**Yürütmenin Durdurulması İstemlidir**

**DANIŞTAY ( ) DAİRESİ BAŞKANLIĞINA**

**DAVACI**  :Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı

 GMK Bulvarı Şehit Daniş Tunalıgil Sk. No:2/4 Maltepe/Ankara

**VEKİLLERİ** : Av. Özgür Erbaş-Av. Ziynet Özçelik

 (Aynı adreste)

**DAVALILAR** :1)T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı- Ankara

 2)T.C. Başbakanlık-Ankara

**DAVA KONUSU** :1)19.4.2014 günlü ve 28977 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren “Hazine Müsteşarlığı Tarafından Gerçekleştirilecek Borç Üstlenimi Hakkında Yönetmeliğin” aşağıda belirtilecek hükümlerinin hukuka aykırılığı nedeniyle yürütmesinin durdurulması ve iptaline,

2)İptali istenen Yönetmelik Hükümlerinin dayanağı olan 6428 sayılı Yasayla değişik 4749 sayılı Yasanın 8/A maddesi ile 17. Maddesinin ( C ) Fıkrasının 2 numaralı bendinin sonuna eklenen “ile bu Kanunun 8/A maddesi uyarınca Müsteşarlık tarafından ve 3996 sayılı Kanunun 11/A maddesi uyarınca ilgili idareler tarafından imzalanan borç üstlenim anlaşmaları” ibaresinin Anayasaya aykırılığı itirazımızın ciddi bulunarak Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmesi talebidir.

**T.TARİHİ :**19.04.2014

**AÇIKLAMALAR :**

Hazine Müsteşarlığı Tarafından Gerçekleştirilecek Borç Üstlenimi Hakkında Yönetmeliğin (bundan böyle Yönetmelik olarak anılacaktır) yürürlüğe konulması Başbakan Yardımcılığının 10/2/2014 tarihli ve 3365 sayılı yazısı üzerine, 28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kanunun 8/A ve 16 ncı maddelerine göre, Bakanlar Kurulunca 6/3/2014 tarihinde kararlaştırılmıştır. Yönetmelik Resmi Gazetenin 19 Nisan 2014 günlü ve 28977 sayılı nüshasında yayımlanmıştır.

Yönetmeliğin dayanağı olan 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 8/A maddesi, 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile değiştirilmiştir.

Müvekkil Birlik 6023 sayılı Yasa ile kurulmuş olup Yasanın 1. Maddesine göre “tabipler arasında mesleki deontolojiyi ve dayanışmayı korumak, **tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak ve meslek mensuplarının hak ve yararlarını korumak** amacıyla kurulmuş kamu kurumu niteliğinde mesleki bir kuruluştur”.

Müvekkil Birlik’e, 6023 sayılı Yasanın 4. Maddesinin (b) bendi ile “Azalarının maddi ve manevi hak ve menfaatlerini korumak ve bunları halkın ve Devletin menfaati ile en iyi bir şekilde denkleştirmeye çalışmak”, ( c ) bendi ile “Halkın sağlığını korumaya, azalarını muayyen refah seviyesine ulaştıracak gerekli iş sahaları bulmaya, İş Kanunu ile sosyal kanunların ve bunlara bağlı nizamname ve talimatname hükümlerinin tatbikatında meslek ve meslektaşların hak ve menfaatlerini korumaya ve her türlü iş tevziinin adilane bir surette düzenlenmesine çalışmak” (d ) bendi ile de “Halk sağlığı ve tıp meslekleri ile ilgili meseleler için resmi makamlarla karşılıklı işbirliği yapmak” görevleri verilmiştir.

Müvekkil Birlik, bu çerçevede 6428 sayılı Yasanın TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunda yapılan görüşmelerine davet edilmiş, görüş ve eleştirilerini sunmuştur.

Dava konusu düzenleme, hekimlerin çalışacakları hastanelerin işleyişi, gelir ve giderlerinin yanısıra bu sağlık tesislerinde verilecek kamu sağlık hizmetini de kökten değiştirmektedir. Hazine’nin borç üstlenim yapması öngörülen sağlık yatırımlarında borcun ödenmesi öngörülen ana kaynak hastanelerin döner sermaye işletmeleridir. Yapılan düzenleme buna ilişkin mali sorumluluklar doğurmaktadır. Ancak gelinen aşamada hekimlerin emeklerinin karşılığı olan ücretlerinin ödeneceği temel kaynak olan döner sermaye işletmesinden yapılan ödemelere ilişkin herhangi bir koruyucu hüküm bulunmamaktadır. Gerek ilgili mevzuatta gerekse iptali talep edilen düzenlemede hekimlerin ve sağlık hizmeti alacak kişilerin mali haklarını koruyan düzenlemelere yer verilmemiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin yayımlanmasının ardından Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği de 9 Mayıs 2014 günlü Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Her iki düzenlemenin bağlantıları ve aynı konuya ilişkin çelişkili hükümler içermesi nedeniyle iptal talebimizin dayanakları açıklanırken bu düzenlemelerin birlikte ele alınması zorunluluğu bulunmaktadır. Yönetmelik hükümlerinin Sağlık Bakanlığı tarafından kamu özel işbirliği yöntemiyle yaptırılacak tesislere ilişkin düzenlemelerine dair ayrıntılı açıklamalarımız aşağıda yapılacaktır.

Öncelikle Yönetmeliğin, dayanağı olan 4749 sayılı Yasaya ve burada kabul edilen temel ilkelere aykırılığına dair itiraz nedenlerimiz açıklanacak, ardından Yönetmeliğin dayanağı olan 4749 sayılı Yasanın 6428 sayılı Yasayla değişik 8/A ve 17. Maddesinin ( C ) fıkrasının 2 numaralı bendine eklenen “ile bu Kanunun 8/A maddesi uyarınca **Müsteşarlık tarafından** ve 3996 sayılı Kanunun 11/A maddesi uyarınca **ilgili idareler tarafından** imzalanan borç üstlenim anlaşmaları” ibaresinin Anayasaya aykırılığına dair itiraz gerekçelerimiz açıklanacaktır.

**I)YÖNETMELİK HÜKÜMLERİNE İLİŞKİN HUKUKA AYKIRILIK GEREKÇELERİMİZ**

**1)Yönetmeliğin Bütününe Dair İtiraz Gerekçelerimiz**

**1.a)Şirketlere Sağlanan Hazine Garantilerine Dair Belirsizlik Kamu Yararına Aykırıdır**

Sağlık Bakanlığının kamu özel ortaklığı yöntemiyle yaptıracağı yatırımlarda, ihale alan şirketlere 6288 Sayılı Yasa ile hizmetler dahil KDV muafiyeti getirilmiştir. 6327 Sayılı Yasa ile de 3996 Sayılı Yasa, 6428 sayılı Yasayla mülga 3359 Sayılı Yasanın Ek/7. Maddesi ve 652 sayılı KHK’ye göre yapılacak yatırımlarda asgari 1 Milyar TL olan yatırım ve hizmetler için Hazine garantisi getirilmiştir. Son olarak 6428 sayılı Yasa ile bu tutar 500 Milyon TL’ye indirilmiş, dış finansmanın kapsamına türev ürünler dahil edilmiş ve Resmi Gazetede yayımlanmaksızın devlet dış borcu olarak kaydedileceği düzenlemesi getirilmiştir.

Kamu özel ortaklığı yöntemiyle altyapı temini klasik ihale yöntemine göre daha pahalıdır. Avrupa Yatırım Bankası verilerine göre yüzde 24 daha pahalı[[1]](#footnote-1) , bu yöntem için alınan krediler ise devlet borçlanmasına göre yüzde 83 pahalı[[2]](#footnote-2) temin edilmektedir. 2012 ve 2013 Bütçe Yasası görüşmelerinde yapılan eleştiriler arasında “kamu özel ortaklığının kamusal stok değer yaratmak yerine uzun vadeli yüksek borçlanmaya neden olduğu” yer almıştır. Öte yandan finansal kriz ve resesyon ortamında özellikle kamu özel ortaklığı sözleşmelerinin uzun vadede sürdürülemez olduğuna ilişkin Avrupa Birliği çapında yapılan araştırma sonuçları da ihale alan şirketlerin ilk borçlarını ödemekte bile zorlandıklarını ortaya koymaktadır. [[3]](#footnote-3)

Dolayısıyla finansman projelerinde, şirketler eliyle sağlanan ve kamu borçlanmasına göre daha pahalı ve maliyeti yüksek kredilere borç üstlenimi adı altında Hazine garantisi verilerek kefil olunması açıkça kamu yararına aykırıdır. Kaldı ki asıl borçlusu proje şirketleri olan bu kredi borçlarının, Hazine’nin borç üstlenimi yöntemiyle Devlet dış borcuna dönüştürülmesi ve Bütçe Kanunu ile belirlenen kurallara aykırılık oluşturmaktadır.

Türkiye’nin Hazine Müsteşarlığı düzeyinde temsil edildiği European PPP Expertise Centre (Avrupa Kamu Özel Ortaklığı Uzmanlık Merkezi) tarafından hazırlanan Mayıs 2011 tarihli Kamu Özel Ortaklığında Devlet Garantileri raporuna göre Türkiye yüklenici firmaların aldığı kredileri doğrudan üstlenme taahhüdünde bulunan tek ülkedir. [[4]](#footnote-4)

İngiltere’de Kamu Hizmetlerinde Ortaklık Merkezi Direktörü John Tizard, kamu özel ortaklığı projelerindeki kredi garantisi planlarının, projelerin kamusal finansmanla yürütülmesi anlamına geldiğini, ancak kamunun doğrudan borçlanmasının çok daha ucuz olacağını ve risk transferi açısından bu konunun değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.[[5]](#footnote-5)

Öte yandan Eurostat kamu hesaplarıyla ilgili PPP tipi yatırımlarının zarar/açık ve borç yönetimi konusunu tanımlayan bir karar (DN: STAT/04/18) yayınlamıştır. PPP‘yle ilgili borcun sınıflandırılması sorununun kanuni borç sınırları üzerine potansiyel etkisinden dolayı kamu otoriteleri için önemli olduğu belirtilmiştir. Eurostat PPP’lerin devlet dışı değerler olarak sınıflandırılması ve devlet için denge kaydı tutulması için şu iki koşulun birlikte sağlanması gerektiği sonucuna varmıştır:

* Özel sektör tarafı inşaat riskini üzerine almalı
* Özel sektör tarafı yararlanabilirlik ya da talep risklerinden en az birini üzerine almalı

Yapılan değişiklikler ile birlikte Eurostat tarafından belirlenen bu ölçütler açısından, özel sektörün üstlendiği herhangi bir riskin bulunmadığı açıktır. Bu tür uzun dönemli projelere Hazine garantisi verilmesi doktrinde de eleştirilmektedir. Yrd. Doç. Dr. Ahmet Keşli, “… Her ne şekilde olursa olsun hazır bulundurma karşılığı yapılan ödemeler (asgari alım garantisi) sözleşme süresi kadar bütçeye bir borç yüklemektedir. Hazine garantili olarak yapılan her bir proje esasen bir sonraki iktidara hatta bazı durumlarda memleketin 49 yıl içindeki bütün iktidarlarına Hazine’den denmek üzere borç yükü yüklenmesi anlamına gelmektedir” demektedir. [[6]](#footnote-6)

Kamu özel ortaklığı projelerinin bütçe üzerinde uzun dönem için sert (rijit) etki yaratması da tartışılmakta ve kamunun esnek olmayan sözleşmelerle girdiği **taahhütler nedeniyle kendi kredi notunun da düştüğü belirtilmektedir.** Madrid Bölgesi için kredi notu 2009 yılında AA+ olarak belirlenirken Standard & Poor’s kamu özel ortaklığı sözleşmeleri nedeniyle “negatif görünüm” açıklaması yapmıştır. [[7]](#footnote-7) İspanya’nın 2013 yılı itibariyle kamu finansmanı açısından geldiği nokta ise malumdur. ABD’de Teksas Eyaletinde 183 Milyar ABD Dolarına kamu özel ortaklığı sözleşmesi büyük protestolar sonucunda iptal edilmiş ve Eyalet Yasama Meclisi bedeli ikiye bölmüştür.[[8]](#footnote-8)

Uluslararası Para Fonu (IMF) tarafından Türkiye ekonomisinin değerlendirildiği **“Madde 4”** çerçevesindeki raporda kamu özel ortaklığı projelerinin sürdürülebilirliğine dair kaygılar ve uygulamaya dair eleştiriler yer almıştır.[[9]](#footnote-9)

Bütçenin en önemli ilkeleri arasında yıllık yapılması gelirken, 5018 Sayılı Yasa ile yıllara sari işlemlere ilişkin sınır konulduğu ve yine Sağlık Bakanlığının “Kamu Hastaneleri Birliğine Geçiş Rehberi”ne göre de en fazla 3 yıllık sözleşmelere imza atılabileceği bunun da Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Başkanı’nın vereceği yetkiye göre yapılacağı belirtilmektedir.

Mevcut mevzuat çerçevesinde Hazine Müsteşarlığının hangi ölçütlere göre, hangi çerçevede “borç üstlenimi” yapacağı belirgin olmadığı gibi neden borç üstlenimi yapılmasına ihtiyaç duyduğu da belirsizdir.

Dayanak Yasada ve yasanın uygulamasını gösterecek olan Yönetmelikteki belirsizlik hukuk güvenliği ilkesine aykırıdır. Hukukun idarenin takdir ve yetkisine bıraktığı konuların, idare tarafından önceden çıkarılan idari metinlerle düzenlenmesi demek olan düzenli idare ilkesi ( idarenin yasallığı ) de, hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi için gerekli ilkelerdendir. Düzenli devlet ilkesi; hem yönetimin iyi işlemesini, hem de yönetimin yönetilenlere karşı eşit uygulamada bulunmasını sağlamakta ve keyfiliği önlemektedir.[[10]](#footnote-10)

Dolayısıyla Yönetmelik hükmü uygulamayı göstermemekte, Anayasa’nın 124. Maddesini ihlal etmektedir. Oysa Anayasa’nın 124. Maddesinde başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren yasaların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabileceği hükmüne yer verilmiştir. Düzenli hale koymak, düzen vermek olarak tanımlanabilecek olan düzenleme yetkisi, kamu hukukunda kural koyma ile eş anlamlıdır. Kural ise, hukukta sürekli, soyut ve objektif, genel durumları belirleyen, bireysel olmayan, tükenmez norm olarak tanımlanmaktadır. İdare, Anayasa ve yasal düzenlemelerden aldığı yetki ile kural koyma, düzenleme yapma yetkisine sahiptir. Düzenleme yetkisini kullanarak tüzük, yönetmelik, yönerge, genelge gibi düzenleyici işlemleri yapan idarenin, bir işleminin düzenleyici nitelik taşıdığının kabul edilebilmesi için, **söz konusu işlemin, sürekli, soyut, objektif, bireysel olmayan, genel durumları belirleyen ve gösteren, maddi olaylara uygulanabilecek nitelikte, diğer bir deyişle hukuk aleminden maddi aleme aktarılabilecek açıklık ve belirlilikte hükümler içermesi gerekmektedir**. Esasen, düzenleyici işlemlerin açık, belirli ve öngörülebilir olması, hukuk güvenliğinin, dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Zira idare, ancak açık ve belirgin hukuk kurallarını yürürlüğe koymak suretiyle hukuk güvenliğini sağlayabilir.[[11]](#footnote-11)

İdarenin işleyişi, görev ve yetkileri asıl olarak yasayla düzenlenmesi, idarenin düzenleyici işlem yetkisinin ise türev yetki olması hukuk devleti ilkesinin de gereğidir. İdarenin düzenleyici işleminin alanının, çerçevesinin asıl olarak yasayla belirlenmesi gerekirken bu yapılmamıştır. Dayanak Yasa ve Yönetmelik bu yönüyle Anayasanın 2. Maddesindeki hukuk devleti ve 7. Maddesindeki yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olduğu açıktır. Diğer yandan uygulamayı gösterecek ve somutlayacak kural içermemesi nedeniyle iptali istenen düzenleme Anayasanın 124. Maddesine aykırıdır.

**1.b)Aynı Projelere Dair Farklı Düzenlemeler Yapılması Yasaya Aykırıdır**

Dayanak 4749 sayılı Yasanın 16. Maddesinin 2. Fıkrası “Bu Kanun kapsamında yer alan hususlara ilişkin her türlü değişiklik, ancak bu Kanuna hüküm eklenmek veya bu Kanunda değişiklik yapılmak suretiyle yapılabilir. Diğer kanunlarda bu Kanunda yer alan hususlara ilişkin olarak yapılan düzenlemeler, bu Kanun uygulamaları açısından geçersizdir” emredici düzenlemesini içermektedir. Ancak Yasanın açık hükmüne karşın 6428 sayılı Yasa ile dayanak 4749 sayılı Yasanın 8/A maddesinin başlığı “Hazine Garantileri” iken “Hazine Garantileri ve Borç Üstlenimi” olarak değiştirilmiş, Resmi Gazetede yayımlanacak sözleşmelere dair de istisna düzenlemesi yine bu değişiklikle yapılmıştır.

Birden fazla teklif birleştirilerek oluşturulan yasa teklifinin TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunda yapılan görüşmeleri sırasında eleştiriler dile getirilmiştir. Muhalefet partilerinin milletvekilleri Komisyon Raporunda yer alan muhalefet şerhlerinde yasa yapma tekniği kadar Plan ve Bütçe Komisyonuna bilgi verilmediği, maliyet analizi yapılmadığı, düzenleyici etki analizi yapılmadığı da vurgulanmıştır.[[12]](#footnote-12) Yine görüşmeler esnasında Hazine Müsteşarlığı temsilcileri tarafından, özellikle borç üstlenimine dair ileriye dönük risk tutarına dair çalışma yapılıp yapılmadığı ve maliyet analizine yönelik sorular da yanıtsız bırakılmıştır. Düzenlemenin Mevzuat Hazırlama Yönetmeliğinin kamuya mali yük getirecek düzenlemelerin maliyet analizi yapılması zorunluluğu getiren kuralına aykırılık oluşturduğu da belirtilmiştir. Temeli yatırım projelerini yapacak şirketlerin borçlarına dair Hazine garantisi verilmesi olan uygulamanın “borç üstlenimi” olarak adlandırılmasının hukuka aykırılığı da dillendirilmiştir.

Gelinen aşamada “Hazine Garantileri Kapsamında Yapılacak Ödemelerin Üstlenilmesinde Uygulanacak Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” yürürlükte iken dava konusu Yönetmelik düzenlemesi yapılmıştır. Her iki düzenleme de yap-işlet-devret, yap-işlet, işletme hakkı devri ve benzeri finansman modelleri uygulanarak yapılan projelere ilişkindir. **Ancak “Hazine Garantisi” verilmesine dair Yönetmelik düzenlemesinde borçluya ait “anapara, faiz ve her türlü ücret ödemeleri” kapsama alınmamışken dava konusu Yönetmelik aynı kapsamdaki projeler için, ihalesi tamamlanarak sözleşmesi imzalanmış projelerdeki kredilerden kaynaklanan türev ürünlerin dahi kapsama alınmasını kabul etmektedir.**

Benzer projelere dair iki farklı düzenleme ile farklı koşullar getirilmiş, üstlenilen borçların “dış borç olarak kaydedilmemesi” ve Resmi Gazetede yayımlanmaması kuralı getirilmiştir. Düzenleme bir bütün olarak başta Anayasanın 2. Maddesindeki hukuk devleti ve 7. Maddesindeki yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olduğu açıktır. Diğer yandan uygulamayı göstermesi ve somutlaması gereken düzenleyici işlemin bu niteliklere sahip olmaması nedeniyle iptali istenen düzenleme Anayasanın 124. Maddesine aykırıdır.

Dayanak 4749 sayılı Yasanın 1. Maddesi ile getirilen “…Müsteşarlık tarafından üstlenilen her türlü mali yükümlülüğün geri ödenmesi, ilgili bütçe hesaplarına kaydedilmesi ve raporlanmasına” dair kurala aykırılığı nedeniyle Yönetmelik hükümlerinin tümünün iptali gerekmektedir.

**2)Yönetmeliğin 1. Maddesine Yönelik Hukuka Aykırılık Gerekçelerimiz**

Yönetmeliğin “Amaç ve kapsam” başlıklı 1. Maddesi şöyledir:

“Bu Yönetmeliğin amacı; genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler tarafından 8/6/1994 tarihli ve **3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun** hükümlerine göre yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve **yatırım tutarı asgari bir milyar Türk Lirası olması öngörülen** yatırım ve hizmetlere ilişkin sözleşmeler ile 21/2/2013 tarihli ve **6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun** ve 25/8/2011 tarihli ve **652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname** hükümlerine göre yap-kirala-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve **yatırım tutarı asgari beşyüz milyon Türk Lirası olması öngörülen** yatırım ve hizmetlere ilişkin sözleşmelerde, sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınması hükmünün bulunması halinde, söz konusu yatırım ve hizmetler için sağlanan ana kredinin ve varsa ana kredinin teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerin Hazine Müsteşarlığı tarafından kısmen veya tamamen üstlenilmesi, ödenmesi ve borç üstleniminden kaynaklanan Hazine alacaklarının takip ve tahsiline ilişkin usul ve esasları belirlemektir”

Yönetmeliğin kapsamı incelendiğinde üç farklı yasal düzenlemeye atıfla bunlara dair farklı belirlemeler yapıldığı görülmektedir.

Bu göre;

1)Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler tarafından **3996 sayılı Kanun** hükümlerine göre yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve **yatırım tutarı asgari bir milyar Türk Lirası olması öngörülen** **yatırım ve hizmetlere** ilişkin sözleşmeler,

2)**6428 sayılı Kanun** hükümlerine göre yap-kirala-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve **yatırım tutarı asgari beşyüz milyon Türk Lirası olması öngörülen** yatırım ve hizmetlere ilişkin sözleşmeler,

3)**652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname** hükümlerine göre yap-kirala-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve **yatırım tutarı asgari beşyüz milyon Türk Lirası olması öngörülen** yatırım ve hizmetlere ilişkin sözleşmeler

Borç üstlenimi kapsamına alınmaktadır.

Yani Hazine garantisi sağlanan yatırımlar ve hizmetler, temelde finansman temini amaçlı olarak tarif edilen, kamu ile özel sektör arasında risk paylaşımının esas alındığı açıklanan, kamunun yatırım finansmanında zorlandığı gerekçesiyle özel sektörün ilk elden finanse edeceği ve uzun süreli sözleşmeler ile zaman içerisinde belirli bir kar marjıyla gelir elde ettikten sonra kamuya devredilecek yatırımlar olarak belirlenmiştir.[[13]](#footnote-13)

**İhalesi yapılmış hangi projelere, hangi tutarlarda borç üstlenimi yapılacağı belirtilmemiş, bunun yerine “asgari tutar” belirtilirken azami tutar gösterilmemesi hukuka aykırıdır.**

Halihazırda Bütçe Kanunu hükümlerine göre 2014 yılı için toplam borç üstlenim limiti 3 Milyar ABD Doları olarak belirlenmiştir. Ancak Sağlık Bakanlığı tarafından bugüne kadar yapılmış ihalelerin yıllık kira ve hizmet alım bedelleri toplamı 2 Milyar Türk Lirasının üzerine çıkmıştır. Dolayısıyla Yönetmelikteki bu belirsizlik Anayasanın hukuk güvenliği ilkesine ve idarenin düzenleyici işlemlerinin uygulamayı belirlemesine dair 124. Maddesine aykırıdır.

Borç üstleniminin temel ölçütü ise idare ile işi yapacak şirket arasındaki sözleşmede **“Sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınması hükmünün bulunması”** olarak belirlenmiştir. Borç üstleniminin kapsamı ise idarenin sözleşmeden evvel tesisi devralmasına karşılık olarak **“söz konusu yatırım ve hizmetler için sağlanan ana kredinin ve varsa ana kredinin teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülükler”** olarak tarif edilmiştir.

İptali istenen düzenlemede, Sağlık Bakanlığı tarafından 6428 sayılı Kanun hükümlerine göre yap-kirala-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve yatırım tutarı asgari beşyüz milyon Türk Lirası olması öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin sözleşmelere dair borç üstlenimi yapılacağı belirlenmektedir.

Yönetmeliğin “Uygulanacak usul ve esaslar” başlıklı 4. Maddesinin 1. Fıkrasında ise “Yatırım tutarının tespitinde, projeye ilişkin Yüksek Planlama Kurulu kararına esas teşkil eden fizibilite raporunda belirtilen yatırım tutarı, Yüksek Planlama Kurulu kararının alınmadığı hallerde ihale şartnamesine esas teşkil edecek fizibilite raporunda belirtilen yatırım tutarı esas alınır” hükmü bulunmaktadır.

Yönetmeliğin farklı maddelerinin birbiriyle çelişkili olduğu görülmekle birlikte, amaç ve kapsamı belirleyen maddede hangi hallerde ve hangi gerekçe ile Hazine tarafından borç üstlenimi yapılacağına dair belirleme yapılmamıştır.

İptali istenen maddede asgari yatırım tutarının 500 Milyon Türk Lirası olarak “öngörülmesi” kabul edilmekte ve Hazine tarafından borcun üstlenilmesi, idare ile şirket arasında imzalanacak sözleşmede hüküm bulunmasına bağlanmaktadır.

İdare ile şirketin sözleşme imzalayabilmesi için ihalenin tamamlanması yani ihale konusu işin bedelinin belirlenmesi gerekmektedir. Yapılacak ihalenin konusu, idare tarafından hazırlanan fizibilite analizine dayalı olarak Yüksek Planlama Kurulu tarafından verilen ihale onayı çerçevesinde ve bu tutarla bağlı olarak en avantajlı teklifin belirlenmesidir. Yani ihale ile “öngörülen” bedelin uyuşmaması başlı başına ihalenin iptalini gerektirmektedir.

Oysa iptali istenen düzenleme ile bu hallerde dahi Hazine’nin borç üstlenimi yapacağının kabul edilmesi 6428 sayılı Yasa ile kabul edilen kurallara da 4749 sayılı Yasa ile belirlenen ölçütlere de uymamaktadır.

**Sağlık Bakanlığı tarafından 6428 sayılı Yasa çerçevesinde birden fazla yapım ve hizmet alımı tek ihaleyle yapılmakta olup buna ilişkin belirleme yapılmaması hukuka aykırıdır.**

Sağlık Bakanlığı Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı tarafından “entegre sağlık tesisi yapımı ve hizmet alımı” ihalelerinin yanı sıra bina yenileme karşılığı hizmet devri ihaleleri yapılmaktadır. Ayrıca yapım ihalelerinin denetim işleri de hizmet alımı kapsamında ihale edilmektedir. Diğer yandan Kamu özel Ortaklığı Daire Başkanlığı bünyesinde çalışacak uzmanlara/danışmanlara yönelik hizmet alımı ihaleleri yapılmaktadır. Yine 6428 sayılı Yasa kapsamında araştırma-geliştirme ve danışmanlık hizmet alımları da yapılmaktadır.

Yapım ihalelerinde bina kullanım bedeli ve zorunlu hizmetler olarak (P1) bedeli ve isteğe bağlı hizmetler olarak (P2) hizmet satın alınmasına dair iki ayrı bedel belirlenmektedir. Müvekkil Birlik tarafından açılan davalarda sunulan idari işlem dosyaları incelendiğinde, tüm ihalelerde fizibilite raporlarının çok üzerinde bedellerle ihalelerin tamamlandığı görülmektedir.

Dolayısıyla iptali istenen düzenleme hem kendi içinde çelişki yaratması hem de 500 Milyon Türk Lirası olarak yapılan öngörünün ihale sonucu imzalanan sözleşmede aşılması durumuna dair ölçüt koymaması hukuka aykırı eksik düzenleme niteliğindedir. Hukuka aykırı eksik düzenleme yapılması nedeniyle düzenleme bir bütün olarak başta Anayasanın 2. Maddesindeki hukuk devleti ve 7. Maddesindeki yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırıdır. Diğer yandan uygulamayı göstermesi ve somutlaması gereken düzenleyici işlemin bu niteliklere sahip olmaması nedeniyle düzenleme Anayasanın 124. Maddesine aykırıdır. Açıklanan nedenlerle Yönetmeliğin 1. Maddesinin iptali gerekir.

**3)Yönetmeliğin 3. Maddesinin 1. Fıkrasının (f), (h), (o), (ö) (p) Bentleri ile 1. Fıkrasının (g) Bendinde Yer Alan “şirket veya kreditör tarafından” İbaresi ve (ğ) Bendinde Yer Alan “ve sözleşmeye istinaden idare ile ilgili taraflar arasında imzalanan diğer anlaşmalarda” İbaresine Yönelik Hukuka Aykırılık Gerekçelerimiz**

Yönetmeliğin 3. Maddesinin 1. Fıkrasının *( f) bendinde “Borç üstlenimi: Sözleşmede, sözleşmenin süresinden önce feshedilerek tesisin idare tarafından devralınmasının öngörülmesi halinde şirket tarafından sağlanan ana kredinin ve varsa ana kredinin teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerin borç üstlenim anlaşmasında öngörülen vade ve usule göre Müsteşarlık tarafından üstlenilmesini ve ödenmesini”* tanımı yapılmıştır.

**3.a)Düzenlemeye Konu Sözleşmelerde Borç Üstlenimi Öngörülmemiştir**

Dayanak 4749 sayılı Yasanın 8/A maddesinde “Bu madde hükümlerine göre üstlenim öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmesi taslağında yer alan ve üstlenimi doğrudan ilgilendiren hükümler hakkında ihale şartnamesi yayımlanmadan ve ihale sonrasında sözleşme imzalanmadan önce Müsteşarlığın uygun görüşü alınır” hükmü yer almaktadır.

Yasada açıkça, sözleşme taslağında üstlenim öngörülmesi gerektiği, ihale şartnamesi yayımlanmadan ve ihale sonrası sözleşme imzalanmadan Müsteşarlığın uygun görüşü alınması kuralı getirilmiştir. Sağlık Bakanlığı tarafından bugüne kadar yapılan ve Müvekkil Birlik tarafından iptali talebiyle dava açılan (Danıştay 13 Dairesinin, 2011/3392E., 2011/4558E., 2011/4233E., 2011/4523E., 2012/212E., 2012/878E., 2012/1687E., 2012/2330E., 2012/3762E., 2012/3979E., 2013/1016E., 2013/300E., 2013/299E., 2013/2096E., 2013/2571E. Sayılı dosyalarında görülmekte olan davalar) Ankara-Etlik, Ankara-Bilkent, Elazığ, Konya-Karatay, İzmir-Bayraklı, İstanbul-İkitelli, Manisa, Yozgat, Adana, Mersin, Kocaeli, 8 ilde yapılması planlanan Fizik Tedavi Rehabilitasyon-Psikiyatri-Yüksek Güvenlikli Adli Psikiyatri, Türkiye Halk Sağlığı Kurumu ve Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu ihalelerine ilişkin ihale şartnamesinin eki olan sözleşme taslaklarında bu yönde bir hüküm yoktur.

Ancak 9 Mayıs 2014 günlü Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliğin “Mevcut İhaleler” başlıklı Geçici 1. Maddesinin 2. Fıkrasına “sözleşmelerin tadili” hükmüne atıfla sözleşme bedelinin Sağlık Bakanının onayı ile değiştirilebileceğine dair hüküm konulmuştur.

Her iki düzenleme bir arada değerlendirildiğinde 4749 sayılı Yasada sözleşme taslağında yer alması zorunlu tutulan hükümleri içermeyen ve ihalesi tamamlanmış işlere dair sözleşmelerin, şirketlerin talebi ve Sağlık Bakanının onayı ile Hazine garantili hale getirilmesinin sağlanacağı anlaşılmaktadır.

Ancak 6428 sayılı Yasa ve buna dayalı olarak çıkarılan uygulama Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde ihale komisyonu, sözleşme bedelini belirleyecek tek yetkili birimdir. Sağlık Bakanlığı adına sözleşmeleri imzalama yetkisi Harcama Yetkilisi sıfatıyla Sağlık Yatırımları Genel Müdürüne aittir. Dolayısıyla her iki düzenleme bir arada değerlendirildiğinde Sağlık Bakanına tek imzayla, yetkisi dahilinde olmayan ve Yasa ile tanımlanmamış bir sözleşme tadili yetkisi verilmekte ve 4749 sayılı Yasanın 16. Maddesine aykırı olarak değişiklik bir yasa ile değil bir yönetmelik maddesi ile yapılmaktadır.

Dayanak Yasa ile belirlenen kurallar çerçevesinde önceden imzalanmış sözleşmelerin hangi ölçülere göre Hazine garantisi ya da borç üstlenimi kapsamına alınabileceğine dair ölçüt belirlenmesi gerekirken bu yapılmamıştır. Normlar hiyerarşisine uygun olarak mevzuata uygun uygulama işlemlerinin yapılmasının sağlayıcı hükümlere yer verilmemesi Anayasanın 2. Maddesindeki hukuk devleti ve 124. Maddesindeki düzenleyici işlemlerin niteliklerine dair düzenlemeye aykırıdır. İptali istenen düzenleme “sözleşmede öngörülmesi halinde” ibaresinin ilişkili olduğu düzenlemenin kapsamına dair kural içermemesi yönüyle hukuka aykırı olup iptali gerekir.

**3.b)Türev Ürünlerin Garanti Altına Alınması Açıkça Kamu Yararına Aykırıdır**

Yönetmeliğin dayanağı olan 4749 sayılı Yasanın “Tanımlar” başlıklı 3. Maddesinde “Türev ürün” **Devlet borcunun** etkin bir şekilde idare edilebilmesi ve risk yönetimi amacıyla yurt içi veya uluslararası sermaye piyasalarında kullanılan her türlü finansal araç olarak tanımlanmıştır.

Dolayısıyla dayanakYasada **“türev ürün” kullanıcısı aslen Devlettir.** Kullanım alanı **Devlete ait dış borcun finansmanıdır.**

İptali istenen düzenlemede şirket tarafından sağlanan ana kredinin ve varsa ana kredinin teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerin üstlenilmesi kabul edilmiş, ancak Yasanın uygulamasını göstermesi gereken hükümler getirilmemiştir. Kaldı ki niteliği gereği Bütçe Kanunu ile yapılması gereken değişiklikler bir başka Yasa ile yapılmış, bunun uygulamasına dair çerçeve çizilmemiş, iptali istenen Yönetmelik ile dış borç oluşturacak projelerin niteliği tutar olarak belirtilmiş ve şirketlerin alacağı kredilerin finansmanı için kreditör kuruluşların ikincil piyasalardan elde edecekleri ve esasen tüm riski proje şirketi ile paylaşmaları gereken öngörülemez bir risk de Hazine garantisine kavuşturulmuştur.

Sağlık Bakanlığı tarafından 6428 sayılı Yasanın 5. Maddesinin 5. Fıkrasına göre bedel, Bakanlığa veya bağlı kuruluşlara ait döner sermaye bütçesinden ve/veya merkezi yönetim bütçesinden ödenir. Yatırım ihalelerinde borcun ana ödeme kaynağı hastanelerde kurulacak döner sermaye işletmeleridir. Müvekkil Birlik tarafından açılan dava dosyalarına gelen Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan fizibilite raporlarında görüldüğü gibi hastaneler için en önemli gelir kaynakları arasında görüntüleme ve laboratuar birimlerinin bulunduğu, hizmet satın alınması durumunda da en büyük giderin bu kalemler olacağı belirtilmektedir. Bu tespite karşın Sağlık Bakanlığı tarafından yapılan bu başlıktaki tüm ihalelerde bu iki birimin ihaleyi alan şirketlere devredilmektedir.

Öte yandan hastane döner sermaye gelirleri arasındaki en temel kalem Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından aktarılan paydır. Bunun tutarı ise Sağlık Bakanlığı ile Sosyal Güvenlik Kurumu arasında belirlenen global bütçe ile belirlenmektedir. Yine 5510 sayılı Yasa uyarınca Sosyal Güvenlik Kurumu ödeme yapacağı sağlık hizmetlerini ve bunların bedellerini tek başına belirlemeye yetkilidir. Bu belirlemeyi Sağlık Uygulama Tebliğ (SUT) ile yapmaktadır. SUT üzerinden ödenen bedellere dair kısıtlamaların yanı sıra kapsam dışında kalan hizmetler için katkı ve katılım payı ödenmesi uygulaması kamuda da yaygınlaşmaktadır.

Yine 30 Mayıs 2014 günlü ve 29015 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ulusal İstihdam Stratejisi (2014-2023) ve Eylem Planları (2014-2015) ile ilgili Yüksek Planlama Kurulunun 6.5.2014 tarihli ve 2014/4 sayılı Kararı ekinde yer alan raporda da belirtildiği gibi Türkiye’de kayıt dışı çalışma oranı halen yüzde 50 oranındadır. İşgücü piyasasına katılımda eğitim yetersizliği bulunmakta, yaygın taşeron uygulaması nedeniyle ücretler ve buna bağlı primlerin kayıt altına alınarak tam olarak yansıtılmasında sorunlar bulunmaktadır. Kayıtdışı çalışanların yanı sıra “yeşil kartlı” olarak bilinen nüfusun oranı artmakta diğer yandan (kapatılan Bağ-Kur) şahsen prim ödeyenlerin prim borçları nedeniyle sağlık hizmetine ulaşmakta güçlük çektiği de bilinmektedir.[[14]](#footnote-14)

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından hazırlanan Haziran 2014 tarihli sosyal güvenlik ve gelir düzeyi araştırma sonuçlarına göre Türkiye, kişi başı geliri orta düzey ülkeler arasında sosyal güvenlik açısından geri sıralarda yer almaktadır. [[15]](#footnote-15)

Sağlık hizmetinin devredilemez ve ertelenemez bir hizmet olması ve Anayasa ile devlete verilen temel görevler arasında yer almasına karşın, hangi sağlık hizmetlerinden hangi koşullarda yararlanabileceği belirsizlik göstermektedir.

Öte yandan giderek artan sağlık hizmeti bedellerinin karşılanabilmesi için tamamlayıcı sağlık sigortaları yaygınlaştırılmaya çalışılmaktadır. Ancak Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği’nin sağlık sigortalarına ilişkin raporunda da belirtildiği gibi halihazırda nüfusun yüzde 5’i dolayında özel sağlık sigortası sahibi bulunmaktadır.[[16]](#footnote-16)

Gelinen aşamada mevcut kamu hastaneleri giderlerini karşılamak ya da gelirlerini artırmak için özel sağlık sigortası sahibi kişilere bir kat ayırmaya ve yatak tahsis etmeye başlamıştır.[[17]](#footnote-17)

Kamu özel ortaklığı yönteminin 20 yılı aşkın süredir uygulandığı İngiltere’de bu yöntemle işletilen hastanelerin kira bedellerini karşılamak için hekimlerin de aralarında olduğu çalışanlarını işten çıkarmaya başladığı, getirisi az olan kliniklerini kapattığı, yatak sayısını azalttığı bilinmektedir. Tüm bu tedbirlere karşın İngiltere’de halihazırda 7 hastane iflas ettiğini duyurmuştur. Yine İngiltere’de kamu özel ortaklığı yöntemiyle yapılan bir hastanenin kiralarını ödeyememesi üzerine proje sahibi şirkete kredi veren kuruluşun hastaneyi devraldığı bilinmektedir.

İnşaat şirketlerine yönelik kredilerin geri ödemelerinin aksaması nedeniyle kredi veren kuruluşların zararıyla sonuçlanan ve tüm dünyada ekonomik durgunluğa neden olan krizin finans krizi olduğu kabul edilmektedir. [[18]](#footnote-18) Krizin temel nedeni ise asıl borçlanıcıların gelirlerinde herhangi bir artışın olmaması ya da borçlandıkları tutar ile kredi faizi ve krediyi veren kuruluşların nakit temini için borçlandıkları “ikincil piyasa ürünü” olarak tanımlanan türev ürünlerin yarattığı fazladan maliyeti karşılayamamış olmaları olarak belirtilmektedir.

İptali istenen Yönetmelik hükümleri bir arada incelendiğinde ise 3. Maddenin 1. Fıkrasının (h) bendinde “Finansman maliyeti: Türev maliyeti limitini aşmamak kaydıyla türev ürünlerden kaynaklananlar da dahil olmak üzere, borç üstlenim anlaşmasında tanımlanan ve Müsteşarlık tarafından üstlenilecek mali yükümlülükleri” tanımı yapılmıştır. Aynı fıkranın (o) bendinde de “Türev maliyeti: Sözleşmenin süresinden önce feshi halinde türev ürün anlaşmalarının sonlandırılması sonucunda ortaya çıkan mali yükümlülükleri” tanımı yapılmıştır. Yine aynı maddenin (ö) “Türev maliyeti limiti: Türev maliyetlerinin Müsteşarlık borç üstlenimine konu edilebilecek üst limitini” tanımı yapılmış ve son olarak (p) bendinde “Türev ürün: Ana kredinin sağlanması amacıyla şirket tarafından kur ve/veya faiz riskine karşı satın alınan ve borç üstlenim anlaşmasında belirlenen türev maliyeti limiti çerçevesinde borç üstlenimine konu finansal ürünü” tanımı yer almıştır.

Yukarıda görüldüğü gibi **“türev ürün” temel olarak projeyi yapacak şirketin ana krediyi sağlamak amacıyla, kur ve/veya faiz riskine karşı satın aldığı finansal ürün olarak belirlenmektedir.** Tanım maddelerinin iç çelişkilerinin ötesinde, proje yapacak şirketin, ana kredisinden kaynaklı riskleri için satın alacağı finansal ürünler olarak 4749 sayılı Kanunun 8/A maddesinde bir tanım bulunmamaktadır. Yine yukarıda değinildiği gibi aynı projeler için hazırlanan Hazine Garantileri başlıklı yürürlükteki diğer Yönetmelik çerçevesinde oluşacak bu tür ikincil borçların ve risklerin üstlenilmesi kesin olarak kabul edilmemektedir.

Kaldı ki 6428 sayılı Yasanın “Bedel” başlıklı 5. Maddesinde yer alan  “Dönem sonunda Türkiye İstatistik Kurumunca belirlenen dönemsel Üretici Fiyat Endeksi ile Tüketici Fiyat Endeksi toplamının yarısı oranında kullanım bedeli artışı yapılır. Yüklenici tarafından yabancı para birimi ile kredi temin edilmesi ve kullanım bedelinin yeniden belirleneceği tarihteki ilgili döviz kurundaki değişimin Üretici Fiyat Endeksi ile Tüketici Fiyat Endeksi toplamının yarısı oranından yüksek veya düşük olması hâlinde, idare tarafından yönetmelikle belirlenen esaslar çerçevesinde hesaplanacak düzeltme katsayısı marifetiyle kur farkı hesaplanır ve yabancı para birimi ile borçlanma oranında kullanım bedeline eklenir veya kullanım bedelinden çıkarılır” düzenlemesiyle **proje şirketlerini kur farkına karşı garanti altına alarak “kira bedellerinin” güncellenmesini de kabul etmiştir.**

Kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin yerine getirilmesinde tek ölçütün hastanın ihtiyacı ve tedavinin gerekleri olması gerekirken, finansman sağlanarak işletmeye başlatılan hastanelerin kendi kaynakları ile ayakta kalamadığı yukarıda verilen örneklerde de görülmektedir. Hastanelerin üzerine mevcut durumlarına ek olarak yüklü miktarda “kira” borcu getirilmesinin uzun vadede büyük çaplı zararlara neden olacağı da açıktır.

İptali istenen düzenlemede hastanelerin döner sermaye işletmeleri üzerinden yapılacak diğer ödemeler (mal ve hizmet alımları ile sağlık çalışanlarına yapılan ödemeler) ile bina kullanım bedeli ile hizmet alım bedeli olarak belirlenen tutarlar arasında bağlantı kurulmamış olması hukuka aykırı eksik düzenlemedir.

Diğer yandan riski artıracak bir diğer husus ise Sağlık Bakanlığının bugüne kadar yaptığı ihalelerde aynı iş ortaklıkları birden fazla ihale alması, ancak her bir ihalede sadece o ihaleye göre özkaynak denetiminden geçirilmeleridir. Ancak oluşacak toplam sabit yatırım tutarı açısından yeterlilikleri denetlenmemiştir. Bu yönüyle Hazine tarafından garanti altına alınacak toplam riskin maliyetinin hesaplanmaması, uzun vadede oluşacak kamu borcuna dair maliyet analizinin yapılmaması açıkça kamu yararına aykırı olması nedeniyle düzenleme hukuka aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle Yönetmeliğin 3. Maddesinin 1. Fıkrasının ( f) bendinin, (h) bendinin, (o) bendinin, (ö) bendinin ve (p) bendinin dayanak 4749 sayılı Yasanın 3. Maddesinde yer alan “Türev ürün” tanımına aykırı olması ve Anayasanın 124. Maddesi ile belirlenen kurala aykırı olarak Yasa ile tanımlanmayan hükümler içermesinin Anayasanın 2. Maddesindeki hukuk devleti ve 7. Maddesindeki yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılığı nedeniyle hukuka aykırı olup iptali gerekir.

**3.c)Süresinden Önce Fesih Durumuna Dair Belirsizlik Hukuka Aykırıdır**

İptali istenen düzenlemenin dayanağı olan 4749 sayılı Yasanın 8/A maddesinde sadece “sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınması halinden” söz edilmiş ancak bunun çerçevesi çizilmemiştir. Uygulamayı belirleyecek dava konusu Yönetmelik hükümleri incelendiğinde birden fazla “sözleşme” tanımı yapıldığı, tesisin devralınması halinin dışına çıkılarak bağlantılı tüm hizmet sözleşmelerinin de kapsama alındığı ve sözleşmenin fesih yetkisinin kreditörlere de verildiği görülmektedir.

Yönetmeliğin 3. Maddesinin 1. Fıkrasının (g) bendinde “Fesih hali bildirimi: **İdare, şirket veya kreditör tarafından** sözleşmenin taraflarına yazılı olarak gönderilen ve sözleşmede öngörülen bir fesih halinin oluştuğunu belirten bildirimi” tanımı yapılmıştır. Aynı Fıkranın (ğ) bendinde “Fesih halleri: Sözleşmede ve **sözleşmeye istinaden idare ile ilgili taraflar arasında imzalanan diğer anlaşmalarda öngörülen** ve sözleşmenin feshine neden olabilecek halleri” tanımı yapılmıştır. Aynı Fıkranın (m) bendinde ise “Sözleşme: Projeyi gerçekleştirmek üzere **idare ile şirket arasında** ilgili mevzuat uyarınca imzalanan uygulama sözleşmesini” tanımı yapılmıştır.

Maddeler bir arada değerlendirildiğinde 4749 sayılı Yasada açıkça belirtilen “sözleşme taslağında öngörülen” hükmüne aykırı olarak birden fazla sözleşmeye dair düzenleme yapıldığı ve “idare ile ilgili taraflar arasında imzalanan diğer anlaşmalar” olarak yapılan tanımın belirsizliği açısından hukuka ve dayanak Yasaya aykırı eksik düzenleme yapıldığı açıktır.

Öte yandan 6428 sayılı Yasa ve uygulama Yönetmeliği kapsamında süresinden önce sözleşmenin fesih halleri farklı başlıklar altında belirlenmiş olup yaptırımları da farklıdır. Örneğin 6428 sayılı Yasanın 4. Maddesinin 8. Fıkrasında “Yenileme, araştırma-geliştirme, danışmanlık ve hizmet alım sözleşmelerinde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumu hariç olmak üzere” yapılacak işlemler belirlenmiştir. Uygulama Yönetmeliğinde “sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hale gelmesine ilişkin her ne kadar belirgin bir tanım yapılmamış olsa da sözleşmelerin derhal feshedileceği ve gerekli işlerin şirket namı hesabına yaptırılacağı ve bunun da ihale ile yapılacağı kabul edilmektedir.

İptali istenen düzenlemede sayılan tüm bu hallere dair bir istisna hükmü bulunmamaktadır. Hangi hallerde Hazine garantisi verileceğine dair belirleme yapılmamıştır. Düzenleme bu yönüyle Anayasanın 2. Maddesindeki hukuk devleti ilkesine ve 124. Maddesine aykırıdır.

Kaldı ki sözleşmenin asıl taraflarının ilgili idare ve işi yapacak şirket olmasına karşın, aslen kendisi lehine Hazine garantisi verilen kreditör kuruluşa “fesih hali bildirimi” yapma yetkisi tanınması dayanak Yasaya açıkça aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle Yönetmeliğin 3. Maddesinin 1. Fıkrasının ( f) bendinin, (h) bendinin, (o) bendinin, (ö) bendinin ve (p) bendinin dayanak Yasaya ve Anayasanın 2, 7 ve 124. maddelerine aykırı olması nedeniyle, 3. Maddesinin 1. Fıkrasının (g) bendinde yer alan “şirket veya kreditör tarafından” ibaresinin, 3. Fıkranın (ğ) bendinde yer alan “ve sözleşmeye istinaden idare ile ilgili taraflar arasında imzalanan diğer anlaşmalarda” ibaresinin de dayanak Yasaya açıkça aykırı olması nedeniyle iptali gerekir.

**4)Yönetmeliğin 4. Maddesinin 1. Fıkrasının 1. ve 2. Cümleleri Yönünden Hukuka Aykırılık Gerekçelerimiz**

İptali istenen düzenlemenin 1. ve 2. cümleleri şöyledir:

*“İdareler tarafından gerçekleştirilen ve asgari yatırım tutarı bir milyar Türk Lirası olan yap-işlet-devret projeleri ile Sağlık Bakanlığı ve Millî Eğitim Bakanlığı tarafından gerçekleştirilen ve asgari yatırım tutarı beşyüz milyon Türk Lirası olan yap-kirala-devret projelerinde borç üstlenim taahhüdü verilebilir. Yatırım tutarının tespitinde, projeye ilişkin Yüksek Planlama Kurulu kararına esas teşkil eden fizibilite raporunda belirtilen yatırım tutarı; Yüksek Planlama Kurulu kararının alınmadığı hallerde ihale şartnamesine esas teşkil edecek olan fizibilite raporunda belirtilen yatırım tutarı esas alınır.”*

Maddenin ilk cümlesine ilişkin Yönetmeliğin 1. Maddesine dair hukuka aykırılık gerekçelerimiz tekrara düşmemek açısından yinelemekle yetiniyoruz.

Ancak düzenlemenin 2. Cümlesi ile yatırım tutarının tespitine ilişkin belirleme yapılmıştır. Buna göre Yüksek Planlama Kurulu kararı gerektiren ve gerektirmeyen yatırımlar olarak ayrım yapılmıştır. Yüksek Planlama Kurulu kararına esas alınan fizibilite raporunun esas alınacağı belirtildikten sonra diğer durumlarda ise ihale şartnamesine esas teşkil edecek olan fizibilite raporunda belirtilen yatırım tutarının esas alınacağı belirtilmekle yetinilmiştir.

Sağlık Bakanlığı tarafından 6428 sayılı Yasa kapsamın Yüksek Planlama Kurulundan onay alınan ihaleler sadece yapım ve yapım ihalesi ile birlikte hizmet alımına dair olanlardır. Yukarıda değinildiği gibi bugüne kadar yapılan tüm ihalelerde Yüksek Planlama Kararına esas olan fizibilite tutarının çok üzerinde bedellerle ihaleler sonuçlanmıştır. Bu ihalelerde Yüksek Planlama Kurulundan ek onay alınmamıştır. Yüksek Planlama Kurulu’nun ilgili idareye kararı çerçevesinde devrettiği ihale yetkisi bu yolla aşılmasına karşın, ihalelere ilişkin sözleşmeler de imzalanmıştır.

Bunun dışında Sağlık Bakanlığına bağlı Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu ve Türkiye Halk Sağlığı Kurumu ile yetki devri ile bu Kurumların taşra teşkilatlarına da bu finansman yöntemiyle ihale yapma olanağı getirilmiştir. Yine yukarıda değinildiği gibi ileri teknoloji gerektiren hizmetler, araştırma geliştirme ve danışmanlık adı altında alınan hizmetler de çerçevesi belirtilmeksizin bu kapsama alınmıştır. Ancak Yüksek Planlama Kurulu onayına sunulmayan ihaleler açısından iptali istenen Yönetmelik ile de herhangi bir çerçeve belirtilmemiştir.

Yine 5018 sayılı Yasa ile getirilen “ödeneği olmayan hiçbir ihaleye çıkılamaz” kuralı çerçevesinde “garanti öngörülen ihalelerin İdarelerce belirlenmesi” de mümkün değildir. Kaldı ki mevcut Harcama Yetkililiğine dair Genelge hükümleri çerçevesinde imza atılabilecek yükümlülük tutarı 1 Milyon TL iken bu tutar mevcut ihalelerle aşılmakta, mevzuatın kendi iç kuralları aşılırken imzalanan sözleşmelere Hazine garantisi getirilmektedir.

Açıklanan nedenlerle Yönetmeliğin 4. Maddesinin 1. Fıkrasının 1. ve 2. cümleleri dayanak Yasaya aykırı olup iptali gerekir.

**5)Yönetmeliğin 4. Maddesinin 2. Fıkrası ile 4. Fıkrası Yönünden Hukuka Aykırılık Gerekçelerimiz**

İptali istenen düzenlemede borç üstlenim taahhüdünün oransal karşılıkları belirlenmiştir.

Düzenleme şöyledir:

*(2) Borç üstlenim taahhüdü, ana kredi tutarının;*

*a) Sözleşmenin şirket kusuru nedeniyle feshi halinde %85’ini,*

*b) Sözleşmenin şirket kusuru dışındaki nedenlerle feshi halinde %100’ünü,*

*ve finansman maliyetlerinin tamamını içerecek şekilde verilir.*

İptali istenen düzenlemenin ( a ) bendinde Hazine Müsteşarlığı’nın borç üstlenim taahhüdüne “şirketin kusuru nedeniyle” sözleşmenin feshedilmesi haline bile ana kredi tutarının yüzde 85’ini ve finansman maliyetinin tamamını karşılamak üzere garanti verileceği kabul edilmektedir.

Ancak 6428 sayılı Yasanın “sözleşme” başlıklı 4. Maddesi uyarınca sözleşmelerin feshi halinde tasfiyesinin genel hükümler uyarınca yapılacağı kabul edilmekte ve şirketin neden olacağı zararların da tazmini ve alacakların tahsili düzenlenmektedir. Madde düzenlemesinde bu hallere ilişkin şirketin ödemesi gereken tazminat tutarları ve diğer kamu alacaklarına dair bir belirleme yapılmamış olması eksik düzenlemedir.

Yine Fıkranın ( b ) bendinde ise herhangi bir istisna konulmaksızın “şirketin kusuru dışındaki nedenler” denilerek belirsiz bir düzenleme yapılmış ve bu “hallerde” şirketin ana kredisinin tamamı ve bundan kaynaklanan finansman maliyetinin tümünün üstlenilmesi kabul edilmektedir. Yukarıda da değinildiği gibi Yasada bulunmayan bir düzenleme ile “kreditör kuruluşlara” da sözleşme fesih bildirimi yetkisi tanınmasına karşın “şirketin kusurundan kaynaklanmayan nedenler” olarak öngörülen hallerin belirlenmesi, sınırlanması gerekirken bu yapılmamıştır.

Düzenlemenin aynı maddenin 4. Fıkrası ile çelişkili olduğu da belirtilmelidir. Yönetmeliği 4. Maddesinin 4. Fıkrasında “Sözleşmenin fesih sebebine bakılmaksızın varsa idarenin sözleşmeden doğan ödeme yükümlülüklerini yerine getirmiş olmasına rağmen üstlenim tarihi itibarıyla şirket kusuru nedeniyle vadesinde ödenmemiş olan anapara ve temerrüt faizi ile bu kapsamdaki diğer finansman maliyetlerinin borç üstlenimine konu edilebilmesi için şirket tarafından ana kredi kapsamında kreditöre yapılacak en yüksek taksit ödemesinin %10 fazlasından az olmayacak tutarda şirket ortaklarının Müsteşarlığa müştereken ve müteselsilen kefalet vermeleri gerekir” düzenlemesi yapılmıştır. Madde düzenlemesi ile idarenin tüm yükümlülüklerini yerine getirmesine rağmen, şirketin kendi kusuru nedeniyle vadesinde ödenmeyen borçların da borç üstlenimine alınabileceği kabul edilmekte, ancak şirket ortaklarının kefalet vermesi kuralı getirilmektedir.

Dayanak 4749 sayılı Yasanın 3 ve 8/A maddelerinde iptali istenen düzenlemelerin çerçevesini çizen bir ifade bulunmamaktadır. Yine 4749 sayılı Yasada şirketin kusuru halinde borç üstlenim taahhüdü verilebileceğine, idarenin kusuru olmaksızın tümüyle şirket kusurundan kaynaklı kredi anapara ve temerrüt faizi ve bundan kaynaklı diğer finansman maliyetlerinin üstlenebileceğine dair bir düzenleme yoktur. 4749 sayılı Yasa ile Hazine Müsteşarlığına “borç üstlenim limitlerini belirleme yetkisi” verilmiş, ancak üstlenim konusunu ve hallerini serbestçe belirleme yetkisi tanınmamıştır.

İptali istenen düzenleme ile şirketin kendi kusuru ile neden olduğu sözleşmenin feshi halinin ve çerçevesi ve sınırı belirlenmeksizin düzenlenen şirketin kusuru dışındaki nedenlerin ve idarenin kusuru olmaksızın şirketten kaynaklı ve şirket ile kredi kuruluşu arasındaki alacağa yönelik Hazine garantisi altına alınması açıkça kamu yararına aykırıdır.

Dolayısıyla Yönetmelik hükmü uygulamayı göstermemekte, Anayasa’nın 124. Maddesini ihlal etmektedir. Oysa Anayasa’nın 124. Maddesinde başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren yasaların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabileceği hükmüne yer verilmiştir. Düzenli hale koymak, düzen vermek olarak tanımlanabilecek olan düzenleme yetkisi, kamu hukukunda kural koyma ile eş anlamlıdır. Kural ise, hukukta sürekli, soyut ve objektif, genel durumları belirleyen, bireysel olmayan, tükenmez norm olarak tanımlanmaktadır. İdare, Anayasa ve yasal düzenlemelerden aldığı yetki ile kural koyma, düzenleme yapma yetkisine sahiptir. Düzenleme yetkisini kullanarak tüzük, yönetmelik, yönerge, genelge gibi düzenleyici işlemleri yapan idarenin, bir işleminin düzenleyici nitelik taşıdığının kabul edilebilmesi için, **söz konusu işlemin, sürekli, soyut, objektif, bireysel olmayan, genel durumları belirleyen ve gösteren, maddi olaylara uygulanabilecek nitelikte, diğer bir deyişle hukuk aleminden maddi aleme aktarılabilecek açıklık ve belirlilikte hükümler içermesi gerekmektedir**. Esasen, düzenleyici işlemlerin açık, belirli ve öngörülebilir olması, hukuk güvenliğinin, dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Zira idare, ancak açık ve belirgin hukuk kurallarını yürürlüğe koymak suretiyle hukuk güvenliğini sağlayabilir.[[19]](#footnote-19)

İptali istenen düzenleme ile getirilen kuralına dayanak Yasa hükmü bulunmamaktadır. Yönetmeliği ancak yasada bulunan kuralın uygulamasını gösterebilecek olması, idarenin düzenleme yetkisinin türev yetki olması nedeniyle yasama organının yerine geçerek kural koyması Anayasanın 7. Maddesi ile belirlenen yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle Yönetmeliğin 4. Maddesinin 2. Fıkrasının ( a ) ve (b ) bentleri ile 4. fıkrasının dayanak Yasaya ve Anayasanın 7 ve 124. Maddelerine aykırı olması nedeniyle iptali gerekir.

**6)Yönetmeliğin 5. Maddesinin 6. Fıkrasının 2. Cümlesi Yönünden Hukuka Aykırılık Gerekçelerimiz**

İptali istenen düzenlemede *“İmzalanan borç üstlenim anlaşmaları Resmî Gazetede yayımlanmaz”* hükmü yer almaktadır.

Yönetmeliğin yayımlanmasının ardından çeşitli basın ve yayın kuruluşlarında bu konuda eleştiriler yer almıştır. [[20]](#footnote-20) Bu eleştiriler arasında Sağlık Bakanlığı ve Ulaştırma Bakanlığının projeler için verdiği “hasta”, “yolcu” ya da “kur farkı” gibi garantilerin dayanağı olmadığı belirtilerek “ ‘*Hazine garantisi’*dememek için projeleri yaptıran Ulaştırma, Sağlık bakanlıkları veya bağlı kuruluşları ‘*devlet garantisi’*veriyor. Mesela Ulaştırma Bakanlığı, yolcu sayısını garanti ediyor. Ama dikkat; orada durması gerekirken durmuyor. Zira Ulaştırma, Sağlık Bakanlığı, Hazine veya Maliye değildir. Kendi parası yoktur. Bütçeden ödenek alırlar. Ama kendini Hazine’nin yerine koyarak, kur ve faizi de garanti ediyor” denilmiştir.

Bir başka yazıda[[21]](#footnote-21) da IMF’nin “Madde 4” kapsamında hazırladığı Türkiye Ekonomisi Analizine atıf yapılarak şu ifadeler yer verilmiştir: “‘*Article 4’*denilen bu raporlar, sadece methiyeler düzmüyor. İncelenen ekonomilerin zayıf ve kırılgan yönlerini de aktaran bu metinler, genellikle IMF sitesinde yayımlanıyor. Ancak hükümetlerin ‘*yayımlatmama’*hakkı da mevcut. Bu haktan, Hazine’den sorumlu Başbakan Yardımcısı Ali Babacanbundan iki yıl önce ‘*Raporu yayımlatmadık’*dediğinde haberdar olmuştuk. Şimdi de öğreniyoruz ki, yayımlanmayan o raporda, kamu-özel işbirliği modeliyle yaptırılan projelerin ilan edilmemesine dönük bir eleştiri de yer almış”.

Haber ve eleştiriler üzerine Hazine Müsteşarlığı bir basın açıklaması yapmıştır. [[22]](#footnote-22) Açıklamada borç üstlenimlerinin Resmi Gazetede yayımlanmama gerekçesi şöyle açıklanmıştır: “Borç üstlenim anlaşması son derece teknik hususları düzenleyen **özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olup**, Resmi Gazetede yayımlanması, **bu anlaşmaların imzalanmasını takip eden dönemde gündeme gelmesi muhtemel diğer borç üstlenim anlaşmalarında kamunun müzakere gücünün sınırlanmasına sebep olacağı** gibi görevli şirket tarafından sağlanan, üstlenim gerçekleşmediği sürece Müsteşarlığının taraf olmadığı/olmayacağı ve **ticari sır niteliği taşıyan kredi koşullarının açıklanması sonucunu doğuracaktır.** Bu nedenle borç üstlenim anlaşmaları Resmi Gazetede yayımlanmamaktadır”

Öncelikle Bütçe Kanunu ile belirlenen borç üstlenim limiti dahilinde yapılmak zorunda olan bir işlemin kamunun denetiminden ve bilgisinden uzak tutulması bütçe üzerindeki kamu denetiminin kaldırılması anlamına gelmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 28.12.2005 gün ve E.2005/146, K.2005/105 sayılı kararında “Anayasa’nın 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. Anayasa’nın 89. maddesinde de, Cumhurbaşkanı’na bütçe yasalarını bir daha görüşülmek üzere TBMM’ne geri gönderme yetkisi tanınmamıştır. Öte yandan, Anayasa’nın 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.

Ancak 6428 sayılı Yasa ile 4749 sayılı Yasanın “Değiştirilen, yürürlükten kaldırılan ve uygulanmayacak hükümler” başlıklı 17. Maddesinin 2. Fıkrasının sonuna ***“ile bu Kanunun 8/A maddesi uyarınca Müsteşarlık tarafından ve 3996 sayılı Kanunun 11/A maddesi uyarınca ilgili idareler tarafından imzalanan borç üstlenim anlaşmaları”* i**baresi eklenmiş ve bu sözleşmelerin dışında kalanların Resmi Gazetede yayımlanacağı kuralı getirilmiştir.

Dayanak Yasa maddesi ile Hazine Müsteşarlığı’na Yönetmelik ile düzenleme yetkisi verilen alan “borç üstlenim limiti belirlemek” olmasına karşın, yukarıda değinildiği gibi Yasa ile verilen bu yetkinin dışına çıkılarak sözleşme ve borç üstlenim alanları ve konuları değiştirilmiş olması nedeniyle Yönetmeliğin bu hükmü “istisna olarak” belirlenenler dışındaki sözleşmeler kapsamına girmektedir. Sözleşmelerin Resmi Gazetede yayımlanmama gerekçesi olarak kamu kaynaklarının özel hukuk sözleşmesi ile finansman maliyeti adı altında aktarılacak olması da göz önüne alınarak “kamunun müzakere gücünün azaltılması” ya da “ticari sır” olarak nitelenmesinin mümkün olmadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle Anayasaya ve dayanak Yasaya açıkça aykırı olması nedeniyle Yönetmeliğin 5. Maddesinin 6. Fıkrasının 2. Cümlesinin iptali gerekir.

**7)Yönetmeliğin 8. Maddesinin 1. Fıkrası ile Geçici 2. Maddesinde Yer Alan “Dış Finansman Numarası” İbaresine Yönelik Hukuka aykırılık Gerekçelerimiz**

Yönetmeliğin “İzleme ve raporlama” başlıklı 8. Maddesinin 1. Fıkrası ***“****Şirket, ana krediyi kullanma aşamasına geldiğinde Müsteşarlığa yazılı başvuruda bulunarak Dış Finansman Numarası temin eder”* düzenlemesini, “Mevcut borç üstlenim anlaşmaları için Dış Finansman Numarası temini” başlıklı Geçici 2. Maddesi de *“Bu Yönetmeliğin yayımı tarihinden önce imzalanmış borç üstlenim anlaşmaları için ilgili şirket, bu Yönetmeliğin yayımını takip eden onbeş işgünü içerisinde Müsteşarlığa başvuruda bulunarak 8 inci maddenin birinci fıkrasına göre Dış Finansman Numarası temin eder”* düzenlemesini içermektedir.

Öncelikle dayanak Yasanın tanımları içeren 3. Maddesi ile Yönetmeliğin dayanağı olarak gösterilen 8/A ve 16. Maddelerinde “Dış Finansman Numarası” olarak bir tanım bulunmamaktadır. Yönetmeliğin Tanımlar başlıklı 3. Maddesinde de “dış finansman numarası” tanımı bulunmadığı gibi, belirtilen bu “numaranın” izleme ve raporlama faaliyeti kapsamında nasıl kullanılacağı, işlevinin ne olduğu belirtilmemiştir.

Kaldı ki Geçici 2. Madde ile yapılan düzenlemede Yönetmeliğin yayımı tarihinden önce imzalanmış***borç üstlenim anlaşmaları kapsama dahil edilerek ilgili şirketlerin*** Yönetmeliğin yayımını takip eden onbeş işgünü içerisinde Müsteşarlığa başvuruda bulunarak Dış Finansman Numarası temin edebileceği kabul edilmiştir.

Her iki madde bir arada ele alındığında borç üstlenim anlaşması yapılması için “koşul” olarak belirtilen bu hususun geriye dönük olarak “istisna” kapsamına alınması dayanak Yasa ile düzenlenmemiştir. Kaldı ki dava konusu Yönetmelik yayımlanmadan, yani Hazine Müsteşarlığının, hangi durumlarda ve hangi tutarlarda, hangi şartlarda borç üstlenimi yapacağı belirlenmeden önceki bir tarihte “borç üstlenim anlaşması” yapılmış olması başlı başına anlaşmaların geçersizliği için neden olması gerekirken geriye dönük “dış finansman numarası temini” adı altında Yönetmelik hükümlerinin kendi içinde ihlaline olanak yaratılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kaynağı dayanak Yasada bulunmayan ve geriye dönük hukuka aykırı olarak yapılmış sözleşmelerin geçerli kılınmasına olanak sağlayan Yönetmeliğin 8. Maddesinin 1. Fıkrası ile Geçici 2. Maddesinde Yer Alan “Dış Finansman Numarası” ibaresinin dayanak Yasaya aykırı olması nedeniyle iptali gerekmektedir.

**8)Yönetmeliğin 9. Maddesinin 1. Fıkrasındaki “ancak bunlarla sınırlı olmayan” İbaresine Yönelik Hukuka Aykırılık Gerekçelerimiz**

İptali istenen “İdarenin yükümlülükleri” başlıklı Yönetmelik hükmü ile borç üstlenimi yapılan projelere dair ilgili idarelerin “yükümlülükleri” düzenlenmektedir. Maddenin 1. Fıkrası şöyledir: “İdare, aşağıda yer alan **ancak bunlarla sınırlı olmayan** ve kapsamı borç üstlenim anlaşmasında belirlenecek olan hususları yerine getirmekle yükümlüdür”.

Öncelikle, kamu kurum ve kuruluşlarının görev ve yetkilerinin yasalarla düzenlenmesi gerektiği açıktır. Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile iptali istenen düzenlemeye konu işlemleri yürütecek birim olan Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü ve buna bağlı Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığının yetkileri belirlenmiştir. Buna göre Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı 6428 sayılı Yasa ile verilen görevleri yerine getirmekle yükümlüdür.

Yönetmeliğin dayanağı 4749 sayılı Yasanın 8/A ve 16. Maddeleri ile idareye (Hazine Müsteşarlığına) verilen Yönetmelik düzenleme yetkisi, başkaca idari birimlerin görev yetkilerini tanımlamak olarak yapılmadığı gibi Sağlık Bakanlığının herhangi bir biriminin görev ve yetkilerinin dayanağını Anayasa ve yasadan almayan bir düzenleme ile değiştirilmesi mümkün değildir.

Dayanak 4749 sayılı Yasada, Hazine Müsteşarlığı ile ilgili idari birimlerin koordinasyonlarının sağlanmasına yönelik “bilgi ve belge istemek” madde düzenlemesi ile iptali talep edilen “görevlendirme” içeren Yönetmelik düzenlemesi yapılamayacağı açıktır. Kaldı ki iptali talep edilen ibare ile “ancak bunlarla sınırlı kalmayan” denilerek yapılan düzenlemenin “görevlendirme ve yükümlülük” açısından çerçevesinin çizilmemesi, hangi görev ve yükümlülükleri kapsadığının belirlenmemesi hukuka aykırı eksik düzenleme niteliğindedir.

Yönetmeliğin 9. Maddesinin 1. Fıkrasındaki “ancak bunlarla sınırlı olmayan” ibaresinin dayanak 4749 sayılı Yasaya aykırı olması nedeniyle iptali gerekir.

**9)Yönetmeliğin 9. Maddesinin 1. Fıkrasının ( b ) Bendine Yönelik Hukuka Aykırılık Gerekçelerimiz**

İptali istenen bentte “Proje kapsamında sağlanan finansmanın şirket tarafından kreditörlere zamanında ve tam olarak ödenmesine ilişkin gerekli takibi yapmak” düzenlemesi yer almaktadır.

Düzenleme ile projelerin sahibi idarelere, şirket ile kredi aldığı kuruluşun sözleşmesini ve sözleşmeye şirket tarafından uyulup uyulmadığını denetleme yükümlülüğü getirilmektedir. Ancak düzenlemede bu mekanizmanın nasıl kurulacağı belirlenmediği gibi ne dayanak 4749 sayılı Yasa ne 663 sayılı KHK ne de 6428 sayılı Yasada bu denetim mekanizmasına dair düzenleme bulunmaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi mevcut sözleşme taslaklarında kreditör kuruluşa projeyi yapan şirketin ödemelerini yaptığının denetiminin idareler tarafından yapılacağına dair bir madde konulmuş değildir.

Kaldı ki kreditör kuruluşlara da “fesih yetkisi” tanıyan Yönetmelik hükümleri çerçevesinde şirketin “finansmanı zamanında ve tam olarak” ödeyip ödemediğinin bu kuruluşlarca İdareye ya da doğrudan borcu üstlenen birim olan Hazine Müsteşarlığı’na bildirilmesi olanağı da tanınabilecekken bu yapılmamıştır.

Diğer yandan “asgari tutarı 500 Milyon TL” olarak belirlenen ve oldukça yaygın biçimde uygulamasına olanak sağlanan yöntem ile taşra birimleri düzeyinde ihaleler yapılabileceğinden örneğin kamu hastaneleri birliği genel sekreterlerinin bu ödemeleri hangi yollarla denetleyebileceği belirsizdir. Yine yukarıda belirtildiği gibi 663 sayılı KHK ile Sağlık Bakanlığının merkezdeki ilgili birimleri dışında Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu ile Türkiye Halk Sağlığı Kurumu, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu ve bunların taşra birimlerinin bu yöntemle yapılan ihalelere dair sadece “imza yetki devri ile ihale yapması” olanağı 6428 sayılı Yasa ile sağlanmış, ancak finansman takibi görevi bu birimlere verilmemiştir. İptali istenen düzenleme tüm bu açıklanmaya çalışılan hususlara dair belirlilik içermemesi nedeniyle hukuka aykırı eksik düzenleme olup iptali gerekmektedir.

Yukarıda açıklanan ve resen gözetilecek nedenlerle Anayasaya, dayanak Yasaya ve hukuka aykırı Yönetmelik hükümlerinin iptali gerekmektedir.

**II)YÜRÜTMENİN DURDURULMASI TALEBİMİZ**

İdarenin düzenleyici işlemi, yukarıda sayılan nedenlerle dayanak Yasaya, kamu yararına açıkça aykırılığı ile eksik düzenleme içermesi nedeniyle hukuka aykırıdır. Açıkça hukuka aykırı olan Yönetmeliğin uygulanması halinde, kamu kaynağının hukuka aykırı işleme dayalı olarak harcanması, usulüne uygun olarak yapılmayan idarenin düzenleyici işleminin ilerleyen aşamalarda çok daha büyük sorunlar yaratacağı, uzun süreli yatırım öngören idari işlemin başlangıcının bu denli hukuka aykırı yapılmasının öngörülebilen hesaplamalar çerçevesinde yaklaşık 50 Milyar ABD Dolarını aşan dış borç yaratacak olması kamunun zararına neden olacaktır. Açıklanan ve resen gözetilecek nedenlerle, idarenin açıkça hukuka aykırı ve uygulanması halinde telafisi imkansız zararlar verecek olan düzenleyici işleminin, İYUK madde 27/2 uyarınca öncelikle ve ivedilikle yürütmesinin durdurulmasına karar verilmesini talep ediyoruz.

**III)ANAYASAYA AYKIRILIK İTİRAZIMIZIN GEREKÇELERİ**

**1)6428 Sayılı Yasanın 13 üncü maddesi ile 28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kanuna eklenen 8/A Maddesinin Anayasaya Aykırılığı**

**1.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.

Yasa ihaleyi alan yüklenici şirketin aldığı kredinin, idare ile yapılacak sözleşme içerisine alınması ve “sözleşmenin feshedilerek yatırım ve hizmetin süresinden önce ilgili idare tarafından devralınması halinde” Hazine tarafından üstlenilmesi kabul edilmektedir. Madde metninde sözleşmenin bitiş koşulları açısından bir fark gözetilmeksizin (örneğin şirketin iflası, yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışı, işin belirlenen niteliklerde yapılmaması vb) bu taahhüdün sağlanacağı anlaşılmaktadır.

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” deyiminden neyin anlaşılması gerektiği Anayasa Mahkemesinin 18.06.1985 günlü, E.1985/3, K.1985/8 sayılı kararında açıklanmıştır. Anayasanın 8 inci maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir hükmünün anlamının öz itibariyle bu olduğu da Anayasa Mahkemesinin 22.06.1988 tarih E.1987/18, K.1986/23, sayılı kararında açıklanmıştır.

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.

**1.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;

“Anayasa’nın 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.

Anayasa’nın 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. Anayasa’nın 89. maddesinde de, Cumhurbaşkanı’na bütçe yasalarını bir daha görüşülmek üzere TBMM’ne geri gönderme yetkisi tanınmamıştır. Öte yandan, Anayasa’nın 163. maddesinde, bütçelerde değişiklik yapılabilmesi esasları ayrıca düzenlenmiş, Bakanlar Kurulu’na kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapma yetkisi verilmemiştir.

Anayasa’da 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 16.4.2003 gün ve E.2003/35, K.2003/35 sayılı kararında da;

“Anayasa’nın 161. maddesinin son fıkrasında, ***“Bütçe kanununa bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz” denilmektedir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, bütçe yasalarının öteki yasalardan ayrı olmaları nedeniyle, bir yasa kuralı nasıl aynı nitelikte bir yasa kuralıyla değiştirilebilirse bütçe yasalarının da aynı yöntemle hazırlanmış ve kabul edilmiş bir bütçe yasası ile değiştirilmesi gerekir.”*** denilmiştir.

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

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

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

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

**1.c) 8/A Maddesinin Diğer Cümlelerinin Anayasaya Aykırılığı**

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

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

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

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

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

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

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

c- Diğer cümlelerinin uygulama olanağı kalmadığından,

iptalleri gerekmektedir.

**2)6428 Sayılı Yasanın 14 üncü maddesi ile 28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kanunun 17. Maddesinin ( C ) fıkrasının 2 numaralı bendinin sonuna eklenen “ile bu Kanunun 8/A maddesi uyarınca Müsteşarlık tarafından ve 3996 sayılı Kanunun 11/A maddesi uyarınca ilgili idareler tarafından imzalanan borç üstlenim anlaşmaları” ibaresinin Anayasaya aykırılığı**

6428 sayılı Yasanın 14. Maddesi şöyledir: “4749 sayılı Kanunun 17 nci maddesinin (C) fıkrasının (2) numaralı bendinin sonuna “ile bu Kanunun 8/A maddesi uyarınca Müsteşarlık tarafından ve 3996 sayılı Kanunun 11/A maddesi uyarınca ilgili idareler tarafından imzalanan borç üstlenim anlaşmaları,” ibaresi eklenmiş, (3) numaralı bendinde yer alan “kuruluşlarla imzalanan ekonomik ve ticari mahiyetteki anlaşmalar çerçevesinde” ibaresi “kuruluşlardan” ibaresiyle, “geri ödenmesini” ibaresi “geri ödenmesi ile bu finansmana ilişkin diğer hususları” ibaresiyle değiştirilmiş ve “münhasıran” ibaresi metinden çıkarılmıştır”

Yapılan düzenleme özü itibariyle 4749 sayılı Yasanın 8/A maddesi kapsamında yapılacak borç üstlenimlerinin Resmi Gazetede yayımlanmayacak sözleşmeler kapsamına alınmasına dairdir. 4749 sayılı Yasanın 17. Maddesi “istisnalar ile uygulanmayacak hükümleri” düzenlemekte ve ana kuraldan ayrıksı olan halleri düzenlemektedir. **Maddenin son fıkrasında sayılanlar dışındaki tüm sözleşmelerin Resmi Gazetede yayımlanacağı kuralı bulunmaktadır.**

4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 17 nci maddesinin ( C ) fıkrası Anayasa Mahkemesinin 28.01.2004 tarih ve E. 2003/86, K. 2004/6 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. İptal kararının ardından yapılan düzenleme ile bu kez ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendirenlerin andlaşmaların yayımlanmadan yürürlüğe konulmaları kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararında aynen şöyle denilmiştir:

"4969 sayılı Kanun'un 10 uncu maddesinin (c) fıkrasıyla, 4749 sayılı Kanun'un 17 nci maddesine eklenen (C) fıkrası ile 4749 sayılı Yasa çerçevesinde imzalanan andlaşmaların, 23.05.1928 tarihli ve 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun uygulamasının dışında olacağı ve bu nedenle Resmi Gazetede yayımlanmayacağı hükmü getirilmiştir.

Anayasa'nın 90 ıncı maddesinin üçüncü fıkrasına göre, milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile Kanun'un verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz. Bu hükme koşut düzenleme getiren 244 sayılı Yasanın 3 üncü maddesinin 3 nolu bendinde, ‘Milletlerarası bir andlaşmaya dayanılarak Bakanlar Kurulunca yapılan teknik veya idari nitelikteki uygulama andlaşmalarından ve Kanun'un verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulunca yapılıp ... Millet Meclisi'nin bilgisine sunulanların dışında kalan teknik veya idari andlaşmalardan **iktisadi veya ticari nitelikte olmayan, özel kişilerin haklarını ilgilendirmeyen** ve Türk kanunlarına değişiklik getirmeyenlerin yayınlanması zorunlu değildir. Bu fıkra gereğince yayınlanması zorunlu olmayan andlaşmalar hakkında ... çıkarılan kararnamelerin yayınlanması da zorunlu değildir denilmektedir’.

Bu düzenlemelere göre, Anayasa'nın 90 ıncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca TBMM'nce uygun bulunması zorunluluğu olmayan andlaşmalardan, ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendirenlerin yayımlanmadan yürürlüğe konulmaları olanaksızdır.

4749 sayılı Yasa kapsamına giren andlaşmalar arasında ağırlıklı olarak 90 ıncı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca Resmi Gazetede yayımlanması gerekenlerin de bulunduğu gözetilmeksizin, söz konusu Yasaya göre imzalanan andlaşmaların tümünün Resmi Gazetede yayımlanmayacağını öngören kural Anayasanın 90 ıncı maddesine de aykırıdır”

Anayasa Mahkemesinin yine 4749 sayılı Kanunda değişiklik yapılmasına dair 5787 sayılı Yasaya ilişkin 30.12.2010 günlü ve 2008/84E.- 2010/121K. Sayılı kararında “bütçe hakkı” tanımı yapılmış ve Yasama organının bütçe üzerinde yapacağı denetim ile demokratik işleyiş arasındaki bağlantı açıklanmıştır.

Kararda “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” denilmiştir.

Diğer yandan Anayasa'nın 161 inci maddesinin ikinci fıkrası "Mali yıl başlangıcı ile genel ve katma bütçelerin nasıl hazırlanacağı ve uygulanacağı kanunla belirlenir" hükmüne amirdir. Bu hüküm çerçevesinde 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanunu'nun 35 inci maddesinin ilk cümlesinde "Meclis Genel Bütçe Kanunu'nun metnini madde madde; gelir ve gider cetvellerini bölüm bölüm görüşür" hükmüne yer verilmiştir. Bu madde, Bütçe Kanunu tasarısı ile gelir (B Cetveli) ve gider (A Cetveli) cetvellerinin Meclis Genel Kurulunda görüşülmesinde ve onaylanmasında, Kanun tasarısı metninin maddeler itibariyle, (A) ve (B) cetvellerinin bölümler itibariyle ele alınacağını hükme bağlamaktadır. Yine Anayasa'nın "Bütçenin görüşülmesi" başlığını taşıyan 162 nci maddesinin dördüncü fıkrasında, Genel Kurulda, bölümler üzerinde ayrıca görüşme yapılmaksızın okunup oylanacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 163 üncü maddesinde de bütçe ödeneklerinin harcanabilecek miktarın sınırını gösterdiği ve bunun aşılamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükümler harcamaların yılı bütçesinde gösterilen tutarı aşamayacağını, eğer yıl içinde bütçe ödeneklerinin yetmeyeceği ortaya çıkarsa bunun ancak, ek bütçe kanunu çıkarılmak suretiyle karşılanabileceğine amirdir.

Yine 163 üncü madde de cari ve ileriki yıl bütçelerine mali yük getirecek nitelikteki kanun tasarı ve tekliflerinde, belirtilen giderleri karşılayabilecek mali kaynak gösterilmesi zorunludur denmektedir. 1050 sayılı Genel Muhasebe Kanun'un ilgili 45 inci maddesi harcama yetkisinin sınırının bütçe ödeneği olduğunu ve bir kanunla emrolunan hizmetlerin karşılığının kesinlikle ilgili yılın bütçesine alınması gerektiğini açıkça düzenlemektedir. Bu Kanun'un 57 nci maddesinde de, başlangıç bütçe ödeneklerinin değiştirilmesine yönelik yapılan bütçe ödenek aktarmalarına kısıtlamalar getirilmiştir.

Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, belli kısıtlar dahilinde yapılan iç ödenek aktarmaları hariç olmak üzere bütçede ödenek aşılması suretiyle bir harcama yapılmış olması halinde; bu işlemin tahakkuk ettirilmesinin ilgili yıl bütçe kanunu çerçevesinde olması ve zorunlu yasal değişikliğin de, bütçe Kanun'un tabi olduğu usul ve esaslara göre yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Yürütmenin o yıl bütçe ödeneklerinin üstünde bir yükümlülük altına girmesi durumunda, bunun gerektirdiği harcamanın, Anayasa'nın 162 nci ve 163 üncü maddeleri uyarınca TBMM'ce çıkarılacak ek bütçe kanunu ile karşılanması Anayasal bir zorunluluktur.

İptali istenen 4749 sayılı Yasanın 8/A maddesi ile Bakanlar Kurulu’na borç üstlenim limitini artırma yetkisi verilmesinin yanısıra imzalanacak sözleşmelerin Resmi Gazetede yayımlanmamasına dair getirilen kural yürütmenin, ödenek üstü harcamalar için parlamentoya gelip ilgili yıl bütçesi için ek ödenek alması gerekirken, ilgili yılda bu harcamayı tahakkuk ettirmemesine olanak yaratmaktadır.

Anayasa Mahkemesi 30.12.2010 günlü ve 2008/84E.- 2010/121K. Sayılı kararında “bütçenin birliği ve mali disiplini bozmaya yönelik hükümlerin” Anayasaya aykırılığı gerekçesiyle verdiği iptal kararında “bütçenin birliği ve genelliği ilkelerini” ihlal eden düzenlemenin devletin gelirleri ile harcamalarının bütçe ile yapılmasını zorunlu kılan Anayasa’nın 161. maddesine aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Kamunun üstlendiği her türlü yükümlülüğün bütçenin harcama kanadı ile ilişkilendirilerek şeffaf bir şekilde kamuoyunun ve parlamentonun bilgisine sunulmasında ve bu yolla kamu harcamalarının bilinmesinde kamu yararı bulunduğu kuşkusuzdur. İptali istenen düzenlemeler, böyle bir bilgi edinmeyi ve hesap verebilirliğin işlemesini engellediğinden, kamu yararı amacını gütmemekte ve başka bir amaca yönelmiş bulunmaktadır. Kamu yararı amacına yönelik olmayan yasama işlemleri ise amaç öğesi bakımından sakattırlar ve bu durum başlı başına Anayasaya aykırılık nedenidir.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasa'nın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasa'nın 2 nci ve 11 inci maddelerinde ifade edilen hukuk devleti, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır.[[23]](#footnote-23)

Kamu maliyesinde saydamlık, hesap verme sorumluluğu, kamu kaynaklarının asıl sahibi olan vatandaşların doğrudan ya da Yasama Organı eliyle yapacağı denetimi ortadan kaldıran düzenleme Anayasanın 2, 7, 90, 161, 162 ve 163. Maddelerine aykırıdır.

Açıklanan ve resen gözetilecek nedenlerle, 6428 sayılı Yasayla değişik 4749 sayılı Yasanın 8/A maddesi ile 17. Maddesinin ( C ) fıkrasının 2 numaralı bendine eklenen “ile bu Kanunun 8/A maddesi uyarınca Müsteşarlık tarafından ve 3996 sayılı Kanunun 11/A maddesi uyarınca ilgili idareler tarafından imzalanan borç üstlenim anlaşmaları” ibaresinin Anayasanın 2, 7, 11, 90, 153, 161, 162 ve 163 üncü maddelerine aykırılığı itirazımızın ciddi bulunarak Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmesini talep ediyoruz.

**HUKUKİ NEDENLER :**Anayasa, İYUY ve ilgili diğer mevzuat

**DELİLLER :**Danıştay 13. Daire Başkanlığının 2011/3392E., 2011/4558E., 2011/4233E., 2011/4523E., 2012/212E., 2012/878E., 2012/1687E., 2012/2330E., 2012/3762E., 2012/3979E., 2013/1016E., 2013/300E., 2013/299E., 2013/2096E., 2013/2571E. Sayılı dosyaları ile sunulması mümkün her türlü yasal delil

**SONUÇ VE İSTEM:** Yukarıda açıklanan ve resen gözetilecek nedenlerle,

1)6428 sayılı Yasayla değişik 4749 sayılı Yasanın 8/A maddesi ile 17. Maddesinin ( C ) Fıkrasının 2 numaralı bendinin sonuna eklenen “ile bu Kanunun 8/A maddesi uyarınca Müsteşarlık tarafından ve 3996 sayılı Kanunun 11/A maddesi uyarınca ilgili idareler tarafından imzalanan borç üstlenim anlaşmaları” ibaresinin Anayasaya aykırılığı itirazımızın ciddi bulunarak Anayasa Mahkemesine başvurulmasına,

2)Yönetmeliğin

1. Maddesinin,

3. Maddesinin 1. Fıkrasının ( f) bendinin, (h) bendinin, (o) bendinin, (ö) bendinin ve (p) bendinin dayanak Yasaya ve Anayasanın 124. Maddesine aykırı olması nedeniyle, 3. Maddesinin 1. Fıkrasının (g) bendinde yer alan “şirket veya kreditör tarafından” ibaresinin, 3. Fıkranın (ğ) bendinde yer alan “ve sözleşmeye istinaden idare ile ilgili taraflar arasında imzalanan diğer anlaşmalarda” ibaresinin,

4. Maddesinin 1. Fıkrasının 1. ve 2. Cümlelerinin,

5. Maddesinin 6. Fıkrasının 2. Cümlesinin,

8. Maddesinin 1. Fıkrası ile Geçici 2. Maddesinde Yer Alan “Dış Finansman Numarası” ibaresinin,

9. Maddesinin 1. Fıkrasındaki “ancak bunlarla sınırlı olmayan” ibaresinin

Yönetmeliğin 4. Maddesinin 2. Fıkrası ile 4. Fıkrasının

dayanak Yasaya aykırı olması nedeniyle

9. Maddesinin 1. Fıkrasının ( b ) Bendinin

de hukuka aykırı eksik düzenleme olması nedenleriyle iptaline ve yürütmesinin durdurulmasına,

3)İdarenin düzenleyici işleminin İYUK 27/2. Maddesindeki şartları birlikte taşıması nedeniyle öncelikle ve ivedilikle yürütmesinin durdurulmasına,

4)Yürütmenin durdurulması kararı için İdarenin savunmasının alınması beklenmeksizin, aksi görüş halinde verilecek cevap süresinin kısaltılmasına ve tebligatın memur eliyle yapılmasına,

5)Yargılama gideri ve vekalet ücretinin davalılar üzerine bırakılmasına karar verilmesini talep ederiz.

Saygılarımızla.

 Davacı Vekili

 Av. Özgür Erbaş

1. Jane Lethbridge-European Healthcare Services, Multinational Companies And A European Healtcare Market, PSIRU University of Greenwich, 2010 [↑](#footnote-ref-1)
2. CUPE PPP Hospitals Report:Wrong Direction, 2011 [↑](#footnote-ref-2)
3. Public-Private Partnerships (PPPs) in the EU - a critical appraisal PSIRU November 2008, <http://www.psiru.org/reports/2008-11-PPPs-crit.doc> David Hall, A crisis for PPP, University of Greenwich, PSIRU,2009 [↑](#footnote-ref-3)
4. EPEC, State Guarantees in PPP [↑](#footnote-ref-4)
5. <http://www.projectdatafile.co.uk/article/63/the-credit-crunch-hits-pfi> [↑](#footnote-ref-5)
6. Yrd. Doç. Dr. Ahmet Keşli, a.g.e. sf. 183 [↑](#footnote-ref-6)
7. S&P: Autonomous Community of Madrid Outlook Revised To Negative; 'AA+/A-1+' Ratings Affirmed. 23 December 2008 [www.standardandpoors.com/ratingsdirect](http://www.standardandpoors.com/ratingsdirect) [↑](#footnote-ref-7)
8. Houston Chronicle January 8, 2009: New road plan rises from ashes ; <http://www.statesman.com/blogs/content/shared-gen/blogs/austin/traffic/entries/2008/12/31/mixed_verdict_on_publicprivate.html> [↑](#footnote-ref-8)
9. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2012/cr1216.pdf> [↑](#footnote-ref-9)
10. Danıştay 13. Dairesi’nin E.2007/1724, K.2010/1168 sayılı ve 10.2.2010 günlü kararı [↑](#footnote-ref-10)
11. Danıştay 10. Dairesi’nin E.2012/335 sayılı ve 20.4.2012 günlü kararı [↑](#footnote-ref-11)
12. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss417.pdf> [↑](#footnote-ref-12)
13. <http://www.kamuozel.gov.tr/koo/?q=tr/s%C4%B1k%C3%A7a-sorulan-sorular> [↑](#footnote-ref-13)
14. Yaşar Yenimahalleli, Bağımsız Sosyal Bilimciler Kongresi(2013) Sunumu [↑](#footnote-ref-14)
15. <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/-publ/documents/publication/wcms_233953.pdf> [↑](#footnote-ref-15)
16. <http://www.tsb.org.tr/saglik-sigortasi.aspx?pageID=625> [↑](#footnote-ref-16)
17. <http://www.pirsushaber.com/dunyanin-tercihi-siyami-hersek-180585ny.html> [↑](#footnote-ref-17)
18. Jim Stanford, Herkes İçin İktisat, Yordam Yayınları, sf. 213 vd., Costas Lapavitsas, Finansallaşma ve Kapitalizmin Krizi, Yordam Yayınları, sf. 10 vd. [↑](#footnote-ref-18)
19. Danıştay 10. Dairesi’nin E.2012/335 sayılı ve 20.4.2012 günlü kararı [↑](#footnote-ref-19)
20. <http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/62935/Kimi_Kandiriyorsunuz_.html> [↑](#footnote-ref-20)
21. <http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/63735/Kimi_Kandiriyorsunuz___2_.html> [↑](#footnote-ref-21)
22. [http://www.hazine.gov.tr/default.aspx?nsw=iqmgQocZByo=-H7deC+LxBI8=#](http://www.hazine.gov.tr/default.aspx?nsw=iqmgQocZByo=-H7deC+LxBI8=) [↑](#footnote-ref-22)
23. Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E. 1987/28, K. 1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225 [↑](#footnote-ref-23)