**663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin iptali talebiyle yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi ilk defa kamu özel ortaklığı yöntemine ilişkin değerlendirme yaptı.**

Esas Sayısı : 2011/150

Karar Sayısı : 2013/30

Karar Günü : 14.2.2013

R.G. Tarih-Sayı : 25.06.2013-28688

**İPTAL DAVASINI AÇAN :**Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Emine Ülker TARHAN ve Muharrem İNCE ile birlikte 116 milletvekili

**İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:**

1- Yozgat İdare Mahkemesi (E.2012/41)

2- Adana 2. İdare Mahkemesi (E.2012/43, E.2012/44)

3- Diyarbakır 1. İdare Mahkemesi (E.2012/53)

4- Kastamonu İdare Mahkemesi (E.2012/99)

5- Sivas İdare Mahkemesi (E.2012/126)

6- Konya 1. İdare Mahkemesi (E.2012/159)

**KAMU ÖZEL ORTAKLIĞINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME VE RED GEREKÇESİ**

KHK'nin 13. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (e) Bendi

 Dava dilekçesinde, sağlık tesislerinin kurulup işletilmesinde kamu özel ortaklığı modelinin de uygulanabileceği yönünde bir düzenlemenin temel esaslarının belirtilmediği ve bu durumun, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 17., 47., 55., 56. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

 Dava konusu kuralla, Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğüne, Bakanlığın ve bağlı kuruluşların ihtiyacı olan tesislerin yapımını ve mevcut tesislerin yenilenmesini kamu özel ortaklığı modeli veya diğer usuller ile gerçekleştirme görevi verilmiştir.

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

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

 Buna göre, idarelerin, genel idare esasları uyarınca yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevleri dışında kalan alanlardaki hizmetleri, özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürmeleri olanaklıdır. Anayasa'nın 47. maddesinde, bu sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Dolayısıyla, kamu hizmetlerinin ne tür özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürüleceğinin belirlenmesi kanun koyucunun takdirindedir. Bununla birlikte, özel hukuk sözleşmeleriyle yürütülecek yatırım ve hizmetlerin neler olduğunun kanunla belirlenmesi zorunludur.

 Dava konusu kuralla, Bakanlığın ve bağlı kuruluşların ihtiyacı olan tesislerin yapımının ve mevcut tesislerin yenilenmesinin kamu özel ortaklığı (KÖO) modeliyle gerçekleştirilmesine olanak tanınmıştır. KÖO modeli, özel sektörle kamu idaresi arasında, bir hizmetin tasarlanması, yapımı, kiralanması, ortaklık kurulması ve finansmanının sağlanması, işletilmesi gibi unsurların bileşiminden oluşan ve özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler üzerinden uygulanan bir işbirliği modelidir. KÖO bir üst kavram olup, özel hukuk sözleşmeleri yoluyla yap-işlet-devret, yap-kirala, yap-işlet, işletme hakkı devri, tasarla-yap, yap-işlet-sahip ol-devret, tasarla-yap-finanse et-devret, ortaklık gibi birçok modelin birlikte veya ayrı ayrı uygulanmasına imkân vermektedir.

 Türkiye'de, KÖO uygulamalarına ilişkin çerçeve bir kanun bulunmamakla birlikte 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 7. maddesinde sağlık alanında KÖO modelinin uygulanmasına olanak tanıyan hükümler mevcuttur. Anılan madde uyarınca, yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesislerinin, Sağlık Bakanlığınca verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırk dokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılması mümkündür. Bu amaçla Maliye Bakanlığınca, gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine Hazineye ait taşınmazlar bedelsiz devredilebilir. Bu şekilde yapılacak kiralama işlemlerine ait kira bedelleri Sağlık Bakanlığına bağlı döner sermaye işletmelerince ödenir. Sağlık Bakanlığının kullanımında bulunan sağlık tesislerinin, öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar doğrultusunda yenilenmesi; tesislerdeki tıbbi hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında, sözleşmeyle gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılabilir.

 Dava konusu kuralda sözü edilen *'kamu özel ortaklığı'* modelinin, kapsamının ve çerçevesinin 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesinde belirlendiği, kuralla Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğüne verilen görevin ise anılan maddeyle Sağlık Bakanlığına tanınan yetkilerin kullanılmasından ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralda, belirsizlik ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık söz konusu değildir.

 Bakanlığın ve bağlı kuruluşların ihtiyacı olan tesislerin yapımı ve mevcut tesislerin yenilenmesine ilişkin hizmetlerin KÖO modeliyle gerçekleştirileceği belirtilmek suretiyle, hangi hizmetlerin özel hukuk sözleşmesiyle gördürüleceği kuralda açıkça belirlenmiştir. Söz konusu hizmetlerin kamu gücü kullanımını gerektiren ve icrai yetkiler içeren görevlerden olmadığı da açıktır. Anayasa'nın 47. maddesinde, bu sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin herhangi bir sınırlama olmadığından, bu hizmetlerin KÖO modeliyle gördürülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

 Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 7., 47. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

 Kuralın, 5., 10., 17., 55. ve 56. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

**KHK'nin 51. Maddesinin (1) ve (3) Numaralı Fıkraları**

 Dava dilekçesinde, acil durumlar, doğal afetler, salgın hastalık gibi dayanışmayı gerektiren hallerin dışında yurtdışı sağlık hizmetlerinin kalıcı hâle getirilmesinin Anayasa'ya uygun düşmediği, yurtdışı sağlık hizmet birimlerine hangi yasal dayanak ile atamaların yapılacağının belirsiz olduğu, sağlık personelinin, hizmet alımı veya kamu özel ortaklığı modeliyle özel sektör tarafından işletilen bir birimde çalışmasının memurluğun ana ilkelerini ihlal edeceği, aylıksız izinli sayılan bu kamu çalışanlarının ücretlerinin ne şekilde ödeneceğinin ve diğer özlük haklarının nasıl düzenleneceğinin belirsiz olduğu, sağlık tesislerinin kurulup işletilmesinde kamu özel ortaklığı modelinin de uygulanabileceği yönünde bir düzenlemenin temel esaslarının gösterilmediği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 17., 47., 55., 56. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

KHK'nin iptali istenen kurulları da içeren 51. maddesinde, yurt dışı sağlık hizmet birimleri düzenlenmektedir. Dava konusu kuralla, Bakanlık ve bağlı kuruluşlarına, insani ve teknik yardım amacıyla yurt dışında geçici sağlık hizmet birimleri kurma, kurdurma, işletme ve işlettirme yetkisi tanınmıştır. Bakanlık ve bağlı kuruluşlarının, bu amaçla ulusal ve uluslararası sivil toplum kuruluşları, finans ve yardım kuruluşları ile işbirliği ve ortak çalışma yapabilmesi, insan ve mali kaynakları ile destek sağlayabilmesi olanaklı kılınmıştır. Yurt dışında geçici sağlık hizmet birimlerinin kurulması ve işlettirilmesinin hizmet alımı veya kamu özel ortaklığı modeliyle özel sektöre yaptırılması mümkündür. Bu suretle özel sektör tarafından işletilen sağlık hizmet birimlerinde ve bölümlerinde Bakanlık personelinin de çalıştırılması olanaklı hale getirilmiş ve bu şekilde çalıştırılan personelin beş yılı geçmemek üzere çalıştıkları sürede aylıksız izinli sayılmaları öngörülmüştür.

 Anayasa'da devletin yurt dışında sağlık hizmeti sunmasını engelleyen herhangi bir hüküm yer almadığından, yurt dışı sağlık birimlerinin oluşturulması ve bu birimler aracılığıyla sağlık hizmeti sunulmasının öngörülmesi kanun koyucunun takdirindedir.

Yurt dışı sağlık hizmet birimlerinde görevlendirilecek personelin aylık ve diğer özlük hakları konusu, 51. maddenin dava konusu yapılmayan (2) numaralı fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, sözü edilen sağlık personeli, asıl kadrolarına bağlı olarak aldıkları ek ödeme dâhil her türlü mali ve özlük haklar ile sosyal haklardan faydalanmaya devam edeceklerdir. Bunun yanı sıra gittikleri ülkede sürekli görevle bulunan ve dokuzuncu derecenin birinci kademesinden aylık alan meslek memurlarına ödenmekte olan yurtdışı aylığını geçmemek üzere unvanları itibariyle Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenen tutarda aylık ödeme alacaklardır. Dolayısıyla, yurt dışı sağlık hizmet birimlerinde görevlendirilecek personelin aylık ve diğer özlük hakları konusunda herhangi bir belirsizlik söz konusu değildir.

 KHK'nin 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendi için açıklanan gerekçeler, dava konusu kuralın yurt dışı sağlık birimlerinin kamu özel ortaklığı modeliyle kurulup işletilmesine olanak tanıyan bölümü yönünden de geçerlidir.

 Dava dilekçesinde, kamu görevlilerinin özel sektör tarafından işletilen bir birimde çalışmasının Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. KÖO modeliyle kurulup işletilen yurt dışı sağlık birimlerinde çalıştırılan Bakanlık personelinin aylıksız izinli sayılması öngörülmüştür. Bu personelin aylıksız izinli olduğu dönemde Bakanlıkla ilişiğinin kesileceği açıktır. Bu kişilerin ücreti, yurt dışı sağlık biriminin işletme hakkını elde eden kişi veya kuruluş tarafından, taraflar arasında akdedilen özel hukuk sözleşmesi çerçevesinde ödenecektir. Dolayısıyla, Bakanlık personelinin özel sektör tarafından işletilen bir projede çalıştırıldığından söz edilemez. Öte yandan, memuriyet güvencelerine sahip Bakanlık personelinin rızası dışında aylıksız izinli sayılarak özel sektörce işletilen bir projede çalıştırılamayacağı da tabiidir. Bakanlık personelinin özgür iradesine dayanılarak bu şekilde çalıştırılmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 7., 47. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Kuralların, Anayasa'nın 5., 10., 17., 55. ve 56. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

**3359 sayılı Yasanın Ek-7. Maddesi**

Esas Sayısı    : 2012/105

Karar Sayısı : 2013/71

Karar Günü : 6.6.2013

R.G. Tarih-Sayı : Tebliğ edildi.

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Danıştay Onüçüncü Dairesi

İTİRAZIN KONUSU : 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na, 3.7.2005 günlü, 5396 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle eklenen ek 7. maddenin sekizinci fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

OLAY : Türk Tabipleri Birliği tarafından, Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşine ilişkin 30.6.2011 tarihinde yapılan ihale ile bu ihalenin dayanağı olan Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmeliğin bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

**İTİRAZA KONU YASANIN YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASI NEDENİYLE KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA DAİR GEREKÇE**

7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 3.7.2005 günlü, 5396 sayılı Kanunla eklenen ek 7. madde, Danıştay Onüçüncü Dairesince itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine başvurulmasından sonra 9.3.2013 günlü, 28582 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 21.2.2013 günlü, 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış ve mevzuatta 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesine yapılan atıfların 6428 sayılı Kanun'a yapılmış sayılacağı belirtilmiştir. Sağlık tesislerinin ihale ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kiralama karşılığı yaptırılabilmesine ve mevcut sağlık tesislerinin yenilenmesinin tesislerdeki tıbbî hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında sözleşmeyle gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılabilmesine olanak sağlayan 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesini yürürlükten kaldıran 6428 sayılı Kanun, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca ihtiyaç duyulan tesislerin yapılmasına ve mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanmasına ilişkin usul ve esasları bir bütün olarak yeniden düzenlediğinden, 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesinin sekizinci fıkrasına yönelik iptal isteminin konusu kalmamıştır.Açıklanan nedenle, konusu kalmayan iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

       Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

**KARŞIOY GEREKÇESİ**

 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 7. maddesi, 21.2.2013 günlü, 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12. maddesi ile yürürlükten kaldırıldığından bahisle Danıştayda devam eden davanın konusunun kalmadığı ve itiraz yoluyla yapılan başvuru hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin yerleşmiş uygulamalarına göre iptali istenilen Kural'ın sonradan değiştirilmiş olması Anayasa'ya uygunluk denetimini etkilemez. Danıştaydaki davada düzenleyici işlem yanında bireysel işleminde dava konusu olduğu gözetildiğinde, davanın olay tarihinde yürürlükte olan Yasa'ya göre çözümleneceği kuşkusuzdur. Bu durumda,  kişilerin hak kaybına uğramamaları bakımından söz konusu Yasa'nın Anayasal denetiminin yapılmasındaki hukuki yarar açıktır. Açıklanan nedenle davanın itiraz konusu kural uygulanarak sonuçlandırılacağından, Anayasal denetimin sürdürülerek işin esasının incelenmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

**6428 sayılı Yasa**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Esas Sayısı | : | 2013/50 |
| Karar Sayısı | : | 2015/38 |
| Karar Tarihi | : | 1.4.2015 |
| R.G. Tarih-Sayı | : | 15.4.2015-29327 |

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

 İPTAL DAVASININ KONUSU :21.2.2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun tümünün ve ayrı ayrı tüm maddelerinin iptali istenmiştir.

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

1- 1. maddesinin;

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

                         b- (2) numaralı fıkrasının;

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

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

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

3- 3. maddesinin;

                         a- (3) numaralı fıkrasının,

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

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

4- 4. maddesinin;

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

                         b- (4) numaralı fıkrasının,

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

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

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

Açıklanan nedenlerle, 6216 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 49. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca Ankara Milletvekili Emine Ülker TARHAN ve İstanbul Milletvekili M. Akif HAMZAÇEBİ'ye bildirimde bulunulmasına ve yukarıda belirtilen eksikliklerin giderilmesi için kararın tebliğinden başlayarak 15 (on beş) gün süre verilmesine, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın *"iptal davası dilekçesinin 32-38. sayfalarında 6428 sayılı Kanun'un tümünün ve ayrı ayrı tüm maddelerinin Anayasa'ya aykırılığı konusunda yeterli gerekçenin ortaya konulduğu ve işin esasına geçilmesi gerektiği"* yönündeki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

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

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

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

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

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

- 4. maddesinin (1) fıkrasına,

- 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

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

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

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

A- 1- 1. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasının,

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

2- 2. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin,

b- (2) numaralı fıkrasının,

3- 3. maddesinin;

a- (3) numaralı fıkrasının,

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

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

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

5- 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

6- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

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

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

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

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

karar verilmiştir.

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

**1- Anlam ve Kapsam**

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

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

 Kanun'da öngörülen KÖİ modeli esas itibarıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının projelerinin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modelidir. KÖİ, idare ile bir özel hukuk kişisi arasında uzun süreliğine akdedilen, özel hukuk kişisi tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan tesisin inşası, bakımı, onarımı ve hizmete elverişli hâlde bulundurulmasını konu edinen ve bunun karşılığında kamu tüzel kişisinin sözleşme süresince özel kişiye her yıl kira karşılığı belli bir miktar paranın ödenmesi taahhüdünü içeren bir sözleşmeyi ifade etmektedir.

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

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

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

**2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

 Dava dilekçesinde, dava konusu kurallarda yükleniciler ile idare arasında imzalanacak sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu hükme bağlanmış ise de Kanun bir bütün olarak incelendiğinde, söz konusu sözleşmenin kamu hizmeti imtiyazının bütün unsurlarını taşıdığının ve dolayısıyla idari sözleşme olduğunun anlaşıldığı, kanun koyucunun, Danıştayın ön incelemesi ve denetiminden kaçırmak için KÖİ sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi olarak tanımladığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 155. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

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

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

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

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

 Bu kararlardan sonra, 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanunla Anayasa'nın 47. ve 155. maddelerinde değişiklikler yapmıştır. Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek*" ibaresi, *"kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek"* biçiminde değiştirilmek suretiyle Danıştayın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetkisi düşünce bildirmeye dönüştürülmüştür. Ayrıca Anayasa'nın 47. maddesine de, "*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.*" biçiminde dördüncü fıkra eklenmiştir. 4446 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliğinin genel gerekçesinde, Anayasa'nın 47. maddesine eklenen bu fıkra ile kamu tüzel kişilerince yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabileceğinin kanunla belirlenmesi ilkesinin getirildiği ifade edilmiştir.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

 Dava konusu kurallar, Devlet, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yürütülen kamu hizmetlerinin bazı bölümlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek veya tüzel kişiler eliyle yürütülmesine ilişkin olduğundan Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken hususlar kapsamında kalmaktadır. Dolayısıyla, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel kesime gördürülmesine imkân sağlayan düzenlemelerin, Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilmeyen hususlardan farklı olarak, sadece genel hatlarıyla idarenin yetkili olduğundan söz edilmesi yeterli olmayıp, idarenin yetkisinin sınırlarının ve genel çerçevesinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

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

 Dava konusu kurallarla, "*ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin*" de KÖİ modeli çerçevesinde özel kesime gördürülmesine imkân sağlanmıştır. İleri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin kapsamı tespit edilirken, KÖİ modelinin mahiyetinin ve bu model çerçevesinde özel kesime gördürülebilecek hizmetlerin niteliğinin gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere Kanun'da düzenlenen KÖİ modelinde, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetler özel sektörün sorumluğuna bırakılmakta, kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetlerin ise idare tarafından görülmesine devam edilmektedir. İleri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren hizmetlerin, sağlık hizmetlerinin özünü oluşturan ve bizzat Sağlık Bakanlığı tarafından yerine getirilmesi gereken tıbbi hizmetlerin dışındaki diğer hizmetler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. İleri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin neler olduğunun belirlenmesi ise idari ve teknik bir mesele olduğundan bu belirlemenin kanunla yapılması gerekli değildir. Dolayısıyla kuralda yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bir yön bulunmadığı gibi belirsizliğe yol açan herhangi bir durum da söz konusu değildir.

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

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

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

Dava dilekçesinde, dava konusu kurallarda sözü edilen "*belli hizmetlerin*" belirsiz olduğu, söz konusu hizmetlerin içeriği, niteliği, çerçevesi ve sınırları belirlenmeden bu hususların idarenin takdirine bırakılmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, kanun koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermesinin yasama yetkisinin devri anlamına geldiği, düzenleme ile kamu sağlık tesisi içindeki sağlık hizmetlerinin ve sağlık hizmeti ile bağlantılı diğer hizmetlerin yüklenicilere bırakılmasına imkân tanındığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 7., 17. ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

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

 Dava konusu kurallarda yer alan *"belli hizmetler*"in kapsamı tespit edilirken, KÖİ modelinin mahiyetinin ve bu model çerçevesinde özel kesime gördürülebilecek hizmetlerin niteliğinin gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere Kanun'da düzenlenen KÖİ modelinde,  hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetler özel sektörün sorumluğuna bırakılmakta, kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetlerin ise idare tarafından görülmesine devam edilmektedir. Dava konusu kurallarda yer alan "*belli hizmetler*"in, sağlık hizmetlerinin özünü oluşturan ve bizzat idare tarafından yerine getirilmesi gereken tıbbi hizmetlerin dışındaki diğer hizmetler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Söz konusu hizmetlerin neler olduğunun belirlenmesi ise idari ve teknik bir mesele olduğundan bu belirlemenin kanunla yapılması gerekli değildir. Dolayısıyla kuralda yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bir yön bulunmadığı gibi belirsizliğe yol açan herhangi bir durum da söz konusu değildir.

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

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

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

 Dava dilekçesinde, Devletin bütçe imkânlarıyla gerçekleştiremeyeceği derecede mali boyutu yüksek olan projeler kapsamındaki birden fazla tesisin yapım ve yenileme işinin tek bir ihaleyle yaptırılmasının, sağlık sektöründe rekabeti ortadan kaldıran ve tekelleşmeye yol açan bir nitelik taşıdığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 167. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

 Kamu ihalelerinde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, kaynakların verimli kullanılmasının sağlanması kamu yararının ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu ilkelerin gözetilmesi kaydıyla, mal ve hizmet alımlarında hangi ihale usulünün uygulanacağının belirlenmesi kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucunun, tüm mal ve hizmet alımları için tek bir ihale usulünü benimsemesi zorunlu olmayıp çeşitli kamu hizmetlerinin görülmesinde ihtiyaç duyulan farklı nitelikteki mal ve hizmetler yönünden durumun gerektirdiği ölçüde farklılaşan ihale usulleri belirleyebilir.

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

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

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

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

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

**1- Birinci Cümle**

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

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

 Kanun'un 4. maddesinde "*sözleşme*" ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Maddenin (1) ve (2) numaralı fıkralarında, sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu, süresinin sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere idarece belirleneceği, yüklenicinin, yapım işlerinin projelendirilmesinden ve finansmanının sağlanmasından, yapımından, bakım ve onarımından, yükleniciye bırakılan hizmetlerin yerine getirilmesi ile ticari hizmet alanlarının işletilmesinden, sözleşme süresi sonunda yerleşkenin her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda Bakanlığa devredilmesinden ve sözleşme süresince üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan sorumlu olacağı ve yüklenicinin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde idarenin uğrayacağı zararın tazminine ve cezai şartlara ilişkin hükümlere sözleşmede yer verileceği belirtilmiş, diğer fıkralarda ise idarenin ve yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri ile bunların yerine getirilmemesinin müeyyideleri düzenlenmiştir.

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

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

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

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

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

 Dava konusu kuralda, idarenin, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetimini özel kişilere yaptırabileceği belirtilmiş, ancak yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini denetleyecek kişilerin nitelikleri ile yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmediğinin ya da usulsüzlük yapıldığının tespiti hâlinde uygulanacak yaptırım ve sonuçlarına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Maddi ve hukuki olayları tespit etmekten ibaret bir hazırlık işlemi niteliğindeki denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi mümkün ise de denetimi gerçekleştiren kişilerin niteliklerinin neler olduğunun ve yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmemeleri ya da usulsüzlük yapmaları durumunda uygulanacak yaptırım ve sonuçlarının hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde düzenlenmemiş olması, belirsizliğe yol açacağından bu hâliyle dava konusu kuralda yer alan *".veya denetletir*." sözcükleri hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

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

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

 Hicabi DURSUN ile Kadir ÖZKAYA bu görüşe katılmamışlardır.

 Kuralın Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

**2- İkinci Cümle**

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

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

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

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

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

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

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

**SONUÇ**

6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un “…VEYA DENETLETİR” ibresiyle denetim hizmetinin de devrini öngören hükmü iptaline, maddelerin yukarıda gösterilenleri yönünden davanın açılmamış sayılmasına, diğer hükümler yönünden iptal talebinin reddine karar verildi.

**DAVA DİLEKÇESİNDEKİ EKSİKLİK GEREKÇESİYLE DAVANIN AÇILMAMIŞ SAYILMASINA DAİR KARARA MUHALİF KALAN ÜYELERİN KARŞI OYU**

**KARŞIOY GEREKÇESİ**

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

|  |  |
| --- | --- |
| Üye  Mehmet ERTEN | Üye  Serdar ÖZGÜLDÜR |

|  |  |
| --- | --- |
| Üye  Osman Alifeyyaz PAKSÜT | Üye  Zehra Ayla PERKTAŞ |

**HİZMETLERİN DENETLENMESİNİN ÖZELLEŞTİRİLMESİNİ ÖNGÖREN HÜKMÜN İPTALİNE MUHALİF KALAN ÜYELERİN KARŞIOYU**

**KARŞIOY**

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

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

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

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

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

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

 İptali istenilen kuralla, kapsamı ve ayrıntıları 6428 sayılı Kanun ve bu Kanun uyarınca yapılacak ihale sonucunda idare ve yüklenici arasında özel hukuk hükümlerine göre düzenlenecek olan sözleşme ile belirlenmiş olan faaliyetlerin bütün aşamalarda **denetlettirilmesi**öngörülmektedir. Anılan denetimin konusunu, yüklenicinin, sözleşme ile belirlenmiş olan faaliyetleri, sözleşme ile öngörülen şekilde ve zamanında, tam olarak yerine getirip getirmediğinin tespiti oluşturmaktadır.

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

Denetim faaliyetinin, özel kişilere gördürülmesi halinde, denetimin kapsamı, konusu ve ayrıntıları, 6428 sayılı Kanun ve bu Kanun uyarınca yapılacak ihale sonucunda idare ve yüklenici arasında özel hukuk hükümlerine göre düzenlenmiş olan sözleşme gözetilerek, idare ile denetim hizmeti alınacak olan kişi arasında özel hukuk hükümlerine göre aktedilecek sözleşme ile belirlenecektir. Kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin genel ilkeler uyarınca, denetim hizmeti alınacak kişinin, söz konusu denetimi yapabilmesi için diğer ilgili mevzuatta aranılan koşulları taşıyacağı ve KÖİ sözleşmesi kapsamındaki faaliyetler konusunda denetim yapabilecek nitelikleri haiz olacağı tabiidir. Öte yandan, idare ile idare adına denetim yapacak olan kişi arasında düzenlenecek olan sözleşmeye uyulmaması halinde, ilgili kişinin, hem sözleşme hükümlerine göre hem de genel hükümlere göre sorumlu olacakları da tabiidir. Hal böyle olunca, denetimi gerçekleştiren kişilerin nitelikleri ile yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmemeleri ya da usulsüzlük yapmaları durumunda haklarında uygulanacak yaptırım ve sonuçlarının belirsizliğinden, dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılıktan söz edilemeyeceği sonucuna varılmakla, bu ibare yönünden davanın reddi gerektiği görüşüyle, aksi yönde oluşan çoğunluk kararına katılmıyoruz.

|  |  |
| --- | --- |
| Üye  Hicabi DURSUN | Üye  Kadir ÖZKAYA |

**6527 sayılı Yasa**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Esas Sayısı | : | 2014/92 |
| Karar Sayısı | : | 2016/6 |
| Karar Tarihi | : | 28.1.2016 |
| R.G. Tarih-Sayı | : | 03.03.2016-29642 |

**İPTAL DAVASINI AÇAN:**Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ, Engin  ALTAY ve Muharrem İNCE ile birlikte 121 milletvekili

**İPTAL DAVASININ KONUSU:** 26.2.2014 tarihli ve 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un; 23. maddesiyle değiştirilen, 21.2.2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (9) numaralı fıkrasının, 24. maddesiyle 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. Maddesinin, Birinci fıkrasının değiştirilen ikinci cümlesinde yer alan *".üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile.*" ve *".ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası.*" ibarelerinin, Eklenen (3) numaralı fıkrasının iptali talebidir.

"Sözleşme

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

(9) (Değişik: 26/2/2014-6527/23 md.) Mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini değiştirmemek kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir. Yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağının anlaşılması hâlinde bedel, ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncellenir ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemeler yapılır. Yüksek Planlama Kurulunun yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde; değişen fizibilite raporu veya projeler ve ilgili diğer belgeler Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunulur, Yüksek Planlama Kurulunun yeni yetkilendirmesine istinaden sözleşme taslağında ve eklerinde gerekli tadiller yapılır. Sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususlar sözleşmede belirlenir. Sözleşmenin sona erdirilmesi hâlinde kesin teminat mektubu iade edilir ve sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır.

 "Mevcut ihaleler ve yönetmelik

 GEÇİCİ MADDE 1- (3) (Ek: 26/2/2014-6527/24 md.) Bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idari yargı mercilerince verilen kararların gerekleri mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirilir ve işler buna göre yürütülür.

**G- Kanun'un 23. Maddesiyle Değiştirilen 6428 Sayılı Kanun'un 4. Maddesinin (9) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi**

**a- İptal Talebinin Gerekçesi**

 72. Dava dilekçesinde özetle, özel hukuk hükümlerine tabi kılınan sözleşmelere ilişkin mücbir sebep ve olağanüstü hallerin neler olduğunun açıklanmamış olması ve Kanun'da düzenlenmemesinin idareye geniş ve ölçüsüz takdir yetkisi tanıdığı ve hukuki belirlilik ilkesiyle bağdaşmadığı, hukukun temel ilkeleri arasında sözleşmeye bağlılık ilkesinin bulunduğu, sözleşmenin yapıldığında karşılıklı edimler arasında olan dengenin sonradan şartların olağanüstü şekilde değişmesinin adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırılık oluşturmaması için sözleşmenin değişen şartlara uydurulabileceği, bu uyarlamanın Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinden yararlanılarak gerçekleştirilebileceği ancak buna hâkimin karar vermesi gerektiği, öte yandan Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yüklenici lehine düzenlemelerin bulunduğu halde dava konusu kurallarla sözleşme bedelini doğrudan veya dolaylı olarak değiştirmenin gerekçesinin yaratıldığı ve ihtilaflara ilişkin düzenlemelerin Kanun'da bulunmasına rağmen dava konusu kuralın öngörülmesinin genel hukuk kuralları, sözleşmeye bağlılık ve dolayısıyla da hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, Anayasa'da ihaleye ilişkin hükümlerin bulunmaması nedeniyle kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal bir engel bulunmadığı ancak bunun kanun koyucunun hiç bir anayasal ilkeyle bağlı olmayacağı anlamına gelmeyeceği,  belirlenen usullerin dışına çıkabilmek için kamu yararının bulunması gerektiği oysa gerekli hazırlıklar yapılmadan ihalenin yapılıp sözleşmenin imzalanmasından sonra hukuki belirliliği olmayan ve hatta doğrudan hukuka aykırı olan gerekçelerle yapım işlerinin bedelinin doğrudan, diğer işlerin bedelinin ise sözleşme kapsamındaki işlerin ifasından vazgeçilmek suretiyle dolaylı bir şekilde yüklenici lehine değiştirildiği, bunu öngören yasal düzenlemelerin kamu yararına olmadığı gibi mali anlamda kamu zararına neden olacağının açık olduğu, bu durumun da hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, istekli olarak ihaleye giren ve üzerine ihale yapıldıktan sonra sözleşmeyi imzalayan yüklenicinin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün olmasına rağmen imzalanan sözleşmede sonradan doğrudan veya dolaylı yollarla değişiklikler yapılmasına olanak tanınmasına ya da sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususların sözleşmede belirlenmesine yönelik kurallar konulmasının ihalede saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerini bütünüyle ortadan kaldıracağı, düzenlemelerin üzerine ihale yapılan istekliye ihaleden sonra ayrıcalık tanıdığı için eşitlik ilkesine de aykırı olduğu, bunların yanında düzenlemenin Devlete verilen mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alma göreviyle de bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 167. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

 73. 6428 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca bu Kanun'un amacı; ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bu projeler için alınacak danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir. Kanun uyarınca gerçekleştirilecek kamu özel işbirliği (KÖİ) sözleşmeleri aynı maddenin (2) numaralı fıkrasının (ö) bendinde tanımlanmaktadır. Buna göre sözleşme: Yapım işlerinde özel amaçlı şirketle idare arasında; yenileme işleri ile bu Kanun çerçevesinde ihtiyaç duyulan araştırma, geliştirme, danışmanlık hizmetleri veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi için yüklenici ile idare arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılan sözleşme ve eklerini ifade etmektedir.

 74. Kanun'un 4. maddesinde, "*sözleşme*" ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Bu maddenin dava konusu (9) numaralı fıkrasında ise genel olarak, KÖİ modeli ile gerçekleştirilecek projelere ilişkin olarak yapılan sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılması, bedelin güncellenmesi ve sözleşmenin taraflarca karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi düzenlenmektedir.

 75. Maddenin dava konusu (9) numaralı fıkrasının birinci cümlesi, sözleşme bedeli değişmemek üzere mücbir sebep, olağanüstü hal ya da sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması ile sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hallerinde sağlık bakanının onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilmesini, ikinci cümlesi, yapım işlerinde mücbir sebep, olağanüstü hal veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle sözleşmeden öngörülen işin tamamlanmayacağının anlaşılması durumunda bedelin bakan onayı ile güncellenmesini ve buna bağlı düzenlemelerin yapılmasını, üçüncü cümlesi, Yüksek Planlama Kurulunun (YPK) yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde yeni fizibilite raporu veya diğer belgelerin Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunularak, Kuruldan yeni yetki almak suretiyle sözleşme taslağı ve eklerinde tadilat yapılmasını, dördüncü cümlesi, sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesi ile sözleşmedeki değişikliklerin sözleşmede öngörülmesini, beşinci cümle ise, sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesi hâlinde kesin teminat mektubunun iade edilmesini ve sözleşme konusu işlerin hesabının genel hükümlere göre yapılmasını öngörmektedir.

 76. Hukuk devletinin önemli bir unsuru olan belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmelerini gerektirmekte olup hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal dayanağının bulunması ve erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması gibi gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Asıl olan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.

77. Kanunların, ilke olarak genel ve nesnel nitelikte bulunmaları gerekir. Kanunun genelliği, onun belli bir kişiyi hedef almayan, özel, aktüel, geçici bir durumu gözetmeyen, fakat önceden saptanmış olup soyut şekilde uygulanabileceği bütün kişilere hitap eden hükümler içermesi demektir. Kanunun genel olması, yalnızca kanunun belli bir kişiyi veya kişileri göz önünde tutmaksızın genel hükümler koymasını, hukuki durumları soyut olarak düzenlemesini gerektirmektedir.

 78. Belirtildiği üzere Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi gereği kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma yetkisine sahip olup düzenlemenin kamu yararına, başka bir anlatımla ülke koşullarına uygun olup olmadığının takdiri kanun koyucuya aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek çıkarılıp çıkarılmadığı incelenebilir.

 79. Sağlık hizmetleri, nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Devletin, sağlık hizmetinin önemi ve ivediliği nedeniyle çeşitli tedbirler alması doğal ve zorunludur. Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında, Devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama ödevi verilmiştir. Sağlık hizmetinin sunumunu engelleyecek ya da zorlaştıracak engelleri gidermek üzere tedbir alınması Anayasa'nın Devlete verdiği yükümlülüklerin yerine getirilmesi zorunluluğunun bir gereğidir. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu geciktirilemez ve ikame edilemez. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanılacak türdeki hizmetlerdendir.

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

81. Anayasa Mahkemesinin 1.4.2015 tarihli ve E. 2013/50, K. 2015/38 sayılı kararında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere "*Kamu Özel İş Birliği*" modeli esas itibarıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının projelerinin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modelidir. KÖİ modeli, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının ihtiyaç duyduğu tesislerin idare ile projeyi yürütecek kişiler arasında karşılıklı hak ve yükümlülükleri içeren özel hukuk hükümlerine tabi sözleşme ile Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde mülkiyet yükleniciye devredilmeksizin sadece yüklenici lehine sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere üst hakkı tesis edilerek gerçekleştirilen, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetlerin yüklenici, kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetlerin ise idarenin sorumluluğunda olduğu kamu yatırım finansmanı çeşididir. Geleneksel kamu hizmeti sunumundaki dinamizm eksikliğine çare olarak öngörülen bu model, hem çok sayıda hizmet unsurunu içermesi nedeniyle karmaşık hem de uzun süreli bir ilişki barındırmaktadır. Çünkü sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi için gerekli finansmanın sağlanması uzun süreli ve esneklik içeren sözleşmeler yoluyla yapılmaktadır. Uzun vadeye yayılan bu model aynı zamanda büyük bir finansman gerektirmektedir. Bu modelde yüklenici, sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç 30 yılı geçmemek üzere idarece belirlenen süre boyunca tesisi kiralayacak ve kiralama süresinin sonunda tesisi, her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda ilgili kamu idaresine bedelsiz olarak devredecektir. Dolayısıyla gerçekleştirilecek yatırım özel sektör tarafından yapılsa da mülkiyeti kamuya ait bir tesis söz konusudur. Anayasa Mahkemesinin anılan kararında, 6428 sayılı Kanun'un genel gerekçesinden, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yayması, hizmeti kısa dönemde sunma fırsatı tanıması gibi avantajları dikkate alınarak sağlık hizmetlerinin sunumunda KÖİ modelinin benimsendiği ve bu amacın kamu yararına dönük olduğu belirtilmiştir.

 82. Kuralda geçen "*sözleşme eklerinin uygulanmasını etkileyen sebeplerin ortaya çıkması*" ya da "*sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi*" ibarelerinin düzenlenme amacının, mücbir sebep ya da olağanüstü hal kavramlarının dışında zaman içerisinde gerçekleşebilecek muhtemel sorunları çözerek sağlık hizmeti sunumunun sorunsuz devamını sağlayarak ihtiyaçları karşılamak olduğu anlaşılmaktadır. KÖİ modelinin uygulandığı hastanelerde ne zaman, hangi alanlarda ya da hangi nedenle ihtiyaç olacağının, bu ihtiyacın boyutunun ve ne zaman doğacağının önceden kanunla belirlenmesi olanağı yoktur. Sağlık hizmetinin önemi, ivediliği ve ertelenemez oluşu da dikkate alındığında bir an önce ihtiyaçların giderilmesi gerektiği de açıktır. Nitekim Kanun'un madde gerekçesinde özetle, sağlık hizmetlerinin niteliği ve yatırıma ayrılabilen kaynaklar göz önüne alınarak, sağlık hizmetlerinin kaliteli şekilde sürdürülebilmesi için finansman ihtiyaçlarının alternatif kaynaklardan karşılanması zorunluluğu nedeniyle geliştirilen KÖİ modelinin hayata geçmesi ve sorunsuz çalışabilmesi için oldukça karmaşık ve geniş kapsamlı olarak yapılan sözleşmelerin sürekli değişmesi ve güncellenmesi amacıyla düzenlendiği belirtilmiştir. Mücbir sebep niteliği taşımayan ancak sağlık hizmetinin yerine getirilmesini zorlaştıran nedenlerin gerçekleşebileceğinin önceden öngörülmesi mümkün olmadığından hastanelerde bulunması gereken yatak sayısını, tıbbi malzeme ihtiyacını belirlemek de olanaksızdır. Bunun yanında zaman içerisinde tıbbi teknolojinin değişmesi ve/veya gelişmesi yepyeni ihtiyaçlar ortaya çıkaracaktır. Böylece her yeni teknolojik gelişme ya da değişme sonucu sözleşme koşullarında değişiklik doğması olasıdır. Dolayısıyla sağlık hizmeti sunumunun eksiksiz yapılabilmesi için önceden belirlenmesi mümkün olmayan ihtiyacın ortaya çıktığı döneme göre sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılabilmesi için idareye takdir hakkı tanınmasında kamu yararı olduğu anlaşılmaktadır. Üstelik KÖİ modelinde özel sektör ile karmaşık ve uzun süreli ortaklık yapılmaktadır. Bu ortaklık kamu kaynaklarının ve bütçesinin sınırlı olması nedeniyle tercih edilmektedir. Yapılan yatırımlar oldukça büyük boyutlu ve kolay vazgeçilemeyecek niteliktedir. Kaldı ki yatırımın gerçekleşmesinden, özellikle kamu hizmeti sunumunun başlamasından sonra geri dönülmesi büyük kamusal zararlara neden olabilecektir. Finansmanın özel sektör tarafından karşılandığı düşünüldüğünde karşılıklı hükümler içeren sözleşmelerin yerine getirilmesinde kamu yararı olduğu açıktır.

 83. Diğer taraftan dava dilekçesinde ahde vefa yani söze bağlılık ilkesinden bahsedilmektedir. Bu ilke uyarınca sözleşme geçerli olarak kurulduktan sonra koşullar ne kadar değişirse değişsin, taraflar sözleşmenin gereğini aynen yerine getirmek zorundadırlar.  Ancak bu ilke mutlak ve sınırsız değildir. Sözleşmenin değişen koşullar karşısında feshi ya da yeni koşullara uyarlanması, kanunda özel olarak öngörülmüş olduğu gibi, genel olarak doğruluk ve dürüstlük kuralları gereği kabul edilen haller vardır. Bu haller her zaman sayılmak suretiyle belirtilemez. Bu durumda kanunlara genel hükümler konulabileceği gibi kanuna dayanmak üzere belirleme düzenleyici işlemlere bırakılabilmektedir. Sözleşmenin devamı sırasında ortaya çıkan nedenlerle sözleşmenin uygulanması taraf ya da taraflar için artık imkânsız hale gelmiş ya da sözleşmenin sürdürülmesi dürüstlük kuralına aykırı hâli gelmiş ise hâkimden uyarlama yapılmasını istemek mümkündür. Kanun koyucu, KÖİ modeli uygulamasında bu hususları kanun maddesi olarak ancak genel hüküm olarak düzenlemiştir. Diğer bir anlatımla kanun koyucu, sözleşmenin taraflarca kolaylıkla sona erdirilmesi yerine olabildiğince tadil edilmesi yoluyla devamını öngörmektedir. Bunu yaparken de uyarlama için hâkime başvurmak yerine tarafların aralarında anlaşma yoluna gitmelerini ve buna göre değişiklik yapılmasını uygun görmektedir. Zira uyarlamanın yargı kararı ile yapılması hem zaman alacak hem de taraflar açısından daha külfetli olacağı tartışmasızdır. Bu şekilde hem sözleşmenin devam etmesi sağlanırken ahde vefa ilkesinin istisnasını oluşturan sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması yine tarafların karşılıklı iradeleri ile gerçekleştirilmektedir. Aralarındaki sorununun yargı kararına gerek kalmaksızın karşılıklı irade ile çözülmesinin kamu menfaatini zedeleyen herhangi bir yön olmadığı gibi hem ivedi hem de daha etkili ve yararlı olacağından sağlık hizmetinin sorunsuz devamı açısından kamu yararına olduğu tartışmasızdır.

 84. Bu bağlamda dava konusu kural, belli bir kişiyi veya kişileri göz önünde tutmaksızın genel hükümler içermekte ve hukuki durumu soyut olarak düzenlemektedir. Ayrıca sözleşme ve sözleşme taslağında değişiklik ile sözleşmenin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi usulünü düzenleyen ve kamu yararı amacı dışında bir amaç güttüğü saptanamayan kural, belirtilen yönleri itibarıyla hukuk devleti ilkesine aykırı değildir.

 85. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık isteyen ve teknik konulara ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz. 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin diğer fıkralarında gerek sözleşme içeriğinde yer alacak hususlar gerek sözleşmeye riayet edilmemesi halinde gerçekleştirilecek yaptırımlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Nitekim belirtilen maddenin (2), (7), (8) ve (10) numaralı fıkralarında sözleşmeye riayet edilmemesi, taahhütlerin yerine getirilmemesi durumunda idarenin yapması gerekenleri ve uygulanacak yaptırımları içermektedir. Bunun yanında dava konusu kuralda sözleşme taslağında ve imzalanan sözleşmelerde değişiklik yapılmasına ilişkin genel esaslar ve koşullar belirlenmiştir. Buna göre fıkranın birinci cümlesinde sözleşme bedeli değişmemek üzere mücbir sebep, olağanüstü hal ya da sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması ile sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hallerinde sağlık bakanının onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilmesi, ikinci cümlede, yapım işlerinde mücbir sebep, olağanüstü hal veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle sözleşmeden öngörülen işin tamamlanmayacağının anlaşılması durumunda bedelin bakan onayı ile ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncellenmesi, üçüncü cümlede ise Yüksek Planlama Kurulunun yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde yeni fizibilite raporu veya diğer belgelerin Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunularak Kuruldan yeni yetki almak suretiyle sözleşme taslağı ve eklerinde tadilat yapılması öngörülmektedir. Kural uyarınca belirlenmeyen sadece önceden tespiti mümkün olmayan değişiklik nedenleridir. Belirtildiği üzere bu nedenlerin önceden belirlenmesi ve tek tek sayılması olanaklı değildir. Kuralın düzenlenme amacı bunun gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması ve ortaya çıktıktan sonra giderilmesi için gerekli değişikliklerin yapılabilmesidir. Kural farklı aşamalara ve durumlara göre düzenlenmiş ve değişiklik yapmanın sınırları belirlenmiştir. Nitekim kuralın ilk üç cümlesi sözleşme ve eklerinde değişikliğe ilişkin farklı hususları düzenlemiştir. Bu hususlar;

 1- Sözleşmenin uygulanabilirliğini ve anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, bedel değişikliği yapmaksızın, sözleşme ve eklerinde değişiklik,

 2- Sözleşmede yer alan bedelin güncellenmesi,

 3- YPK'nın yetkilendirme kararından sonra ön fizibilete raporu ve projelerde değişiklik yapılmasıdır.

 86. Bununla birlikte kuralda sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine ilişkin hususların da sözleşmede belirleneceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca kuralda geçen kavramların genel hükümlere, yargı kararlarına ve öğretiye göre belirlenmesi de mümkündür. Bununla birlikte gerek mücbir sebep gerek olağanüstü hal gerektiren olayların tek tek belirlenerek bunlara hukuki sonuç atfedilmesi olanaklı değildir. Kaldı ki belirtilen hususların yönetmelik gibi idari düzenleyici işlemlerle de tespit edilmesi mümkündür. Nitekim 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (13) numaralı fıkrasında "*Bu maddenin uygulanmasına ve sözleşmede yer alacak diğer konulara ilişkin hususlar yönetmelikle belirlenir.*" denilerek bazı hususların yönetmelikte açıklanacağı belirtilmiş, 9.5.2014 tarihli ve 28995 No.lu Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği'nin 59. maddesinde mücbir sebep halleri sayılmıştır. Dolayısıyla gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğunun bulunduğu alanlarda, idareye yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda ve değişen koşullara uyum sağlayabilecek esnekliğe sahip kriterlere uygun olarak kullanabileceği takdir alanı tanınmasının hukuki belirsizlik oluşturduğu söylenemez.

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

 88. Dava konusu kurallarla öngörülen sözleşme veya sözleşme taslağında gerekli değişikliklerin yapılması ile sözleşmenin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi durumu tekelleşmeye neden olmayacaktır. Zira sözleşmenin feshi nedenleri 6428 sayılı Kanun'da aynen devam etmektedir. Dava kurallar ile mücbir sebep, olağanüstü hal ve sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen nedenlerin gerçekleşmesi durumunda sadece sözleşme ve ekleri ile sözleşme taslağında tadilat yapılması söz konusudur. Sözleşmede değişikliğe neden olacak hususların neler olacağı konusunda idarenin de takdir hakkının olduğu, uygun görülmeyen hususların kabul edilmeyebileceği, bu durumda da yargı yoluna başvurulması gerektiği açıktır. Ayrıca konuyla ilgili kişilerin sonradan ortaya çıkan ve tadilata neden olan eylemlerin kanundaki şartları taşımadığını belirterek yine yargı yoluna gidilmesi de olanaklıdır. Dolayısıyla kuralın Anayasa'nın 167. maddesine aykırılığından da söz edilemez.

 89. Öte yandan dava dilekçesinde dava konusu kuralların Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir. İhaleyi kazanan ve idare ile sözleşme taslağını görüşen ya da bu aşamayı geçerek sözleşme imzalayan yüklenici ile diğer istekliler aynı hukuki durumda değildir. Eşitlik karşılaştırması yapılabilmesi için karşılaştırmaya esas alınacak kişi ya da grupların aynı veya benzer durumda bulunmaları gerekir. Yüklenici ile sadece ihaleye katılmış olan isteklilerin aynı durumda olmamaları nedeniyle eşitlik karşılaştırmasına tabi tutulamazlar. Bunun yanında ihalenin gerçekleşmesinden önce ya da sonra gerekli koşullar oluştuğu takdirde sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılabilmesi ilişkin hususları belirleme kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup nitekim 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda da sözleşmede değişiklik yapılması, devri ve feshine ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır. Kanun koyucu, dava konusu kural ile sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılabilmesinin genel çerçevesini belirlemiştir. Kanun'da belirtilen hallerin gerçekleşmemesi durumunda sözleşme şartlarında değişiklik yapılamayacağı açıktır. KÖİ modeli sözleşmelerinin niteliği ve süreleri dikkate alındığında ihalenin gerçekleşmesinden sonra değişen ve gelişen koşullara uygun olarak sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılamaması bu modelin işlememesine ve dolayısıyla da sağlık hizmeti sunumunu olumsuz etkilenmesine neden olabilecektir. Kaldı ki belirtilen aşamalarda bulunan tüm yüklenicilerin aynı hukuki kurallara tabi olacağı kuşkusuzdur. Yüklenici ile herhangi bir nedenle sözleşmenin yapılmaması ya da feshedilmesi durumunda diğer istekliler ile aynı işlemler yapılabilecek ve onların da aynı kurallara muhatap olabilecekleri açıktır. Dolayısıyla dava konusu kuralın eşitlik ilkesine aykırılığından söz edilemez.

 90. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 10. ve 167. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

 91. Engin YILDIRIM, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe katılmamışlardır.

Kanun'un 24. Maddesiyle 6428 Sayılı Kanun'un Geçici 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının Değiştirilen İkinci Cümlesinde Yer Alan "*.üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile.*" ve "*.ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası.*"İbarelerinin İncelenmesi

 a- İptal Talebinin Gerekçesi

 92. Dava dilekçesinde Kanun'un geçici 1. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki;

 a- *".üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile .*" ibaresine ilişkin olarak özetle; 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesi ile öngörülen üst hakkı tesisine ilişkin kurallar ile 6428 sayılı Kanun'daki kuralların birbirinden farklı olduğu, kırk dokuz yıl olan üst hakkı tesisine yönelik sürenin otuz yıla indirildiği ve değişiklik ile üst hakkı sözleşmesinin Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sağlık tesisi yanında hizmet alanları için de tesis edilebildiği, üst hakkı tesisinin süresinin ve ayrıca hizmet tesislerini de içerecek şekilde kapsamının değişmesi ile yapım ve işletme maliyetlerinin değişmesinin ihale yapıldıktan ve sözleşme imzalandıktan sonra ihale şartlarının da değişmesi sonucunu doğurduğu, oysa her ihalenin kendi şartları içinde değerlendirilmesi gerektiği, ihale yapıldıktan sonra ihalede teklif edilen bedeli değiştirecek değişiklikler yapılmasının ihalede rekabeti ortadan kaldıran ve üzerine ihale yapılan istekliye ayrıcalık tanıyan bir işlev gördüğü, sözleşmede üst hakkı sözleşmesi üzerinden değişiklikler yapılmasının sözleşmeye bağlılık ilkesi ile bağdaşmamasının yanında adil ve hakkaniyetli olmadığı ayrıca hukuki güvenlik, doğruluk, dürüstlük kuralına da uygun olmadığı, bu uygulamanın kamu yararı ölçütüyle örtüşmediğinden hukuk devleti ilkesine de aykırılık teşkil ettiği, bunların yanında ihalede rekabeti ortadan kaldırdığı ve ihale yapılan istekli lehine ayrıcalık tanıyan bir işlev gördüğü için eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu,

 b-  "*.ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası.*"ibaresine ilişkin olarak özetle; hukuki uyuşmazlıkların, uyuşmazlığa konu işlemin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan hukuk kurallarına göre çözülmesi gerektiği, bu ilkenin ihale ve sözleşme hukukunun temelini oluşturduğu, dava konusu kural uyarınca ihale işlerin sonradan yürürlüğe giren yasal kurallara göre sonuçlandırılmasının ihalelerde rekabeti ortadan kaldıran bir işlev görmesi nedeniyle hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil ettiği, idari yargı mercileri nezdinde davaların olduğu ve bunlardan bir kısmı için yürütmeyi durdurma kararı verildiği halde Kanun'un 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasının süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanacağı, bu davaların kimleri ilgilendirdiğinin belli olduğu, kanunların genelliği ilkesi uyarınca kuralların belli bir kişiyi hedef almayan, özel, aktüel, geçici bir durumu gözetmeyen, fakat önceden saptanmış olup soyut şekilde uygulanabileceği bütün kişilere hitap eden hükümler içermesi gerektiği öte yandan hukuki güvenliğin sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duyduğu güveni değil, aynı zamanda yürürlükteki hukuk düzeninin süreceğine duyulan güveni de içermesi nedeniyle yürürlükte bulunan yasal düzenlemelere göre verilmiş yargı kararlarını geçersiz kılan yasal düzenlemelerin yapılmasının bu ilkeyle bağdaşmayacağı, ayrıca bu durumun kamu yararı ilkesiyle de örtüşmediği, Kanun'un 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasına ilişkin olarak yer verilen iptal gerekçelerinin dava konusu kural yönünden de geçerli olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 138. ve 167. maddelerine aykırı olduğu,ileri sürülmüştür.

 b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

 93. Kanun'un geçici 1. maddesi, 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde bu madde çerçevesinde gerçekleştirilen ihalelerin nasıl sonuçlandırılacağını, uygulanacak kuralları, sözleşmelerin geçerliliğini, yapılan ihalelere karşı açılan davalarda verilen kararların nasıl yerine getirileceğini düzenlemektedir. Dava konusu ibareleri de içeren (1) numaralı fıkra; "*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ek 7 nci maddesi çerçevesinde ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işler mevcut ihale şartnamelerine göre sonuçlandırılır. (Değişik ikinci cümle: 26/2/2014-6527/24 md.) Ancak bu Kanunun üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile 3 üncü maddesinin yedinci fıkrası ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası, süreci devam eden ihalelere ve sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanır.*" şeklinde olup fıkranın birinci cümlesi, 6428 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesi gereğince ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işlerin mevcut ihale şartnameleri doğrultusunda gerçekleştirilmesini hükmederken üst hakkı ve sözleşme ya da sözleşme taslaklarında değişiklik yapılmasına ilişkin 4. maddenin (9) numaralı fıkrasının bu uygulamadan istisna tutularak süreci devam eden ihalelere ve sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanmasını öngörmektedir. Buna göre üst hakkı ile sözleşme ve eklerinde yapılacak değişiklikler ve sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin işlemlere 6428 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır.

 94. Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Hukuk devleti, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda kanunların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesini gerekli kılar. Geriye dönük düzenlemelerle kişilerin haklarının hukuki istikrar ve güvenlik ilkesi gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak kanunların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca, kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar; geçmiş, yeni çıkarılan bir kanunun etki alanı dışında kalır. Bu nedenle, sonradan yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.

 95. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında, kanunların geriye yürümezliği ilkesi ile ilgili olarak gerçek geriye yürüme ve gerçek olmayan geriye yürüme ayrımı yapılmaktadır. Gerçek geriye yürüme, yeni getirilen kuralın eski kural döneminde tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanmasıdır. Gerçek olmayan geriye yürüme ise yeni getirilen kuralın eski kural yürürlükte iken başlamakla beraber henüz sonuçlanmamış hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanması anlamına gelmektedir.

 96. 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca KÖİ modeli yatırımlarda sözleşmeler belirtilen sabit yatırım dönemi hariç en fazla otuz yıl olmak üzere yapılabilmektedir. Aynı Kanun'un 1. maddesi uyarınca sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere üst hakkı tesis edilebilmektedir. İdare ile yüklenici arasındaki hukuki ilişki belirtilen sürelerin sonuna kadar devam etmektedir. Dolayısıyla aralarındaki hukuki ilişki devam eder niteliktedir. Bu nedenle kazanılmış haktan ya da kesinleşmiş işlemlerden söz edilemez.

 97. Diğer yandan KÖİ modelinin ilk uygulamaları 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesine göre gerçekleştirilmekte iken 6428 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile bu Kanun hükümleri uygulanmaya başlanmıştır. Ek 7. maddeye göre ihaleyi kazanan gerçek veya tüzel kişilere tanınan üst hakkı en fazla kırk dokuz yıl olarak saptanmışken 6428 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile bu süre otuz yıla indirilmiştir. Ayrıca KÖİ modelinde sürekli ve bağımsız üst hakkı tanınması benimsenmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 826. maddesi üst hakkının sürekli ve bağımsız olması için en az otuz yıl olarak kurulması gerekmektedir. Dava konusu kural ile üst hakkına ilişkin süre otuz yıl olarak öngörülerek 6428 sayılı Kanun hükümleriyle uyumlu hale getirilmiştir. Bunun yanında Kanun'un 4. maddesinin (9) numaralı fıkrası sözleşme ve ekleri ile sözleşme taslağında değişiklik yapılması ve sözleşmenin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesine ilişkindir. Yeni koşulların ortaya çıkması durumunda ancak tarafların ortak iradeleri ile sözleşmede değişiklik yapabilmeleri ya da sözleşmeyi sona erdirmeleri söz konusudur. Böylece kişilerin iradelerinin tek taraflı etkisiz kılınması söz konusu değildir. Böylece dava konusu ibareler ile gerek TMK ve 6428 sayılı Kanun arasında gerekse sözleşmeler arasında eşgüdüm sağlanmasının amaçlandığı ve bu amacın kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki dava konusu ibareler ile 3359 sayılı Kanun döneminde yapılan sözleşmeler ile 6428 sayılı Kanun döneminde yapılan sözleşmeler aynı hükümlere tabi olabilecektir. Böylece yapılan değişiklik ile eski ve yeni kuralların geçerli olduğu dönemde yapılan üst hakkı ve sözleşmelere ilişkin uygulamalar ortak hükümlere tabi kılınmakta, kurallar arasındaki farklar giderilerek eşgüdüm sağlanmakta ve aynı hukuki durumdaki yükleniciler aynı hükümlere tabi olmaktadır. Bu anlamda yapılan değişikliklerin hukuki güvenlik ve istikrarı engellediği ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu söylenemez.

 98. Öte taraftan dava dilekçesinde "*.ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası.*"ibaresinin Anayasa'nın 138. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüştür. 138. maddede hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri, hiç bir organ, makam, merci veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı, görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda bulundukları, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükme bağlanmıştır.

99. Yasama organının mahkeme kararlarını değiştirememesi ilkesi yasama organının kanun yoluyla kesinleşmiş olan kararları ortadan kaldıramaması anlamına gelir. Mahkeme kararının kanun yoluyla değiştirilememesi ilkesi, maddi hukukta herhangi bir değişiklik yapmaksızın sadece somut mahkeme kararlarının kanun yoluyla değiştirilmesi ya da uygulanmasının engellenmesi hâlleri için söz konusu olacaktır.

 100. Dava konusu ibare ile mevcut ihaleler yönünden ile sözleşme ve eklerinin değiştirilmesi ve sona erdirilmesi konularına yönelik olup sözleşmeden doğan ihtilaflara ilişkin değildir. Zira kuralda devam eden yargılamalara uygulanacağına ilişkin hüküm olmadığı gibi bu konuda etkilediği açılmış bir dava olup olmadığının belirlenmesi ya da var ise kurala göre karar verilmesi de olanaklı değildir. Ayrıca kuralın yargılaması devam eden davalara uygulanmasına ilişkin bir Kanun'da ifade de yer almamaktadır. Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması da söz konusu değildir. Dolayısıyla yargı mercilerince verilecek kararların uygulanmasını öngören kural Anayasa'nın 138. maddesine aykırı değildir.

101. Açıklanan nedenlerle, dava konusu "*.üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile.*" ibaresi Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine, "*.ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası.*"ibaresi Anayasa'nın 2., 10. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

 102. Engin YILDIRIM, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "*.ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası.*"ibaresi yönünden, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN ise her iki ibare yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

 103. 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "*.ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası.*"ibaresinin Anayasa'nın 167. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

I- Kanun'un 24. Maddesiyle 6428 Sayılı Kanun'un Geçici 1. Maddesine Eklenen (3) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

 a- İptal Talebinin Gerekçesi

 104. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kural ile mevcut ihale dokümanlarında ve sözleşmelerde geçmiş ve geleceği kapsayacak şekilde düzenleme yapılmasının tüm ihalelerin temelinde yatan rekabet, eşit muamele ve güvenilirlik ilkelerini askıya alacağı, yolsuzluk ve usulsüzlükleri yasallaştıracağı, somut ihaleler hakkında verilmiş yargı kararlarını etkisiz hâle getireceği, mevcut ihale dokümanlarına göre ihale yapıldığı ve sözleşmeye bağlanarak hukuksal işlemin tamamlandığı halde ihaleden sonra değişiklik yapılması sonucu ihale dokümanına göre teklifte bulunan isteklilerin tekliflerini değiştirebilmelerinin engellendiği, bu durumun yapılmış ihalede saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin ve güvenirliliğin ortadan kalkması ve dolayısıyla yapılmış ihalenin hukuken sakatlanması sonucunu doğuracağı, uygulamanın adil ve hakkaniyete uygun olmamasının yanında kamu yararı ölçütüyle, hukuk devleti ve sözleşmeye bağlılık ilkeleri ile üzerine ihale yapılan istekliye ayrıcalık tanınması sonucunu doğurması nedeniyle de kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı, bununla birlikte idari yargı mercilerinde görülmekte olan hukuki uyuşmazlıklar için her aşamada verilecek her türlü yargı kararının gereğinin, yargı kararı doğrultusunda değil, mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirilmesi ile hukuk yollarının kapatılmış olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

 b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

 105. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesi yönünden de incelenmiştir.

  106. Dava konusu kural, 6428 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihinden önce 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesine göre yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idari yargı mercilerince verilen kararların gereklerinin ihale dokümanı ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirilmesini öngörmektedir.

 107. Hukuk devletinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve korunması esas olduğundan, kişilere etkili hak arama imkânı sağlayan güvencelerin de tanınması gerekmektedir. Bu çerçevede Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" denilerek, herkese, adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme imkânı sağlanmıştır. Böylece kişilerin hukuki güvenlikleri etkin bir koruma mekanizmasına kavuşturulmuştur. Mahkeme kararlarının değiştirilememesi, yasamanın ve yürütmenin kesinleşmiş yargı kararlarıyla oluşmuş hukuksal durumlara dokunamaması ya da bunları ortadan kaldıramaması hukuk devletinin temel ilkelerindendir. Nitekim Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında da "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle, davaya taraf olan kişinin anayasal güvencelerinin etkin olarak korunması ve hukuka uygunluğun sağlanması için, idarenin kendisi hakkında verilen nihai yargı kararlarına uyması gerekmektedir.

108. Adalete olan inancın ve güven duygusunun sarsılması,  Devletin temeli sayılan adaleti koruyan ve sağlamakla görevli yargı organını işlevsiz hâle getirecek, yargı kararının bağlayıcılık ifade etmemesi algısı yaratıldığında ise idareye keyfi davranış sergileme imkânı verilmiş olacaktır.

 109. Bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme, mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme, yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan hak arama hürriyetinin olmazsa olmaz koşuludur. Hak arama özgürlüğünün bir gereği olan mahkemeye erişim hakkı, yargılama sonunda verilen kararın etkili bir şekilde aynen ve gecikmeksizin uygulanmasını da gerektirmektedir. Mahkeme kararlarını uygulanamaz hâle getiren düzenlemeler, mahkemeye erişim hakkını da anlamsız kılacaktır.

 110. Kişilerin, Devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zira hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir. Mahkeme kararlarının bağlayıcılığını ve gecikmeksizin uygulanmasını sağlayacak etkili tedbirlerin alınması hukuk devletinin asgari gereklerindendir.

 111. Kamu bütçesini aşacak boyutta finansman gerektiren KÖİ modeliyle yapılan yatırımların kapsamı, boyutu, ekonomik değeri ve sağlık hizmetine yapacağı katkılar düşünülerek ihale sürecine ilişkin işlemlerin ve sonrasında imzalanan sözleşmelerin mümkün olduğu ölçüde sürdürülmesinin hedeflenmesinde kamu yararı olduğu açıktır. Gerekçesine bakıldığında dava konusu kuralın, 6428 sayılı Kanun kapsamında kapsamda yapılan işlerin önemi ve yüksek maliyeti ve uluslararası finans kuruluşlarının uzun süreli ve hukuki anlamda güven içeren yatırımlara destek vermeleri nedeniyle ihalenin tümüyle iptal edilmeksizin bazı tadilatlarla düzeltilebilmesi, hukuka dolayısıyla da mahkeme kararlarına uygun hâle getirilebilmesi için idari yargı mercilerince verilecek kararlar çerçevesinde ihale dokümanı ve sözleşmelerde gereken düzenlemelerin yapılması suretiyle işlerin yürütülmesi amacıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır.

 112. Kural uyarınca sözleşmeler ve ihale dokümanları iptal edilmeyecek, mahkeme kararlarının gerekleri yönünde değiştirilecektir. Böylece hem mahkeme kararlarının gerekleri yerine getirilecek hem de sözleşme ve ihale süreci devam edebilecektir. Dolayısıyla dava konusu kural uyarınca idari yargı organları tarafından verilen kararların uygulanmamasını ya da geciktirilmesini öngörmemekte, sadece bu kararların uygulanma şeklini göstermektedir. Diğer anlatımla kural, yargının verdiği ve bağlayıcı olan kesin hüküm niteliğini almış yargı kararlarının etkili bir şekilde aynen ve gecikmeksizin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Doküman ya da sözleşmelerde kararlar doğrultusunda değişiklik yapılması, kararların yerine getirilmemesi anlamını da taşımaz. Kural, idarenin mahkeme kararını değiştirebilmesine değil sadece karar doğrultusunda doküman ya da sözleşmenin değiştirilmesini hükmetmektedir. Kaldı ki yargı organı tarafından ihalenin tamamen iptal edilmesi ya da ana unsurlarının iptal edilmesi durumunda doküman ya da sözleşmelerde değişiklik yapılması olanağının da ortadan kalkacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle kural, doküman ya da sözleşmede değişiklik yapılarak uygulanması mümkün haller için geçerlidir. Tüm bunlara rağmen kararın yerine getirilmediğinin düşünülmesi durumunda yeniden yargı yoluna gidilmesi de mümkündür. Dolayısıyla dava konusu kural hak arama özgürlüğüne, hukuki güvenlik ve hukuk devleti ile mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkelerine aykırılık teşkil ettiği söylenemez.

 113. Öte yandan dava dilekçesinde kuralın eşitlik ilkesine de aykırı olduğu ileri sürülmüştür. İhaleyi kazanan ve idare ile sözleşme taslağını görüşen ya da bu aşamayı geçerek sözleşme imzalayan yüklenici ile diğer istekliler aynı hukuki durumda değildirler. Eşitlik karşılaştırması yapılabilmesi için karşılaştırmaya esas alınacak kişi ya da grupların aynı veya benzer hukuki durumda bulunmaları gerekir. Yüklenici ile sadece ihaleye katılmış olan diğer isteklilerin aynı durumda olmamaları nedeniyle eşitlik karşılaştırmasına tabi tutulamazlar. Üstelik belirtilen aşamalarda bulunan tüm yüklenicilerin aynı hukuki kurallara tabi olacağı kuşkusuzdur. Haklarında verilmiş yargı kararı bulunan yüklenicilerin dava konusu kurala tabi olacakları kuşkusuzdur. Yüklenici ile herhangi bir nedenle sözleşmenin yapılmaması ya da feshedilmesi durumunda diğer istekliler ile aynı işlemler yapılabilecek ve onların da aynı kurallara muhatap olabilecekleri açıktır. Dolayısıyla dava konusu kuralın eşitlik ilkesine aykırılığından söz edilemez.

 114. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

 115. M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe katılmamışlardır.

G- 23. maddesiyle değiştirilen, 21.2.2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (9) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Engin YILDIRIM, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA,

        H-  24. maddesiyle 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin;

            1- Birinci fıkrasının değiştirilen ikinci cümlesinde yer alan;

           a- *".üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile.*" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın  karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b-*".ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Engin YILDIRIM, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve 6216 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA,

            2- Eklenen (3) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

**KARARA MUHALİF KALAN ÜYELERİN KARŞIOYLARI**

**KARŞIOY GEREKÇESİ**

Muhtelif kanunlarda değişiklik yapılması amacıyla milletvekillerince verilen 4 ayrı kanun teklifi Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Plân ve Bütçe Komisyonunda birleştirilerek görüşülmüş ve TBMM Genel Kuruluna sevkedilmiş ve 26.2.2014 tarih ve 6527 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" olarak kabul edilerek 1.3.2014 tarih ve 28928 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

 Bu Kanun'un 3. maddesi ile 6831 sayılı Kanun'un Ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkranın 2. cümlesinde yer alan "...bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz..." ibaresi ile Kanun'un 17. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesine eklenen (15) numaralı fıkranın ve Kanun'un 18. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesine eklenen (9) numaralı fıkranın anılan kanun tekliflerinde yer almadığı ve bu kuralların TBMM Plân ve Bütçe Komisyonunca birleştirilen metne eklendiği anlaşılmaktadır.

 Anayasa'nın 88. maddesinde "Kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir.

 Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir." denilmektedir. Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının ihlâli sonucu bir yasalaştırma söz konusuysa, bu konudaki ihlâl Anayasa'nın 148. maddesi anlamında bir "şekil sakatlığı"na değil, doğrudan 88. maddesine aykırı düşer ve yapılacak anayasal denetimin, "şekil bakımından" değil, "esas bakımından" söz konusu olması gerekir. 88. maddenin ikinci fıkrasındaki "Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir" hükmünün de, bu açıklama çerçevesinde yorumlanması ve bu düzenlemenin aynı maddenin birinci fıkrasındaki anayasal hüküm doğrultusunda anlaşılması ve hüküm ifade etmesi gerekir. Yani, birinci fıkraya aykırı bir durum söz konusu ise artık ortada doğrudan bir Anayasa ihlâli söz konusu olacak ve Anayasa'nın bu hükmünün bir tekrarından ibaret olan TBMM  İçzüğü'nün 35. maddesinin ihlâli nedeniyle, Anayasa'nın 148. maddesinde belirtilen (ve son oylamaya ilişkin olmadığından kanunun iptalini gerektirmeyen) bir şekil sakatlığından ve şekil denetiminden değil; 88. maddenin birinci fıkrasının ihlâli sonucu esası ilgilendiren bir sakatlıktan ve esas denetimden söz edilebilecektir.

Davanın somutu ile ilgili olarak düzenleme öngören TBMM İçtüzüğü'nün "Komisyonların yetkisi, toplantı yeri ve zamanı" başlıklı 35. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir: "Komisyonlar, kendilerine havale edilen kanun tasarı ve/veya tekliflerini aynen veya değiştirerek kabul veya reddedebilirler; birbirleriyle ilgili gördüklerini birleştirerek görüşebilirler ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca kendilerine ayrılan salonlarda toplanırlar.

 Ancak, komisyonlar, 92 nci maddedeki özel durum dışında kanun teklif edemezler, kendilerine havale edilenler dışında kalan işlerle uğraşamazlar. Başkanlık Divanının kararı olmaksızın Genel Kurulun toplantı saatlerinde görüşme yapamazlar ve kanun tasarı ve tekliflerini bölerek ayrı ayrı metinler halinde Genel Kurula sunamazlar."

 İçtüzüğün 35. maddesinin yukarıdaki açık metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, komisyonların kendilerine havale edilen Kanun tasarı ve tekliflerini görüşme yetkileri sınırlandırılmış olup, Komisyonların İçtüzüğün 92. maddesindeki özel durum dışında (genel veya özel af ilanını içeren kanun tasarı ve teklifleri) kanun teklif etme yetkileri yoktur. Yukarıda belirtilen yasa değişiklikleri önerilen teklif metinlerinde olmadığı halde Plân ve Bütçe Komisyonu tarafından birleştirilen metne ilave edilerek kanunlaştırıldığından, bu durum Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasına (dolayısiyle de bu hükmün açıklaması mahiyetinde bulunan TBMM İçtüzüğü'nün 35. maddesine) açıkça aykırı düşmektedir.

                    Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının açık âmir hükmü karşısında, TBMM İçtüzüğü'nün 87 nci maddesi gerekçe gösterilerek, görüşülmekte olan bir tasarı veya teklifin konusu olmayan "başka" kanunlarda ek ve değişiklik getiren "yeni bir kanun teklifi mahiyetindeki"  değişikliklerin "Genel Kurul" tarafından da yapılamayacağı açıktır.

 Anayasa'nın 148. maddesindeki "Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı. hususları ile sınırlıdır." hükmünün de bu belirlemeye etkisinin olamayacağı kuşkusuzdur. Gerçekten, 88 nci maddenin birinci fıkrasına açıkça aykırı bir yasama faaliyeti sözkonusu olduğundan, Genel Kurulca öngörülen çoğunlukla yapılacak bir "son oylama"nın belirtilen Anayasa'ya aykırılığı düzelteceği kabul edilemez. Ancak 88 inci maddenin birinci fıkrasına uygun bir yasama faaliyeti içerisinde 148 inci maddedeki "şekil denetimi" kuralı işletilebilir. Davanın somutunda ise yukarıda açıklandığı üzere, aksi yönde bir yasama faaliyeti bulunduğu görüldüğünden; 148 inci maddenin bu davanın somutunda uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. (Bu konudaki bir inceleme için bkz.: Torba Yasalar ve Yasama sürecindeki İçtüzük Hükümlerinin Şekil Denetimi Sorunu, Hıfzı DEVECİ, TBB Dergisi, 2015 (117) s. 55-90)

 Esasen Anayasa Mahkemesinin 25.12.2008 tarih ve E.2008/71, K.2008/183 sayılı kararına (RG 9.4.2009, Sayı:27195) konu iptal davası başvurusunun içeriğinden de, bu şekildeki bir uygulamanın TBMM İçtüzüğü'nün 35. maddesine aykırı düştüğünün TBMM Başkanlığınca saptandığı ve ilgili komisyona kabul edilen tasarı metninin iade edilmesine karşılık, ilgili komisyonca iade edilen tasarı metninin yeniden bir üst yazı ile Genel Kurulun onayına sunulmak üzere TBMM Başkanlığına geri gönderildiği ve akabinde yasalaştığı anlaşılmaktadır.

 Açıklanan nedenlerle; yukarıda işaret edilen kuralların Anayasa'nın 88. maddesine aykırı düşmesi nedeniyle iptaline karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaştığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

|  |  |
| --- | --- |
| Üye  Serdar ÖZGÜLDÜR | Üye  Serruh KALELİ |

**KARŞIOY GEREKÇESİ**

 26.2.2014 tarihli ve  6527 sayılı, Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un bazı maddelerinin iptallerine karar verilmesi istenmiştir. Bu kapsamda aşağıdaki kuralların da iptali istenmiş, ancak Mahkememiz çoğunluğu tarafından kurallar Anayasaya aykırı bulunmayarak iptal talebi reddedilmiştir.

 Aşağıda belirtilen kuralların, açıklanan nedenlerle Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

 I- Kanun'un 23. Maddesiyle Değiştirilen 6428 Sayılı Kanun'un 4. Maddesinin    (9) Numaralı Fıkrası

 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un iptali istenen,  4. maddesinin 9 numaralı fıkrası şu şekildedir:

 "*(9) Mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini değiştirmemek kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir. Yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağının anlaşılması hâlinde bedel, ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncellenir ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemeler yapılır. Yüksek Planlama Kurulunun yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde; değişen fizibilite raporu veya projeler ve ilgili diğer belgeler Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunulur, Yüksek Planlama Kurulunun yeni yetkilendirmesine istinaden sözleşme taslağında ve eklerinde gerekli tadiller yapılır. Sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususlar sözleşmede belirlenir. Sözleşmenin sona erdirilmesi hâlinde kesin teminat mektubu iade edilir ve sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır."*

 Kural, Mahkememiz çoğunluğu tarafından, uzun süreli bir sözleşmede bu gibi değişikliklerin yapılması ihtiyacının olabileceği, kanun koyucunun mümkün olduğunca sözleşmeyi sona erdirmeden devam ettirme amacında olduğu, bu açıdan bu gibi düzenlemeleri yapma konusunda takdir yetkisine sahip olduğu gerekçeleriyle Anayasaya aykırı bulunmamıştır.

 İptali istenen fıkrada, kamu özel ortaklığı kapsamında yapılan ihaleler ve  imzalanan sözleşmelerde daha sonra değişiklik yapılması ihtiyacı ortaya çıkarsa bunların ne şekilde yapılacağına ilişkin olarak çeşitli durumlar öngörülmüş ve bu durumlara ilişkin olarak çözüm getirilmeye çalışılmıştır.

 Getirilen düzenlemenin genel gerekçesi kapsamında şu hususlara yer verilmiştir: ".*Kamu Özel İşbirliği projelerinin ülkemizde yeni uygulanmaya başlanması, yüksek bütçeli olup uzun vadeye dayanması sebebiyle projelerin temelini oluşturan karmaşık sözleşmelerin gelişen hal ve durumlar için gözden geçirilip güncellenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde projelerin kolaylıkla sona erdirilmesi gündeme gelecektir ki; bu durumda ortaya çıkacak zarar kamuya, hem hizmetlerin aksaması hem de maddi kayıp olarak yansıyacaktır. Ayrıca yapısı gereği uluslararası nitelikte ve büyük ölçekli olan bu projelerin sona erdirilmesi hizmetler ve maliyette ortaya çıkan zararın yanı sıra uluslararası piyasada; ülkemiz adına güven ve yatırımcı kaybına da sebebiyet verecektir. Bu sebeplerden dolayı Teklif ile sözleşmelerde değişiklik yapılması ve bu değişikliklere ilişkin hükmün Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış sözleşmelere de uygulanması amaçlanmıştır. Ayrıca bu kapsamda yapılan işlerin önemi ve yüksek maliyeti dikkate alınarak idari yargı mercilerince verilecek kararlar çerçevesinde ihale tümüyle iptal edilmeksizin, ihale dokümanı ve sözleşmelerde kararların gerektirdiği düzenlemeler yapılarak işlerin yürütülmesi öngörülmüştür."*

 Kanun koyucu, yüksek maliyet gerektiren ve uzun süreli yapılması gereken yatırımların özel sektör tarafından yapılıp, sağlık hizmeti verilmesini sağlamak amacıyla kamu  özel işbirliği (KÖİ) usulünü kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesinin  14.2.2013 tarih ve E. 2011/150, K. 2013/30 sayılı kararında KÖİ, "*özel sektörle kamu idaresi arasında, bir hizmetin tasarlanması, yapımı, kiralanması, ortaklık kurulması ve finansmanının sağlanması, işletilmesi gibi unsurların bileşiminden oluşan ve özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler üzerinden uygulanan bir işbirliği modelidir."*şeklinde tanımlamıştır.  Buna göre, KÖİ modeli, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının ihtiyaç duyduğu tesislerin idare ile projeyi yürütecek kişiler arasında karşılıklı hak ve yükümlülükleri içeren özel hukuk hükümlerine tabi sözleşme ile Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde mülkiyet yükleniciye devredilmeksizin sadece yüklenici lehine sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere üst hakkı tesis edilerek gerçekleştirilen, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetlerin yüklenici, kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetlerin ise idarenin sorumluluğunda olduğu kamu yatırım finansmanı çeşididir.

 KÖİ'ne ilişkin sözleşme, 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre özel hukuk hükümlerine tabi olmakla beraber, sözleşmenin kurulması özel hukuk hükümlerine göre tarafların bir araya gelerek akit serbestisi çerçevesinde sözleşmenin şartlarını belirlemeleri şeklinde olmamakta;  öncesinde,  kiminle sözleşme yapılacağının ve sözleşmenin şartlarının belirlenmesi için, söz konusu Kanun'un 3. maddesi gereğince ayrıca bir de ihale yapılması gerekmektedir. Nitekim, Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasında "*İhalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, kaynakların verimli kullanılmasını, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasını sağlamak esastır",*denilmiş, maddenin müteakip fıkralarında ihalenin ne şekilde yapılacağı açıklanmış, arkasından 4. maddede de sözleşmenin yapılması düzenlenmiştir.

 Buna göre idare, yapılan ihalelerde saydamlığı, rekabeti eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun zamanda ve şartlarda karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur. Özel hukuk sözleşmelerinde iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun suretle rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur. Özel hukuk sözleşmelerinde uyulması gereken kurallar kamu hukuku için yeterli değildir. İdarenin özel hukuka göre yapacağı sözleşmelerde uyacağı birçok kural vardır. Bu kuralların başında ekonomik açıdan en avantajlı teklifi değerlendirmek vardır. Ayrıca idare sözleşme yapacağı kişiyi ve yeri serbestçe seçememektedir. Kanun koyucu, bu şekilde sözleşme öncesinde ihale süreci öngörerek, kamu yararının daha iyi gerçekleşmesini sağlamaya çalışmaktadır.

 KÖİ'ne ilişkin sözleşmeler uzun süreli olduklarından, zamanla değişen şartlara sözleşmenin uyarlanması, öngörülmeyen durumlara göre gözden geçirilmesi gerekebilir. Ancak, kamu yararı gereği, ihale sürecinden sonra kurulan sözleşmenin, ihale sonucuna göre yapılması gerekli olduğu gibi, daha sonraki değişikliklerin de bu esas çerçevesinde gerçekleştirilmesi, ihaleyi anlamsız hale getirecek şekilde yapılmaması gerekir.

 Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında belirtildiği üzere, Anayasa'nın  2. maddesi gereğince hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

 Hukuk devletinin önemli bir unsuru olan belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmelerini gerektirmekte olup hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal dayanağının bulunması ve erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması gibi gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Asıl olan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.

 İptali istenen fıkranın birinci cümlesinde, "*Mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini değiştirmemek kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir"*denilmiştir.

 Buna göre, sözleşme bedeli değişmemek üzere mücbir sebep, olağanüstü hal ya da sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması ile sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hallerinde Sağlık Bakanının onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilmesi öngörülmektedir. Bu cümle, ihalenin yapılıp sözleşmenin imzalanmasından sonra,  sözleşmenin uygulanma aşamasına ilişkindir.

 Kuralda geçen, *"mücbir sebepler, olağanüstü haller"* ibareleri, geniş bir anlama sahip olmakla beraber, anlamı ve kapsamı gerek kanunlarda gerekse uygulamada açıklığa kavuşturulduğundan bu konularda bir belirsizlik olduğunu söylemek uygun değildir. Keza, söz konusu hallerde, sözleşmenin yeni şartlara göre uyarlanması da bir gerekliliktir. Ancak, cümlenin devamındaki,   "..*veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde."*ibareleri, son derece geniş olup, mücbir sebep veya olağanüstü hal dışında bir başka nedenden dolayı da sözleşmenin değiştirilmesine izin vermektedir. Bu hükme göre, bedel aynı kalmak kaydıyla sözleşmenin diğer unsurları değiştirilebilecektir. Bu kapsamda bedel değiştirilmeden, örneğin  yüklenicinin borçları hafifletilebilecek yahut ağırlaştırılabilecektir. Bu şekilde bedel değişmese de, edim değiştirilebildiğinden, bedelin de bundan dolaylı olarak etkilenmesi kaçınılmazdır. Bu şekilde taraflar, ihale sürecinin tamamlanmasından sonra, sözleşmenin önemli unsurlarında değişiklik yaparak, daha önceki ihale sürecini anlamsız hale getirebileceklerdir. Kural bu haliyle, belirsiz olup idareye, keyfiliğe yol açabilecek geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bu durumun, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edeceği açıktır.

 Tarafların sözleşmede yapabilecekleri değişikliklerin geçerli olmasını, Bakanın onayına tâbi kılmak da, yukarıda belirtilen sakıncayı gidermek için yeterli bir güvence oluşturmamaktadır.

 Fıkranın ikinci cümlesinde sözleşmede değişiklik yapılmasını öngören bir  diğer durum düzenlenmiş ve "*Yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağının anlaşılması hâlinde bedel, ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncellenir ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemeler yapılır"*denilmiştir*.*

 Bu cümlede de, yapım işlerinde mücbir sebep, olağanüstü hal veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen işin tamamlanmayacağının anlaşılması durumunda bedelin Bakan onayı ile güncellenmesi ve buna bağlı düzenlemelerin yapılması öngörülmektedir. Güncelleme ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak yapılacaktır. Bu cümle, birinci cümle gibi yapım aşamasına ilişkindir; ancak ondan farklı olarak bedel değişikliği yapılabilmektedir; burada bedelin de güncellenmesi, çok yüksek ihtimalle artırılması kabul edilmiştir.

 Şu halde yukarıda incelenen birinci cümledeki duruma benzer şekilde, bu cümlede düzenlenen duruma göre de,*"mücbir sebepler ve  olağanüstü hâller"*dışında,  "*yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağının anlaşılması hâli"*son derece geniş ve belirsiz olup, idareye çok geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Ayrıca, yukarıda birinci cümle açısından ifade edildiği üzere, ihale yapılıp tamamlandıktan sonra, sözleşmede değişiklik yapılarak, daha önce yapılan ihalenin anlamsız ve etkisiz hale getirilmesi mümkündür.

 İptali istenen fıkranın üçüncü cümlesinde ise "*Yüksek Planlama Kurulunun yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde; değişen fizibilite raporu veya projeler ve ilgili diğer belgeler Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunulur, Yüksek Planlama Kurulunun yeni yetkilendirmesine istinaden sözleşme taslağında ve eklerinde gerekli tadiller yapılır"*şeklinde bir düzenleme getirilmiştir.

 Bu hükme göre de, ihaleden sonra, ancak sözleşmesinin yapılmasından önceki aşamada, "*ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde"* Yüksek Planlama Kurulundan yeni duruma göre yetkilendirme alarak, sözleşme taslağında ve eklerinde gerekli değişiklikler yapılabilecektir. Burada da yine ihale bedelinin değiştirilmesini gerektiren bir değişiklik olması halinde, yeni duruma göre, ihale bedelinin  değiştirilmesi, çok yüksek ihtimalle artırılması öngörülmüştür. Ancak burada, değişikliğin gerçekleşebilmesi, Bakanın onayı ile değil, Yüksek Plânlama Kurulunun yetkilendirmesi ile gerçekleşebilecektir.

 Bu cümle açısından yine, "*ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde"* ibaresi  son derece geniş ve belirsiz olup, idareye çok geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Ayrıca, yukarıda incelenen birinci ve ikinci cümleler açısından ifade edildiği üzere, ihalenin tamamlanmasından sonra, sözleşme şartlarında değişiklik yapılarak, ihalenin anlamsız ve etkisiz hale getirilmesi mümkündür.

 İptali istenen fıkranın dördüncü ve beşinci cümlelerinde Anayasaya açık bir aykırılık bulunmamakla beraber, Mahkememiz çoğunluğu tarafından, fıkranın bir bütün olarak Anayasaya uygunluğu oylanıp değerlendirildiğinden, önceki cümlelere bağlı olarak bu cümlelerin de Anayasaya aykırı olduğu kabul edilmiştir.

 Yukarıda belirtilen gerekçelerle, 6527 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle değiştirilen,  6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (9) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, çoğunluğun görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

 II- Kanun'un 24. Maddesiyle Değiştirilen 6428 Sayılı Kanun'un Geçici 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının İkinci Cümlesinde Yer Alan *".ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası.*"İbareleri

 Dava konusu ibareleri de içeren geçici 1. maddenin 1. fıkrası şu şekildedir;

*(1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ek 7 nci maddesi çerçevesinde ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işler mevcut ihale şartnamelerine göre sonuçlandırılır. Ancak bu Kanunun üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile 3 üncü maddesinin yedinci fıkrası ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası, süreci devam eden ihalelere ve sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanır."*

 Görüldüğü gibi, geçici 1. maddenin 1. fıkrasının birinci cümlesinde, 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde süreci başlatılan ihalelerin, yeni hükümlerde belirtilen usule göre değil, mevcut ihale şartlarına göre, yani kaldırılan ek 7. maddede öngörülen şekilde  sonuçlandırılacağı kabul edilmiştir. İptali istenen ibarelerin de yer aldığı ikinci cümlede ise, süreci başlatıldığı için kaldırılan ek 7. maddeye tâbi kılınan ihalelerde ve sözleşmesi imzalanmış işlerde, üst hakkı tesisine ilişkin hükümler, 3. maddenin 7. fıkrası  ile 4. maddenin 9. fıkrasındaki hükümler istisna tutulmuş ve onlara da uygulanması kabul edilmiştir. Buna göre, süreci başlatıldığı için  ek 7. madde kapsamındaki ihalelere ve sözleşmesi tamamlanmış işlere de, yukarıda (1 numaralı başlıkta) incelenen 4. maddenin 9. fıkrası hükümleri uygulanacaktır.

 İptali istenen ibareler Mahkememiz çoğunluğu tarafından Anayasaya uygun bulunup, iptal talebi reddedilmiştir.

 İptali istenen ibarelerden  ".*üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile."*kısmına ilişkin ret kararı kanaatimizce isabetli olmakla beraber;*". ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası."*ibarelerinin iptali talebinin de reddedilmesi isabetli olmamıştır.

İptali talep edilen *". ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası."*ibareleri yukarıda incelediğimiz ve Anayasaya aykırı olduğunu düşündüğümüz, 4. maddenin 9. fıkrasına atıf yapmaktadır. O nedenle, yukarıda 1 numaralı başlık altında incelenen 4. maddenin 9. fıkrasına ilişkin Anayasaya aykırılık nedenleri burada da geçerlidir.

 Yukarıda açıklanan nedenlerle  6428 Sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *".ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası.*" ibarelerinin de Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, çoğunluğun görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Üye  Alparslan ALTAN | Üye  Celal Mümtaz AKINCI | Üye  Erdal TERCAN |

**KARŞIOY GEREKÇESİ**

 1-  6428 sayılı Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasında, 6527 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce mücbir sebep hâllerinde sözleşmenin sona erdirilmesi düzenlenmekte iken, yapılan değişiklikle mücbir sebeplerin yanında "olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini değiştirmemek kaydıyla" Sağlık Bakanının onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabileceğinin; ayrıca "yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağının anlaşılması hâlinde" bedelin, ihalede nihaî teklifin verildiği tarih esas alınarak güncelleneceğinin ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemelerin yapılacağının hükme bağlandığı anlaşılmaktadır.

 Böylece anılan kural, mücbir sebep hâllerinde "sözleşmenin sona erdirilmesine" imkân vermekte iken, yapılan değişiklikle mücbir sebeplerin yanında çok daha geniş bir şekilde sayılan sebeplerle ve "sözleşmenin sona erdirilmesine" değil, "sözleşme ile eklerinde ve yapım işlerinde bedelde değişiklik yapılmasına" imkân verecek hâle getirilmiş bulunmaktadır.

 Kararda, 6428 sayılı Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasında getirilen bu düzenlemenin kamu yararı amacına yönelik olduğu, idareye yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda ve değişen şartlara uyum sağlayabilecek esnekliğe sahip bir takdir yetkisi tanınmasının hukukî belirsizlik oluşturduğunun söylenemeyeceği, bu sebeple Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırılığın söz konusu olmadığı belirtilmektedir.

 Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin gereklerinden olan belirlilik ilkesi, yasal düzenlemelerin kişiler ve idare yönünden bir tereddüte ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını ve keyfî uygulamalara karşı koruyucu tedbirler içermesini gerektirmektedir.

 Mücbir sebep ve olağanüstü hâl sayılabilecek olayların ve durumların genel hükümlere ve yargı kararlarına göre belirlenmesi mümkün olmakla birlikte, fıkranın birinci ve ikinci cümlelerinde yer verilen "sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde" ve "yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle" ibareleri, "mücbir sebepler" ve "olağanüstü hâller" ibarelerini anlamsız ve gereksiz hâle getirdiği gibi sözleşme ve eklerinde veya bedelde değişiklik yapılmasının şartlarını, hatta bütün fıkra hükmünü belirsiz hâle getirmekte ve keyfî uygulamalara açık görünmektedir. Söz konusu ibareler, 6428 sayılı Kanuna göre yapılan bütün ihalelerin sözleşmelerinde ve dolaylı veya dolaysız olarak bedelde değişiklik yapılmasına imkân verecek ve mücbir sebeplerin veya olağanüstü hâllerin bulunup bulunmadığını incelemeyi gereksiz kılacak genişlikte ve belirsizliktedir.

 Dolayısıyla mezkûr düzenlemenin açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olduğundan ve keyfî uygulamalara karşı objektif koruyucu tedbirler içerdiğinden söz edilemez.

 Kararın gerekçesinde de belirtildiği gibi, belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, hukukî belirliliği de ifade etmekte; erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması kaydıyla, mahkeme içtihatları ve düzenleyici işlemler ile de hukukî belirliliğin sağlanabileceği kabul edilmektedir. Ne var ki, dava konusu kuralın, gerekçede belirtildiği şekilde "muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak" açıklıktan ve netlikten uzak olduğu görülmektedir.

 Diğer taraftan, kanunların objektif ve adil kurallar içermesi, hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi ve kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu sebeple yasama organının kanunî düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözönünde tutarak kullanması gerekir.

 Kamu harcamalarında Kamu İhale Kanununun uygulanmasını zorunlu kılan bir anayasal norm bulunmamakta ise de, kanun koyucunun, şehir hastaneleri bakımından Kamu İhale Kanununda yer verilenlerden farklı usul ve esasları öngördüğü 6428 sayılı Kanunda da yukarıda belirtilen ölçütlere uyması gerekmektedir.

 Yasama organının 6428 sayılı Kanunu da kamu yararı amacıyla çıkardığı ve Kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasında, Mahkememizin önceki kararlarında vurgulanan şeffaflık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik ve kamuoyu denetimi gibi ihale esaslarını bu amacın gerçekleştirilmesi için zorunlu ilkeler olarak belirlediği görülmektedir.

 Kararın gerekçesinde dava konusu kuralla getirilen düzenlemenin kamu yararı amacına dönük olduğu belirtilmekte ve Anayasaya uygunluk denetiminde kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığının Anayasa Mahkemesince değerlendirilemeyeceği bilinmekte ise de, anılan Kanunda yapılan değişikliklerde de yukarıda belirtilen esaslara uygun düzenlemeler getirilmesi ve öngörülen yeni düzenlemelerin de hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak adalet ve hakkaniyet ölçütlerini zedelememesi gerekmektedir.

 6428 sayılı Kanuna göre yapılan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tâbi olacağı hükme bağlanmakla birlikte, bu sözleşmeler idare ile yükleniciler arasında sözleşme serbestisi kapsamında değil, Kanunun 3. maddesinde belirlenen "İhale ilke, usul ve esasları" çerçevesinde gerçekleştirilen ihalelerin sonunda yapılmakta ve 4. maddesinde belirlenen şartlara da tâbi bulunmaktadır.

 Bu sebeple, 4. maddenin dokuzuncu fıkrasında yapılan değişikliğin ihale sürecini ve 3. maddenin birinci fıkrasında belirtilen ihale esaslarını anlamsız ve etkisiz hâle getirmemesi gerekmektedir. Ancak, ihale süreci tamamlanmış ve sözleşmesi yapılmış işlerde sözleşme şartlarının değiştirilmesine ve dolaylı veya dolaysız olarak bedelin artırılmasına imkân tanıyan mezkûr düzenlemenin taşıdığı yukarıda aktarılan belirsizliğin, adalet ve hakkaniyet ölçütlerini zedeleyecek sonuçlar doğurmaya da elverişli olduğu görülmektedir.

 Bu itibarla, dava konusu kuralın belirlilik ilkesine uygun olmaması, adalet ve hakkaniyet ölçütlerini de zedeleyecek sonuçlar doğurmaya elverişli olması sebebiyle Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir.

 2-  6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde bu Kanunun yürürlüğe girmesinden (9/3/2013 tarihinden) önce söz konusu projelerin dayanağını oluşturan 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesine göre başlatılan ve süreci devam eden ihalelere bulunduğu safhadan itibaren 6428 sayılı Kanunun 3. maddesinin "belli istekliler arasında ihale esasları"nı belirleyen yedinci fıkrasının uygulanması öngörülmekte iken, 6527 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, bu hükmün yanında 6428 sayılı Kanunun üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasının da, üstelik süreci devam eden ihaleler yanında sözleşmesi imzalanmış olan işlere de uygulanmasına imkân verecek genişlikte bir düzenleme yapıldığı görülmektedir.

                    Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasıyla ilgili olarak yukarıda (1) numaralı şıkta belirtilen gerekçelerle dava konusu ibarelerin de belirlilik ilkesine uygun olmadığı ve adalet ve hakkaniyet ölçütlerini zedeleyecek nitelikte olduğu için Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir.

                    Üstelik, ihalenin tamamlanmasından ve sözleşmenin imzalanmasından sonra yapılan kanun değişikliği ile yükleniciye yeni imkânlar sağlayan dava konusu kuralın, ihale öncesinde yüklenici ile aynı hukukî durumda bulunan, ancak Kanunun yürürlükteki hükümlerine, projelere ve diğer ihale şartlarına göre değerlendirme yaparak teklif veren ve ihaleyi kazanamayan diğer teklif sahipleri bakımından adalet ve hakkaniyet ölçütlerine aykırılığı, kuralın geçici hüküm olması ve zaman itibariyle etkisi yönünden anılan teklif sahipleri için telafi edilemeyecek niteliği sebebiyle çok daha açık olarak ortaya çıkmaktadır.

 3-  6527 sayılı Kanunla 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesine eklenen üçüncü fıkrada, bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten (1/3/2014'ten) önce 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesi çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idarî yargı mercilerince verilen kararların gereklerinin mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirileceği ve işlerin buna göre yürütüleceği hükme bağlanmaktadır.

 Bu hükmün iptali talebi de, anılan hükmün,  ancak yargı kararlarının mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirilmesinin mümkün olduğu işler bakımından uygulanabileceği, ihalenin tamamen veya ana unsurlarının iptal edilmesi hâlinde bu hükmün uygulanmasının mümkün olmayacağı, 6428 sayılı Kanun kapsamında yapılan işlerin önemi, yüksek maliyeti ve uluslararası finans kuruluşlarının uzun süreli ve hukukî olarak güvenli yatırımlara destek vermelerinden dolayı ihalenin tümüyle iptal edilmeksizin düzeltilerek işlerin yürütülmesi amacıyla getirildiği anlaşılan kuralın hak arama özgürlüğüne, hukukî güvenlik ve hukuk devleti ile mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkelerine aykırılık teşkil etmediği gerekçeleriyle kabul edilmemiştir.

 Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi kararlarında hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı tutumlardan kaçınan, hukuku devletin bütün organlarına hâkim kılan, Anayasa ve hukuk kuralları ile kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlet olarak tanımlanmakta ve mahkeme kararlarının değiştirilememesi, yasama ve yürütmenin kesinleşmiş yargı kararlarıyla oluşan hukukî durumlara dokunamaması veya ortadan kaldıramamasının hukuk devletinin temel ilkelerinden olduğu; aksi hâlde yargılama sürecinde taraflara tanınan anayasal güvencelerin varlık nedenlerinin kaybedildiğinin kabulünün gerekeceği belirtilmektedir.

 Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ile Anayasanın 138. maddesinin son fıkrasındaki "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" hükmünün gereği olarak Anayasa Mahkemesince yapılan yukarıdaki tespitler, yargı kararlarının sonuçsuz kalmasına yol açtığı belirlenen kanuni düzenlemelerin de iptaline karar verilmesiyle sonuçlanmaktadır.

 Anayasa Mahkemesi bu tespitlere dayanarak, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme ve mahkemece verilen kararın uygulanmasını istemenin, yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan hak arama hürriyetinin olmazsa olmaz şartı olduğunu; mahkemeye erişim hakkının, yargılama sonucunda verilen kararın etkili bir şekilde uygulanmasını da gerektirdiğini; mahkeme kararlarını uygulanamaz hâle getiren düzenlemelerin, mahkemeye erişim hakkını da anlamsız kılacağını; hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için Devletin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine açık olması gerektiğini; yargı mercileri tarafından verilen kararların da, yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirmeyecek şekilde gecikmeksizin uygulanması gerektiğini; zira hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabileceğini belirtmektedir (3/10/2013 tarihli ve E.2012/73, K.2013/107 sayılı Karar).

 Özetlediğimiz ve katıldığımız bu belirlemelere rağmen iptal sonucuna katılmadığımız yukarıdaki kararın karşıoy gerekçesinde ifade edildiği üzere, yargı kararının konusundan kaynaklanan imkânsızlık veya uygulanamazlık hâlleri, yargı kararlarının uygulanması zorunluluğunun istisnasını oluşturmaktadır. Hukukî ve fiilî imkânsızlık hâlleri yargı kararlarının uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırabildiğinden, söz konusu durumlarda yargı kararlarının uygulanmamasında veya idarece belirlenecek şekilde uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmadığını belirten yargı kararları da bulunmaktadır.

 Oysa dava konusu kuralda ihale ve sözleşmelerin konusu olan işlerin tamamlanmış ve sonuç olarak geri dönülemeyecek durumların ortaya çıkmış olması gibi fiilî ve hukukî imkânsızlık hâllerinden söz edilmeden, hatta hiçbir şart öngörülmeden, 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesi çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idarî yargı mercilerince verilen kararların mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirileceği ve işlerin buna göre yürütüleceği hükme bağlanarak, yargı kararına konu ihalelerin bu kararlardan etkilenmeyeceği ve ihaleyi alan yüklenicilerin her hâlükârda işe devam edecekleri ortaya konulmuştur.

 Dava konusu kuralda yargı kararının kapsamına ilişkin herhangi bir şart öngörülmediğinden mezkûr hükmün, çoğunluğun red gerekçesinde ifade edildiği şekilde, ihalenin tamamen veya ana unsurlarının iptali hâlinde uygulanamayacağı şeklinde anlaşılması da mümkün değildir.

 Bu sebeplerle, 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesi çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda verilen yargı kararlarının sonuçsuz kalmasının yolunu açan dava konusu kuralın Anayasanın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

 Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde anılan hükümlerin iptali gerektiği düşüncesiyle, çoğunluğun red yönündeki görüşlerine katılmıyoruz.

|  |  |
| --- | --- |
| Üye  M. Emin KUZ | Üye  Hasan Tahsin GÖKCAN |