre, idare yüklenicinin sözleşme kapsamındaki bütün faaliyetlerini denetleyecek ve Sağlık Bakanlığı yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve ayrıca yönetim sistemi kurabilecek; 4 üncü maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre, yüklenici sabit yatırımları, ek süre verilmesine rağmen yerine getiremez ise, finans sağlayıcılar ile idare anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe giderek yatırım işlerinin yapılmasını sağlayabilecek; 4 üncü maddenin (7) numaralı fıkrasına göre, yüklenici sözleşmede üstlendiği hizmetleri yerine getiremez ise, idare tarafından sağlık hizmeti, yüklenici nam ve hesabına başka firmalara yaptırılabilecek; yüklenicinin üstlendiği hizmeti yerine getirememesi, sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hale gelmesi boyutuna ulaşır ve hizmet sunumu sözleşmede belirtilen performans puanının altında kalırsa, sözleşme fesih edilmekle birlikte, idare finans sağlayıcılar ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gidebilecektir.

Anayasanın 47 nci maddesinin 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle değişik dördüncü fıkrasında, devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceğinin kanunla düzenleneceği kurallaştırılmakla ve 6428 sayılı Kanunda da sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu belirtilmekle birlikte; Anayasa Mahkemesi 28.6.1995 günlü ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararında "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." demiştir.

6428 sayılı Kanunun konusunu, sadece sağlık hizmetlerinin yükleniciler tarafından yapılacak tesislerde yürütülmesi değil; bunun yanında manyetik görüntüleme, bilgisayarlı tomografi, ameliyat üniteleri gibi ileri teknoloji veya yüksek mali kaynak gerektiren tıbbi donanımın temini ve bunlar aracılığıyla yapılacak teşhis, tanı, önleyici ve ameliyat gibi tedavi edici sağlık hizmetleri ile yardımcı sağlık hizmetlerinin gördürülmesi oluşturmakta; süresi 30 yıl gibi oldukça uzun bir süreyi kapsamakta ve eşitler arasındaki özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak idareye, sözleşme kapsamındaki yatırım ve hizmetleri yüklenici nam ve hesabına yaptırmaktan yüklenicinin ortaklık yapısını değiştirmeye, hizmet sunumuna ilişkin performans göstergeleri koyup, yüklenicinin performansını değerlendirmekten denetlemeye ve hatta yükleniciye gördürülecek hizmetlerin sunulmasına ilişkin yönetim ve organizasyon sistemi oluşturmaya varan üstün kamusal yetkiler verilmekte ve tesislerin 30 yılın sonunda idareye bedelsiz devri öngörülmektedir.

Tüm bu hususlar gözetildiğinde ve Anayasa Mahkemesinin 28.6.1995 günlü ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı ile 26.3.1997 günlü ve E. 1996/63, K. 1997/40 sayılı kararı dikkate alındığında, yükleniciler ile idare arasında imzalanacak sözleşmenin, özel

hukuk sözleşmesi değil, idari nitelikteki imtiyaz sözleşmesi olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Kanun Tasarısının Türkiye Büyük Millet Meclisine, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının hizmet ve tedavi kurumlarını bütçe olanakları içinde kendi yapıp, sağlık hizmetlerini kamu hukukuna tabi süreçlerde kamu personeli eliyle yürütmesi ile "Yap-Kirala-İşlet-Devret Modeli" kapsamında yürütmesinin 30 yıl boyunca kullanım bedeli, hizmet bedeli ve garantiler dahil olmak üzere maliyet ve risk analizleri yapılıp karşılaştırılmadan ve Sağlık Bakanlığı ile Hazine Müsteşarlığını yükümlülük altına sokacak mali yük hesaplanıp kaynağı gösterilmeden ve Maliye Bakanlığı ile ilgisine göre Devlet Planlama Teşkilatı veya Hazine Müsteşarlığının görüşleri Kanun tasarısına eklenmeden sunulmuş olduğu gerçeği göz önüne alındığında; yasa koyucunun imtiyaz sözleşmesini, özel hukuk sözleşmesi olarak tanımlamasının nedeninin, söz konusu sözleşmeleri, Anayasanın 155 inci maddesine göre Danıştayın ön incelemesinden kaçırmak ve Danıştay denetiminin dışına taşımak olduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, imzalanacak sözleşmeler, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olmasına rağmen, Danıştayın ön incelemesi ve denetiminden kaçırmak için özel hukuk sözleşmesi olarak niteleyen 6428 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki, "... özel hukuk hükümlerine göre ..." ibaresi ile (2) numaralı fıkrasının (ö) bendindeki, "... özel hukuk hükümlerine göre ..." ibaresi ve 4 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki "... özel hukuk hükümlerine tabi olup ..." ibaresi Anayasanın 155 inci maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

3) 6428 Sayılı Kanunun 1 inci Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasındaki "... ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin ..." İbaresi ile (2) Numaralı Fıkrasının (ö) Bendindeki "... veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi ..." İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6423 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (ö) bendiyle, "ileri teknoloji ya da mali kaynak gerektiren bazı hizmetler"in sunumu da sözleşme kapsamına alınarak, niteliği belirsiz olan söz konusu hizmetlerin de 30 yıl boyunca özel sektör tarafından sunulup, bedelinin kamu bütçesinden ödenmesi öngörülmektedir.

İhale ile şirketlere devredilmesi ya da hizmet satın alma yoluyla gördürülmesi kabul edilen hizmetlerin içeriğine ve niteliğine ilişkin bir belirleme, çerçeve, sınır bulunmamaktadır. Yasanın diğer maddelerinde de hizmetlerin kapsamı belirtilmemektedir. Tıbbın geldiği aşama itibariyle bir sağlık tesisinde verilen teşhis ve tanıya ilişkin tüm laboratuvar hizmetleri ile tüm tedavi hizmetleri "ileri teknoloji" ya da "yüksek mali kaynak gerektiren" hizmetler olarak nitelendirilebileceği gibi bunlardan bir kısmı kapsam içinde, bir kısmı da kapsam dışında değerlendirilebilir ve bu değerlendirme kişiden kişiye değişiklik gösterir.

Oysa, hukuk devleti ilkesi kurallarda belirlilik gerektirir. Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur. İptali istenen "ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetler" ibareleri, belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özellikleri taşımaması nedeniyle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığından Anayasanın 2 nci maddesine aykırılık oluşturur.

Öte yandan, Anayasanın 7 nci maddesindeki "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki devredilemez" kuralına göre, yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Yasa ile yetkilendirme Anayasanın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmez. Yasa koyucunun, ilkelerini koymadan, sınırlarını belirlemeden ve çerçevesini çizmeden "ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetleri" belirleme yetkisini idareye bırakması, yasama yetkisinin devri anlamına geldiğinden Anayasanın 7 nci maddesine aykırılık oluşturur.

Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin sağlık hakkına ilişkin 12 nci maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde hastalık durumunda herkese tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak koşulların yaratılması amacıyla taraf devletlerin gerekli tedbirleri alacakları hükme bağlanmıştır. Yine Anayasanın 2 nci maddesinde düzenlenen sosyal devlet, insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlayan devlettir. Sosyal devlet sağlık hakkının tam olarak gerçekleştirilmesi için gereken önlemleri almayı zorunlu kılmaktadır.

Yorum Belgesinin "Koruma" başlıklı düzenlemesi, üçüncü kişiler tarafından tedarik edilen sağlık bakımı ve sağlık hizmetlerine eşit erişimi sağlayacak yasal düzenlemeleri yapma veya bununla ilgili başka tedbirler alma; sağlık sektörünün özelleştirilmesinin sağlık tesislerinin, mal ve hizmetlerinin mevcutluğu, erişilebilirliği, kabul edilebilirliği ve niteliği için bir tehlike oluşturmamasını güvence altına alma ve pratisyen hekimlere diğer sağlık personelinin uygun standartta eğitim, bilgi ve etik davranış kurallarına sahip olmalarını sağlama görevlerinin taraf devletlerin yükümlülükleri arasında saymaktadır.

Sağlık hizmetlerinin sunumuna, hizmetin organizasyonuna, sağlık hizmetinin niteliğine uygun olarak yapılmayan düzenleme ile kamu sağlık tesisi içindeki tüm sağlık hizmetlerinin ve sağlık hizmeti ile bağlantılı diğer tüm hizmetlerin "gördürülmesine" olanak sağlayan iptali istenen düzenleme Anayasanın 17 nci ve 56 ncı maddelerine de aykırı olup iptali gerekir.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 6428 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki "... ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin ..." ibaresi ile (2) numaralı fıkrasının (ö) bendindeki "... veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi ..." ibaresi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 17 nci ve 56 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

4) 6428 Sayılı Kanunun 1 inci Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının (c) Bendindeki "tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında ..." İbaresi ile 2 nci Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasındaki "... tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması ..." İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendinde, "tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında" yükleniciye bedel ödeneceği öngörülür iken; 2 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise, Bakanlık ve bağlı kuruluşlarının, öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar doğrultusunda kullanımlarında bulunan tesislerin yenilenmesi işlerini, tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması karşılığında yaptırabileceği kuralları getirilmektedir.

İptali istenen düzenlemelerde geçen "belli hizmetler" ibaresinde belirlilik yoktur ve tıbbi hizmetlerden hangilerini kapsayıp, hangilerini kapsamadığı belirsizdir.

Oysa, hukuk devleti ilkesi kurallarda belirlilik gerektirir. Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur. İptali istenen "... tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması ..." ibareleri, belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özellikleri taşımaması nedeniyle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığından Anayasanın 2 nci maddesine aykırılık oluşturur.

Öte yandan, Anayasanın 7 nci maddesindeki "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki devredilemez" kuralına göre, yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Yasa ile yetkilendirme Anayasanın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmez. Yasa koyucunun, ilkelerini koymadan, sınırlarını belirlemeden ve çerçevesini çizmeden "tesislerdeki belli hizmetleri" belirleme yetkisini idareye bırakması, yasama yetkisinin devri anlamına geldiğinden Anayasanın 7 nci maddesine aykırılık oluşturur.

Sınırları belirlenmeden yetki kullanımına olanak veren düzenleme sonucu tüm tıbbi hizmetlerin yükleniciye bırakılması söz konusudur. Bu tür yetki kullanımı nedeniyle sağlık hizmetlerine erişimi olumsuz etkilemeyecek, güvenceler getirilmemiştir. Belli hizmetlerin sunulmasının devri kapsamında özel hukuk sözleşmesiyle, şirketlere devredilecek sağlık hizmetlerinin tıpta uzmanlık ve yan dal uzmanlık eğitimini olumsuz etkilemesini önleyici güvencelere de yer verilmemiştir.

Söz konusu tesise sağlık hizmeti almak üzere başvuran hastaların ve diğer tıp alanlarının özel şirkete devredilen sağlık hizmeti alanındaki hekimlerden konsültasyon hizmetlerini almalarını sağlayıcı hükümler de bulunmamaktadır. Bu nedenle iptali istenen düzenlemedeki belirsizlik tıpta uzmanlık eğitimi hizmetlerini olumsuz etkileyecek niteliktedir. Anayasa Mahkemesinin 16.7.2010 günlü ve 2010/29E.-2010/90K. Sayılı kararında da sağlık hizmetine erişimi kısıtlayacak düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğu açıkça belirtilmiştir.

Devredilebilecek hizmetlerin niteliği, devrin kurallarına ilişkin herhangi bir belirleme yapılmaksızın "tesislerdeki belli hizmetlerin" ibaresi ile düzenleme yapılması ve bu yolla sağlık hizmetlerinin yüklenicilere bırakılması Anayasanın 17 nci ve 56 ncı maddelerine de aykırılık oluşturur.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 6428 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendindeki "tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında ..." ibaresi ile 2 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki "... tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması ..." ibaresi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 17 nci ve 56 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

5) 6428 sayılı Kanunun 3 üncü Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (3) numaralı fıkrasında, gerek görülmesi hâlinde birden fazla tesisin yapım veya yenileme işinin tek bir ihale ile yaptırılabileceği kurala bağlanmaktadır.

6428 sayılı Kanunun genel gerekçesinde, "yap-kirala-işlet-devret" modeli, "Bu modelde kamu ve özel sektör, kendilerine mahsus üstün özellikleriyle birbirini tamamlamakta ve ortaya çıkan bu yapının sağladığı güçle kamu hizmetlerinin sunulmasındaki ekonomik zorluklar aşılarak kamu yararı sağlanmaktadır. Kamu özel işbirliği modeli, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yayma, hizmeti kısa dönemde sunma fırsatı tanımakta" ifadeleri ile gerekçelendirilerek yapılacak tesislerin ve edinilecek ileri teknoloji veya yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin, büyük sermayeler gerektirdiğine vurgu yapılmakta ve bu niteliğinden dolayı da yüzde sekseninin kredi ile yapılmasına olanak tanınmaktadır.

Dolayısıyla, söz konusu işlerin proje maliyeti devletin bütçe imkanlarını zorlayacak derecede yüksektir ve yüksek olduğu için de devlet tarafından yapılamayıp, özel sektöre yaptırılmakta ve söz konusu tesisleri devlet 30 yıl boyunca kiralayarak bütçeye olan maliyetini yıllara yaymaktadır.

Anayasanın 167 nci maddesinin birinci fıkrasında devlete; para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemesi için gerekli önlemleri alma ve piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme görevleri verilmiştir.

Devletin bütçe imkanlarıyla yapamayacağı derecede mali boyutu yüksek olan söz konusu tesislerin yapım ve yenilenmesine ilişkin birden fazla tesisin yapım, yenileme ve hizmet sunumu işlerinin tek bir ihale kapsamında toplanıp tek bir ihale kapsamında ihale edilmesi, sağlık hizmetleri sektöründe rekabeti ortadan kaldıran ve tekelleşmeye yol açan bir nitelik taşıdığından, Devlete Anayasanın 167 nci maddesinin birinci fıkrasıyla verilen görevlerle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 6428 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (3) numaralı fıkrası Anayasanın 167 nci maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

6) 6428 Sayılı Kanunun 3 üncü Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasındaki "... idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile ..." İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (6) numaralı fıkrasında, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen "mali ve teknik yeterlik kriterleri"nin neler olduğu yasayla belirlenmek yerine, hiçbir ölçü getirilmeden ve çerçeve çizilmeden "mali ve teknik yeterlik kriterleri"ni belirleme yetkisi bütünüyle idareye bırakılmaktadır.

Bütçe olanaklarıyla yapılamayacak derecede mali güç gerektiren işlerin ihalelerinde isteklilerin ihale konusu işi yapabilme yeterliliklerini gösteren "mali ve teknik yeterlik kriterleri"nin neler olduklarının, kuvvetler ayrılığına dayalı bir hukuk devletinde yasayla belirlenmesi gerekir.

Nitekim, 04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 10 uncu maddesinde, ihaleye katılımda isteklilerde aranacak yeterlik kriterleri, ihalelerde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ile kaynakların verimli kullanılmasının gereği olarak, "ekonomik ve mali yeterlik" ve "mesleki ve teknik yeterlik" bağlamında tek tek sayılmıştır.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen

kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğunun bilincinde olan devlettir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk devleti, tüm eylem ve işlemlerinde yönetilenlere en güçlü ve en kapsamlı şekilde hukuksal güvence sağlayan devlettir. Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Belirlilik ve öngörülebilirlik ise, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesi, tutum ve davranışlarını buna göre düzene sokabilmesidir.

İhaleye istekli olabileceklerde aranacak mali ve teknik yeterlik kriterlerinin yasayla belirlenmek yerine, her ihalede değişebilecek şekilde idareye bırakılmasıyla hukuksal belirsizlik yaratılarak, kişilerin hukuk güvenliklerinin ortadan kaldırılması, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Öte yandan, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi uyarınca, yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Anayasaya göre yürütmenin asli düzenleme yetkisi, Anayasanın gösterdiği ayrık haller dışında yoktur. Bu yetki Anayasanın 7 nci maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiştir ve devredilemez. Yürütme, ancak yasayla asli olarak düzenlenmiş alanda kural koyabilir.

Anayasanın çeşitli maddelerinde yer alan "kanunla düzenlenir" değiminden neyin anlaşılması gerektiği hususuna Anayasa Mahkemesi, 18.06.1985 günlü ve E.185/3, K.1985/8 sayılı kararında, "Yasa koyucu, belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacaktır." şeklinde açıklık getirmiştir.

Bu bağlamda, ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen "mali ve teknik yeterlik kriterleri"nin neler olduğunun hiçbir ölçü getirilmeden ve çerçeve çizilmeden belirleme yetkisinin bütünüyle idareye bırakılması Anayasanın 7 nci maddesindeki yasama yetkisinin devredilmeyeceği kuralına aykırılık oluşturur.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 6428 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (6) numaralı fıkrasındaki "... idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile ..." ibaresi, Anayasanın 2 nci ve 7 nci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

7) 6428 Sayılı Kanunun 3 üncü Maddesinin (8) Numaralı Fıkrasının (b) ve (c) Bentlerinin Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (8) numaralı fıkrasının (b) bendinde, "Doğal afetler, salgın hastalıklar, can ve mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması sebebiyle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması" halinde; (c) bendinde ise, "İhale konusu işin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin belirlenememesi" durumunda, ihalelerin pazarlık usulüyle yapılacağı; (b) bendindeki işlerin pazarlık usulüyle ihalesinde ilan yapılmayacağı kuralları getirilmektedir.

6428 sayılı Kanunla sağlık hizmetlerinin devlete ait sağlık tesislerinde kamu hukukuna tabi idari süreçlerde sunulmasından vaz geçilerek, devletin gözetim ve denetiminde özel sektör eliyle sunulması ve bedelinin kamu bütçesinden ödenmesi öngörülmekte; bu bağlamda gelecek siyasal iktidarların 30 yılını da bloke eden temel bir politika değişikliğine gidilmektedir.

Kamu siyasalarına ilişkin temel politika değişikliklerinin uzun araştırma ve inceleme süreçlerinden sonra verilmesi ve gelecek siyasal iktidarların tercihlerini bloke etmemesi gerekeceğinde kuşku yoktur. Ancak, gerekli araştırma ve incelemelerin yapılıp kurum görüşlerinin Kanun Tasarısına eklenmediği Kanun Tasarısından, gelecek iktidarların siyasa tercihlerini 30 yıl boyunca bloke ettiği de Kanundan anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte, 6428 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (m) bendinde, "ön fizibilite raporuna" yer verilmiştir.

Sağlık hizmetlerinin sunumunda temel politika değişikliğine gidildiği ve tesis ve hizmetlerin ihalesinden önce "ön fizibilite raporu"nun öngörüldüğü bir süreçte, "Doğal afetler, salgın hastalıklar, can ve mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması sebebiyle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması" gibi bir gerekçeyle ihalenin pazarlık usulüyle yapılmasının maddi tabanı ve gerçekliği olamaz. Çünkü, yapılması öngörülen tesisler, "Doğal afetler, salgın hastalıklar, can ve mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması" sebeplerine değil; temel politika değişikliğine dayanmakta ve Doğal afetler, salgın hastalıklar, can ve mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması"na konu oluşturabilecek "acil yardım merkezi", "halk sağlığı polikliniği", "diş sağlığı merkezi" gibi küçük merkez ve poliklinikleri değil; devlet bütçesiyle karşılanamayacak derecede büyük mali güç gerektiren devasa tesisleri konu almaktadır. Dolayısıyla, açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulüyle ihale edilmesi gereken devasa tesis ve hizmetlerin, "Doğal afetler, salgın hastalıklar, can ve mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması" sebepleriyle, pazarlık usulüyle ihale edilebilmesinde neden-sonuç ilişkisi olmadığı gibi ölçülülük de yoktur.

Anayasa Mahkemesinin 27.12.2012 gün ve E. 2012/102, K. 2012/207 sayılı Kararında belirtildiği üzere, "Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik", başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını; "gereklilik", başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir."

İdarelere takdir hakkı tanıyan düzenlemeler yapılması kamu hizmetlerinin kesintisiz ve sürekli bir şekilde yürütülmesi için gereklidir. Ancak bu düzenlemeler takdir hakkını keyfiliğe taşıyacak nedensiz argümanlar boyutuna ulaşmamalıdır. Devlet bütçesinin kaldıramayacağı mali boyutu oldukları gerekçesiyle sağlık hizmetlerinin sunumunda, gelecek iktidarların 30 yıllık politika seçeneklerini de bloke eden temel siyasa değişikliğinde, "Doğal afetler, salgın hastalıklar, can ve mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması" gibi gerekçelerin arkasına sığınarak 30 yılın bütçesini ilgilendiren

ihalelerin pazarlık usulüyle yapılmasının elverişlilik, gereklilik ve ölçülülük kriterlerine uymadığı ek açıklama yapılmayacak derecede açıktır.

Öte yandan, 6428 sayılı Kanun kapsamındaki ihale konusu işlerin tamamı, özgün nitelikte ve karmaşıktır. Özgün nitelikte ve karmaşık olmaları, pazarlık usulüyle ihale edilmelerine gerekçe oluşturacak ise tamamının pazarlık usulüyle ihale edilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ancak, özgün ve karmaşık nitelikte olmaları nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin belirlenebilmesi için, Kanunun 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasında idarelere söz konusu projeler için danışmanlık ile araştırma-geliştirme hizmeti satın alma olanağı getirilmiş; (2) numaralı fıkrasının (m) bendinde "ön fizibilite raporu", (n) bendinde "ön proje" (i) bendinde "kesin proje" ve (t) bendinde "uygulama projesi" yapılması öngörülmüştür. Tüm bunlara rağmen, ihale konusu işin teknik ve mali özellikleri belirlenemiyor ise, teknik ve mali özellikleri dahi belirlenemeyen işleri ihale etmeye ve yaptırıp işlettirmeye ve bunlar için kamu bütçesinden 30 yıl süresince bedel ödemeye kalkışmak, "bulanık suda balık avlamak"tan da beter bir kamusal belirsizliğe dayalı bilinemezliğe tekabül ettiğinden hiç yaptırmamak gerekecek; belirsizliğe dayalı kamusal faaliyetlere kaynak aktarılmasında kamu yararı bulunmayacağından Anayasanın 2 nci maddesine aykırılık oluşturacaktır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6428 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (8) numaralı fıkrasının (b) ve (c) bentleri Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

8) 6428 Sayılı Kanunun 4 üncü Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

a- (4) Numaralı Fıkranın Birinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

4628 sayılı Kanunun (4) numaralı fıkrasında "İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler veya denetletir. Bakanlık, yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve yönetim sistemi kurabilir." denilmiştir.

(4) numaralı fıkranın birinci cümlesi ile, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini denetleme ve denetletme konusunda idareye verilen yetkinin çerçevesi çizilmemiş, temel ilkeleri gösterilmemiştir. İdarece yapılacak ve yaptırılacak denetimin ve Sağlık Bakanlığı tarafından kurulması öngörülen denetim sisteminin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkelerin belirlenmemesi, söz konusu kuralın belirsizliğine de yol açmakta ve bu belirsizliğin Anayasanın 2 nci maddesine aykırılık oluşturduğu açıktır.

Hukuk devletinin temel unsurlarından birisi de "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesidir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

b- (4) Numaralı Fıkranın İkinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

(4) numaralı fıkranın ikinci cümlesi ile, yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak kurulacak "denetim ve yönetim sistemi" konusunda da yürütme organına (Bakanlığa); yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olarak genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmiştir.

Anayasaya göre yürütmenin asli düzenleme yetkisi, Anayasanın gösterdiği ayrık haller dışında yoktur. Bu yetki Anayasanın 7 nci maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiştir ve devredilemez. Yürütme, ancak yasayla asli olarak düzenlenmiş alanda kural koyabilir.

Yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme anlamına gelmeyeceğinden, yürütmeye devredilen yetkinin Anayasaya uygun olabilmesi için yasada temel esasların belirlenmesi, sınırların çizilmesi gerekir.

Anayasanın çeşitli maddelerinde yer alan "kanunla düzenlenir" değiminden neyin anlaşılması gerektiği hususuna Anayasa Mahkemesi, kararlarıyla açıklık getirmiştir. Örneğin, 18.06.1985 günlü, E.1985/3, K.1985/8 sayılı kararında, konuyu şöyle belirginleştirmiştir:

"Yasa koyucu, belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacaktır.".

Esasen Anayasanın 8 inci maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir, hükmünün anlamı da budur. (Anayasa Mahkemesinin 22.06.1988 tarih E.1987/18, K.1986/23, sayılı kararı, R.G. 26.11.1988, sa. 2001)

Diğer taraftan Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 11 inci maddesinde yer alan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ve dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ile bağdaşması düşünülemez (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E. 1987/28, K. 1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225). Bu nedenle de belirtilen kural Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle 21/02/2013 Tarihli ve 6428 Sayılı " Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" un 4 üncü Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının;

a- Birinci cümlesinin Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine,

b- İkinci cümlesinin Anayasanın 2 nci, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine,

aykırı olduğundan iptalleri gerekir.

9) 21.02.2013 Tarihli ve 6428 Sayılı "Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 13 üncü Maddesi ile 28.03.2002 Tarihli ve 4749 Sayılı Kanuna Eklenen 8/A Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

a- 8/A Maddesinin Birinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunun 13 üncü maddesi ile, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci cümlesinde; genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler tarafından yap-işlet-devret modeliyle gerçekleştirilmesi planlanan ve tutarı asgari 1 milyar lira olması öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmeleri ve yap-kirala-devret modeliyle gerçekleştirilmesi planlanan, tutarı asgari 500 milyon lira olan sözleşmelerde; sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınması hükmünün bulunması halinde, sözkonusu yatırım ve hizmetler için yurt dışından sağlanan finansman ve bu finansmana ilişkin Mali yükümlülüklerin Hazine Müsteşarlığı tarafından üstlenilmesine karar vermeye, üstlenime konu Mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ilişkin usul ve esasları düzenlemeye Bakanlar Kurulunun yetkili olması öngörülmüştür.

8/A maddesinin birinci cümlesinde Bakanlar Kuruluna verilen yetki düzenlenirken, "üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemeye, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri için Bakanın teklifi, özel bütçeli kamu idareleri için ilgili Bakanın talebi ve Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir." denilmiştir.

Bu kural ile Hazine Müsteşarlığı'nın üstleneceği mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirleme ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esaslar konusunda; temel ilkeler belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin sınırsız, belirsiz, geniş bir ekonomik alan Bakanlar Kurulu'nun düzenlemesine bırakılmıştır.

Anayasaya göre yürütmenin asli düzenleme yetkisi, Anayasanın gösterdiği ayrık haller dışında yoktur. Bu yetki Anayasanın 7 nci maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiştir ve devredilemez. Yürütme, ancak yasayla asli olarak düzenlenmiş alanda kural koyabilir.

Yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme anlamına gelmeyeceğinden, yürütmeye devredilen yetkinin Anayasaya uygun olabilmesi için yasada temel esasların belirlenmesi, sınırların çizilmesi gerekir.

Anayasanın çeşitli maddelerinde yer alan "kanunla düzenlenir" değiminden neyin anlaşılması gerektiği hususuna Anayasa Mahkemesi, kararlarıyla açıklık getirmiştir. Örneğin, 18.06.1985 günlü, E.1985/3, K.1985/8 sayılı kararında, konuyu şöyle belirginleştirmiştir:

"Yasa koyucu, belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacaktır.".

Esasen Anayasanın 8 inci maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir, hükmünün anlamı da budur. (Anayasa Mahkemesinin 22.06.1988 tarih E.1987/18, K.1986/23, sayılı kararı, R.G. 26.11.1988, sa. 2001)

Açıklanan nedenlerle üstlenime konu Mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ilişkin usul ve esasları düzenleme konusunda Bakanlar Kuruluna yetki veren kural, Anayasanın 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırıdır.

Ayrıca nesnel yasa kuralları ile sınırları gösterilmemiş bir yetkinin, keyfi uygulamalara yol açabileceği ve bu nedenle Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesi ile de uyumlu olamayacağı da kuşkusuzdur. Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ve Anayasanın 11 inci maddesinde yer alan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaşması da beklenemez.

b- 8/A Maddesinin Altıncı Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunun 13 üncü maddesi ile, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin beşinci cümlesinde "Bu madde kapsamında mali yıl içinde taahhüt edilecek borç üstleniminin limiti, Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile belirlenir." denildikten sonra altıncı cümlesinde "Söz konusu limiti bir katına kadar artırmaya Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir." denilmiştir.

Görüldüğü üzere altıncı cümle ile, Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile belirlenmesi öngörülen limiti bir katına kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınmış, diğer bir ifade ile bütçe kanunu ile belirlenecek limitin özel bir Kanun olan 4749 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesindeki sözkonusu düzenleme ile arttırılması yani değiştirilmesi öngörülmüştür.

Anayasa Mahkemesinin 28.12.2005 gün ve E.2005/146, K.2005/105 sayılı kararında;

"Anayasanın 163. maddesinde, "Merkezi yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek miktarın sınırını gösterir. Harcanabilecek miktar sınırının Bakanlar Kurulu kararıyla aşılabileceğine dair bütçelere hüküm konulamaz. Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapmak yetkisi verilemez." denilmiştir.

Anayasanın 88. ve 89. maddelerinde yasa tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce görüşülmesi usul ve esasları ile yayımlanması düzenlenirken, bütçe yasa tasarılarının görüşülme usul ve esasları 162. maddede ayrıca belirtilmiştir. Bu maddeye göre, bütçe yasa tasarılarının görüşülmesinde ayrı bir yöntem kabul edilmiş, Genel Kurul'da üyelerin gider artırıcı veya gelir azaltıcı tekliflerde bulunmaları önlenmiştir. Anayasanın 89. maddesinde de, Cumhurbaşkanı'na bütçe yasalarını bir daha görüşülmek üzere TBMM'ne geri gönderme yetkisi tanınmamıştır. Öte yandan, Anayasanın 163. maddesinde, bütçelerde değişiklik yapılabilmesi esasları ayrıca düzenlenmiş, Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapma yetkisi verilmemiştir.

Anayasada birbirinden tamamen ayrı ve değişik biçimde düzenlenen bu iki yasalaştırma yönteminin doğal sonucu olarak birinin konusuna giren bir işin, ötekiyle ilgili yöntemin uygulanması ile düzenlenmesi, değiştirilmesi veya kaldırılması mümkün bulunmamaktadır.".

Bu nedenle iptali istenen cümle Anayasanın 163 üncü maddesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesinin 16.04.2003 gün ve E.2003/35, K.2003/35 sayılı kararında da;

"Anayasanın 161. maddesinin son fıkrasında, "Bütçe kanununa bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz" denilmektedir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, bütçe yasalarının öteki yasalardan ayrı olmaları nedeniyle, bir yasa kuralı

nasıl aynı nitelikte bir yasa kuralıyla değiştirilebilirse bütçe yasalarının da aynı yöntemle hazırlanmış ve kabul edilmiş bir bütçe yasası ile değiştirilmesi gerekir."

denilmiştir.

Anayasanın 153 üncü maddesinde açıkça "Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarıyla idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağladığından söz edilip kesinliği vurgulandığına göre, bu kararların gerekçesine aykırı düzenlemelere ve girişimlere geçerlik tanınamayacağı gibi, kararları etkisiz ve sonuçsuz kılacak yolların izlenmesi de hoşgörüyle karşılanamaz (Anayasa Mahkemesinin 22.03.2006 gün ve E.2006-22, 2006-40 sayılı Kararı).

İptali istenilen bu cümle Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerine aykırı bir düzenleme getirdiği için Anayasanın 153 üncü maddesine de aykırıdır.

Diğer taraftan, Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ve Anayasanın 11 inci maddesinde yer alan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaşması da beklenemez.

Açıklanan nedenlerle Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile belirlenmesi öngörülen limiti bir katına kadar artırmaya Bakanlar Kuruluna yetki veren kural Anayasanın 2 nci, 11 inci, 153 üncü ve 163 üncü maddelerine aykırıdır ve iptali gerekir.

c- 8/A Maddesinin Diğer Cümlelerinin Anayasaya Aykırılığı

8/A maddesinin diğer cümleleriyle de Müsteşarlık tarafından gerçekleştirilecek borç üstlenimine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu nedenle 8/A maddesinin birinci ve altıncı cümlelerinin iptali halinde bu maddenin diğer cümlelerinin de uygulanma olanağı kalmayacaktır.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29 uncu maddesinin ikinci fıkrasında, Yasa'nın belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesi'nce iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

Bu nedenle 8/A maddesinin diğer cümlelerinin de uygulama olanağı kalmayacağından iptal edilmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 11 inci maddesinde yer alan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ve dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ile bağdaşması düşünülemez (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E. 1987/28, K. 1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225). Bu nedenle de belirtilen kural Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle 21/02/2013 Tarihli ve 6428 Sayılı " Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" un 13 üncü maddesi ile 28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin;

a- Birinci cümlesinin Anayasanın 2 nci, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

b- Altıncı cümlesinin Anayasanın 2 nci, 11 inci, 153 üncü ve 163 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

c- Diğer cümlelerinin uygulama olanağı kalmadığından,

iptalleri gerekmektedir.

10) 6428 Sayılı Kanunun 25 inci Maddesiyle Değiştirilen 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 51 inci Maddesinin İkinci Fıkrasındaki " ... döner sermaye ek ödemesi dahil ... " İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunun 25 inci maddesiyle değiştirilen 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 51 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla, Bakanlık ve bağlı kuruluşları tarafından insanî ve teknik yardım amacıyla yurt dışında kurulacak geçici sağlık hizmet birimlerinde geçici süreli görevlendirilenlere, gittikleri ülkelerde sürekli görevle bulunan ve dokuzuncu derecenin birinci kademesinden aylık alan meslek memurlarına ödenmekte olan yurt dışı aylığını geçmemek üzere unvanları itibarıyla Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenen tutarda aylık ödeme yapılacağı ve ayrıca bunların döner sermaye ek ödemesi dâhil her türlü mali ve sosyal haklardan faydalanmaya devam edecekleri kurallaştırılmaktadır.

04.01.1961 tarihli ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasında, döner sermaye gelirlerinden, döner sermayeli sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve sözleşmeli personel ile açıktan vekil olarak atananlara mesai içi veya mesai dışı ayrımı yapılmaksızın ek ödeme yapılabileceği; sağlık kurum ve kuruluşlarında Bakanlıkça belirlenen hizmet sunum şartları ve kriterleri de dikkate alınmak suretiyle, bu ödemenin oranı ile esas ve usullerinin, personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, tetkik, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimsel işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi unsurlar esas alınarak Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği kurallarına yer verilmiştir.

Bu bağlamda, döner sermaye ek ödemesi, döner sermayeli sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapanlara verilmekte ve ödemenin oranı ve esas ve usulleri ise, personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, tetkik, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimsel işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi unsurlara dayandırılmış bulunmaktadır.

Öte yandan, 209 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin 6428 sayılı Kanunun 16 ncı maddesiyle değişik üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı ikinci ve üçüncü basamak sağlık tesislerinde görevli personele yapılacak ek ödeme toplamının, ilgili birimin cari yıldaki hizmet bedelinden ayrı olarak faturalandırılan ilaç ve her türlü tıbbi sarf malzemesi gelirlerinin yüzde kırk beşini, diğer döner sermaye gelirlerinin ise yüzde ellisini aşamayacağı belirtilmektedir.

Bu bağlamda, yurtdışında görevlendirilenler, bir yandan döner sermaye ödemesinin oranı ile esas ve usullerine ilişkin; çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, tetkik, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimsel işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi unsurları taşımadıkları gibi, diğer yandan, personele ödenecek döner sermaye geliri tıbbi sarf malzemesi gelirlerinde yüzde kırkbeş, diğer döner sermaye gelirlerinde ise yüzde elli ile sınırlandırılmış

olduğundan; yurtdışında geçici görevlendirilenlere ödenecek döner sermaye geliri, döner sermaye gelirini elde eden personele ödenecek gelirin azalmasına yol açacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında vurgulandığı gibi yasa önünde eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemektedir. Yasa önünde eşitlik ilkesi, birbirinin aynı durumda olanlar için ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Kimi kişilerin haklı bir nedene dayanılarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamakta, hatta bunların durumu ve konumlarındaki özellikleri, kimi kişi ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılmakta, özelliklere ve aykırılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı değil, geçerli kılarsa da, aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa ile eylemli değil, hukuksal eşitlik amaçlanmaktadır. Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmemesi için, aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, kişisel durumları ve nitelikleri özdeş olanlar arasında, konulan kurallarla değişik uygulamaların yapılmaması gerekmektedir. İptali istenen düzenleme, hukuksal durumları ayrı olanlara aynı kuralların uygulanmasını öngörerek, döner sermaye gelirini elde edenlere ödenecek döner sermaye gelirinde azalmaya yol açtığından, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 6428 sayılı Kanunun 25 inci maddesiyle değiştirilen 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 51 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki " ... döner sermaye ek ödemesi dahil ..." ibaresi, Anayasanın 10 uncu maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

6428 sayılı Kanunun, Anayasanın 2 nci, 161 inci ve 163 üncü maddelerine aykırı olmanın yanında, Devlete ve bütçesine 30 yıl süreli bir mali yükümlülük getirdiği gözetildiğinde, Anayasanın 163 üncü ve 5018 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinde öngörülen kuralların yerine getirilmediği ve alternatif hizmet sunum yöntemlerinin maliyet ve risk analizlerinin yapılıp siyasal iktidarın tercihi ideolojik niteliğinden arındırılarak teknik bir maliyet-yarar tercihine büründürülmediği sürece, bugünün siyasi iktidarının ideolojik tercihi ve bürokratlarının imzası, her siyasi iktidara göre değişebilen sağlık politikaları bağlamında yarın için gelecek hükümetlerin kamu yararı takdirini 30 yıl süreyle bloke ederek olumlu olumsuz yeni bir tasarruf yapmasını (tahkim yolu da açık tutulduğu gözetildiğinde) bütünüyle olanaksız kılmaktadır.

Gerekliliği ve kamu yararına sonuç doğuracağı teknik gerekçeleriyle ortaya konmayan Yasaya göre yapılan sözleşmelerin, bu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi şeklinde yapılmayarak Danıştayın öndenetiminden kaçırıldığı da gözetildiğinde tek tek yurttaşlar ve tüm toplum için ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanlara yol açacağı açıktır. Aynı zarar ve ziyanlar pazarlık usulüyle yapılması öngörülen ihaleler için de geçerlidir.

6428 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin (4) numaralı fıkrasında; İdarece yapılacak ve yaptırılacak denetimin ve Sağlık Bakanlığı tarafından kurulması öngörülen denetim sisteminin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkelerin belirlenmemesi, bu kuralın belirsizliğine de yol açmakta ve kişilerin hukuki güvenliğini de zedeleyici bir nitelik taşımaktadır.

Hukuki güvenlik ilkesi ile belirlilik ilkesi, "hukuk devleti ilkesi "nin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan "hukuki güvenlik ilkesi", hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde

devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. "Belirlilik ilkesi" ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.

Bu nedenle iptali istenilen bu kuralların uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açabilecektir.

8/A maddesinin birinci cümlesi ile üstlenime konu Mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ilişkin usul ve esasları düzenleme konusunda Bakanlar Kuruluna yetki veren kural, yasama yetkisinin devri anlamına geldiğinden ve yine bu maddenin altıncı cümlesi ile bakanlar kuruluna verilen yetki de Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile belirlenen limitin bütçe dışı yasa ile değiştirilmesi anlamını taşıdığı kuşkusuz olduğundan uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açabileceği açıktır.

Öte yandan, anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

21.02.2013 tarihli ve 6428 sayılı "Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un;

1) Tümü ve ayrı ayrı tüm maddeleri, Anayasanın 2 nci, 161 inci ve 163 üncü maddelerine,

2) 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki, "... özel hukuk hükümlerine göre ..." ibaresi ile (2) numaralı fıkrasının (ö) bendindeki, "... özel hukuk hükümlerine göre ..." ibaresi ve 4 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki "... özel hukuk hükümlerine tabi olup ..." ibaresi, Anayasanın 155 inci maddesine,

3) 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki "... ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin ..." ibaresi ile (2) numaralı fıkrasının (ö) bendindeki "... veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi ..." ibaresi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 17 nci ve 56 ncı maddelerine;

4) 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendindeki "tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında ..." ibaresi ile 2 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki "... tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması ..." ibaresi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 17 nci ve 56 ncı maddelerine,

5) 3 üncü maddesinin (3) numaralı fıkrası, Anayasanın 167 nci maddesine,

6) 3 üncü maddesinin (6) numaralı fıkrasındaki "... idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile ..." ibaresi, Anayasanın 2 nci ve 7 nci maddelerine,

7) 3 üncü maddesinin (8) numaralı fıkrasının (b) ve (c) bentleri, Anayasanın 2 nci maddesine,

8) 4 üncü maddesinin (4) numaralı fıkrasının,

a- Birinci cümlesi, Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine,

b- İkinci cümlesi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine,

9) 13 üncü maddesi ile 28.03.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin,

a- Birinci cümlesi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine,

b- Altıncı cümlesi, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 153 üncü ve 163 üncü maddelerine,

c- Diğer cümlelerinin uygulama olanağı kalmadığından,

10) 25 inci maddesiyle değiştirilen 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 51 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki " ... döner sermaye ek ödemesi dahil ..." ibaresi, Anayasanın 10 uncu maddesine,

aykırı olduklarından iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz. 07.05.2013"

B- Ek Dava Dilekçesinin Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"1) 21.02.2013 Tarihli ve 6428 Sayılı "Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un Tümünün ve Ayrı Ayrı Tüm Maddelerinin Anayasaya Aykırılığı

Dava Dilekçesinde de belirtildiği üzere devletin varlık nedenlerinden biri olan ve kamu hizmeti olduğu hiç tartışılmayan sağlık hizmetlerinin kamu hukukuna tabi idari süreçlerde kamu personeli eliyle ve kamucu anlayışla üretilmesinden, 6428 sayılı Kanun ile vaz geçilerek, gelecek 30 yılın bütçesini bağlayıcı ve gelecekteki siyasi iktidarların 30 yılını bloke edici yeni bir modele geçilmektedir.

6428 sayılı Kanunun tek tek maddeleriyle tümü bu yeni modeli uygulanabilir kılmak için sistemli olarak kurallaştırmış; başka bir anlatımla modeli kodifiye etmiştir.

Ancak, bu kodifiyeye ilişkin model, kaynağını Anayasadan almamakta, aksine Anayasaya aykırılık taşımaktadır. Bu yanıyla tek tek ağaçlara bakmakla nasıl orman anlaşılamıyorsa, sağlık hizmetlerinin sunumuna ilişkin yeni sistem bağlamında Kanunun tek

tek maddeleri değil, maddelerin bütünüyle oluşturulan model anlam ifade ettiğinden, Anayasal denetimde tek tek maddelerle getirilen modelin bütünlüğünü ortaya koymak ve Anayasaya aykırılığı bu bütünlük içinde değerlendirmek önem taşımaktadır.

Bu itibarla Dava Dilekçesinde, 6428 sayılı Kanunun tümünün ve ayrı ayrı tüm maddelerinin Anayasanın 2 nci, 161 inci ve 163 üncü maddelerine aykırılığı gerekçesiyle iptali istenmiştir.

Ancak, bu defa Yüksek Mahkemenin ilgide belirtilen kararındaki gerekçe anlaşılabildiği kadarıyla göz önüne alınarak Anayasaya aykırılık iddiasında, modelin esasını oluşturan maddeler ile model bağlamında anlam ifade eden maddeler ayrımına gidilecektir.

a) 6428 Sayılı Kanunun 1 inci, 2 nci, 4 üncü, 5 inci, 6 ncı, 10 uncu ve 13 üncü Maddelerinin Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunla -Kanundaki ifadeyle "kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde-, Sağlık Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatının ilgili birimleri ile taşra teşkilatına ait sağlık kurum ve kuruluşlarının, Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesi, onarımı, ileri teknoloji veya yüksek mali kaynak gerektiren donanımın temini ve hizmetlerin yaptırılması, tesisteki niteliği belirsiz bazı hizmetlerin sunulması vb. karşılığında; ticari hizmet alanlarının (mecburi ve ihtiyari) yükleniciye tahsisi ile yüklenicinin sözleşme kapsamında yaptığı tesislerin kullanım bedeli ile tesisin ve ekipmanların kullanıma hazır tutulmasına yönelik bakım, onarım ve benzeri hizmetler ile tesiste sunacağı sağlık ve yardımcı sağlık hizmetleri karşılığında hizmet bedeli ödenmesi, yüklenicinin kullandığı dış kredilerin Devlet borcuna dönüştürülmesi, finansman maliyetleri ile kur riski ve enflasyondan kaynaklanan maliyetlerinin Hazine tarafından üstlenilmesi ve yüklenicilere müşteri ve kar garantisi sağlamak suretiyle kamu sağlık hizmetlerinin sunulması öngörülmektedir.

Böylelikle, T.C. Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatının her türlü hizmet ve esenlik binaları ile tedavi kurumlarının yaptırılması, onarılması ve yenilenmesi ile tedavi hizmetlerinde kullanılan ekipman ve donanımın edinilmesi ve tedavi edici sağlık ve yardımcı sağlık hizmetlerinin sunulmasında, taraflar arasında yapılacak 30 yıl süreli bir sözleşme çerçevesinde, sağlık hizmeti gibi sosyal hukuk devleti ilkesini ilgilendiren ve her siyasi partinin ideolojisi ve parti programları temelinde farklı çözüm yolları olan bir alanda, devletin 30 yıl boyunca kiracı ve tedavi hizmeti satın alıcısı olarak belirsiz bir bedel üzerinden yüklenim altına girdiği, yüklenicinin yapım işlerinde kullandığı dış kredi borçlarının Devlet borcuna dönüştürüldüğü, tüm finansman maliyetlerinin kamu maliyesi üzerine yıkıldığı, yüklenicinin enflasyon ve kur değişiminden kaynaklanan finansal risklerinin kamu tarafından üstlenildiği, yükleniciye müşteri ve kar garantisi sağlandığı ve dolayısıyla sağlık hizmetlerinin kamu hukukuna tabi idari süreçlerde kamu personeli eliyle kamucu anlayışla üretilmesinden vaz geçilerek gelecek 30 yılın bütçesini bağlayıcı ve gelecekteki siyasi iktidarların 30 yılını bloke edici yeni bir modele geçilmektedir.

Gerçekten de 6428 sayılı Kanunun maddeleri incelendiğinde;

1 inci maddesinde Kanunun amacı ve kapsamı, "ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar

üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bu projeler için alınacak danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek" şeklinde ortaya konarak, Kanunda yer alan kavramların tanımları yapılmakta;

2 nci maddesinde, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirlenecek bedel karşılığında tesis, mevcut tesislerin yenilenmesi, tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması, ticari hizmet alanlarının işletilmesi işlerini bedeli karşılığında yaptırabileceği ile ihale ve harcama yetkililerine ilişkin düzenlemeler yer almakta;

3 üncü maddesinde, model kapsamında yapılacak yapım, yenileme ve hizmet alımı işlerini, 4734 sayılı Kanundan ayrık tutan ihale usul ve esaslarına yer verilmekte;

4 üncü maddesinde, sözleşmenin içeriği ve kapsamı düzenlenmekte ve bu kapsamda, sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olup süresinin sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı aşmamak üzere idare tarafından belirleneceği, sözleşme süresinin sonunda tesislerin Bakanlığa devredileceği, idarenin sözleşmede öngörülen bedeli yükleniciye ödemekte gecikmesi halinde gecikme faizi ve şartlarının sözleşmede düzenleneceği, yüklenicinin sözleşmeyi devredebileceği, sabit yatırım dönemi ile işletme döneminde yüklenicinin taahhütlerini yerine getirmemesi halinde idarenin kullanacağı yetkilerle uygulayacağı cezalar, yüklenici ile yapılacak tüm sözleşmelerin feshi halleri, sözleşmelerin uygulanması sırasında ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme ile tahkim usulü düzenlenmekte;

5 inci maddesinde, bedel ve sözleşme süresinin tespitinde esas alınacak hususlar ile bedelin bir unsuru olarak yükleniciye sağlanan enflasyon ve kur riski garantisi, finansman ve/veya borç yapılandırılmasına ilişkin esasların sözleşmede düzenleneceği ile yükleniciye ödenecek bedelin Sağlık Bakanlığına veya bağlı kuruluşlarına ait döner sermaye bütçesi ile merkezi yönetim bütçesinden ödeneceği;

6 ncı maddesinde, yüklenicinin yapım işleri için tahsis edeceği öz kaynağın, sözleşmede belirtilen yatırım tutarının yüzde yirmisinden az olamayacağı ve dolayısıyla yüzde seksenini kredi ile finanse edebileceği;

10 uncu maddesinde, Kanunun uygulanmasına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği;

13 üncü maddesinde ise, 3996 sayılı Kanuna göre Yap-İşlet-Devret Modeli ile, 6428 sayılı Kanun ile 652 sayılı KHK hükümlerine göre yap-kirala-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmelerinde, sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınmasının öngörülmesi halinde, söz konusu yatırım ve hizmetler için yurt dışından sağlanan finansman ve varsa bu finansmanın teminine ilişkin türev ürünlerden kaynaklananlar da dahil olmak üzere mali yükümlülüklerin Hazine Müsteşarlığı tarafından üstlenileceği, bunların limitinin bütçe kanunlarında gösterileceği, limitin bir katına kadar Bakanlar Kurulu tarafından artırılabileceği, bunların devlet dış borcu olarak kaydedileceği ve bunların idarelerden tahsiline ilişkin kurallara yer verilmektedir.

Modele geçiş Tasarının genel gerekçesinde, "Kamu özel işbirliği, kamu hizmetleri için kamu ve özel sektör arasındaki işbirliği anlaşmalarını ifade etmekte olup,

işbirliği yapan taraflar arasında yatırım, risk, sorumluluk ve kazancın paylaşılması ile karakterize edilmektedir. Bu model ile yaptırılan tesislerdeki sağlık hizmetleri ise kamu tarafından sunulmaya devam edilmektedir.

Bu modelde kamu ve özel sektör, kendilerine mahsus üstün özellikleriyle birbirini tamamlamakta ve ortaya çıkan bu yapının sağladığı güçle kamu hizmetlerinin sunulmasındaki ekonomik zorluklar aşılarak kamu yararı sağlanmaktadır. Kamu özel işbirliği modeli, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yayma, hizmeti kısa dönemde sunma fırsatı tanımakta; finansal risk, bakım ve onarım maliyetleri ise özel sektörde kalmaktadır." şeklinde gerekçelendirilmektedir.

Ancak, Tasarının genel gerekçesindeki bu ifadeleri, 6428 sayılı Kanun doğrulamamaktadır.

6428 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasında, yapım işleri için gerçekleştirilecek öz kaynağın, sözleşmede belirtilen yatırım tutarının yüzde yirmisinden az olamayacağı belirtilerek, geriye kalan yüzde sekseninin iç ve dış piyasalardan kullanılacak kredilerle finanse edilmesi öngörülmekte; çerçeve 13 üncü maddesiyle, kredinin yabancı para birimi üzerinden edinilmesi halinde, kullanılacak kredi tutarını Bakanlar Kurulu kararıyla Hazine'nin üstlenmesi öngörülmekte; 5 inci maddesinin (1) numaralı fıkrası ile ise, yükleniciye ödenecek bedel ÜFE ve TÜFE ortalaması yanında döviz kuru değişimine karşı da güvence altına alınıp, yüklenicinin enflasyon yanında kur riski de sıfırlanarak finansal risklerin tamamı devlet üzerine bırakılmaktadır.

Sabit yatırım giderlerinin (sözleşmeye göre yüklenicinin kullanımında olabilecek zorunlu ve ihtiyari ticaret alanları dahil) yüzde sekseni kredi kullanımı ile karşılanacak; yabancı para cinsinden kullanılan krediler (3 yılda bitirilecek bir inşaat için dört yıl süre belirlemek ve örneğin uygulama sözleşmesine üçüncü yılın sonunda sözleşmenin feshedilerek tesisin idare tarafından devralınması gibi bir 'danışıklı dövüş' hükmü konulması ya da sözleşmenin süresinden önce feshedilmesi temelinde) Hazine tarafından üstlenilerek devlet dış borcu kapsamına alınacak ve yüklenicinin finansman maliyetleri ile finansal risklerinin tamamı (enflasyon ve kur riski) devlet tarafından üstlenilecek ve yükleniciye hizmet satışı ve kar garantisi verilecek ve bu kara finansman maliyetleri de dahil edilecek ise; söz konusu tesisleri T.C. Sağlık Bakanlığının kendisinin kredi kullanarak yapması ile özel sektöre kredi kullandırıp yaptırması arasında kamu hizmetlerinin sunumuna ilişkin "ideolojik" tercih dışında hiçbir fark kalmamakta, genel gerekçedeki "Kamu özel işbirliği modeli, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yayma, hizmeti kısa dönemde sunma fırsatı tanımakta; finansal risk, bakım ve onarım maliyetleri ise özel sektörde kalmaktadır." ifadesi gerçeği yansıtmadığı gibi Devlet Hazinesi, yatırımcının kullandığı kredinin finansman maliyetlerinin tamamını bedelin içinde üstlenmenin yanında ayrıca finansman maliyeti üzerinden yükleniciye kar marjı oranında bir kaynak aktarımında da bulunmaktadır.

T.C. Sağlık Bakanlığı bütçesine getireceği mali yük açısından ise, söz konusu tesisleri kendisi kredi kullanıp yaptırdığında, kredi tutarı için sadece faiz ödeyecek iken, özel sektöre kredi kullandırıp yaptırması halinde yatırımcının kullandığı kredinin finansman maliyetlerinin (faiz, komisyon vb) tamamını bedelin içinde ödemenin yanında ayrıca finansman maliyeti üzerinden yükleniciye kar marjı oranında bir kaynak aktarımında da bulunacaktır. Yani olağan işletme karının içinde finansman maliyetine düşen kısmın da başka bir anlatımla faiz, komisyon vb. maliyet unsurlarının da karı olacağından olağan kardan başka ayrıca faiz vb. maliyetlerin karını da ödemek durumunda kalacaktır.

Dava dilekçesine yazılan maliyetlere ilişkin bu ifadelerin mantıksal çıkarımlar olup, herhangi bir teknik analiz ve hesaplamaya dayanmadığı ve dolayısıyla afaki olduğu ileri sürülebilir.

Anayasanın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin demokratik, sosyal, bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş; 161 inci maddesinin birinci fıkrasında, devlet harcamalarının yıllık bütçelerle yapılacağı kurala bağlanmış ve 163 üncü maddesinde, cari ve ileriki yıl bütçelerine mali yük getirecek nitelikteki kanun tasarı ve tekliflerinde, belirtilen giderleri karşılayabilecek mali kaynak gösterilmesi zorunludur kuralına yer verilirken; kaynağını Anayasanın 161 inci maddesinden alan 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 14 üncü maddesinde ise aynen, "Merkezî yönetim kapsamındaki kamu idareleri; kamu gelirlerinin azalmasına veya kamu giderlerinin artmasına neden olacak ve kamu idarelerini yükümlülük altına sokacak kanun tasarılarının getireceği malî yükü, orta vadeli program ve malî plan çerçevesinde, en az üç yıllık dönem için hesaplar ve tasarılara eklerler. Sosyal güvenliğe yönelik kanun tasarılarında ise en az yirmi yıllık aktüeryal hesaplara yer verilir. Ayrıca, bu kanun tasarılarına Maliye Bakanlığı ile ilgisine göre Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı veya Hazine Müsteşarlığının görüşleri eklenir." denilmiştir.

Bu kurallara göre, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının hizmet ve tedavi kurumlarını bütçe olanakları içinde veya yeterli gelmez ise kendi borçlanarak kendi yapıp, sağlık hizmetlerini Anayasanın 128 inci maddesindeki kurallar çerçevesinde kamu personeli eliyle yürütmesi ile "Yap-Kirala-Devret Modeli" kapsamında yürütmesinin 30 yıl boyunca (yüklenicinin koyduğu finansmanın ana para ve faizi, kullanılan kredilerin ana para ve faizi, finansman giderleri, enflasyon ve kur riski ile bunların toplamına eklenen karı da kapsayan) kullanım bedeli, (karı da içeren) hizmet bedeli ve garanti ve borç üstleniminin risk primleri dahil olmak üzere maliyet ve risk analizlerinin yapılıp karşılaştırılması ve Sağlık Bakanlığı ile Hazine Müsteşarlığını yükümlülük altına sokacak mali yükün hesaplanıp kaynağının gösterilmesi ile Maliye Bakanlığı ile ilgisine göre Devlet Planlama Teşkilatı veya Hazine Müsteşarlığının görüşlerinin Kanun tasarısına eklenmesi Anayasal bir zorunluluktur.

Kanun Tasarısı, bu hukuksal zorunlulukların hiç biri yapılmadan Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmuştur. Dahası, 6428 sayılı Kanuna ilişkin 417 sıra sayılı Tasarının Plan ve Bütçe Komisyonu Raporuna Komisyonun CHP'li milletvekillerince yazılan Karşı Oy Yazısında, "Komisyon görüşmeleri sırasında, söz konusu yatırımların kamu yatırım programı kapsamında Sağlık Bakanlığı tarafından yapılmasının maliyetleri ile Yap-Kirala-Devret modeli ile yapılmasının maliyetlerinin karşılaştırılması ve bu kapsamda Sağlık Bakanlığı tarafından yapılan fizibilite çalışmalarının komisyonumuzda tartışılması taleplerimizin, ihale bilgilerinin deşifre edilmesi olur gerekçesi ile kabul edilmemesinin nedeni anlaşılamamıştır." denilmiş ve dolayısıyla, söz konusu Anayasal zorunluluklar Komisyon üyelerinin talebine rağmen, "ihale bilgilerinin deşifre olması" gibi gayri ciddi bir gerekçenin ardına sığınılarak yerine getirilmemiştir.

Devlet bütçesine 30 yıl boyunca mali yük getirecek ve dış kredi borcu üstleniminden dolayı Hazineyi kredi kullanım süresince mali risklerle karşı karşıya bırakacak nitelikte olan 6428 sayılı Kanuna ilişkin Tasarıda, mali kaynak gösterilmemesi ve yükümlülük altına girilecek mali yükün hesaplanmaması ve ayrıca Kanun tasarısına Maliye Bakanlığı ile DPT veya Hazine Müsteşarlığının görüşlerinin eklenmemesi, Anayasanın 163 üncü maddesine; sağlık ve yardımcı sağlık hizmetlerinin 30 yıl süreyle yıllara yaygın hale getirilmesi ise, Anayasanın 161 inci maddesinde belirtilen asli ve sürekli hizmetler nedeniyle yapılacak kamu harcamalarının yıllık bütçe esasına göre yapılması esasına aykırıdır ve 6428 sayılı Kanunun iptali istenen maddelerinin iptalini gerektirir.

Anayasa Mahkemesinin, 30.12.2010 günlü, E.2008/84, K.2010/121 sayılı Kararında,

"Anayasa'nın, 'Bütçenin hazırlanması ve uygulanması' başlıklı 161. maddesinde,

'Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır.

Mali yıl başlangıcı ile merkezi yönetim bütçesinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolü kanunla düzenlenir.

Kanun, kalkınma planları ile ilgili yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usuller koyabilir.

Bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz.'

denilmektedir.

Bütçe, devletin gelirlerini toplamasına izin, giderlerini yapmasına da yetki veren bir kanundur. Buna göre, devlet, bir yıl süresince bütçe kanununda belirtilmesi koşuluyla harcama yapabilmekte ve gelir toplayabilmektedir. Başka bir ifade ile devlet, bütçe vasıtasıyla her yıl vergi ve benzeri yollardan Gayrisafi Milli Hasıla'dan alacağı payı ve kamu harcamaları yoluyla bunları sarf edeceği alanı belirler. Bu özelliği dolayısıyla bütçe, devlet için önemli bir planlama aracıdır.

Yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesine bütçe hakkı denilmektedir. Bütçe hakkı, vergi ve benzeri gelirlerle kamu harcamalarının çeşit ve miktarını belirleme ve onaylama hakkıdır. Bu hak, demokratik parlamenter yönetim sistemini benimsemiş olan ülkelerde, halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan ve en yetkili organ olan yasama organına ait bulunmaktadır. Bütçe, hükümetin Meclis'e karşı temel sorumluluk mekanizmasıdır. Meclis, bütçe ile hükümete gelir toplama ve gider yapma yetkisi vermekte, bu yetkinin uygun kullanılmasını da bütçe sürecinin bir parçası olan kesin hesap faaliyeti ile denetlemektedir. Yani parlamenter sistemin özü ve demokratik hukuk devleti ilkesi halkın kamu yönetimi üzerindeki denetimini temsilcileri vasıtasıyla gerekli kılmaktadır.

Bütçe yapısının fonksiyonunu ifa edebilmesi, temel bütçe ilkelerine uyulması ile mümkün olmaktadır. Bütçe ilkeleri; bütçenin hazırlanması, görüşülüp onaylanması, uygulanması ve denetlenmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulması gereken kuralları ifade eder. Bu ilkeler, devlet bütçelerinin temel özellikleri ve amaçlarının gerçekleşmesi için uygulanması zorunlu olan ulusal ve uluslararası alanda kabul görmüş klasik maliye biliminin ilkeleridir. Denetim, yönetim ve planlama aracı olabilmesi için bütçenin, kamu kesiminin tüm kaynak ve harcamalarını bütün ayrıntıları ile kapsaması gerekmektedir. Bütçe hukukunda yaptırıma bağlanması açısından yıllık olma ilkesi, bütçenin birliği ilkesi, genellik ilkesi ve adem-i tahsis ilkesi temel niteliktedir. Anayasa'nın 161. maddesinin birinci fıkrasındaki, 'Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır.' hükmünden, bütçenin birliği ilkesi, yıllık olma ilkesi ve genellik ilkesinin Anayasa tarafından temel hüküm olarak benimsendiği anlaşılmaktadır."

İfadelerine yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre, halk adına kamu gelirlerini toplama, bu gelirleri kamu faaliyetlerine çeşit ve miktarlarını belirleyerek tahsis etme, harcama konusunda yürütme organına sınırlarını belirleyerek oylamayla yetki verme ve sonuçlarını denetlemeyi kapsayan bütçe hakkı parlamentonundur.

Yine Anayasa Mahkemesine göre, bütçenin fonksiyonunu ifa edebilmesi ve dolayısıyla parlamentonun bütçe hakkını kullanabilmesi, temel bütçe ilkelerine uyulması ile mümkün olabilmekte; bütçe ilkeleri ise, devlet bütçelerinin temel özellikleri ve amaçlarının gerçekleşmesi için uygulanması zorunlu olan ulusal ve uluslararası alanda kabul görmüş klasik maliye biliminin ilkelerinden oluşmakta ve bu ilkeler bütçenin hazırlanması, görüşülüp oylanması, uygulanması ve denetlenmesi ile ilgili kuralları içerip, Anayasanın 161 inci maddesinin birinci fıkrası, bütçenin birliği, yıllık olması ve genelliği ilkelerinin Anayasa tarafından temel hüküm olarak benimsendiğini ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 161 inci maddesinde temel hüküm olarak benimsendiğini belirttiği "Bütçe İlkeleri", kalkınma planları ve programlarda yer alan politika ve hedefler doğrultusunda kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde elde edilmesi ve kullanılmasını, hesap verebilirliği ve malî saydamlığı sağlamak üzere, kamu malî yönetiminin yapısını ve işleyişini, kamu bütçelerinin hazırlanmasını, uygulanmasını, tüm malî işlemlerin muhasebeleştirilmesini, raporlanmasını ve malî kontrolü düzenlemek amacıyla yürürlüğe konulan 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun "Bütçe ilkeleri" başlıklı 13 üncü maddesinde, Bütçelerin hazırlanması, uygulanması ve kontrolünde aşağıdaki ilkelere uyulur:" denildikten sonra;

"a) Bütçelerin hazırlanması ve uygulanmasında, makroekonomik istikrarla birlikte sürdürülebilir kalkınmayı sağlamak esastır.

b) Kamu idarelerine bütçeyle verilen harcama yetkisi, kanunlarla düzenlenen görev ve hizmetlerin yerine getirilmesi amacıyla kullanılır.

c) Bütçeler kalkınma planı ve programlarda yer alan politika, hedef ve önceliklere uygun şekilde, idarelerin stratejik planları ile performans ölçütlerine ve fayda-maliyet analizine göre hazırlanır, uygulanır ve kontrol edilir.

d) Bütçeler, stratejik planlar dikkate alınarak izleyen iki yılın bütçe tahminleriyle birlikte görüşülür ve değerlendirilir.

e) Bütçe, kamu malî işlemlerinin kapsamlı ve saydam bir şekilde görünmesini sağlar.

f) Tüm gelir ve giderler gayri safi olarak bütçelerde gösterilir.

g) Belirli gelirlerin belirli giderlere tahsis edilmemesi esastır.

h) Bütçelerde gelir ve gider denkliğinin sağlanması esastır.

i) Bütçeler, ait olduğu yıl başlamadan önce Türkiye Büyük Millet Meclisi veya yetkili organlarca kabul edilmedikçe veya onaylanmadıkça uygulanamaz.

j) Bütçelerde, bütçeyi ilgilendirmeyen hususlara yer verilmez.

k) Bütçeler kurumsal, işlevsel ve ekonomik sonuçların görülmesini sağlayacak şekilde Maliye Bakanlığınca uluslararası standartlara uygun olarak belirlenen bir sınıflandırmaya tâbi tutularak hazırlanır ve uygulanır.

l) Bütçe gelir ve gider tahminleri ile uygulama sonuçlarının raporlanmasında açıklık, doğruluk ve malî saydamlık esas alınır.

m) Kamu idarelerinin tüm gelir ve giderleri bütçelerinde gösterilir.

n) Kamu hizmetleri, bütçelere konulacak ödeneklerle, mevzuatla belirlenmiş yöntem, ilke ve amaçlara uygun olarak gerçekleştirilir.

o) Bütçelerde, ödenekler belirli amaçları gerçekleştirmek üzere tahsis edilir."

Şeklinde sıralanmıştır.

5018 sayılı Kanunun 13 üncü maddesindeki bütçe ilkelerinden, doğrudan parlamentonun "bütçe hakkı"nı ilgilendiren ve uluslararası literatürde de klasik maliye biliminin klasik bütçe ilkeleri olarak kabul edilen bütçe ilkeleri ise, Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere bütçenin yıllık olma ilkesi, bütçenin birliği ilkesi, bütçenin genelliği ilkesi ve giderlerin tahsisi veya giderlerin özelliği ilkesidir.

Bütçenin yıllık olma ilkesi, bütçe ile verilen yetki süresinin bir mali yıl ile sınırlı olmasını ifade eder. Bu ilkeye göre, devletin mali faaliyetlerinin bir hesap dönemini kapsaması ve mali faaliyetlerin her yıl yeniden başlayabilmesi için parlamentonun her yıl ön izninin alınması ve bunları tamamlayan kurallara uyulması gerekir.

Tamamlayıcı kurallardan birincisi, bütçenin hazırlanması, görüşülmesi ve oylanmasının süreli olması ve bu sürecin her yıl yenilenmesidir. Aksi halde, önceden izin alma ve yetki verme süreci işlemez ve bütçenin tahmine dayalı bir belge olma niteliği kalmaz.

İkincisi, parlamentonun bütçe üzerindeki bütçe hakkından kaynaklanan yetkilerinin her yıl yenilenmesidir. Bunun anlamı, parlamentonun bütçeyle hükümete verdiği yetkinin bir yıl süreyle sınırlı olması, yani geleceği ipotek altına almamasıdır. Parlamentoların demokratik seçimlerle sık sık yenilendiği, keza aynı parlamento bileşiminden farklı hükümetlerin çıkabildiği temsili demokrasilerde bu kural, doğrudan parlamentonun bütçe hakkıyla ve dolayısıyla bizatihi temsili demokrasi ile ilgilidir. Bunun içindir ki vergi yasaları yıllık olmadığı halde, yasama organı her yıl kamu gelirlerinin toplanmasına yeniden izin verme hakkını; kamu hizmetleri sürekli olduğu halde, yasama organı bunlardan hangilerinin, hangi miktarlarda üretileceği ile üremindeki kaynak bileşimini belirleme yetkisini elinde tutmaktadır.

Üçüncüsü, bütçenin uygulama döneminin yıllık olmasıdır. Buna göre kullanılmayan ödeneklerin iptal edilmesi ve izleyen mali yıla aktarılması gerekmektedir.

Birlik ilkesi, merkezi yönetimin tüm giderleri ile tüm gelirlerinin tek ve bütün bir bütçede yer almasını, parlamentonun ön izni ve onayına dayanmayan gelir toplanmamasını ve gider yapılmamasını gerektirir. Bu ilkeye göre, kamu harcamaları ile kamu gelirleri tek elden tahmin edilmekte, planlanmakta, dengelenmekte ve uygulanmaktadır.

Genellik ilkesi, merkezi yönetimin tüm kamu gelir ve giderlerinin bütçede bütün ayrıntıları ile ve gayri safi tutarlar üzerinden yer alması ve belirli gelirlerin belirli giderlere tahsis edilememesi demektir.

Bütün gelir ve giderlerin bütçede bütün ayrıntıları ile gösterilmesi ilkesi, parlamentonun ön izni ve onayı olmadan gelir toplanması ve gider yapılmasını engellemeyi ve dolayısıyla hükümet faaliyetlerinin halkın temsilcilerinin bütçe hakkı bağlamında onayına tabi olmasını sağlar.

Gayri safi hasılat yöntemi, bütçe gelir ve giderlerinin bütçeye gayri safi tutarlarıyla geçirilmesini ifade eder. Böylece kamu hizmeti birimlerinin gelirlerinin arkasına giderlerini, giderlerinin arkasına gelirlerini gizlemeleri önlenmiş olur. Bunun sonucunda, parlamentonun bütçenin tamamına ön izin vermesi ve tüm bütçe işlemleri üzerinde denetim yapabilmesi olanaklı olur.

Belirli gelirlerin belirli giderlere tahsis edilmemesi ise, belirli kaynaklardan elde edilen gelirlerin belirli giderlere tahsisinin önüne geçilerek ayrıcalıklı hizmet birimleri yaratılmamasını ve tüm gelirlerin bütün kamu hizmetlerinin karşılığı olarak kabul edilmesini sağlar.

Giderlerin tahsisi veya giderlerin özelliği ilkesinin, belirli gelirlerin belirli giderlere tahsis edilememesi ilkesiyle ilgisi olmayıp, sadece giderleri ilgilendirir. Bu ilke gelirlerin giderlere, giderlerin kalitatif ve kantitatif tahsisinde parlamentoyu söz ve karar sahibi kılmayı hedefler. Bütçede belirli amaçlar için tahsis edilmiş ödeneklerin, ancak tahsis edilmiş amaçlar için harcanması ve bütçede öngörülen ödenek tutarları harcama sınırını gösterdiğinden ödenek dışı ve ödenek üstü harcama yapılmaması gerekir.

Bu bağlamda, kamu hizmetlerinin kapsam ve niteliğinin belirlenmesi, kamu harcamalarının finansmanı, kaynakların tahsisi ve denetimi, temsili demokrasilerde parlamentoların "bütçe hakkı" nın kapsamındadır.

Parlamentolar, kamu harcamalarının topluca müzakere edilebildiği, iktisadi önceliklerin belirlenebildiği, harcama kategorileri arasında tercihlerin yapılabildiği, harcamalarla faaliyetlerin yerindeliği ile etkinliğinin tartışma konusu yapılabildiği ayrıcalıklı yerlerdir. Bu tartışmaların yapılabilmesi için ise bütçenin hazırlanma aşamasında, girdi-çıktı-sonuç analizi, yöneylem araştırması, maliyet-fayda analizi, doğrusal programlama gibi kantitatif (sayısal) analizler ile stratejik planlama-performans programı-bütçeleme gibi kalitatif (niteliksel) analizlerin yapılması ve bütçedeki ödenek tahsislerinin bu analizlere dayandırılması gerekmektedir.

Nitekim, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 9 uncu maddesinin birinci fıkrasında, kamu idareleri stratejik plan hazırlamakla yükümlü kılınırken; ikinci fıkrasında, "Kamu idareleri, kamu hizmetlerinin istenilen düzeyde ve kalitede sunulabilmesi için bütçeleri ile program ve proje bazında kaynak tahsislerini; stratejik planlarına, yıllık amaç ve hedefleri ile performans göstergelerine dayandırmak zorundadırlar." denilmiş; "Bütçe ilkeleri" başlıklı 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde ise, bütçelerin kalkınma planı ve programlarda yer alan politika, hedef ve önceliklere uygun şekilde, idarelerin stratejik planları ile performans ölçütlerine ve fayda-maliyet analizine göre hazırlanması, uygulanması ve kontrolü bir bütçe ilkesi olarak ortaya konmuştur.

Oysa, 6428 sayılı Kanun ile öngörülen "Yap-Kirala-Devret" modeline ilişkin Tasarıda bu analizler yapılmadığı gibi, 6428 sayılı Kanun ile Sağlık Bakanlığı ile bağlı

kuruluşlarının merkez teşkilatının ilgili birimleri ile taşra teşkilatına ait sağlık kurum ve kuruluşlarının bütçe dışında yaptırılması öngörüldüğünden, söz konusu tesislerin yapımına bütçeden kaynak tahsis edilmeyeceğinden, söz konusu analizler bütçe aşamasında da hazırlanıp parlamentoda tartışılamayacak; ancak tesis işletmeye geçtiğinde tesisin kiralanmasına ilişkin kullanım bedeli ile hizmet bedeli sözleşme hükümleri gereği sözleşmede öngörülen tutarlar üzerinden bütçede yer alacaktır. Sözleşme ile Sağlık Bakanlığı yükümlülük altına girmiş olduğundan ve sözleşme hükümlerinin yerine getirilmemesi sözleşmelerde yaptırıma bağlanıp tahkim yolu da açık olduğundan, parlamentonun bütçeye konulan ödenek hakkında hiçbir söz ve karar hakkı bulunmayacaktır. Bu durum, bütçenin yıllık olma ilkesi ile birliği, genelliği ve giderlerin tahsisi ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, 6428 sayılı Kanunda öngörülen modelde söz konusu tesislerin Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlara yaptırılması ve ayrıca ticari hizmet alanlarının yüklenici tarafından işletilmesi öngörülmektedir. Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar ile ticaret alanlarının kira gelirleri vardır ve bu kira gelirlerinin bütçede gösterilmeyecek olması bütçenin genelliği ilkesiyle uyuşmamaktadır.

Bütçenin yıllık olması ilkesi, parlamentonun bütçeyle hükümete verdiği yetkinin bir yıl süreyle sınırlı olması, yani geleceği ipotek altına almamasını gerekli kılar. Parlamentoların demokratik seçimlerle sık sık yenilenmesi bir yana aynı parlamento bileşiminden farklı hükümetlerin çıkabildiği temsili demokrasilerde bu kural, doğrudan parlamentonun bütçe hakkıyla ve dolayısıyla temsili demokrasi ile ilgilidir.

Anayasanın 161 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, kalkınma planları ile ilgili yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için kanunla özel süre ve usul konulması istisnasına yer verilmiş ise de, bunun Sağlık Bakanlığının yaptıracağı tesislerin yapım süresiyle sınırlı olması gerekeceği ve 30 yıl gibi bir işletme süresine dayalı kullanım ve hizmet bedeli ödenmesini kapsayamayacağı açıktır. Dolayısıyla iptali istenen düzenlemeler, bu açıdan da bütçenin yıllık olması ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin, 30.12.2010 günlü, E.2008/84, K.2010/121 sayılı Kararında belirtildiği şekliyle, Anayasa'nın 161 inci maddesinin birinci fıkrasındaki, "Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır." hükmünden, bütçenin birliği ilkesi, yıllık olma ilkesi ve genellik ilkesinin Anayasa tarafından temel hüküm olarak benimsendiği anlaşılıyorsa, bütçenin birliği, genelliği, giderlerin tahsisi ve yıllık olması ilkeleriyle bağdaşmayan Yap-Kirala-Devret modelinin 6428 sayılı Kanundaki yapıtaşları olan 1 inci, 2 nci, 4 üncü, 5 inci, 6 ncı, 10 uncu ve 13 üncü maddelerindeki kurallar, Anayasanın 161 inci maddesine aykırıdır.

Öte yandan temsili demokrasilerde yürütmenin halka karşı siyasal hesap verme sorumluluğu yanında, parlamenter sistemde yürütmenin yasamaya karşı bütçe hakkından kaynaklanan hesap verme sorumluluğu vardır.

Hesap verme sorumluluğu, kaynakları tahsis eden yasama organı ile kaynakları kullanan yürütme organı arasındaki bir ilişkidir. Burada, kaynak tahsis edilerek yetkilendirilen yürütme, söz konusu yetkilerle kaynakları önceden belirlenen kurallar ile amaç ve hedefler doğrultusunda ne derece iyi, mevzuata uygun ve verilen yetki kapsamında kullandığını parlamentoya raporlamakta; parlamento da bu raporlara dayalı olarak yürütmenin hesap verme sorumluluğunu görüşmektedir. Ancak, parlamentonun bu görüşmeyi yapabilmesi için öncelikle, kamu hizmetlerine giderlerin kalitatif ve kantitatif tahsisini parlamentonun yapması gerekmektedir. Oysa 6428 sayılı Kanunda öngörülen modelde söz konusu sağlık tesislerinin Yap-Kirala-Devret modeli kapsamında yapılması ve

30 yıl süreyle işletilmesine parlamento bütçe hakkı kapsamında müdahil olamadığı ve bütçe hazırlama sürecinde hazırlanacak analizler temelinde alternatif çözüm şekilleri ile bunların maliyetlerini tartışamadığı ve kullanım bedeli ile hizmet bedeli ödeneklerinin tahsisi aşamasında ise alternatifsiz kaldığı ve dolayısıyla bütçe hakkının gereklerini yerine getiremediği için 6428 sayılı Kanunun 1 inci, 2 nci, 4 üncü, 5 inci, 6 ncı, 10 uncu ve 13 üncü maddelerindeki kurallar, Anayasanın 161 inci ve 162 nci maddelerine bu açılardan da aykırıdır.

Anayasanın 163 üncü maddesinde, "Cari yıl bütçesindeki ödenek artışını öngören değişiklik tasarılarında ve cari ve ileriki yıl bütçelerine mali yük getirecek nitelikteki kanun tasarı ve tekliflerinde, belirtilen giderleri karşılayabilecek mali kaynak gösterilmesi zorunludur." kuralına yer verilmiştir.

Oysa 6428 sayılı Kanun ile ileriki 30 yılın bütçelerine kullanım bedeli ve hizmet bedeli adı altında büyük mali yükler getirilirken, Tasarıda söz konusu mali yükleri karşılayabilecek mali kaynak gösterilmemesi, Kanunun mali yük getiren 1 inci, 2 nci, 4 üncü, 5 inci, 6 ncı, 10 uncu ve 13 üncü maddelerindeki kurallarını, Anayasanın 163 üncü maddesine aykırı kılar.

Öte yandan, piyasa ekonomisinde hangi malların hangi miktarlarda hangi faktör bileşimleri kullanılarak üretileceğini tüketici tercihleri, yani talep belirler. Kamusal mallardan hangilerinin hangi miktarlarda ve nasıl bir kaynak bileşimiyle üretileceğine ise, siyasal karar alma süreçlerinde karar verilir. Siyasal süreç ise, demokratik toplumlarda siyasal partiler, seçmenler ve baskı gruplarından oluşan kompleks bir yapı oluşturur. Bu bağlamda siyasal süreç, toplumsal tercihleri yansıtır.

Temsili demokrasilerin siyasal aktörleri, Anayasamızda da demokratik sistemin vazgeçilmez unsurları olarak nitelendirilen siyasal partilerdir. Örgütlü yapılar olarak siyasal partiler, değişik toplumsal grup, kategori, sınıf ve kesimlerin, ekonomik, sosyal, siyasal ve kültürel menfaat, değer ve eğilimlerini bir araya getirerek, devletin ekonomik ve sosyal işlevleri ile kamusal hizmetlerin kapsam, nitelik ve içeriğinin belirlendiği programlar hazırlamakta, bu programlara dayalı olarak siyasal iktidara aday olmakta ve seçmenler de belirli bir program temelinde değişik çıkar, değer ve eğilimleri temsil eden siyasal partiler arasından, siyasal iktidarı hangisinin kullanacağına ve dolayısıyla hangi programın uygulanacağına serbest seçimlerde karar vermektedir. Seçimi kazanan siyasal parti veya partiler koalisyonu, devletin siyasal karar organlarını (yasama ve yürütme) kullanarak, idare (kamu bürokrasisi) aracılığıyla programlarını uygulamakta; programın başarısı veya başarısızlığı seçmenler tarafından oylanmakta; başarısız bulunan programın uygulamasına son verilerek siyasal parti ya da partiler koalisyonu iktidardan uzaklaştırılabilmektedir.

Bu bağlamda temsili demokrasi meşruiyetini, egemenliğin/iktidarın gerçek sahibi olan ulusun/seçmenin rızasından ve seçilmiş temsilcilerin yurttaşa karşı demokratik/siyasal hesap verme sorumluluğundan almaktadır.

6428 sayılı Kanunun iptali istenen maddelerindeki kuralların, Devlete ve bütçesine 30 yıl süreli bir mali yükümlülük getirdiği gözetildiğinde, Anayasanın 163 üncü ve 5018 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinde öngörülen kuralların yerine getirilmediği ve alternatif hizmet sunum yöntemlerinin maliyet ve risk analizlerinin yapılıp siyasal iktidarın tercihi ideolojik niteliğinden arındırılarak teknik bir maliyet-yarar tercihine büründürülmediği sürece, bugünün siyasi iktidarının ideolojik tercihi ve bürokratlarının imzası, her siyasi iktidara göre değişebilen sağlık politikaları bağlamında yarın için gelecek hükümetlerin kamu yararı takdirini 30 yıl süreyle bloke ederek olumlu olumsuz yeni bir

tasarruf yapmasını (tahkim yolu da açık tutulduğu gözetildiğinde) bütünüyle olanaksız kılmaktadır.

Demokratik hukuk devletinde, siyasi iktidarlara gelecek 30 yılın sağlık politikasını bağlayıcı kurallar koyma ve bürokratlara gelecek 30 yılın bütçelerini bu günden tahsis etme yetkisi verilirken, sunulacak sağlık hizmetinin değişik yöntemlere göre alternatif maliyetlerinin, tercih edilenin maliyet ve yarar avantajları ile marjinal faydasının, 30 yılı bağlayıcı yaygın yüklenmeye esas olan meşru amaç ve yarar dengesinin, istisnadan yararlanmak için yıllık bütçe plan tekniğini bertaraf etmeyi zorunlu kılan nedenlerin, bunu mümkün kılan yasa ve gerekçesinde sistematik yoruma elverişli, açık ve net bir şekilde ortaya konulması gerekir.

Demokratik devlet, gelecek siyasi iktidarların kamu hizmetlerine ilişkin siyasa tercihlerini ideolojik nedenlerle bugünden bloke etmemeyi, hukuk devleti ise her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı gerekli kılar.

Kaldı ki, Anayasanın ilgili kuralları değişmediği ve Anayasa gibi temel bir hukuk metni ile hukukun evrensel ilkelerini referans aldığı halde 12 Eylül Referandumu ile üye sayısı ve yapısı değişen Anayasa Mahkemesinin neredeyse geçmiş kararlarından tamamen koparak yeni içtihatlar geliştirdiği gözetildiğinde, Anayasayı yorumlama gibi hukuki bir görev ve yetkisi bulunan ve meşruiyetini tarafsızlığından alan teknik bir heyet, kendi kararlarıyla bağlı olmaz iken; kamu hizmetlerinin kapsam ve niteliği ile kaynak bileşimlerinde farklı programları, farklı siyasaları ve farklı çözümleri olan ve bu farklı programlar temelinde siyasal iktidara talip olup, farklı programlar temelinde seçmenin rızasını alan ve meşruiyetini farklı kamu siyasaları üretmek ve siyaset yapmaktan alan siyasal partilerin ve siyasetin en yüksek düzeyde yapıldığı parlamentonun, siyasa tercihlerinin 30 yıl süreyle bloke edilmesi, demokratik devlet ilkesiyle bağdaşmayacağından iptali istenen kurallar Anayasanın 2 nci maddesine de aykırıdır.

6428 sayılı Kanunun, siyasa tercihini ideolojik içeriğinden arındıran teknik analiz ve değerlendirmelere de dayanmadan, genel gerekçedeki genel geçer ifadelerle gelecek 30 yılın iktidarlarının sağlık hizmetlerinin sunumuna ilişkin siyasa tercihlerini bu günden bloke ederek kamu maliyesini 30 yıl süreyle yükümlülük altına sokması ile Hazineyi özel sektörün borçlarını üstlenmek zorunda bırakarak geçmişte örneği yaşanan mali krizlere davetiye çıkarması ise hukuk devletinin ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturur.

Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesi yasaların kamu yararına dayanması ögesini içerir. Çünkü devlet düşüncesi, kamu yararında biçimlenip somutlaşır ve bütün kamusal faaliyet, işlem ve girişimlerin temelinde kamu yararı ilkesi yatar. Bir yasa kuralının konulmasında kamu yararı bulunduğunun kabulü için, yasanın yalnızca özel çıkar veya belirli grup, sosyal sınıf ya da kişilere yarar sağlamayı değil, toplumun geneline yönelik yararlar sağlamayı amaçlaması, halktan toplanan vergilerin sermaye aktarımına aracılık etmek yerine, kamu hizmetlerinin verimli, etkin ve tutumlu harcanmasını hedeflemesi gerekir.

1/722 sıra sayılı Kanun Tasarısının Plan ve Bütçe Komisyonu Raporunda CHP Milletvekilleri Rahmi Aşkın Türeli (İzmir) Bülent Kuşoğlu (Ankara) ve Müslim Sarı (İstanbul) yazdıkları Karşı Oy'da, "Diğer taraftan, hastanenin yapımının sabit yatırım tutarı ile 25 yıllık (49 yıla kadar çıkabilir) toplam kira bedelleri karşılaştırıldığında ortaya çıkan büyük fark söz konusu finansman modelinin seçilmesine ilişkin olarak ciddi soru işaretlerini ortaya atmaktadır. Nitekim alt komisyon görüşmeleri sırasında Sağlık Bakanı Sayın Recep Akdağ tarafından örnek olarak verilen Kayseri Şehir Hastanesinin sabit sermaye yatırım tutarı 650 milyon TL olup, yıllık kira bedeli 137 milyon lira olarak açıklanmıştır. Söz konusu

kira bedelinin alt detayına bakıldığında, 54 milyon lirası bina kullanım bedeli, 10 milyon lirası P1 olarak da adlandırılan zorunlu hizmet bedeli, 73 milyon lirası da P2 olarak adlandırılan opsiyonel hizmet bedelinden oluşmaktadır. Yıllık kira bedeli olan 137 milyon lira 25 yıllık kira süresi için hesaplandığında 3 milyar 425 milyon lira olmaktadır. Söz konusu yıllık kira bedelinin sabit olmayıp 3 ayda bir enflasyon oranı ile dolar kurundaki artışı da içeren bir formül çerçevesinde yükseltileceği düşünüldüğünde 650 milyon lira olan sabit sermaye yatırım tutarı ile 3 milyar 425 milyon lira toplam kira bedelinin arasındaki büyük uyumsuzluk olduğu görülmektedir. Rakamlar arasındaki bu uyumsuzluğun nedeni Sağlık Bakanı tarafından yüklenicinin üstlendiği riskler olarak belirtilmiştir. Bununla birlikte, bu kadar yüksek bir risk primi başka hiçbir yapım ve işletme işinde söz konusu değildir." demişlerdir.

Sabit sermaye yatırımı 650 milyon TL olan ve 520 milyon TL'si kredi şeklinde kullanılıp Hazine garantisi kapsamına alınan ve ayrıca yüklenicinin enflasyon ve kur değişimine ilişkin finansal riskleri devlet tarafından üstlenilip sıfırlanan bir hastane için, 25 yılda 3 milyar 425 milyon TL ödenmesinin Sağlık Bakanlığınca olağan karşılandığı gerçeği göz önüne alındığında, 6428 sayılı Kanunda öngörülen "Yap-Kirala-Devret" modelinde kamu yararı olmadığı Kayseri Şehir Hastanesi örneğiyle sabittir ve 6428 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (m) bendinde öngörülen "Ön fizibilite raporu"nun, Anayasanın 163 üncü maddesi ile 5018 sayılı Kanunun 14 üncü maddesindeki kuralları karşılamadığı ve ilgisinin de bulunmadığı açık olduğu gibi, işlerliğinin bulunmadığı da "Karşı Oy"da belirtilen örnekle açığa çıkmıştır.

Bu itibarla 6428 sayılı Kanunun iptali istenen maddelerindeki kurallarda kamu yararı bulunmadığı açık olduğundan iptali istenen düzenlemeler, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine bu açıdan da aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6428 sayılı Kanunun 1 inci, 2 nci, 4 üncü, 5 inci, 6 ncı, 10 uncu ve 13 üncü maddeleri, Anayasanın 2 nci, 161 inci, 162 nci ve 163 üncü maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) 6428 Sayılı Kanunun 3 üncü, 7 nci, 8 inci, 9 uncu, 11 inci, 12 nci, 14 üncü, 15 inci, 26 ncı ve Geçici 1 inci Maddelerinin Anayasaya Aykırılığı

30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 43 üncü maddesinin (4) numaralı fıkrasında, başvurunun, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Anayasa Mahkemesinin uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebileceği belirtilmiştir.

6428 sayılı Kanunda Yap-Kirala-Devret modelinin temelini oluşturan 1 inci, 2 nci, 4 üncü, 5 inci, 6 ncı, 10 uncu ve 13 üncü maddelerinin iptal edilmesi durumunda, Kanunun 3 üncü, 7 nci, 8 inci, 9 uncu, 11 inci, 12 nci, 14 üncü, 15 inci, 26 ncı ve Geçici 1 inci maddelerinin uygulama olanağı kalmayacağından 6216 sayılı Kanunun 43 üncü maddesinin (4) numaralı fıkrasındaki kurallara göre anılan maddelerinden de iptali gerekir.

2013/50 Esas sayılı Davaya ilişkin ek dilekçemizi saygı ile arz ederiz. 13.06.2013"

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

1- Kanun'un iptali istenen maddeleri şöyledir:

MADDE 1- (1) Bu Kanunun amacı; ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bu projeler için alınacak danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir.

(2) Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Aşama tamamlama: Yapım işlerinin her bir aşamasının, ihale dokümanları ve sözleşme hükümleri doğrultusunda tamamlandığının idarenin onayı ile kabul edilmesini,

b) Bakanlık: Sağlık Bakanlığını,

c) Bedel: Yüklenicinin, sözleşme çerçevesinde yaptığı tesislerin kullanımı ile tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında yükleniciye ödenecek olan bedellerin toplamını,

ç) Diğer sözleşmeler: Sözleşme ile bağlantılı olarak yüklenici ile üçüncü şahıslar arasında imzalanan ve sözleşmeye aykırı hükümler ihtiva etmeyen sözleşmeleri,

d) Dönemsel yatırım tutarı: Yüklenicinin sözleşmede belirlenecek dönemlerde yapım işleri için tahsis edeceği tutarı,

e) Hizmet bedeli: Bedelin bir unsuru olup tesisin ve ekipmanların kullanıma hazır tutulmasına yönelik bakım, onarım ve benzeri hizmetlerin bedeli ile ilgili mevzuatına göre hizmet alımı yoluyla gördürülebilecek hizmetlerin sunulması karşılığında idare tarafından yükleniciye ödenen ve beş yılı geçmemek üzere dönemsel piyasa testi ile güncellenen bedeli,

f) İdare: Bakanlık ve bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatlarının ilgili birimi ile taşra teşkilatlarına ait sağlık kurum ve kuruluşlarını,

g) İhale dokümanı: İhale konusu işe ait idari şartnameler, teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer bilgi ve belgeleri,

ğ) İhtiyari ticari hizmet alanları: Mecburi ticari hizmet alanlarından başka idarenin ihale dokümanı ile belirleyeceği esaslara göre yerleşkede yapılacak her türlü hizmet alanını,

h) İstekli: İdarenin açtığı ihaleye teklif veren gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri ya da bunların oluşturduğu ortak girişimleri,

ı) İşletme dönemi yönetim planı: Yükleniciye gördürülecek hizmetlerin ne şekilde sunulacağını gösteren, işletim ve yönetim organizasyon modelini içeren planı,

i) Kesin proje: Tesisin idarece temin edilen ön projesine göre, ihale dokümanı ve temel standartlar dokümanına bağlı kalınarak arazi ve zemin araştırmaları yapılan, yapı elemanları ölçümlendirilen, inşaat sistem ve gereçleri ile teknik özellikleri belirtilen ve sözleşmenin imzalanmasını müteakip yüklenici tarafından hazırlanan ve idarece onaylanan projeyi,

j) Kullanım bedeli: Bedelin bir unsuru olup tesislerin kullanımı karşılığında dönemsel olarak idare tarafından yükleniciye ödenen ve sözleşmede belirlenen bedeli,

k) Mecburi ticari hizmet alanları: İdare ve yüklenici tarafından piyasa rayiç fiyatlarına göre belirlenen ücret karşılığında, yerleşkede bulunan ve hizmetten yararlananların ihtiyaçlarını karşıladıkları, ihale dokümanında belirlenen hizmet alanlarını,

l) Ortak girişim: İhaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığını,

m) Ön fizibilite raporu: Bu Kanun hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmesi öngörülen projenin teknik, finansal, ekonomik, çevresel, sosyal ve hukuki açıdan yapılabilirliğini analiz eden, öngörülen kullanım bedeli, hizmet bedeli ve garantiler de dâhil olmak üzere risk analizlerini ve paylaşımını içeren ve yatırımın geleneksel tedarik yöntemleri yerine kamu özel iş birliği modeli ile hayata geçirilmesinin gerekçesini karşılaştırmalı ekonomik ve finansal analizlerle ortaya koyan raporu,

n) Ön proje: Tesisin ihtiyaç programına göre gerekli zemin ve arazi araştırmaları yapılarak bilgilerin hâlihazır haritalardan alındığı, varsa çevresel etki değerlendirmelerine dayanılarak hazırlanan plan, kesit ve görünüşlerin belirtildiği bir veya birkaç çözümü içeren ve tesisin konsept ve temel tasarım unsurlarının, ihtiyaç listesi ve diğer hizmet alanlarının belirlendiği projeyi,

o) Özel amaçlı şirket: İhale sonucunda idare ile imzalanacak sözleşmenin tarafı olan, faaliyet alanı sözleşme konusu ile sınırlı bulunan ve üzerine ihale bırakılan yüklenici tarafından kurulan anonim şirketi,

ö) Sözleşme: Yapım işlerinde özel amaçlı şirketle idare arasında; yenileme işleri ile bu Kanun 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 sözleşme ve eklerini,

p) Temel standartlar: Tesisin ve mecburi ticari hizmet alanlarının projelendirilmesi, yapımı, bakımı ile yüklenici tarafından yerine getirilecek hizmetlere ilişkin Bakanlıkça belirlenen standartları,

r) Tesis: Sözleşme hükümlerine göre yüklenici tarafından yapılan ve Bakanlığın ve bağlı kuruluşlarının kanunla tanımlanan görev ve yetkileri ile ilgili iş ve işlemlerini yerine getirmek için kullanacağı bina ve yapıları,

s) Ticari hizmet alanları: Mecburi ticari hizmet alanları ile ihtiyari ticari hizmet alanlarını,

ş) Toplam sabit yatırım tutarı: Yüklenici tarafından sözleşme hükümlerine göre yapılacak olan yapım veya yenileme işleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren tıbbi donanıma ilişkin olarak sözleşmede belirtilen toplam yatırım tutarını,

t) Uygulama projesi: Tesise ve ticari hizmet alanlarına ilişkin olarak yüklenici tarafından hazırlanan, kesin projeye göre yapının tüm detayını gösteren ve idare tarafından onaylanan projeyi,

u) Üst hakkı sözleşmesi: Tesislerin ve ticari hizmet alanlarının Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde yaptırılması için, bu taşınmazlar üzerinde yüklenici lehine bedelsiz olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek şartıyla, bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmesi amacıyla düzenlenecek sözleşme ve eklerini,

ü) Yenileme veya yapım işleri: Mevcut tesislerin yenilenme zarureti ortaya çıktığı durumlarda Bakanlıkça öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar çerçevesinde yenilenmesi ile Yüksek Planlama Kurulunca yapılmasına karar verilen tesisin yapım işlerinin sözleşme hükümlerine göre yapımı ve söz konusu tesisin bünyesinde yer alan malzeme, teçhizat ve varsa ihale dokümanında belirtilen tıbbi donanım da dâhil olmak üzere yüklenici tarafından üstlenilen bütün donanımın temini işlerini,

v) Yerleşke: Sözleşme çerçevesinde yapılan tesis ve ticari hizmet alanlarının bütününü,

y) Yüklenici: Üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekli ile özel amaçlı şirketi,

ifade eder.

MADDE 2- *(1) Bakanlık ve bağlı kuruluşları; ön proje, ön fizibilite raporu, temel standartlar ile ihale dokümanı ve sözleşme hükümleri çerçevesinde, Maliye Bakanlığınca yüklenici lehine bedelsiz olarak tesis edilecek bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı sözleşmesinde belirtilen şartlarla Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde, sözleşmede belirlenecek bedel karşılığında tesis yaptırabilir. Yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu ve proje ile ilgili diğer belgeler Sağlık Bakanının imzasıyla Yüksek Planlama Kurulunun onayına sunulur. Yapım işlerinin ihalesi, Yüksek Planlama Kurulundan yetkilendirme kararı alındıktan sonra gerçekleştirilir.*

(2) Bakanlık ve bağlı kuruluşları, öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar doğrultusunda kullanımlarında bulunan tesislerin yenilenmesi işlerini, tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması ve/veya ticari hizmet alanlarının işletilmesi ve/veya bedelinin ödenmesi karşılığında yaptırabilir.

(3) Bu Kanun çerçevesinde yapılacak olan işlere yönelik araştırma, geliştirme, proje ve danışmanlık hizmetleri bu Kanunda yer alan ihale usulleri ile temin edilebilir.

(4) Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde ihale yetkilisi, Bakanlık ve bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatında ilgili birimin, Bakanlık onayı ile taşra birimlerince

yapılmasına karar verilen işlerde ise ilgili taşra biriminin en üst yöneticisidir. Tesisin işletilmesi döneminde sözleşmenin yürütülmesi yetki ve sorumluluğu ile harcama yetkisi, ilgili taşra biriminin en üst yöneticisine aittir. Döner sermaye kaynaklarından bu Kanun kapsamında yapılacak harcamalarda harcama yetkililiği Bakanlıkça belirlenen limitler dâhilinde yardımcılara veya en yakın alt kademe yöneticilere devredilebilir.

MADDE 3- (1) İhalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, kaynakların verimli kullanılmasını, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasını sağlamak esastır.

(2) Bakanlık ve bağlı kuruluşları her bir proje için, ihale iş ve işlemlerinde kullanılmak üzere ön proje, ön fizibilite raporu, fizibilite raporu, temel standartlar dokümanı ile ihale dokümanı hazırlar veya hazırlatır.

(3) Gerek görülmesi hâlinde birden fazla tesis yapım veya yenileme işi tek bir ihale ile yaptırılabilir.

(4) İhalelerde, proje bazında işin niteliğine göre en az maliyetle en yüksek fayda sağlayan teklif, ekonomik açıdan en avantajlı teklif kabul edilir.

(5) Bu Kanun kapsamındaki tesislerin yenileme veya yapım işlerinde açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü veya pazarlık usullerinden biri uygulanabilir.

(6) Açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebildiği ihaledir. Açık ihale usulünde, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen ve idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığı incelenmek ve uygun olmadığı belirlenen isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılmak suretiyle ihale sonuçlandırılır.

(7) Belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda davet edilen isteklilerin teklif verebildiği ihale usulüdür. Bu ihale, aşağıda belirtilen esaslara göre yapılır:

a) Ön yeterlik değerlendirmesi, işin niteliğine göre ve rekabeti engellemeyecek şekilde ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre yapılır.

b) Ön yeterlikleri kabul edilen isteklilerden kapalı olarak proje ve fiyat teklifleri alınır.

c) İdare tarafından belirlenen günde isteklilerin huzurunda teklifler açılır ve teklif edilen projelerin ve fiyatlarının değerlendirmesi yapılmak üzere oturum kapatılır. Teklif edilen projelerin öncelikle niceliksel olarak ön projeye uygunluğu incelenir. Bu incelemede projeleri uygun bulunmayan istekliler değerlendirme dışı bırakılır; uygun bulunanlar teknik kalite ve fiyat yönünden değerlendirilerek sıralanır.

ç) Bu sıralamaya göre ihale dokümanında belirtilen sayıda istekli ile proje geliştirilerek teklife esas proje belirlenir. Belirlenen proje için isteklilerden kapalı olarak fiyat teklifi alınır. Önceden tespit edilen günde isteklilerin huzurunda teklifler açılır ve hemen akabinde açık eksiltme yapılır.

d) Açık eksiltme sonucunda en düşük teklifi veren istekli ile idarenin fizibilitesi doğrultusunda nihai pazarlık aşamasına geçilir. Nihai pazarlık sonucunda isteklinin teklifi uygun bulunursa bu istekli üzerine ihale kararı verilir. İlk isteklinin teklifi idarece uygun bulunmazsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile nihai pazarlığa devam edilir. İkinci isteklinin nihai fiyatı ilk isteklinin fiyatından düşükse, ilk isteklinin bu fiyatı kabul etmesi hâlinde ilk istekli, aksi hâlde ikinci istekli üzerine ihale kararı verilir. İdare, pazarlık sonrasında onuncu fıkraya göre ihaleyi iptal etmekte serbesttir.

(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 değerin altı katına kadar olan işler

(9) Sekizinci fıkranın (a), (b) ve (ç) bentlerine göre yapılacak işlerde ilan yapılması zorunlu değildir. Diğer bentlere göre yapılacak işlerde ise en az bir hafta önceden ilan yapılması zorunludur. İlan yapılmayan hâllerde en az üç istekli çağrılır.

(10) Yapılan ihale sonucunda idare, teklif edilen fiyatı fizibilitesine uygun bulmazsa ihaleyi iptal etmekte serbesttir. İhalenin iptalinden dolayı isteklilere karşı idarenin herhangi bir sorumluluğu doğmaz.

(11) Bu Kanun kapsamındaki açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihaleler, ön yeterlik veya teklif verme için belirlenen son müracaat tarihinden en az otuz gün önce olmak üzere Resmî Gazete'de ve Türkiye çapında yayımlanan yüksek tirajlı iki gazetede ve işin gerektirdiği hâllerde yurt dışında bir gazetede en az birer defa ilan edilerek duyurulur.

(12) Bu Kanun çerçevesinde yapılan ihalelerde toplam sabit yatırım tutarı veya teklif bedelinin en az yüzde üçü oranında geçici teminat, yüzde üçü oranında kesin teminat, sabit yatırımın tamamlanmasından sonra işletme döneminde ise yüzde bir buçuğu oranında teminat alınır.

(13) Üzerine ihale yapıldığı hâlde süresi içinde sözleşme imzalamayan yüklenicinin geçici teminatı Hazineye irat kaydedilir.

(14) Bu Kanuna göre gerçekleştirilecek ihalelerde ihale yetkilisi, biri başkan olmak üzere, ikisi ihale konusu işin uzmanı, birisi de muhasebe ve mali işlerde uzman olmak şartıyla idare personelinden en az beş ve tek sayıda kişiden oluşan ihale

komisyonu görevlendirir. İdarece, ayrıca en az üç kişiden oluşan muayene ve kabul komisyonları görevlendirilir. Komisyonların çalışma usul ve esasları yönetmelikle düzenlenir.

(15) 4734 sayılı Kanuna göre ihalelere katılamayacak olanlar, bu Kanun kapsamındaki ihalelere de katılamazlar.

(16) Bu Kanun çerçevesinde yaptırılacak işlerdeki sabit yatırım içerisinde yer alan tıbbi donanımın en az yüzde yirmisinin yerli üretim olması zorunludur. Kullanılacak ürünlerdeki yerli üretim oranı, yerlilik şartları ve esasları ihale dokümanında belirtilir.

(17) Bu Kanun kapsamındaki ihalelerde, isteklilerden istenen belgelerde eksiklik olması hâlinde sonradan hangilerinin tamamlattırılabileceği yönetmelikle belirlenir.

MADDE 4- (1) Sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olup süresi, tesisin özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere idarece belirlenir.

(2) 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. Yüklenici, sözleşme süresince üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan sorumludur. Yüklenicinin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde idarenin uğrayacağı zararın tazminine ve cezai şartlara ilişkin hükümlere sözleşmede yer verilir.

(3) İdarenin sözleşmede belirtilen bedeli yükleniciye ödemekte gecikmesi hâlinde uygulanacak gecikme faizine ve şartlarına ilişkin hükümlere sözleşmede yer verilir.

(4) İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler veya denetletir. Bakanlık, yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve yönetim sistemi kurabilir.

(5) Yüklenici, sözleşmeden doğan tüm hak ve vecibelerini, aynı şartlarla ve bu Kanunda belirtilen şartları haiz başka bir gerçek veya özel hukuk tüzel kişisine idarenin onayı ile devredebilir. Sözleşmenin bu şekilde devri hâlinde diğer sözleşmeler de devralan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisine devredilmiş sayılır.

(6) Yapım sözleşmesi imzalandıktan sonra sabit yatırım döneminde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sözleşmede belirlenen derhâl fesih hâlleri hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla keyfiyet açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Ayrıca keyfiyet, projenin finansmanına kaynak sağlayan finans sağlayıcılara da ihbar edilir. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. İhtarla belirlenen süre sonunda taahhüdün yerine getirilmemesi hâlinde, finans sağlayıcılar idare ile

anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitmek suretiyle işin yapılmasını sağlayabilir. Bunun sağlanamaması hâlinde idare tarafından sözleşme feshedilir.

(7) Yapım sözleşmesinde yüklenicinin işletme döneminde sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumu hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla keyfiyet açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Ayrıca keyfiyet, projenin finansmanına kaynak sağlayan finans sağlayıcılara da ihbar edilir. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. Verilen süre içinde yüklenicinin, yazılı ihtardaki talimata uymaması hâlinde iş, idare tarafından pazarlık usulü ile yüklenicinin namı hesabına yaptırılarak yükleniciye ödenecek bedelden mahsup edilir. Sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumunda ise keyfiyet yükleniciye en hızlı vasıtalarla bildirilerek iş, idare tarafından yüklenici namı hesabına yaptırılır. Sağlık hizmetlerinin sürdürülemezliğiyle ilgili hâllerin neler olduğu ve bildirim usulleri yönetmelikle belirlenir. Yüklenicinin işletme döneminde sözleşmede belirtilen performans puanının altında kalması hâlinde idare tarafından sözleşme feshedilir. Bu hâllerde de, finans sağlayıcıların idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitme hakkı saklıdır.

(8) Yenileme, araştırma-geliştirme, danışmanlık ve hizmet alım sözleşmelerinde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumu hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla keyfiyet açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. Verilen süre içinde yüklenicinin, yazılı ihtardaki talimata uymaması hâlinde sözleşme feshedilir. Taahhüdün yerine getirilmemesi dolayısıyla sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumunda ise sözleşme derhâl feshedilir.

(9) Mücbir sebep hâllerinin ortaya çıkması veya yüklenici ile idarenin anlaşması hâllerinde sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin hususlar sözleşmede belirlenir. Sözleşmenin sona erdirilmesi hâlinde kesin teminat mektubu iade edilir ve sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır.

(10) Sözleşmenin feshi hâlinde sözleşme konusu işlerin hesabı sözleşme ve genel hükümlere göre yapılır ve yüklenicinin idare ile ilişkisi kesilir. Maliye Bakanlığınca Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmaz üzerinde yüklenici lehine tesis edilen üst hakkı herhangi bir yargı kararı aranmaksızın iptal edilir ve tapu idaresince resen terkin olunur. Bu durumda taşınmaz üzerindeki tüm yapı ve tesisler sağlam ve işler durumda Hazineye intikal eder. Taşınmaza veya üzerinde bulunan yapı, tesis ve müştemilata yüklenici tarafından zarar verilmesi hâlinde, zarar bedeli de yükleniciden ayrıca alınır. Bunlardan dolayı, hak lehtarı veya üçüncü kişilerce üst hakkından kaynaklanan herhangi bir hak veya talepte bulunulamaz. Sözleşmenin fesih tarihinde işlerin mevcut durumu, idarece görevlendirilecek bir heyet tarafından yüklenici veya vekili ile birlikte tespit edilerek bir durum tespit tutanağı düzenlenir. Önceden bildirilen günde yüklenici veya vekili hazır bulunmaz ise durum tespit tutanağı yüklenicinin yokluğunda düzenlenir ve keyfiyet tutanakta belirtilir. Sözleşmenin feshedilmesi hâllerinde kusurlu tarafın ödeyeceği tazminat ve cezai şartlara sözleşmede yer verilir. Yükleniciden kaynaklanan sebeple sözleşmenin feshi hâlinde yüklenicinin kesin teminatı Hazineye gelir kaydedilir. Gelir kaydedilen kesin teminat yüklenicinin borcuna mahsup edilmez ve yükleniciler kesin teminat için herhangi bir hak, bedel veya tazminat talebinde bulunamaz.

(11) Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında doğabilecek hukuki ihtilaflarda Türk hukuku uygulanır ve ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri görevli ve yetkilidir. Ancak, taraflar ihtilafın esasına Türk hukukunun uygulanması ve davanın Türkiye'de görülmesi kaydıyla ihtilafın 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler.

(12) İdare ile yüklenici arasında imzalanacak sözleşme Türkçe olarak hazırlanır. Ancak yüklenicinin talebi hâlinde sözleşme Türkçe ve İngilizce olarak iki dilde hazırlanabilir. Metinler arasında herhangi bir çelişki olması hâlinde Türkçe metin esas alınır.

(13) Bu maddenin uygulanmasına ve sözleşmede yer alacak diğer konulara ilişkin hususlar yönetmelikle belirlenir.

MADDE 5- (1) Bedel ve sözleşme süresinin tespitinde; yatırımın maliyeti ve projenin mahiyeti, ekipman ve tıbbi donanımın yüklenici tarafından sağlanıp sağlanmayacağı, yüklenicinin kârı, yatırım konusu taşınmaz ve tesisteki hizmetlerin ve ticari hizmet alanlarının işletilmesinin yükleniciye verilip verilmeyeceği hususları dikkate alınır. Dönem sonunda Türkiye İstatistik Kurumunca belirlenen dönemsel Üretici Fiyat Endeksi ile Tüketici Fiyat Endeksi toplamının yarısı oranında kullanım bedeli artışı yapılır. Yüklenici tarafından yabancı para birimi ile kredi temin edilmesi ve kullanım bedelinin yeniden belirleneceği tarihteki ilgili döviz kurundaki değişimin Üretici Fiyat Endeksi ile Tüketici Fiyat Endeksi toplamının yarısı oranından yüksek veya düşük olması hâlinde, idare tarafından yönetmelikle belirlenen esaslar çerçevesinde hesaplanacak düzeltme katsayısı marifetiyle kur farkı hesaplanır ve yabancı para birimi ile borçlanma oranında kullanım bedeline eklenir veya kullanım bedelinden çıkarılır.

(2) Yapım işinin tamamlanmasından önce hiçbir şekilde bedel ödemesi yapılamaz. Ancak aşama tamamlamaları ve kısmi hizmete alınma hâlinde idare tarafından yapılacak kısmi kabullere ilişkin düzenlemelerin yer aldığı sözleşme hükümleri saklıdır.

(3) Yüklenici tarafından verilen hizmetlerin karşılığı olarak yükleniciye ödenecek hizmet bedellerinin hesaplanmasına ve ödenmesine ilişkin usul ve esaslara ihale dokümanında ve sözleşmede yer verilir.

(4) Yüklenicinin, sözleşme süresince öz kaynakları dışında finansal tablosunda belirtilen toplam borç miktarında, yeniden finansman ve/veya borç yapılandırması suretiyle azalma meydana gelmesi hâlinde, borç miktarındaki azalma idare ve yüklenici arasında eşit oranda taksim edilerek kullanım bedeline yansıtılır. Yeniden finansman ve/veya borç yapılandırmasına ilişkin esaslar sözleşmede düzenlenir.

(5) Bedel, Bakanlığa veya bağlı kuruluşlara ait döner sermaye bütçesinden ve/veya merkezi yönetim bütçesinden ödenir.

MADDE 6- (1) Yüklenici, sözleşme konusu işlerle ilgili gerekli tüm finansmanı sağlamakla yükümlüdür. Yüklenicinin bu Kanun kapsamında gerçekleştireceği yapım işleri için tahsis edeceği öz kaynak oranı, yatırım dönemi süresince sözleşmede belirtilen dönemsel yatırım tutarının yüzde yirmisinden az olamaz.

MADDE 7- (1) Bu Kanuna göre idare ile yüklenici arasında imzalanan yapım sözleşmesi süresi sonunda yerleşke, her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer. Sözleşme süresi sonundaki yerleşkenin mevcut durumu, idarece görevlendirilecek bir heyet tarafından yüklenici veya vekili ile birlikte tespit edilerek bir durum tespit tutanağı düzenlenir. Belirlenen zamanda yüklenici veya vekili hazır bulunmaz ise durum tespit tutanağı yüklenicinin yokluğunda düzenlenir ve bu durum tutanakta belirtilir. Durum tespit tutanağında belirlenen eksiklik ve arızalar, idarece verilecek sürede yüklenici tarafından tamamlanır. Tamamlanmaması hâlinde eksiklik ve arızaları karşılayacak meblağ, varsa yükleniciye yapılacak ödemelerden mahsup edilir ve/veya teminatından karşılanır. Bu suretle karşılanamaması hâlinde ise yükleniciye tazmin ettirilir.

MADDE 8- (1) Bu Kanuna göre gerçekleştirilecek kamu özel iş birliği projelerinin uygulanacağı yerlerin imar planları, Bakanlığın talep etmesi hâlinde Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca yapılır, yaptırılır, onaylanır.

MADDE 9- (1) Bu Kanun kapsamında yapılacak yatırımlarla ilgili olarak yatırım dönemiyle sınırlı olmak kaydıyla, idare ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri arasında yapılacak her türlü iş ve işlemler ile düzenlenecek kâğıtlar, 1/7/1964 tarihli ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa göre alınan damga vergisi ile 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu uyarınca alınan harçlardan müstesnadır.

MADDE 10- (1) Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Maliye Bakanlığı, Kalkınma Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığının görüşleri alınmak suretiyle Bakanlıkça hazırlanacak ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

MADDE 11- (1) Bu Kanun hükümlerine göre yapılacak iş ve işlemler, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kanuna tabi değildir.

MADDE 12- 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 7 nci maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Mevzuatta 3359 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesine yapılan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır.

10/7/2003 tarihli ve 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 13- 28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinin son fıkrası yürürlükten kaldırılmış, beşinci bölümünün başlığı "Hazine Garantileri ve Borç Üstlenimi" şeklinde değiştirilmiş ve Kanuna aşağıdaki 8/A maddesi eklenmiştir.

"Borç üstlenimi

MADDE 8/A- Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler tarafından 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun hükümlerine göre yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve tutarı asgari bir milyar Türk Lirası olması öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmeleri ile Sağlık

Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ve 25/8/2011 tarihli ve 652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre yap-kirala-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve tutarı asgari beş yüz milyon Türk Lirası olması öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmelerinde, sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınmasının öngörülmesi hâlinde, söz konusu yatırım ve hizmetler için yurt dışından sağlanan finansmanın ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerin Müsteşarlık tarafından üstlenilmesine karar vermeye, üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemeye, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri için Bakanın teklifi, özel bütçeli kamu idareleri için ilgili Bakanın talebi ve Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. Borç üstlenim anlaşmaları anlaşmada daha sonraki bir tarih kararlaştırılmadıysa imzalandıkları tarih itibarıyla yürürlüğe girer. Bu madde hükümlerine göre üstlenim öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmesi taslağında yer alan ve üstlenimi doğrudan ilgilendiren hükümler hakkında ihale şartnamesi yayımlanmadan ve ihale sonrasında sözleşme imzalanmadan önce Müsteşarlığın uygun görüşü alınır. Borç üstlenim taahhüdü kısmen veya tamamen verilebilir. Bu madde kapsamında mali yıl içinde taahhüt edilecek borç üstleniminin limiti, Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile belirlenir. Söz konusu limiti bir katına kadar artırmaya Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu madde hükümleri ile Müsteşarlık tarafından gerçekleştirilen borç üstlenimi tutarları, proje yürütücüsü idarenin genel bütçeli olması hâlinde bağlı bulunduğu Bakanlığın, özel bütçeli olması hâlinde ise kendi bütçesine sermaye gideri olarak kaydedilir. Söz konusu giderin kaydı için gerekli olan ödenek ilgili idarenin mevcut sermaye giderleri ödeneği ile karşılanmaksızın doğrudan Maliye Bakanlığı bütçesinde yer alan yedek ödenek tertibinden karşılanır. Müsteşarlık tarafından gerçekleştirilen borç üstlenimi tutarları devlet dış borcu olarak kaydedilir ancak 5 inci maddenin birinci fıkrasında belirlenen limite dâhil edilmez. Kendisine dış borcun tahsisi yapılabilen idareler dışında kalan idarelerin yürüttüğü projelerden kaynaklanan borç üstlenimlerinde ilgili idare Müsteşarlığa üstlenilen tutarda borçlandırılır ve bu kapsamdaki Hazine alacaklarının vadesinde ödenmemesi durumunda 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Müsteşarlık borç üstlenimi kapsamında taraflardan her türlü bilgi ve belgeyi istemeye yetkilidir. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla ihale ilanına çıkılmış olan projeler açısından uygulama sözleşmeleri taslağına ilişkin ihale öncesi Müsteşarlık görüşü, kısmi üstlenim taahhüdü ve borç üstlenim limiti hükümleri uygulanmaz. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelik ile düzenlenir."

MADDE 14- 4749 sayılı Kanunun 17 nci maddesinin (C) fıkrasının (2) numaralı bendinin sonuna "ile bu Kanunun 8/A maddesi uyarınca Müsteşarlık tarafından ve 3996 sayılı Kanunun 11/A maddesi uyarınca ilgili idareler tarafından imzalanan borç üstlenim anlaşmaları," ibaresi eklenmiş, (3) numaralı bendinde yer alan "kuruluşlarla imzalanan ekonomik ve ticari mahiyetteki anlaşmalar çerçevesinde" ibaresi "kuruluşlardan" ibaresiyle, "geri ödenmesini" ibaresi "geri ödenmesi ile bu finansmana ilişkin diğer hususları" ibaresiyle değiştirilmiş ve "münhasıran" ibaresi metinden çıkarılmıştır.

MADDE 15- 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun 11/A maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 11/A- Görevli şirket ile yapılacak sözleşmede, sözleşmenin feshedilerek yatırım ve hizmetin süresinden önce ilgili idare tarafından devralınması hükmünün bulunması hâlinde, yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmiş kısmına tekabül eden yurt dışından sağlanan finansmanın ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerin idare tarafından üstlenilmesine, gerçekleştirilmemiş yatırım ve hizmetlere ilişkin kısmının ise idarenin talebine bağlı olarak kullanılabileceğine ilişkin hükümlere yer verilebilir.

Genel bütçe dışındaki kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklar ve mahalli idareler tarafından gerçekleştirilen yatırım ve hizmetlere yönelik sözleşmelerde sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınmasının öngörülmesi hâlinde, yatırım ve hizmetlerin finansmanı amacıyla temin edilen yurt dışından sağlanan finansmanı ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülükleri üstlenmeye söz konusu idare yetkilidir. Bu idarenin, özel bütçe kapsamında olması hâlinde bu yükümlülüklerin ilgili idarenin bağlı olduğu Bakanlığın teklifi üzerine ilgili idare tarafından üstlenilmesine karar vermeye, üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir.

Özel bütçeli kamu idareleri tarafından imzalanacak borç üstlenim anlaşmaları anlaşmada daha sonraki bir tarih kararlaştırılmadıysa imzalandıkları tarih itibarıyla yürürlüğe girer.

Hazine Müsteşarlığınca borç üstlenimi 28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 8/A maddesi çerçevesinde yürütülür."

MADDE 16- 4/1/1961 tarihli ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasındaki "Personelin katkısıyla elde edilen" ibaresi ile ikinci fıkrasındaki "ilgili personelin katkısıyla elde edilen" ibaresi metinden çıkarılmış, üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı ikinci ve üçüncü basamak sağlık tesislerinin bağış, faiz ve kira gelirleri ek ödeme dağıtımında kullanılamaz ve bu birimlerde görevli personele yapılacak ek ödeme toplamı, ilgili birimin cari yıldaki hizmet bedelinden ayrı olarak faturalandırılan ilaç ve her türlü tıbbi sarf malzemesi gelirlerinin yüzde kırk beşini, diğer döner sermaye gelirlerinin ise yüzde ellisini aşamaz."

MADDE 17- 209 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 7- Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce 5 inci madde kapsamında ilaç ve tıbbi sarf malzemesi ile kira gelirleri dâhil edilmek suretiyle personele yapılan ek ödemeler için borç çıkarılmaz, çıkarılmış olan borç tutarlarının tahsilinden vazgeçilerek borç takibi işlemine son verilir."

MADDE 18- 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 68 inci maddesinin (B) bendinin birinci paragrafında yer alan "Eğitim ve öğretim hizmetleri sınıfı" ibaresi "Eğitim ve Öğretim Hizmetleri Sınıfı ile Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı" şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 19- 657 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 40- Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfına dâhil personelden bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce haklarında 68 inci maddenin (B) bendi hükmü uygulanarak 1, 2, 3 ve 4 üncü dereceli kadrolara atananlar, aynı kurumun aynı unvanlı kadrolarında bulundukları sürece ve kazanılmış hak aylık dereceleri atanmış oldukları kadro derecelerine yükselinceye kadar söz konusu dereceler için öngörülen haklardan yararlanmaya devam ederler."

MADDE 20- 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 7 nci maddesinin ikinci fıkrasına "asistan kadrolarına yapılacak atamalar," ibaresinden sonra gelmek üzere "7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 1 inci ve ek 6 ncı maddeleri uyarınca yapılacak atamalar," ibaresi ve "2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununun ek 1 inci maddesi uyarınca yapılacak atamalar" ibaresinden sonra gelmek üzere "merkezî yönetim bütçe kanunu kapsamında yer alan genel ve özel bütçeli kamu idarelerinden; ilgili bakanlık ile bağlı kuruluşlarının ve aynı bakanlığa bağlı kuruluşların döner sermaye kadrolarında bulunanlar hariç olmak üzere kendi aralarında yapacakları nakiller" ibaresi eklenmiş; aynı maddenin dördüncü fıkrasına birinci cümleden sonra gelmek üzere "İhtiyaç duyulması hâlinde söz konusu onayda atama sayısı ilgili bakanlık ile bağlı kuruluşları için toplam sayı olarak belirlenebilir." cümlesi ilave edilmiştir.

MADDE 21- 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 12- Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları hariç, diğer kamu idare, kurum ve kuruluşlarından bağlı olunan bakanlığa veya aynı bakanlığa bağlı diğer kuruluşlara 2012 yılında nakil suretiyle giden personel sayısı, ilgili kamu idaresi için 2013 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununda öngörülen atama sayısının hesabında dikkate alınır."

MADDE 22- 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli cetvellerin Sağlık Bakanlığı, Türkiye Halk Sağlığı Kurumu, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu ve Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğüne ait bölümlerinde yer alan "Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri (SH) Sınıfı"na ait kadrolardan; Baştabip, Baştabip Yardımcısı, Eğitim Görevlisi, Uzman (TUTG), Uzman Tabip, Başasistan ve Uzman Diş Tabibi unvanlı olanların dereceleri (1-7); Asistan, Tabip, Diş Tabibi, Veteriner Hekim, Eczacı, Psikolog, Biyolog, Fizyoterapist, Sağlık Fizikçisi, Diyetisyen, Çocuk Gelişimcisi, İş ve Uğraşı Terapisti (Ergoterapist), Perfüzyonist, Dil ve Konuşma Terapisti, Antropolog, Odyolog ve Sosyal Çalışmacı unvanlı olanların dereceleri (1-8); Tıbbi Teknolog unvanlı olanların dereceleri (1-9); Sağlık Teknikeri unvanlı olanların dereceleri (1-10); Ebe, Hemşire ve Sağlık Memuru unvanlı olanların dereceleri (1-12); Sağlık Teknisyeni, Diş Protez Teknisyeni ve Laborant unvanlı olanların dereceleri (3-12) ve Hemşire Yardımcısı unvanlı olanların dereceleri (5-12) olarak değiştirilmiştir.

MADDE 23- Ekli (I) sayılı listede yer alan kadrolar ihdas edilerek 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Sağlık Bakanlığı ve Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumuna ait bölümlerine eklenmiştir.

MADDE 24- 11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 33 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan "personelin katkısıyla elde edilen" ibaresi, "bağış, faiz ve kira gelirleri hariç olmak üzere" şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 25- 663 sayılı Kanun Hükmündeki Kararnamenin 51 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"(2) Bu amaçla görevlendirilen personele yurt dışındaki görevleri süresince gündelik verilmez ve gittikleri ülkelerde sürekli görevle bulunan ve dokuzuncu derecenin birinci kademesinden aylık alan meslek memurlarına ödenmekte olan yurt dışı aylığını geçmemek üzere unvanları itibarıyla Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenen tutarda aylık ödeme yapılır. Ayrıca, bu personel döner sermaye ek ödemesi dâhil her türlü mali ve sosyal haklardan faydalanmaya devam eder. Bu amaçla görevlendirilen personelden Devlet hizmeti yükümlülüğü bulunanların yurt dışındaki görevlerde geçen süreleri Devlet hizmeti yükümlülüğünden sayılır."

GEÇİCİ MADDE 1- (1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ek 7 nci maddesi çerçevesinde ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işler mevcut ihale şartnamelerine göre sonuçlandırılır. Ancak bu Kanunun 3 üncü maddesinin yedinci fıkrası, süreci devam eden ihalelere bulunduğu safhadan itibaren uygulanır.

(2) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi çerçevesinde ihale süreci tamamlanmış olan veya devam eden işlere ait şartnamelerdeki, yüklenici tarafından yapılacak sağlık yerleşkesinin dışındaki taşınmazların ticari alan olarak işletilmek üzere yükleniciye verilebileceğine dair hükümler uygulanmaz ve sağlık yerleşkesi dışındaki taşınmazlar yükleniciye verilmez; ihale iş ve işlemleri ile yapılmış olan sözleşmeler bu hükümler geçerli olmaksızın yürütülür.

(3) Bu Kanunun 10 uncu maddesinde öngörülen yönetmelik altı ay içerisinde yürürlüğe konulur.

MADDE 26- (1) Bu Kanunun;

a) 13 üncü maddesi ile 4749 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin borç üstlenim limitine ilişkin hükmü 1/1/2014 tarihinde,

b) 13 üncü maddesi ile 4749 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin borç üstlenim limiti dışındaki hükümleri ve 14 üncü maddesi ile 4749 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde yapılan düzenlemeler 1/12/2012 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde,

c) Diğer hükümleri yayımı tarihinde,

yürürlüğe girer.

MADDE 27- (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

(I) SAYILI LİSTE

KURUMU : SAĞLIK BAKANLIĞI
TEŞKİLATI : MERKEZ

İHDAS EDİLEN KADROLARIN				
SINIFI	*UNVANI*	*DERECESİ*	*SERBEST KADRO ADEDİ*	*TOPLAMI*
GİH	*Genel Müdür Yardımcısı*	*1*	*7*	*7*
GİH	*Daire Başkanı*	*1*	*5*	*5*
GİH	*Hukuk Müşaviri*	*1*	*2*	*2*
GİH	*Şef*	*3*	*9*	*9*
GİH	*Şef*	*5*	*2*	*2*
GİH	*Memur*	*5*	*9*	*9*
GİH	*Memur*	*7*	*6*	*6*
GİH	*Memur*	*9*	*5*	*5*
GİH	*Veri Hazırlama ve Kontrol*	*3*	*15*	*15*
GİH	*Veri Hazırlama ve Kontrol*	*4*	*10*	*10*
GİH	*Veri Hazırlama ve Kontrol*	*5*	*20*	*20*
GİH	*Veri Hazırlama ve Kontrol*	*7*	*15*	*15*
GİH	*Veri Hazırlama ve Kontrol*	*9*	*10*	*10*
SH	*Tıbbi Teknolog*	*(1-9)*	*1*	*1*
SH	*Sosyal Çalışmacı*	*(1-8)*	*2*	*2*
SH	*Hemşire*	*(1-12)*	*8*	*8*
SH	*Sağlık Teknikeri*	*(1-10)*	*7*	*7*
SH	*Sağlık Memuru*	*(1-12)*	*10*	*10*
SH	*Diyetisyen*	*(1-8)*	*2*	*2*
TH	*Mühendis*	*1*	*5*	*5*
TH	*Mühendis*	*2*	*5*	*5*
TH	*Mühendis*	*3*	*5*	*5*
TH	*Mühendis*	*4*	*5*	*5*
TH	*Mühendis*	*5*	*100*	*100*
TH	*Mimar*	*5*	*15*	*15*
TH	*Şehir Plancısı*	*6*	*5*	*5*
TH	*Teknisyen*	*3*	*23*	*23*
TH	*Teknisyen*	*4*	*2*	*2*
TH	*Teknisyen*	*5*	*3*	*3*
TH	*Teknisyen*	*9*	*5*	*5*
TH	*Matematikçi*	*1*	*1*	*1*

TH	Matematikçi	6	1	1
TH	Teknik Ressam	3	1	1
TH	Teknik Ressam	6	1	1
TH	İstatistikçi	6	8	8
YH	Hizmetli	5	19	19
YH	Hizmetli	7	4	4
YH	Hizmetli	9	1	1
YH	Hizmetli	8	14	14
TOPLAM			368	368

KURUMU : SAĞLIK BAKANLIĞI
TEŞKİLATI : TAŞRA

İHDAS EDİLEN KADROLARIN				
SINIFI	UNVANI	DERECESİ	SERBEST KADRO ADEDİ	TOPLAMI
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	3	20	20
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	5	15	15
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	7	10	10
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	10	75	75
GİH	Memur	5	15	15
GİH	Memur	7	35	35
GİH	Memur	10	75	75
GİH	Şoför	7	10	10
GİH	Şoför	9	50	50
GİH	Şoför	12	68	68
SH	Sağlık Teknisyeni	(3-12)	6	6
SH	Sağlık Memuru	(1-12)	500	500
SH	Sağlık Teknikeri	(1-10)	717	717
TH	Mimar	1	2	2
TH	Mimar	3	3	3
TH	Mimar	4	3	3
TH	Mimar	5	5	5
TH	Grafiker	1	3	3
TH	Grafiker	6	32	32
TH	İstatistikçi	3	5	5
TH	İstatistikçi	6	25	25
TOPLAM			16	

KURUMU : TÜRKİYE İLAÇ VE TIBBİ CİHAZ KURUMU
TEŞKİLATI : MERKEZ

İHDAS EDİLEN KADROLARIN				
SINIFI	*UNVANI*	*DERECESİ*	*SERBEST KADRO ADEDİ*	*TOPLAMI*
GİH	*Daire Başkanı*	*1*	*5*	*5*
GİH	*Programcı*	*1*	*3*	*3*
GİH	*Programcı*	*3*	*5*	*5*
GİH	*Programcı*	*5*	*3*	*3*
GİH	*Şef*	*3*	*3*	*3*
GİH	*Bilgisayar İşletmeni*	*3*	*6*	*6*
GİH	*Bilgisayar İşletmeni*	*4*	*6*	*6*
GİH	*Bilgisayar İşletmeni*	*5*	*6*	*6*
GİH	*Bilgisayar İşletmeni*	*7*	*6*	*6*
GİH	*Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni*	*3*	*5*	*5*
GİH	*Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni*	*4*	*5*	*5*
GİH	*Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni*	*5*	*5*	*5*
GİH	*Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni*	*7*	*5*	*5*
GİH	*Memur*	*5*	*2*	*2*
GİH	*Memur*	*7*	*2*	*2*
GİH	*Şoför*	*5*	*2*	*2*
GİH	*Şoför*	*7*	*2*	*2*
GİH	*Şoför*	*9*	*2*	*2*
GİH	*Şoför*	*12*	*2*	*2*
SH	*Uzman Tabip*	*(1-7)*	*40*	*40*
SH	*Tabip*	*(1-8)*	*55*	*55*
SH	*Veteriner Hekim*	*(1-8)*	*2*	*2*
SH	*Eczacı*	*(1-8)*	*145*	*145*
SH	*Biyolog*	*(1-8)*	*21*	*21*
SH	*Hemşire*	*(1-12)*	*22*	*22*
SH	*Sağlık Teknikeri*	*(1-10)*	*13*	*13*
SH	*Sağlık Teknisyeni*	*(3-12)*	*18*	*18*
SH	*Sağlık Memuru*	*(1-12)*	*21*	*21*
SH	*Tıbbi Teknolog*	*(1-9)*	*3*	*3*
TH	*Mühendis*	*1*	*10*	*10*
TH	*Mühendis*	*2*	*10*	*10*
TH	*Mühendis*	*3*	*12*	*12*
TH	*Mühendis*	*5*	*28*	*28*
TH	*Kimyager*	*1*	*12*	*12*

TH	*Kimyager*	*3*	*10*	*10*
TH	*Kimyager*	*5*	*18*	*18*
TH	*İstatistikçi*	*7*	*3*	*3*
TH	*Tekniker*	*1*	*3*	*3*
TH	*Tekniker*	*3*	*3*	*3*
TH	*Tekniker*	*5*	*3*	*3*
TH	*Tekniker*	*7*	*3*	*3*
TH	*Teknisyen*	*5*	*6*	*6*
TH	*Teknisyen*	*7*	*5*	*5*
YH	*Hizmetli*	*7*	*4*	*4*
YH	*Teknisyen Yardımcısı*	*5*	*3*	*3*
TOPLAM			*548*	*548*

B- Dayanılan ve ilgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava ve ek dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 7., 8., 10., 11., 17., 56., 153., 155., 161., 163. ve 167. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 47., 128. ve 166. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

A- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 22.5.2013 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle dava dilekçesinde iptali istenen kuralların Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduklarına ilişkin yeterli gerekçeye yer verilip verilmediği sorunu görüşülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 38. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, "*İptal davalarında, Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduğunun ve gerekçelerinin belirtilmiş olması zorunludur.*" kuralına yer verilmiş, 12.7.2012 tarihli ve 28351 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da," *a)İptali istenilen kurallar ve bunların her birinin Anayasa'nın hangi maddelerine aykırılık oluşturduğu,*

b) Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasanın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi" iptal davasına ilişkin başvuru dilekçesinde yer alması gereken hususlar arasında sayılmıştır.

6216 sayılı Kanun'un 39. maddesi ile İçtüzük'ün 49. maddesinde, dava dilekçesinde eksikliklerin bulunması hâlinde, bu hususun kararla saptanarak on beş günden az olmamak üzere verilecek süre içinde tamamlanması için ilgililere tebliğ olunacağı ve belirtilen süre içinde eksikliklerin tamamlanmaması hâlinde Genel Kurulca iptal davasının açılmamış sayılmasına karar verileceği hükme bağlanmıştır.

Dava dilekçesinde, Kanun'un tümünün ve ayrı ayrı tüm maddelerinin iptali istenildiği hâlde;

1- 1. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasında yer alan *"...özel hukuk hükümlerine göre..."* ve *"...ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin..."* ibarelerinin,

b- (2) numaralı fıkrasının;

aa- (c) bendinde yer alan *"...tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında..."* ibaresinin,

ab- (ö) bendinde yer alan *"...veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi..."* ve *"...özel hukuk hükümlerine göre..."* ibarelerinin,

2- 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan *"...tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması..."* ibaresinin,

3- 3. maddesinin;

a- (3) numaralı fıkrasının,

b- (6) numaralı fıkrasında yer alan *"...idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile..."* ibaresinin,

c- (8) numaralı fıkrasının (b) ve (c) bentlerinin,

4- 4. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasında yer alan *"...özel hukuk hükümlerine tabi olup..."* ibaresinin,

b- (4) numaralı fıkrasının,

5- 13. maddesiyle, 28.3.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci ve altıncı cümlelerinin,

6- 25. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 51. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"...döner sermaye ek ödemesi dâhil..."* ibaresinin,

Anayasa'nın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduklarına dair gerekçelerin bulunduğu, ancak bunlar dışındaki kuralların Anayasa'nın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduklarına dair herhangi bir gerekçeye yer verilmediği saptanmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 6216 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 49. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca Ankara Milletvekili Emine Ülker TARHAN ve İstanbul Milletvekili M. Akif HAMZAÇEBİ'ye bildirimde bulunulmasına ve yukarıda belirtilen eksikliklerin giderilmesi için kararın

tebliğinden başlayarak 15 (on beş) gün süre verilmesine, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın *"iptal davası dilekçesinin 32-38. sayfalarında 6428 sayılı Kanun'un tümünün ve ayrı ayrı tüm maddelerinin Anayasa'ya aykırılığı konusunda yeterli gerekçenin ortaya konulduğu ve işin esasına geçilmesi gerektiği"* yönündeki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

B- 22.5.2013 tarihinde verilen kararın tebliğinden sonra ilgililerce 13.6.2013 tarihinde sunulan ek dilekçe üzerine, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 4.7.2013 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle eksikliklerin giderilip giderilmediği sorunu görüşülmüştür.

13.6.2013 tarihinde kayda giren ek dilekçede, genel olarak kamu özel iş birliği (KÖİ) modelinin Anayasa'nın 2., 161., 162. ve 163. maddelerine aykırı olduğu hususunda açıklamalar yapılmış ve bu bağlamda Kanun'un 1., 2., 4., 5., 6., 10. ve 13. maddelerinin tümünün iptali istenilmiştir. Ek dava dilekçesinde ayrıca, Kanun'un 3., 7., 8., 9., 11., 12., 14., 15., 26. ve geçici 1. maddelerinin ise Kanun'un 1., 2., 4., 5., 6., 10. ve 13. maddelerinin iptal edilmeleri durumunda uygulanma olanağı kalmayacağı gerekçesiyle iptal edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Ek dava dilekçesinin incelenmesinden, dilekçede yer verilen gerekçelerin yalnızca Kanun'un, KÖİ modelinin ana unsurlarını düzenleyen,

- 1. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (c), (e), (j), (ö), (ş), (u) ve (ü) bentlerine,

- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi ile (2) numaralı fıkrasına,

- 4. maddesinin (1) fıkrasına,

- 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Kanun'un 1., 2., 4., 5., 6. maddelerinin diğer bölümleri ile 10. ve 13. maddelerinin genel olarak KÖİ modelinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası bağlamında yapılan açıklamalarla ilişkilendirilmesi mümkün görülmemektedir.

Bu nedenle, eksikliklerin tamamlanmasına ilişkin olarak gönderilen 13.6.2013 tarihli ek dava dilekçesinde belirtilen maddelerin gerekçe gösterilen bölümleri ile ilk dava dilekçesinde gerekçe gösterilen kurallar açısından esasa geçilmesine, gerekçe gösterilmeyen kurallar ile dava dilekçesinde iptali talep edilen maddelerin iptal edilmesi durumunda, uygulama olanağı kalmayacağı ileri sürülerek 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca iptali talep edilen maddeler açısından ise dava açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle, 21.2.2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 1- 1. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasının,

b- (2) numaralı fıkrasının (c), (e), (j), (ö), (ş), (u) ve (ü) bentlerinin,

2- 2. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin,

b- (2) numaralı fıkrasının,

3- 3. maddesinin;

a- (3) numaralı fıkrasının,

b- (6) numaralı fıkrasında yer alan *"...idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile..."* ibaresinin,

c- (8) numaralı fıkrasının (b) ve (c) bentlerinin,

4- 4. maddesinin (1) ve (4) numaralı fıkralarının,

5- 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

6- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

7- 13. maddesiyle, 28.3.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci ve altıncı cümlelerinin,

8- 25. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 51. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"...döner sermaye ek ödemesi dâhil..."* ibaresinin,

dosyada eksiklik bulunmadığından esasının incelenmesine, yürürlüklerinin durdurulması isteminin ise esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, OYBİRLİĞİYLE;

B- 1., 2., 4. ve 5. maddelerinin esasa geçilmesine karar verilen cümle, bent ve fıkraları dışında kalan bölümleri ile 10. maddesi yönünden iptal davasının, 6216 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca AÇILMAMIŞ SAYILMASINA, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın *"Bu kuralların Anayasa'ya aykırılığı konusunda yeterli gerekçenin ortaya konulduğu ve işin esasına geçilmesi gerektiği"* yönündeki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA;

karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava ve ek dava dilekçesi ile ekleri, Raportör Ayhan KILIÇ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu yasa kuralları, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 1. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrası ile (2) Numaralı Fıkrasının (c), (e), (j), (ö), (ş), (u) ve (ü) Bentlerinin, 2. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesi ile (2) Numaralı Fıkrasının, 4. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının, 5. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının ve 6. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

Kanun, sağlık hizmetlerinde uygulanacak KÖİ modelinin yasal altyapısını oluşturmak amacıyla çıkarılmış olup dava konusu kurallarda da, KÖİ modelinin temel unsurları düzenlenmiştir. Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Kanun'un amacı ve kapsamı belirlenmiş; (2) numaralı fıkrasının (ö) bendinde, KÖİ sözleşmesinin tanımı yapılmış, diğer bentlerinde de sözleşmenin unsurlarını oluşturan çeşitli kavramlar tanımlanmış; 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi ile (2) numaralı fıkrasında, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının KÖİ modeli çerçevesinde yaptırabileceği işler açıklanmış; 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, KÖİ sözleşmesinin niteliğine ilişkin hükümlere yer verilmiş; 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, bedelin ve sözleşme süresinin tespitine ilişkin usul ve esaslar belirtilmiş; 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise finansmanın kim tarafından ve ne şekilde karşılanacağı kurala bağlanmıştır.

Anılan kurallar uyarınca, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin, Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin yürütülmesi KÖİ modeliyle yapılabilecek ve bu kapsamda akdedilecek KÖİ sözleşmesi de özel hukuk hükümlerine tabi olacaktır.

Kanun'da öngörülen KÖİ modeli esas itibarıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının projelerinin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modelidir. KÖİ, idare ile bir özel hukuk kişisi arasında uzun süreliğine akdedilen, 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.

KÖİ modelinde idare, özel hukuk hükümlerine göre bir kamu hizmetini özel sektöre gördürse de bu hizmetten tam olarak elini çekmemekte, kamu hizmetinin bir kısmını KÖİ sözleşmesi gereğince özel kişiye gördürürken, ayrıca kendisi de bazı hizmetleri bizzat görmeye devam etmektedir. Bu modelde, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetler özel sektörün (yüklenicinin), kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetler ise idarenin (Sağlık Bakanlığının) sorumluluğuna bırakılmaktadır.

Bu uygulamada, idare ile projeyi yürütecek şirket arasında projenin uygulanmasına ilişkin hükümleri içeren ve bu kapsamda tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen özel hukuk hükümlerine tabi sözleşme imzalanmaktadır. Yüklenici, toplam yatırım tutarının %20'si öz kaynak olmak üzere gerekli finansmanın tamamını sağlayarak sağlık tesislerini inşa etmekle yükümlü olup yatırım ve hizmetlerin finansmanında kullanılan kredi ve öz kaynak ile öngörülen kârın geri dönüşünü sağlayacak ve tesisin özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç 30 yılı geçmemek üzere idarece belirlenen süre boyunca tesisi kiralayacak ve kiralama süresinin sonunda tesisi, her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda ilgili kamu idaresine bedelsiz olarak devredecektir.

KÖİ modelinde, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının ihtiyaç duyduğu tesisler Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde yapılabilecektir. Ancak Hazine taşınmazlarının mülkiyeti yükleniciye devredilmemekte, sadece yüklenici lehine üst hakkı tesis edilmektedir. Üst hakkının, sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemesi ve bağımsız ve sürekli nitelikte olması öngörülmektedir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Ek dava dilekçesinde, Kanun'da düzenlenen KÖİ finansman modeliyle, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatının her türlü hizmet ve esenlik binaları ile tedavi kurumlarının yaptırılması, onarılması, yenilenmesi ile tedavi hizmetlerinde kullanılan ekipman ve donanımın edinilmesi, tedavi edici sağlık ve yardımcı sağlık hizmetlerinin sunulmasında, taraflar arasında yapılacak bir sözleşme çerçevesinde Devletin 30 yıl boyunca kiracı ve tedavi hizmeti satın alıcısı olarak belirsiz bir bedel üzerinden yüklenim altına girdiği, sağlık hizmetlerinin kamu personeli eliyle üretilmesinden vazgeçilerek gelecek 30 yılın bütçesini bağlayıcı yeni bir modele geçildiği, KÖİ modeliyle Hazineye binecek yük için mali kaynak gösterilmediği ve yükümlülük altına girilecek mali yükün hesaplanmadığı, Maliye Bakanlığı ile Devlet Planlama Teşkilatı veya Hazine Müsteşarlığının görüşlerinin alınmadığı, düzenlemenin, bütçenin yıllık olma ilkesi ile birliği, genelliği ve giderlerin tahsisi ilkeleriyle bağdaşmadığı, parlamentonun politik tercihlerinin 30 yıl süreyle bloke edilmesinin demokratik devlet ilkesiyle çeliştiği, ayrıca düzenlemede kamu yararının da bulunmadığı gerekçesiyle kuralların, Anayasa'nın 2., 161., 162. ve 163. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kurallar Anayasa'nın 47. ve 128. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, *"Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür."* denilmektedir. Bu hüküm uyarınca, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerden asli ve sürekli nitelik taşıyanların, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi zorunludur.

Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrasında, "*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.*" denilerek özel hukuk sözleşmeleri aracılığıyla gerçek veya tüzel kişilerin kamu hizmetlerinin sunumuna dâhil edilmelerine imkân tanınmıştır.

Anayasa'nın 47. ve 128. maddelerinin anılan hükümleri uyarınca idarelerin, genel idare esasları uyarınca yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevleri dışında kalan alanlardaki hizmetlerin, özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine gördürülmesi yolunda düzenleme yapılması mümkündür.

Sağlık hizmetleri, nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu, ertelenemez ve ikame edilemez. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir.

Bu çerçevede, artan sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, yüksek sermaye grubuna dâhil sürekli yenilenen teknoloji elde etmek ve cihaz-ekipman-sigorta-bakım-yenileme maliyetlerini minimize etmek, birden çok kuruma ortak hizmet alanı yaratmak, yetersiz ve kısıtlı kalifiye insan gücü kaynağını değerlendirerek hizmette etkinlik ve verimlilik sağlamak, değişen şartlara ve ihtiyaca göre hizmet planlama ve sunumunu yapmak, yerinde sağlık hizmeti sunarak gereksiz hasta transferi ve beraberinde getireceği sosyal sorunlara son vermek, kaynak kullanımı kontrollü, kaliteyi yükselten, maliyeti düşüren etkin, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek, kurumlar arası işbirliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir.

Anayasa Mahkemesinin 22.11.2007 tarihli ve E.2004/114, K.2007/85 sayılı kararında vurgulandığı üzere, Anayasa'nın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemez. Bu itibarla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca ihtiyaç duyulan tesislerin yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin özel hukuk kişilerine gördürülmesine imkân tanınmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Dava konusu kurallarla, anılan sağlık hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin KÖİ sözleşmesi aracılığıyla yapılması öngörülmektedir. Dava konusu kurallarda öngörülen KÖİ sözleşmesinde, yüklenici, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesisleri, %20'si öz kaynak olmak üzere gerekli finansmanın tamamını sağlayarak lehine üst hakkı tesis edilen Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde inşa etme, bakım ve onarım hizmetlerini yürütme, sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere sözleşmede belirtilen süre boyunca sağlık hizmeti sunumuna elverişli hâlde idareye kiralama ve sözleşme dönemi sonunda da çalışılabilir ve kullanılabilir durumda idareye devretme; idare ise sözleşme süresince her yıl yükleniciye kira bedeli ödeme taahhüdü altına girmektedir.

Anayasa'nın 47. maddesinde, kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği ifade edilmekle birlikte, bu sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin herhangi bir sınırlama yapılmamaktadır. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin hangi usulle ve ne tür özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürüleceğinin belirlenmesi, anayasal güvenceler gözetilmek kaydıyla kanun koyucunun takdirindedir. Bu konuda gözönünde tutulması gereken ölçüt, kamu yararının daha kolay ve etkili bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Esasen kamu hizmetinin hangi usulle işletilmesi hâlinde kamu yararının daha kolay ve etkili biçimde gerçekleşeceği meselesi, bir yerindelik sorunu olup anayasallık denetiminin dışında kalmaktadır. Bu itibarla sağlık hizmetlerinin yukarıda değinilen bölümünün KÖİ modeli çerçevesinde gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine gördürülmesinde Anayasa'ya aykırı bir husus bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 14.2.2013 tarihli ve E.2011/150, K.2013/30 sayılı kararı da bu yöndedir.

Anayasa'da kamu hizmetlerinin gördürülmesine ilişkin sözleşmelerin ne kadar süreyle yapılabileceğine dair herhangi bir hüküm bulunmadığından dava konusu kurallarda düzenlenen KÖİ sözleşmesinin süresinin en fazla otuz yıl olarak öngörülmesi, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında vurgulandığı üzere, Devlet, hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazlar üzerinde, kamu yararını gözetmek ve Anayasa'nın özel maddelerinde yer alan güvence hükümlerini de dikkate almak kaydıyla üstün yetkilerini kullanarak hukuki düzeni belirlediği bir biçimde tesis edebilir. Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken *"kamu yararı"* konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının ne kadar gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı açıktır.

Kanun'un genel gerekçesinden, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yayması, hizmeti kısa dönemde sunma fırsatı tanıması gibi avantajları dikkate alınarak sağlık hizmetlerinin sunumunda KÖİ modelinin benimsendiği anlaşılmaktadır. Bu amacın kamu yararına dönük olduğu açıktır. Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlar üzerinde kamu yararına dönük olduğu anlaşılan KÖİ finansman modeli kapsamında yüklenici lehine üst hakkı tesis edilmesinin öngörülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 47. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 161., 162. ve 163. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

B- Kanun'un 1. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının *"...özel hukuk hükümlerine göre..."* İbaresi ile (2) Numaralı Fıkrasının (ö) Bendinin *"...özel hukuk hükümlerine göre..."* İbaresi ve 4. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının *"...özel hukuk hükümlerine tabi olup..."* İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kurallarda yükleniciler ile idare arasında imzalanacak sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu hükme bağlanmış ise de Kanun bir bütün olarak incelendiğinde, söz konusu sözleşmenin kamu hizmeti imtiyazının bütün

unsurlarını taşıdığının ve dolayısıyla idari sözleşme olduğunun anlaşıldığı, kanun koyucunun, Danıştayın ön incelemesi ve denetiminden kaçırmak için KÖİ sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi olarak tanımladığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 155. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kurallarda, KÖİ modeli çerçevesinde, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin, Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin yürütülmesine ilişkin olarak yapılacak sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olması öngörülmektedir.

Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında, Danıştayın, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmekle görevli olduğu belirtilmiştir. Buna göre, kamu hizmetiyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin imzalanmadan önce Danıştayın düşüncesinin alınması zorunludur.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, idari sözleşmelerin özel bir türü olup kamu hukuku kurallarına tabidir. Bir sözleşmenin *"idarî sözleşme"* sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin idare olması, kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve idareye özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gerekmektedir.

İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak görülmektedir. Kamu hizmeti imtiyazı, idarenin, özel kişiyle yaptığı idari bir sözleşme ile bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya belli bir süre işletilmesi karşılığında, yararlananlardan ücret ya da bedel almak, masrafları, kâr ve zararı imtiyazcıya ait olmak üzere kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir kamu hizmetinin yürütülmesi modelidir. Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler *"kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri"* olarak tanımlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın, idari sözleşmelerin ve dolayısıyla bunların özel bir türü olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin kamu hukuku kurallarına tabi olmasını zorunlu kıldığı, bu sözleşmelerin kanunla özel hukuk hükümlerine tabi kılınmasının Anayasa'ya aykırı olduğu görüşünü benimsemiş ve başka adlarla çıkarılsa dahi kamu hizmeti imtiyazının unsurlarını taşıyan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine göre yürütülmesini öngören kanun hükümlerini iptal etmiştir. Sözü edilen kararlarda ayrıca, Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasının imtiyaz sözleşmelerinin Danıştayın öndenetimine bağlı olmasının zorunluluk taşıdığı ifade edilmiş ve imtiyaz sözleşmesinin unsurlarını taşıyan herhangi bir sözleşmenin idarilik vasfı ortadan kaldırılarak özel hukuk hükümlerine tabi kılınmasının, Anayasa'nın 155. maddesine de aykırılık teşkil edeceği vurgulanmıştır (K.T: 28/6/1995, E.1994/71, K.1995/23; K.T: 26.3.1997, E.1996/63, K.1997/40).

Bu kararlardan sonra, 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanunla Anayasa'nın 47. ve 155. maddelerinde değişiklikler yapmıştır. Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek"* ibaresi, *"kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek"* biçiminde değiştirilmek suretiyle Danıştayın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetkisi düşünce bildirmeye dönüştürülmüştür. Ayrıca Anayasa'nın 47. maddesine de, *"Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen*

yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir." biçiminde dördüncü fıkra eklenmiştir. 4446 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliğinin genel gerekçesinde, Anayasa'nın 47. maddesine eklenen bu fıkra ile kamu tüzel kişilerince yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabileceğinin kanunla belirlenmesi ilkesinin getirildiği ifade edilmiştir.

Anayasa değişikliğinin gerekçesi ile değişikliğe yol açan olgular (Anayasa Mahkemesi kararları) dikkate alındığında, Anayasa'nın 47. maddesine eklenen dördüncü fıkrayla amaçlanan hususun, geleneksel olarak kamu hukuku kurallarına tabi olduğu kabul edilen idari sözleşmelerle (özellikle imtiyaz sözleşmesiyle) özel kesime gördürülen kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerle de gördürülebilmesine imkân sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Değişiklikle, kanun koyucunun takdir yetkisinin kapsamı genişletilmiş ve kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından görülmesini sağlayan sözleşmelerin, çıkarılacak bir kanun ile kanun koyucunun iradesine bağlı olarak özel hukuk kapsamında da yapılabilmesi mümkün kılınmıştır. Dolayısıyla Anayasa'nın 47. maddesine eklenen bu fıkradan sonra, kanun koyucunun, imtiyaz sözleşmesinin unsurlarını taşısa dahi herhangi bir sözleşmeyi özel hukuk hükümleri kapsamına alması ve geleneksel olarak kamu hukuku kurallarına tabi sözleşmelerle yürütülen kamu hizmetlerini özel hukuk sözleşmeleri aracılığıyla özel kesime gördürülmesi yolunda düzenleme yapması olanaklı hâle gelmiştir.

Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin yürütülmesini konu edinen KÖİ sözleşmesinin, yüklenicinin gelirinin, hizmetten yararlananlardan alınan ücretlerden değil, idare tarafından ödenen kira bedelinden oluşması ve inşa edilen tesislerin sözleşme süresinin sonunda idareye devredilmesi yönüyle imtiyaz sözleşmelerinden farklılık taşısa da özünde idari sözleşmelerin özelliklerini taşıdığı açıktır. Ancak 4446 sayılı Kanunla Anayasa'nın 47. ve 155. maddelerinde yapılan değişikliklerle, kamu hizmetlerinin hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel kesime gördürülebileceği hususunda kanun koyucuya geniş takdir yetkisi tanındığından idari sözleşmelerin özelliklerini taşısa da KÖİ sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi kılınmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 155. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

C- Kanun'un 1. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasındaki *"...ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin..."* İbaresi ile (2) Numaralı Fıkrasının (ö) Bendindeki *"...veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi..."* İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, ihale ile şirketlere devredilmesi ya da hizmet satın alma yoluyla gördürülmesi kabul edilen hizmetlerin içeriği ve niteliği ile çerçeve ve sınırının belirlenmediği, bu hususların idarenin takdirine bırakıldığı, kanun koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermesinin yasama yetkisinin devri anlamına geldiği, hukuk devletinin unsurlarından birinin de hukuk güvenliğini sağlamak olduğu, hukuk güvenliğinin kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine uyulmasını gerektirdiği, dava konusu ibarelerin belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özellikleri taşımaması nedeniyle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 7., 17. ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kurallarla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetlerinin yürütülmesinin yanında, "*ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin*" de KÖİ modeli çerçevesinde özel kesime gördürülmesi imkânı getirilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisi tanıdığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler.

Anayasa'nın 7. maddesinde, "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*" denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren Anayasa'nın 7. maddesinin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoya ait olması "*demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum*" olarak nitelendirilmiştir.

Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, yasama yetkisinin devredilemezliği esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılamaması anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 7. maddesi ile yasaklanan husus, kanun yapma yetkisinin devredilmesi olup bu madde, yürütme organına hiçbir şekilde düzenleme yapma yetkisi verilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca, bir konuyu doğrudan kanunla düzenleyebileceği gibi bu hususta düzenleme yapma yetkisini yürütme organına da bırakabilir.

Yürütmenin türevselliği ilkesi gereğince, yürütme organının bir konuda düzenleme yapabilmesi için yasama organınca yetkilendirilmesi gerekmektedir. Kural olarak, kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu nedenle, Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.

Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrasında, Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceğinin veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Dava konusu kurallar, Devlet, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yürütülen kamu hizmetlerinin bazı bölümlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek veya tüzel kişiler eliyle yürütülmesine ilişkin olduğundan Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken hususlar kapsamında kalmaktadır. Dolayısıyla, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel kesime gördürülmesine

imkân sağlayan düzenlemelerin, Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilmeyen hususlardan farklı olarak, sadece genel hatlarıyla idarenin yetkili olduğundan söz edilmesi yeterli olmayıp, idarenin yetkisinin sınırlarının ve genel çerçevesinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

Kanun, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin, KÖİ modeli ile yaptırılması ve modernize edilmesi amacıyla çıkarılmış olup Kanun kapsamında yapılacak işlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir. Bu bağlamda, Kanun'un 1. maddesinde, KÖİ sözleşmesinin kapsamı belirlenerek modele ilişkin temel kavramlar tanımlanmış; 2. maddesinde yapım, yenileme ve hizmet alım işlerinin hangi usul ve esaslar çerçevesinde özel kesime gördürüleceği açıklanmış; 3. maddesinde, KÖİ ihalesinin ilke, usul ve esasları düzenlenmiş; 4. maddesinde, KÖİ sözleşmesinin niteliği, hükümleri, akdedilme süreci, feshi, feshin sonuçları, idareye ve yükleniciye tanınacak hak ve yetkiler gösterilmiş; 5. maddesinde, kira bedelinin ne şekilde tespit edileceği ve hangi kaynaktan ödeneceği saptanmış; 6. maddesinde, yüklenicinin, Kanun kapsamındaki yapım işleri için tahsis etmesi gereken özkaynak oranı belirlenmiş; 7. maddesinde, idare ile yüklenici arasında imzalanan yapım sözleşmesi süresi sonunda yerleşkenin idareye devrine ilişkin usul ve esaslar açıklanmıştır. Dolayısıyla Kanun'da, KÖİ modeli çerçevesinde, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca ihtiyaç duyulan tesislerin yapılmasına ve mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanmasına ilişkin temel esaslara ve çerçeve hükümlere yer verildiği anlaşılmaktadır.

Dava konusu kurallarla, "*ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin*" de KÖİ modeli çerçevesinde özel kesime gördürülmesine imkân sağlanmıştır. İleri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin kapsamı tespit edilirken, KÖİ modelinin mahiyetinin ve bu model çerçevesinde özel kesime gördürülebilecek hizmetlerin niteliğinin gözönünde 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 sorumluğuna bırakılmakta, kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetlerin ise idare tarafından görülmesine devam edilmektedir. İleri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren hizmetlerin, sağlık hizmetlerinin özünü oluşturan ve bizzat Sağlık Bakanlığı tarafından yerine getirilmesi gereken tıbbi hizmetlerin dışındaki diğer hizmetler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. İleri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı 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.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 17. ve 56. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Ç- Kanun'un 1. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının (c) Bendindeki "*...tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında...*" İbaresi ile 2. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasındaki "*...tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması...*" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kurallarda sözü edilen "*belli hizmetlerin*" belirsiz olduğu, söz konusu hizmetlerin içeriği, niteliği, çerçevesi ve sınırları belirlenmeden bu hususların idarenin takdirine bırakılmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, kanun

koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermesinin yasama yetkisinin devri anlamına geldiği, düzenleme ile kamu sağlık tesisi içindeki sağlık hizmetlerinin ve sağlık hizmeti ile bağlantılı diğer hizmetlerin yüklenicilere bırakılmasına imkân tanındığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 7., 17. ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan bedel tanımında dava konusu *"...tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında..."* ibareye de yer verilmek; 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının yaptırabileceği hizmetler arasında *"...tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması..."* da sayılmak suretiyle Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının kullanımlarında bulunan tesislerdeki belli hizmetlerin sunulmasının da KÖİ sözleşmesine konu teşkil edebilmesine ve bu hizmetler karşılığında yükleniciye bedel ödenmesine imkân sağlanmaktadır.

Kanun, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin, KÖİ modeliyle yaptırılması ve modernize edilmesi amacıyla çıkarılmış olup KÖİ sözleşmesine konu edilebilecek hizmetlerin kapsamı ve sınırları genel olarak Kanun'un 1. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre, KÖİ modeli çerçevesinde özel kesime devredilebilecek hizmetler, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerden ibarettir. Dolayısıyla Kanun'da herhangi bir çerçevenin çizilmediği, idarenin KÖİ modeli çerçevesinde özel kesime gördürülebilecek hizmetlerin sınırlanmadığı söylenemez.

Dava konusu kurallarda yer alan *"belli hizmetler"*in kapsamı tespit edilirken, KÖİ modelinin mahiyetinin ve bu model çerçevesinde özel kesime gördürülebilecek hizmetlerin niteliğinin gözönünde 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 sorumluğuna 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.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 17. ve 56. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

D- Kanun'un 3. Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Devletin bütçe imkânlarıyla gerçekleştiremeyeceği derecede mali boyutu yüksek olan projeler kapsamındaki birden fazla tesisin yapım ve yenileme işinin tek bir ihaleyle yaptırılmasının, sağlık sektöründe rekabeti ortadan kaldıran

ve tekelleşmeye yol açan bir nitelik taşıdığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 167. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 1. maddesinin amaç ve kapsamı düzenleyen (1) numaralı fıkrasında, KÖİ modeliyle Kanun kapsamındaki hizmetlerin gördürüleceği yüklenicinin ihaleyle belirlenmesi gerektiği belirtilmekte; 3. maddesinde ise söz konusu ihalelerde esas alınacak ilkeler ile ihale usul ve esasları düzenlenmektedir. Maddenin dava konusu olan (3) numaralı fıkrasında, gerek görülmesi hâlinde birden fazla tesis yapım veya yenileme işinin tek bir ihale ile yaptırılabileceği kurala bağlanmaktadır.

Anayasa'nın "*Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi*" başlıklı 167. maddesinin birinci fıkrasında, "*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.*" denilmektedir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu hükümle Devlete, piyasada fiilen veya anlaşma sonucu oluşabilecek tekelleşmeleri önleme ödevi yüklenmektedir.

Mal ve hizmet üretiminde verimliliğin artırılması, kaynak dağılımında etkililiğin sağlanması ve teknolojiden yararlanmanın azami düzeye çıkarılabilmesi bakımından rekabetin esas olduğu bir serbest piyasa modelinin varlığı zorunludur. Rekabetin hüküm sürdüğü bir ortam, üretilen ve tüketicilere sunulan mal ve hizmetlerin belli bir kalitede olmasını ve fiyatının makul düzeylerde kalmasını sağladığından aynı zamanda tüketicinin korunmasına da hizmet etmektedir. Ayrıca rekabet, ekonomik gücün tek bir elde toplanmasını önleyip topluma yaygınlaştırarak iktisadi güce sahip olanların siyasi hayata da egemen olmasını engellediğinden demokratik sistemin işlevsellik kazanabilmesi için gerekli bir nitelik taşımaktadır. Anayasa'nın 167. maddesinin gerekçesinde, tekeller ve tekel benzeri gruplaşmaları, hem tüketim hem de hizmetler sektöründe önlemenin, sağlıklı bir toplum ve demokrasi için vazgeçilmez olduğu ifade edilerek bu gerçeğe işaret edilmektedir.

KÖİ modelinde, yüklenicinin sorumluluğuna bırakılan hizmetler, sağlık tesislerinin inşası, bakımı ve onarımı gibi yardımcı nitelikte hizmetler olup sağlık hizmetinin özünü oluşturan tıbbi hizmetlerin sunumu kamunun sorumluluğunda kalmaya devam etmektedir. Bu nedenle, birden fazla tesisin yapımı işinin tek bir yüklenici tarafından üstlenilmesinin, sağlık hizmeti sunumu bakımından bir tekelleşmeye yol açması mümkün değildir. Zira tesisin inşası, bakımı ve onarımı gibi yardımcı nitelikteki hizmetler bir yüklenici tarafından yerine getirilse de bu durumun, sağlık hizmeti tüketicilerini etkileyen bir yönü bulunmamakta, sağlık hizmetinin özünü oluşturan tıbbi hizmetlerin eskiden olduğu gibi kamu tarafından sunumuna devam edilmektedir.

Bununla birlikte, birden fazla tesis için tek bir ihaleye çıkılmasının, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına tesis inşası, bakımı ve onarımı hizmeti sunumunda tekelleşmeye yol açması potansiyelinin bulunduğu söylenebilir. Ancak dava konusu kuralın buna imkân tanıdığı da söylenemez. Zira dava konusu kuralda, idarenin birden fazla tesis yapım veya yenileme işini tek bir ihale ile yaptırtabilmesi mümkün kılınmakla beraber, bu yola ancak gerek görülmesi hâlinde başvurulabilmesi öngörülmektedir. İşin tek bir ihaleyle yapılmasının gerekli olup olmadığı değerlendirilirken, tekelleşmeye yol açıp açmayacağı hususunun da gözönünde bulundurulacağı tabiidir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 167. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

E- Kanun'un 3. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "*... idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile ...*" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, isteklilerde aranacak mali ve teknik yeterlik kriterlerinin kanunla belirlenmek yerine, her ihalede değişebilecek şekilde idareye bırakılmasının belirsizliğe sebep olacağı ve kişilerin hukuki güvenliklerini ortadan kaldıracağı, bu nedenle hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı, ayrıca hiçbir ölçü getirilmeden ve çerçeve çizilmeden kriterlerin belirlenmesi yetkisinin bütünüyle idareye bırakılmasının yasama yetkisinin devri anlamına geleceği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 3. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, Kanun kapsamındaki tesislerin yenileme veya yapım işlerinde açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü veya pazarlık usullerinden birinin uygulanabileceği belirtilmiş; dava konusu ibareyi de içeren (6) numaralı fıkrasında da açık ihale usulü, "*bütün isteklilerin teklif verebildiği ihale*" biçiminde tanımlandıktan sonra bu usulün temel esasları düzenlenmiştir. Buna göre açık ihale usulünde bütün istekliler teklif verebilmektedir. İhale, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen ve idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığı incelendikten sonra, uygun olmadığı belirlenen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılması suretiyle sonuçlandırılacaktır.

Dava konusu kuralla idareye, Kanun kapsamındaki tesislerin yenileme veya yapım işlerinin ihalelerinde uygulanacak açık ihale usulünde isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen mali ve teknik yeterlik kriterlerini tespit etme yetkisi verilmektedir.

Anayasa'nın 7. maddesinde, "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*" denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun hükmünün Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Buna karşılık Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise kanunun çok genel ifadelerle düzenleme yaparak, ayrıntıyı yürütmeye bırakması mümkündür.

Kamu ihalelerinde uygulanacak usul ve esasların kanunla belirleneceğine ilişkin bir anayasal hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, kanun koyucunun Kanun kapsamındaki tesislerin yenileme veya yapım işlerinin ihalelerinde uygulanacak açık ihale usulünde isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen mali ve teknik yeterlik kriterlerini tespiti hususunda yürütmeye düzenleme yetkisi tanıması yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı görülemez. Kaldı ki idare tarafından tespit edilmesi öngörülen ve isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen mali ve teknik yeterlik kriterleri, teknik ayrıntıları içeren ve uzmanlık gerektiren hususlar olup bunların ayrıntılı bir şekilde mutlaka kanunda yer alması imkânının bulunmadığı da açıktır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin önemli bir unsuru olan belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmelerini gerektirmekte olup hukuk kurallarının

belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal dayanağının bulunması ve erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması gibi gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır. Bu itibarla, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen mali ve teknik yeterlik kriterlerinin idari düzenleyici işlemlerle tespit edilmesi belirsizliğe yol açmayacağından hukuk devleti ilkesine aykırılık söz konusu değildir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

F- Kanun'un 3. Maddesinin (8) Numaralı Fıkrasının (b) ve (c) Bentlerinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Kanun uyarınca tesis ve hizmetlerin ihalesinden önce ön fizibilite raporunun hazırlanacağı, bu nedenle doğal afetler, salgın hastalıklar, can ve mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması sebebiyle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması gerekçesiyle ihalenin pazarlık usulüyle yapılmasının maddi tabanının bulunmadığı, yapılması öngörülen tesislerin büyük mali güç gerektirdiği ve bunların pazarlık usulüyle ihale edilebilmesinin ölçülü olmadığı, işlerin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin belirlenememesinin pazarlık usulüyle ihale edilmesine gerekçe oluşturmayacağı, Kanun'da öngörülen ön fizibilite raporu, ön proje, kesin proje ve uygulama projesinin amaçlarından birinin de işin teknik ve mali özelliklerini saptamak olduğu, buna rağmen mali ve teknik özellikleri saptanamayan işe kaynak aktarılmasında kamu yararının bulunmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 3. maddesinin (8) numaralı fıkrasında, Kanun kapsamındaki tesislerin yenileme veya yapım işlerinin pazarlık usulüyle ihale edilmesinin mümkün olduğu hâller düzenlenmektedir. Fıkranın dava konusu (b) ve (c) bentlerinde, doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması sebebiyle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması ve ihale konusu işin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin belirlenememesi hâllerinde pazarlık usulü ile ihale yapılabileceği kurala bağlanmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi gereği kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştur. Buna göre, genel olarak kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma yetkisine sahip olup düzenlemenin kamu yararına, başka bir anlatımla ülke koşullarına uygun olup olmadığının takdiri kanun koyucuya aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek çıkarılıp çıkarılmadığı incelenebilir. İlgili yasama belgelerinin incelenmesinden kanunun kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabiliyorsa kanunun amaç unsuru bakımından anayasaya aykırı olduğu söylenebilir.

Kamu ihalelerinde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, kaynakların verimli kullanılmasının sağlanması kamu

yararının ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu ilkelerin gözetilmesi kaydıyla, mal ve hizmet alımlarında hangi ihale usulünün uygulanacağının belirlenmesi kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucunun, tüm mal ve hizmet alımları için tek bir ihale usulünü benimsemesi zorunlu olmayıp çeşitli kamu hizmetlerinin görülmesinde ihtiyaç duyulan farklı nitelikteki mal ve hizmetler yönünden durumun gerektirdiği ölçüde farklılaşan ihale usulleri belirleyebilir.

Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasında saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, kaynakların verimli kullanılmasını, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasını sağlamanın esas olduğu belirtilmiş; devam eden fıkralarında, Kanun'a göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün uygulanması temel prensip olarak kabul edilmiş, ancak Kanun'da belirtilen istisnai ve özel hâllerde pazarlık usulüne başvurulması da mümkün kılınmıştır.

Kanun kapsamında yapılacak ihalelerin Kanun'da belirtilen hâllerle sınırlı olmak üzere temel usuller olan açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü yerine pazarlık usulü ile yapılabilmesine imkân tanınması bir takım zorunluluklardan kaynaklanmakta olup belirtilen şartların gerçekleşmesi hâlinde işin ivedilikle yapılması ve kamu hizmetinde devamlılığın sağlanması imkânı getirmektedir. Kanun koyucunun, işin ivedilikle yapılmasını mümkün kılmak ve idarelere hareket alanı tanıyarak kamu hizmetinde devamlılığın sağlanmasına imkân tanımak amacıyla, doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması sebebiyle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması ve ihale konusu işin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin belirlenememesi hâllerinde, bu Kanun kapsamındaki tesislerin yenileme veya yapım işlerinin ihalesinin pazarlık usulü ile yapılabilmesini öngörmesinde kamu yararı dışında bir amacın güdüldüğü söylenemeyeceğinden kuralda hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Ayrıca yapılan somut düzenlemenin hedeflenen amacı etkin bir şekilde gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı yönündeki bir değerlendirme, anayasallık denetiminin kapsamı dışında kalmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

G- Kanun'un 4. Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1- Birinci Cümle

Dava dilekçesinde, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini denetleme ve denetletme konusunda idareye verilen yetkinin çerçevesinin çizilmediği ve temel ilkelerinin gösterilmediği, idarece yapılacak veya yaptırılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkelerin belirlenmemesinin kuralın belirsizliğine yol açtığı, Anayasa'ya aykırı bu düzenlemenin hukuk devleti ve Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de bağdaşmayacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 128. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Kanun'un 4. maddesinde "*sözleşme*" ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Maddenin (1) ve (2) numaralı fıkralarında, sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu, süresinin sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere idarece belirleneceği, yüklenicinin, 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 ve sözleşme süresince üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan sorumlu olacağı ve yüklenicinin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde idarenin uğrayacağı zararın tazminine ve cezai şartlara ilişkin hükümlere sözleşmede yer verileceği belirtilmiş, diğer fıkralarda ise idarenin ve yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri ile bunların yerine getirilmemesinin müeyyideleri düzenlenmiştir.

Maddenin (4) numaralı fıkrasının dava konusu olan birinci cümlesinde, idarenin, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetleyeceği veya denetleteceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, *"Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür."* denilmektedir. Buna göre, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerden asli ve sürekli nitelik taşıyanların, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi zorunludur.

Denetim faaliyeti, başlı başına icrai sonuç doğuran bir işlem veya karar niteliğinde değildir. Denetim sonucu düzenlenen raporlar, idari işlem kuramı uyarınca hazırlık işlemi niteliğinde olup bu raporların hazırlanması, denetlenen kişilerin hukukunda değişiklik yaratmamaktadır. Esasen icrai işlem, denetim sonucunda yetkili makamlarca alınan cezai ve idari kararlar ile başvurulan diğer hukuki tedbirlerdir. İcrai kararları almakla yetkili idari makam, hazırlık işlemi niteliğindeki denetim raporunda yer alan tespit ve değerlendirmelerle bağlı değildir. Bu nedenle kural olarak icrai işlemler dışında denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi Anayasa'ya aykırılık teşkil etmez.

Dava konusu kuralla, idarenin, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetimini özel kişilere yaptırmasına olanak tanınmakla birlikte bu kapsamda düzenlenecek denetim raporları sonucunda gerekli yaptırım ve işlemlerin idare tarafından karara bağlanması öngörülmüştür. Denetim sonucu Kanun'da öngörülen hukuki ve idari tedbirleri uygulama yetkisi idarede kalmaya devam ettiğinden, teknik destek sağlamaktan ibaret, hazırlık işlemi niteliğinde bir görev olduğu anlaşılan yüklenicinin denetlenmesi görevinin memur ve diğer kamu görevlisi niteliğinde olmayan üçüncü kişilere gördürülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri *'belirlilik'*tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması gereklidir.

Dava konusu kuralda, idarenin, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetimini özel kişilere yaptırabileceği belirtilmiş, ancak yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini denetleyecek kişilerin nitelikleri ile yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmediğinin ya da usulsüzlük yapıldığının tespiti hâlinde uygulanacak yaptırım ve sonuçlarına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir.

Maddi ve hukuki olayları tespit etmekten ibaret bir hazırlık işlemi niteliğindeki denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi mümkün ise de denetimi gerçekleştiren kişilerin niteliklerinin neler olduğunun ve yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmemeleri ya da usulsüzlük yapmaları durumunda uygulanacak yaptırım ve sonuçlarının hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde düzenlenmemiş olması, belirsizliğe yol açacağından bu hâliyle dava konusu kuralda yer alan *"...veya denetletir."* sözcükleri hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kuralda yer alan *"...veya denetletir."* sözcükleri Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın kalan bölümü ise Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Hicabi DURSUN ile Kadir ÖZKAYA bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

2- İkinci Cümle

Dava dilekçesinde, yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak kurulacak denetim ve yönetim sistemi konusunda Bakanlığa, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olarak genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verildiği, Anayasa'ya göre yürütmenin ancak kanunla asli olarak düzenlenmiş alanda kural koyabileceği ve Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin hukuk devleti ve Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de bağdaşmayacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 4. maddesinin (4) numaralı fıkrasının dava konusu olan ikinci cümlesinde, Sağlık Bakanlığının, yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve yönetim sistemi kurabileceği kurala bağlanmıştır. Söz konusu maddenin (13) numaralı fıkrasında da bu maddenin uygulanmasına ve sözleşmede yer alacak diğer konulara ilişkin hususların yönetmelikle belirleneceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 7. maddesinde, *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez."* denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun hükmünün Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Buna karşılık Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise kanunun çok genel ifadelerle düzenleme yaparak, ayrıntıyı yürütmeye bırakması mümkündür.

Özel kesimin faaliyetlerinin denetimine ilişkin usul ve esasların kanunla belirleneceğine ilişkin bir anayasal hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, kanun koyucunun yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve yönetim sistemi kurulması hususunda Sağlık Bakanlığına düzenleme yetkisi tanıması yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı görülemez.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin önemli bir unsuru olan belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmelerini gerektirmekte olup, hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal dayanağının bulunması ve erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması gibi gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır. Bu itibarla, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen mali ve teknik yeterlik kriterlerinin idari düzenleyici işlemlerle tespit edilmesi belirsizliğe yol açmayacağından hukuk devleti ilkesine aykırılık söz konusu değildir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 8. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Ğ- Kanun'un 13. Maddesiyle 4749 Sayılı Kanun'a Eklenen 8/A Maddesinin Birinci ve Altıncı Cümlelerinin İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

4749 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti adına Devlet iç borcu ve Devlet dış borcu almaya, Hazine geri ödeme garantisi, Hazine karşı garantisi vermeye ve verilen garantilerin şartlarında değişiklik yapmaya, dış finansman temini izni vermeye, hibe almaya, dış finansman imkânlarını dış borcun devri, anlaşmanın mali şartlarına bağlı kalarak dış borcun ikrazı, dış borcun tahsisi yoluyla kullandırmaya ve yeni mali yükümlülük yaratmaya, bu borç ve yükümlülükler ile bunlardan kaynaklanan Hazine alacaklarını yönetmeye Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanın; Hazine yatırım garantisi ve Hazine ülke garantisi vermeye, verilen garantilerin şartlarında değişiklik yapmaya, borç ve hibe vermeye, gerçekleştirilmesi ivedi ve zaruri olan projeleri tespit etmeye ve gerektiğinde tespit edilen bu projelere Türkiye Cumhuriyeti adına sağlanan dış finansmanın anlaşmalardaki koşullarına bağlı kalmaksızın, dış borcun ikrazı suretiyle kullandırılmasına karar vermeye ise Hazine Müsteşarlığının görüşü ve bağlı bulunduğu Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu ifade edilmiştir.

Dava konusu kuralla Hazine Müsteşarlığının üstleneceği mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarının belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden önce, belirtilen konular 4749 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 6428 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olan son fıkrasında düzenlenmiş olup bu fıkrada *"Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri tarafından 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun hükümlerine göre yap-işlet-devret modeli, 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ve 25/8/2011 tarihli ve 652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre yap-kirala-devret modeli ile gerçekleştirilen ve tutarı asgari bir milyar Türk Lirası olan yatırım ve hizmetlere ilişkin sözleşmelerde, sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınması hükmünün bulunması halinde söz konusu yatırım ve hizmetler için sağlanan dış finansmanın Müsteşarlık tarafından üstlenilmesine karar vermeye, Müsteşarlığın görüşü ve Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu fıkra hükümlerine göre üstlenim öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin ihale şartnamesi*

yayımlanmadan ve sözleşmeleri imzalanmadan önce Müsteşarlığın uygun görüşü alınır." hükmü yer almaktaydı.

Dava konusu kural ile *"Borç üstlenimi"* konusu ayrı bir madde olarak düzenlenmiş ve Kanun hükümlerine göre yap-kirala-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan yatırım ve hizmetlere ilişkin sözleşmeler de kapsama dâhil edilmiş ve borç üstlenimi konusunda ilave bir takım kriterler getirilmiştir. Buna göre borç üstlenimi, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler tarafından gerçekleştirilen ve asgari yatırım tutarı bir milyar Türk Lirası olan yap-işlet-devret projeleri ile Sağlık Bakanlığı ve Millî Eğitim Bakanlığı tarafından gerçekleştirilen ve asgari yatırım tutarı beş yüz milyon Türk Lirası olan yap-kirala-devret (KÖİ) projeleri için, sözleşmelerinde, sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınmasının öngörülmesi hâlinde söz konusu olabilecektir.

Kuralla Hazine Müsteşarlığınca üstlenilebilecek borcun, söz konusu yatırım ve hizmetler için yurt dışından sağlanan finansmanın ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerden oluşacağı öngörülmüştür.

Maddeye göre, Hazine Müsteşarlığı tarafından borç üstlenilmesine karar vermeye, üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemeye, Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkili olacaktır.

Maddede ayrıca, madde hükümlerine göre üstlenim öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmesi taslağında yer alan ve üstlenimi doğrudan ilgilendiren hükümler hakkında ihale şartnamesi yayımlanmadan ve ihale sonrasında sözleşme imzalanmadan önce Hazine Müsteşarlığının uygun görüşünün alınacağı belirtilmiştir.

Maddenin 5. cümlesinde, bu madde kapsamında mali yıl içinde taahhüt edilecek borç üstleniminin limitinin merkezi yönetim bütçe kanunu ile belirleneceği ve 6. cümlesinde de söz konusu limiti bir katına kadar artırmaya Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunun yetkili olacağı kurala bağlanmıştır. Merkezî yönetim bütçe kanunlarının kapsamı ve düzeni, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 15. maddesinde gösterilmiş olup maddede merkezî yönetim bütçe kanununun, merkezî yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin gelir ve gider tahminlerini gösteren, bunların uygulanmasına ve yürütülmesine yetki ve izin veren kanun olduğu ve borçlanma ve garanti sınırlarının merkezî yönetim bütçe kanununda yer alacağı ifade edilmiştir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a- Birinci Cümle

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla Hazine Müsteşarlığının üstleneceği mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarının belirlenmesi ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esaslar konusunda, temel ilkeler belirlenmeksizin ve çerçeve çizilmeksizin sınırsız, belirsiz, geniş bir ekonomik alanın Bakanlar Kurulunun düzenlemesine bırakıldığı, Anayasa'ya göre yürütmenin ancak kanunla asli olarak düzenlenmiş alanda kural koyabileceği, ayrıca nesnel yasa kuralları ile sınırları gösterilmemiş bir yetkinin, keyfi uygulamalara yol açabileceğinden hukuk devleti ilkesi ile de uyumlu olamayacağı ve

Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin hukuk devleti ve Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de bağdaşmayacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 13. maddesi ile 4749 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin dava konusu olan birinci cümlesinde, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler tarafından 3996 sayılı Kanun hükümlerine göre yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve tutarı asgari bir milyar Türk Lirası olması öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmeleri ile 6428 sayılı Kanun ve 652 sayılı KHK hükümlerine göre KÖİ modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve tutarı asgari beş yüz milyon Türk Lirası olması öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmelerinde, sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınmasının öngörülmesi hâlinde, söz konusu yatırım ve hizmetler için yurt dışından sağlanan finansmanın ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerin Hazine Müsteşarlığı tarafından üstlenilmesine karar vermeye, üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemeye, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri için Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanın teklifi, özel bütçeli kamu idareleri için ilgili Bakanın talebi Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunun yetkili olacağı kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 7. maddesinde, *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez."* denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun hükmünün Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Buna karşılık Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise kanunun çok genel ifadelerle düzenleme yaparak, ayrıntıyı yürütmeye bırakması mümkündür.

Hazine tarafından üstlenilecek mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşulları ile teyit edilmesine ilişkin usul ve esasların kanunla düzenlenmesini zorunlu kılan bir anayasal hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle kanun koyucunun, KÖİ modeli çerçevesindeki yatırım ve hizmetler için yurt dışından sağlanan finansmanın ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerin Hazine Müsteşarlığı tarafından üstlenilmesine karar verme, üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirleme ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenleme yetkisini Bakanlar Kuruluna bırakmış olması, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı görülemez.

Kaldı ki Bakanlar Kuruluna verilen, Hazine Müsteşarlığının borç üstlenebilmesine karar verme ve üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenleme yetkisi, işin özelliğinden kaynaklanan, uzmanlık gerektiren, teknik konulara ilişkindir.

Ayrıca, söz konusu 8/A maddesinde mali yıl içinde taahhüt edilecek borç üstlenimin limitinin Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile belirleneceği belirtilerek, Hazine Müsteşarlığının ilgili mali yıl içerisinde taahhüt edebileceği borç üstlenimine bir sınırlama getirilmiş ve borç üstlenimi öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmesi taslağında yer alan ve üstlenimi doğrudan ilgilendiren hükümler hakkında ihale şartnamesi yayımlanmadan ve ihale sonrasında sözleşme imzalanmadan önce merkezi yönetim bütçesi

için dış borçlanma yetkisine sahip tek kamu kuruluşu olan Hazine Müsteşarlığının görüşünün alınması öngörülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin önemli bir unsuru olan belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmelerini gerektirmekte olup, hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal dayanağının bulunması ve erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması gibi gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır. Bu itibarla, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen mali ve teknik yeterlik kriterlerinin idari düzenleyici işlemlerle tespit edilmesi belirsizliğe yol açmayacağından hukuk devleti ilkesine aykırılık söz konusu değildir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 8. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

b- Altıncı Cümle

Dava dilekçesinde, Anayasa'da bütçe kanun tasarılarının görüşülme usul ve esaslarının diğer kanunlardan farklı düzenlendiği, bu nedenle birinin konusuna giren bir işin, ötekiyle ilgili yöntemle düzenlenmesi, değiştirilmesi veya kaldırılmasının mümkün olmadığı, Anayasa'nın 163. maddesinde bütçelerde değişiklik yapılabilmesinin esaslarının ayrıca düzenlendiği ve Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapma yetkisinin verilmediği, bütçe kanununa bütçe ile ilgili hükümler dışında hüküm konulamayacağı yönünde Anayasa Mahkemesinin kararlarının bulunduğu ve iptali istenilen cümlenin bu kararlara aykırı bir düzenleme getirdiği, ayrıca Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin hukuk devleti ve Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de bağdaşmayacağı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 11., 153. ve 163. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 13. maddesi ile 4749 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin beşinci cümlesinde, bu madde kapsamında mali yıl içinde taahhüt edilecek borç üstleniminin limitinin, Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile belirleneceği ifade edilmiş, dava konusu olan altıncı cümlesinde ise bu limiti bir katına kadar artırmaya Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunun yetkili olacağı kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 163. maddesinde, merkezi yönetim bütçesiyle verilen ödeneğin, harcanabilecek miktarın sınırını gösterdiği, harcanabilecek miktar sınırının Bakanlar Kurulu kararıyla aşılabileceğine dair bütçelere hüküm konulamayacağı belirtilmiş ve Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapmak yetkisi verilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 87. maddesinde, TBMM'nin görev ve yetkileri kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak yanında bütçe kanun tasarısını görüşmek ve kabul etmek olarak belirtilmiştir. Bütçe kanunlarıyla diğer kanunlar arasında yapılan bu ayrım karşısında herhangi bir kanun ile düzenlenmesi gereken bir konunun bütçe kanunu ile düzenlenmesine

veya herhangi bir kanunda yer alan hükmün bütçe kanunları ile değiştirilmesine ve kaldırılmasına imkân bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 88. ve 89. maddelerinde, kanun tasarı ve tekliflerinin TBMM'ce görüşülmesi usul ve esasları ile yayımlanması düzenlenirken, bütçe kanun tasarılarının görüşülme usul ve esasları 162. maddede ayrıca belirtilmiştir. Bu maddeye göre, bütçe kanun tasarılarının görüşülmesinde ayrı bir yöntem kabul edilmiş, TBMM Genel Kurulunda üyelerin gider artırıcı veya gelir azaltıcı tekliflerde bulunmaları önlenmiştir. Anayasa'nın 89. maddesinde de, Cumhurbaşkanına bütçe kanunlarını bir daha görüşülmek üzere TBMM'ye geri gönderme yetkisi tanınmamıştır. Öte yandan, Anayasa'nın 161. maddesinde de bütçe kanununa bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamayacağı ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 161. maddesinin dördüncü fıkrasında, *"Bütçe Kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz."* kuralına yer verilmiş olmasına karşın, kanunlarla bütçe kanunlarının değiştirilemeyeceğine veya tamamlanamayacağına ilişkin bir kural bulunmamaktadır. Anayasa'nın 163. maddesinde ise sadece *"...Bakanlar Kuruluna Kanun Hükmünde Kararname ile bütçede değişiklik yapma yetkisi verilemez..."* denilmiş olması da kanunlarla bütçe kanunlarında değişiklik yapılmasına ve bütçe kanunlarını tamamlayan hükümler getirilmesinde anayasal bir engel bulunmadığını göstermektedir.

Bütçe Kanunu ile belirlenecek olan limit, Hazine Müsteşarlığınca ilgili mali yıl içerisinde taahhüt edilebilecek borç üstlenim rakamını göstermekte olup borç üstlenimine bir sınırlama getirmektedir. Söz konusu limit, 5018 sayılı Kanun'un 15. maddesinde yer alan borçlanma ve garanti sınırlarının merkezi yönetim bütçe kanununda yer alacağı yönündeki kural gereği bütçe kanunlarında gösterilmekte olup bütçenin gelir ve gider rakamlarını etkileyen bir yönü bulunmamaktadır.

Borç üstlenimi, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler tarafından gerçekleştirilen ve belirli şartları taşıyan projeler kapsamında hazırlanan sözleşmelerde düzenlenen hususların gerçekleşmesi ve sözleşmelerinde, sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınmasının öngörülmesi hâlinde Hazine Müsteşarlığının taahhüt edeceği tutarı temsil etmektedir. Bahse konu şartların gerçekleşmemesi durumunda borç üstlenimi ile ilgili olarak Hazine herhangi bir ödeme yükümlülüğüne girmeyecektir.

Bütçe, devletin gelirlerini toplamasına izin, giderlerini yapmasına da yetki veren bir kanundur. Buna göre, devlet, bir yıl süresince bütçe kanununda belirtilmesi koşuluyla harcama yapabilmekte ve gelir toplayabilmektedir. Bütçe kanunları yıllık olarak çıkarılmakta ve ilgili oldukları yıl boyunca uygulanmakta olup, bütçe yılı tamamlandıktan sonra hükmünü yitirmektedir.

Her yıl için yılı bütçesinde gösterilen taahhüt edilebilecek borç üstlenim limiti o yıl boyunca uygulanacaktır. Yıl içerisinde yeni geliştirilen projelerle ilgili olarak yılbaşında bütçe kanunu ile belirlenen limitin üzerinde borç üstlenim taahhüdü talebinin ortaya çıkması durumunda, bu limitin belli bir sınır çerçevesinde Bakanlar Kurulunca arttırılmasına imkân tanınmaktadır. Bütçe kanunu ile belirlenen taahhüt edilebilecek borç üstlenim limitinin, Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca bir katına kadar arttırılabilmesine izin veren düzenleme, doğrudan bütçenin gelir ve gider kalemlerini etkilememektedir.

Ayrıca Anayasa'nın 163. maddesinin ikinci cümlesinde yasaklanan husus, harcanabilecek miktar sınırının Bakanlar Kurulu kararıyla aşılabileceğine dair bütçelere

hüküm konulması olup diğer kanunlara bu yönde hüküm konulmasını engelleyen anayasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, 4749 sayılı Kanun'un 5. maddesinde borçlanma limitinin yıl içerisinde borç yönetiminin ihtiyaçları ve gelişimi dikkate alınarak Bakanlar Kurulu kararı ile artırılabileceği kurala bağlanmıştır. Bu itibarla, borçlanma limiti gibi devleti doğrudan ve kesin bir şekilde yükümlülük altına sokan ve bütçeye doğrudan yükümlülük getiren bir limitin Bakanlar Kurulu kararı ile arttırılabilmesinin mümkün olduğu dikkate alındığında, sadece koşullu bir yükümlülük oluşturan ve koşulların gerçekleşmemesi durumunda herhangi bir yükümlülük doğurmayan borç üstlenimi uygulamasına ilişkin limitin Bakanlar Kurulu kararı ile arttırılabileceğinin evleviyetle kabulü gerekir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 163. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2., 11. ve 153. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

H- Kanun'un 25. Maddesiyle Değiştirilen 663 Sayılı KHK'nin 51. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinde Yer Alan *"...döner sermaye ek ödemesi dahil..."* İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, personele ödenecek döner sermaye gelirlerinin sınırlı olduğu, yurt dışında görevlendirilen personele döner sermaye ödenmesinin döner sermaye gelirinin elde edilmesinde katkısı olan personele ödenecek gelirin azalmasına yol açtığı ve düzenlemenin hukuksal durumları ayrı olanlara aynı kuralların uygulanmasını öngördüğü belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

663 sayılı KHK'nin 51. maddesinde, yurt dışı sağlık hizmet birimleri düzenlenmektedir. Madde ile Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına, insani ve teknik yardım amacıyla yurt dışında geçici sağlık hizmet birimleri kurma, kurdurma, işletme ve işlettirme yetkisi tanınmakta; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının, bu amaçla ulusal ve uluslararası sivil toplum kuruluşları, finans ve yardım kuruluşları ile işbirliği ve ortak çalışma yapabilmesi, insan ve mali kaynakları ile destek sağlayabilmesi olanaklı kılınmaktadır.

Söz konusu 51. maddenin dava konusu ibareleri de içeren (2) numaralı fıkrasında ise yurt dışı sağlık hizmet birimlerinde görevlendirilecek personelin aylık ve diğer özlük hakları konusu düzenlenmiştir. Buna göre, anılan sağlık personeline, yurt dışındaki görevleri süresince gündelik verilmeyecek olup gittikleri ülkelerde sürekli görevde bulunan ve dokuzuncu derecenin birinci kademesinden aylık alan meslek memurlarına ödenmekte olan yurt dışı aylığını geçmemek üzere unvanları itibarıyla Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenen tutarda aylık ödeme yapılacaktır. Bunun yanı sıra, bu personel döner sermaye ek ödemesi dâhil her türlü mali ve sosyal haklardan faydalanmaya devam edecektir.

Anılan maddenin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan ve yurt dışı sağlık hizmet birimlerinde görevlendirilecek personelin döner sermaye ek ödemesinden faydalanmasına imkân sağlayan *"döner sermaye ek ödemesi dâhil"* ibaresi davanın konusunu oluşturmaktadır.

Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatında kurulacak döner sermaye işletmelerine ilişkin hükümler, 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına göre, döner sermaye gelirleri, kurumca sunulan sağlık hizmetleri karşılığında alınan bedeller (kurum karları), bağışlar ve Devlet yardımlarından oluşmaktadır. Döner sermaye gelirlerinin ne tür harcamalarda kullanılacağı, 209 sayılı Kanun'da detaylı bir biçimde açıklanmaktadır. Sözü edilen Kanun'un 5. maddesinde, sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve sözleşmeli personel ile açıktan vekil olarak atananlara maddede belirtilen kıstaslar esas alınarak dönem sermaye gelirlerinden ek ödemede bulunulması öngörülmektedir.

Dava konusu maddenin gerekçesinden anlaşıldığı üzere, uygulamada Sağlık Bakanlığınca insani amaçlı olarak yurt dışında görevlendirilecek personele döner sermaye gelirlerinden ek ödemede bulunulup bulunulmayacağı hususunda tereddüt oluşması üzerine, bunlara da döner sermaye gelirlerinden ek ödemede bulunulmasını kesinleştirmek ve bu hususta tereddütleri gidermek amacıyla dava konusu kural ihdas edilmiştir.

Hukuk devletinde, döner sermaye gelirlerinin hangi kamu harcamalarının finansmanında kullanılacağının, personele ödenmesi durumunda, hangi personele ne oranda ve ne tür kriterler esas alınarak ödeneceğinin belirlenmesi anayasal güvencelere aykırı olmamak kaydıyla kanun koyucunun takdirindedir. Döner sermaye gelirlerinden yapılacak ek ödemenin, sadece gelirin elde edilmesinde katkısı bulunan personelle sınırlandırılmasını gerekli kılan herhangi bir anayasal hüküm bulunmadığından Sağlık Bakanlığı kadrolarında bulunup insani ve teknik yardım amacıyla yurt dışı sağlık hizmet birimlerinde görevlendirilen personele de döner sermaye gelirlerinden ek ödemede bulunulmasının öngörülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

21.2.2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun;

A- 4. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"...veya denetletir."* ibaresine, yönelik yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B- 1- 1. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasına,

b- (2) numaralı fıkrasının (c), (e), (j), (ö), (ş), (u) ve (ü) bentlerine,

2- 2. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesine,

b- (2) numaralı fıkrasına,

3- 3. maddesinin;

a- (3) numaralı fıkrasına,

b- (6) numaralı fıkrasında yer alan *"...idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile..."* ibaresine,

c- (8) numaralı fıkrasının (b) ve (c) bentlerine,

4- 4. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasına,

b- (4) numaralı fıkrasının;

ba- Birinci cümlesinde yer alan *"...veya denetletir."* ibaresi dışındaki bölümüne,

bb- ikinci cümlesine,

5- 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

6- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

7- 13. maddesiyle, 28.3.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci ve altıncı cümlelerine,

8- 25. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 51. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"...döner sermaye ek ödemesi dâhil..."* ibaresine,

yönelik iptal istemleri, 1.4.2015 tarihli, E.2013/50, K.2015/38 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkralara, bölüme, bentlere, cümlelere ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE,

1.4.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

21.2.2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 1. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (2) numaralı fıkrasının (c), (e), (j), (ö), (ş), (u) ve (ü) bentlerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 2. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 3. maddesinin;

1- (3) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (6) numaralı fıkrasında yer alan *"...idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- (8) numaralı fıkrasının (b) ve (c) bentlerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 4. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (4) numaralı fıkrasının;

a- Birinci cümlesinde yer alan;

aa- *"...veya denetletir."* ibaresi dışındaki bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

ab- *"...veya denetletir."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Hicabi DURSUN ile Kadir ÖZKAYA'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G- 13. maddesiyle, 28.3.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci ve altıncı cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

H- 25. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 51. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"...döner sermaye ek ödemesi dâhil..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

1.4.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Başkanvekili
Zühtü ARSLAN	Serruh KALELİ	Alparslan ALTAN
Üye	Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Recep KÖMÜRCÜ
Üye	Üye	Üye
Burhan ÜSTÜN	Engin YILDIRIM	Nuri NECİPOĞLU
Üye	Üye	Üye
Hicabi DURSUN	Celal Mümtaz AKINCI	Erdal TERCAN
Üye	Üye	
Muammer TOPAL	M. Emin KUZ	
Üye	Üye	
Hasan Tahsin GÖKCAN	Kadir ÖZKAYA	

Esas Sayısı : 2013/50
Karar Sayısı : 2015/38

KARŞIOY GEREKÇESİ

İptal davası dilekçesinin 32-38. sahifelerinde 21.2.2013 tarih ve 6428 sayılı Kanun'un tümünün ve ayrı ayrı tüm maddelerinin Anayasa'ya aykırılığı konusunda yeterli gerekçenin ortaya konulması karşısında, işin esasına geçilmesi kanısında olduğumuzdan; gerekçe yokluğu/yetersizliği nedeniyle bu noksanlığın giderilmesi için süre verilmesi gerektiği yolundaki çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2013/50
Karar Sayısı : 2015/38

KARŞIOY

6428 sayılı Kanun'un iptali istenilen ibareyi de içeren 4. maddesinin (4) numaralı fıkrasında; *"İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler* ***veya denetletir.*** *Bakanlık, yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve yönetim sistemi kurabilir."* hükmü yer almaktadır. Mahkememizce, ***"veya denetletir"*** ibaresinin iptaline karar verilmiştir.

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kuralda, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini denetleme ve denetletme konusunda idareye verilen yetkinin çerçevesinin çizilmediği ve temel ilkelerinin gösterilmediği, idarece yapılacak veya yaptırılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkelerin belirlenmemesinin kuralın belirsizliğine yol açtığı Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6428 sayılı Kanunla öngörülen modelde, sağlık tesislerinin inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetler özel sektörün (yüklenicinin), kamu hizmetinin bizzat kendisini, özünü oluşturan tıbbi hizmetler ise idarenin (Sağlık Bakanlığın) sorumluluğuna bırakılmaktadır. Yani, tıbbi hizmetlerin sunumu kamunun sorumluluğunda kalmaya devam etmektedir.

İptali istenilen ibarenin de içinde yer aldığı kuralda, *işbu kanun kapsamında gerçekleştirecek olan ihale sonucunda idare ile yüklenici arasında yapılacak olan sözleşmenin kapsamına giren yüklenici faaliyetlerinin, bütün aşamalarda, idare tarafından denetlenmesi veya* ***denetlettirilmesi*** öngörülmektedir.

En basit anlatımıyla denetim, bir iş veya oluşun veya sürecin, önceden belirlenmiş ölçütlere uygun olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasıdır. Esas itibarıyla, başlı başına icrai sonuç doğurmayan denetim faaliyeti sonucu düzenlenen raporlar, hazırlık işlemi niteliğinde olup, denetlenen kişilerin veya işlerin hukukunda değişiklik meydana getirmemektedir. Hukuk düzeninde değişiklik oluşturan kararlar veya hukuki tedbirler, raporların sonucuna göre yetkili makamlarca alınmaktadır.

Mahkememiz kararında; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin yaptırılmasının, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanmasının ve bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin yürütülmesini konu edinen sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi kılınmasında ve teknik destek sağlamaktan ibaret, hazırlık işlemi niteliğinde bir görev olan (söz konusu sözleşme konusu işlerin denetim faaliyetinin) yüklenicinin denetlenmesi görevinin memur ve diğer kamu görevlisi niteliğinde olmayan üçüncü kişilere gördürülmesinde (özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesinde) Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmadığı belirtilmiştir.

İptali istenilen kuralla, kapsamı ve ayrıntıları 6428 sayılı Kanun ve bu Kanun uyarınca yapılacak ihale sonucunda idare ve yüklenici arasında özel hukuk hükümlerine göre düzenlenecek olan sözleşme ile belirlenmiş olan faaliyetlerin bütün aşamalarda **denetlettirilmesi** öngörülmektedir.

Anılan denetimin konusunu, yüklenicinin, sözleşme ile belirlenmiş olan faaliyetleri, sözleşme ile öngörülen şekilde ve zamanında, tam olarak yerine getirip getirmediğinin tespiti oluşturmaktadır.

6428 sayılı Kanun kapsamı işin niteliğinden, idareye, bu tespiti, ya yetkili ve uzman başka bir idareye, yahut da hizmet satın alma yoluyla özel kişilere yaptırabilme yetkisi tanınmasının amacının, özel hukuk hükümlerine tabi ihale sözleşmesinin konusunu oluşturan faaliyetlerin denetimi hususunda, sözleşmenin bir tarafını oluşturan yüklenicinin bu konuda özel hukuk alanından kaynaklanabilecek iradesini sınırlandırmak olduğu kanaatine varılmaktadır.

Denetim faaliyetinin, özel kişilere gördürülmesi halinde, denetimin kapsamı, konusu ve ayrıntıları, 6428 sayılı Kanun ve bu Kanun uyarınca yapılacak ihale sonucunda idare ve yüklenici arasında özel hukuk hükümlerine göre düzenlenmiş olan sözleşme gözetilerek, idare ile denetim hizmeti alınacak olan kişi arasında özel hukuk hükümlerine göre aktedilecek sözleşme ile belirlenecektir.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin genel ilkeler uyarınca, denetim hizmeti alınacak kişinin, söz konusu denetimi yapabilmesi için diğer ilgili mevzuatta aranılan koşulları taşıyacağı ve KÖİ sözleşmesi kapsamındaki faaliyetler konusunda denetim yapabilecek nitelikleri haiz olacağı tabiidir.

Öte yandan, idare ile idare adına denetim yapacak olan kişi arasında düzenlenecek olan sözleşmeye uyulmaması halinde, ilgili kişinin, hem sözleşme hükümlerine göre hem de genel hükümlere göre sorumlu olacakları da tabiidir.

Hal böyle olunca, denetimi gerçekleştiren kişilerin nitelikleri ile yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmemeleri ya da usulsüzlük yapmaları durumunda haklarında uygulanacak yaptırım ve sonuçlarının belirsizliğinden, dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılıktan söz edilemeyeceği sonucuna varılmakla, bu ibare yönünden davanın reddi gerektiği görüşüyle, aksi yönde oluşan çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye
Hicabi DURSUN	Kadir ÖZKAYA