

"...

## 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, Hazinesinin 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 aşılarda 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 dövüş' 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 ileriiki yıl bütçelerine mali yük getirecek nitelikteki kanun tasarısı 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 tasarılar 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 yapıp 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 bulunduğu 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 örneklerle 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 yapılp siyasal iktidarın tercihi ideolojik niteliğinden arındırılarak teknik bir maliyet-yarar tercihinin 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 tercihinin 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 ." İbaresini 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 Hazinesinin 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 'idari 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 tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idari 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; Hazinesinin 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 yaptırılabilir; 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 yaptırılabilir veya devredilebileceğinin kanunla düzenleneceği kurallandırılmakla 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 yapıp 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 ." İbaresine 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 itibarıyla 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 taşıması 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 mevcudluğu, 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 "tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması karşılığında ." İbaresine 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, "tesislerdeki 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 taşınamaması 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 eğitimi 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 "tesislerdeki 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 yaptırılabilmesi 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 kiralarak 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 bulunduğu 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 ayırık 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 yapıp 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", başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını; "gereklilik", başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise başvuru 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 işletirmeye 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 kuşkuyla 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 ayırık 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 yasa da 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 Yapıtırılması, 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 Yapıtırılması, 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, söz konusu 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 hoşgörülle 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 Yapıtırılması, 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 atanarlara 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 kılsa 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 yapılp siyasal iktidarın tercihi ideolojik niteliğinden arındırılarak teknik bir maliyet-yarar tercihinin 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 ödenetiminden 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 Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un Tümünün ve Ayı 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 anlaşılamiyorsa, 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 anlaşılabilirdiği kadarıyla göz önüne alınarak Anayasaya aykırılık iddiasında, modelin esasını oluşturan maddeler ile model bağlamında anlam ifade eden maddeler ayırımına 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, Hazinesin 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, Hazinesin 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 Hazinesin 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 ayırık 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 artırılabilirliği, 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 yaptırmaması 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 yaptırmaması 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 tasarılar 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 yapıp 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 sığınarak 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 kapsamı 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."*

*Ifadelerine 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 denkleğinin sağlanması esastır.

i) Bütçeler, ait olduğı 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 belirtildiğı üzere bütçenin yıllık olma ilkesi, bütçenin birliğı ilkesi, bütçenin genelliğı ilkesi ve giderlerin tahsisi veya giderlerin özelliğı 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 kapsamayı 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 niteliğı kalmaz.

*İkincisi, parlamentonun bütçe üzerindeki bütçe hakkında 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 yapılabilirdiği, harcamalarla faaliyetlerin yerindeliği ile etkinliğinin tartışma konusu yapılabilirdiği 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 bağılı 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 tartışılmayacak; 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 birliğı, genelliğı ve giderlerin tahsisi ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.*

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

*Bütçenin yıllık olması ilkesi, parlamentonun bütçeyle hükümete verdiği yetkinin bir yıl süreyle sınırlı olması, yani geleceğı ipotek altına almamasını gerekli kılar. Parlamentoların demokratik seçimlerle sık sık yenilenmesi bir yana aynı parlamento bileşiminden farklı hükümetlerin çıkabildiğı 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 yaptıracığı tesislerin yapım süresiyle sınırlı olması gerekeceğı 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 anlaşıyorsa, 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 hakkında 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 görmektedir. 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 tartışmadığı 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 açılarından 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 üretilceğini tüketici tercihleri, yani talep belirler. Kamusal mallardan hangilerinin hangi miktarlarda ve nasıl bir kaynak bileşimiyle üretilceğine 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 yurttaş 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 yapıp 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 bulunduğu 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 örneklerle 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 İçtüzüğü'nün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 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 İçtüzüğü'nün 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""*