

KAMU HİZMETLERİ PİYASA İLİŞKİSİNDE DÖRDÜNCÜ TİP: EKSİK İMTİYAZ (KAMU – ÖZEL ORTAKLIĞI)

Doç. Dr. Onur Karahanoğulları

Ankara Üniversitesi
Siyasal Bilgiler Fakültesi



Özet

Kamu hizmetlerinin üretimine özel girişimcilerin katılmasında yeni bir tip ortaya çıkmaktadır. İdare kamu hizmetini parçalamakta, çekirdek kamu hizmetini üretmeyi sürdürmekte, bu kamu hizmetini üretmek gereksindiği binaların veya genel olarak altyapının inşaat işini ve çekirdek hizmetler dışındaki parçalanmış hizmetlerin üretilmesi işini özel girişimciye vermektedir. Özel girişimcinin geliri idareden alacağı kiradan ve parçalı hizmetler ile hizmet mekanlarının işletilmesinden oluşmaktadır. Özel girişimcinin kamu hizmeti alanında sahip olacağı imtiyazın eksikliği, çekirdek kamu hizmetidir. Anglo-Amerikan uygulamasında kamu – özel ortaklığı olarak adlandırılan bu yöntem Türk hukukunun sistematiğine ve kamu yönetimi geleneğine uygun olarak *eksik imtiyaz* olarak adlandırılabilir. Eksik imtiyaz (kamu – özel girişimi) Türk kamu yönetiminde ilk kez sağlık kamu hizmeti alanında yasal düzenlemeye sahip konu ve ilk kez bu alanda uygulamaya koyulmuştur. Çalışmada, kamu hizmetlerinin üretilmesinde piyasa ile ilişkinin tipleri ele alındıktan sonra eksik imtiyaz tipi sağlık kamu hizmetindeki hukuksal düzenlemeler bağlamında değerlendirilmiştir. Çalışma karşılaştırmalı yönetime dayanmamakla birlikte Fransız ve İngiliz uygulamasına ilişkin bilgiler gerekli olduğu oranda dipnotlarda aktarılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Kamu hizmeti, imtiyaz, eksik imtiyaz, kamu – özel ortaklığı, idari sözleşmeler

Limited Concession (Public-Private Partnership): A New Model of Participation of Private Entrepreneurs in the Production of Public Services

Abstract

A new legal/economic model of participation of private entrepreneurs in the production of public services is invented. In this model, service infrastructure (i.e. building) is constructed by the private partner. Administration will rent this building. Production of public service is fragmented and keeping the core element of production administration attributes the concession of management of the fragmented services and of the services areas to private entrepreneurs. Apart from this concession private entrepreneurs will receive rent income from the administration. In Anglo-American practice this model is called *public – private partnership*. *Limited concession* is a more proper and comprehensive term for Turkish legal system. We suggest limited concession because the core part of production rests in the hands of administration. This is the limitation of a classic and complete concession of public services. In Turkey the first legal regulation of limited concession was made in the field of health services in 2005, but its implementation is started by 2010. This article evaluates this new model, limited concession, in the context of health services.

Keywords: Public service, concession, limited concession, public–private partnership, administrative contract

Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı)

Kamu hizmeti alanı – piyasa ilişkisinde dördüncü tip

Kamu hizmeti devlet tarafından, piyasanın işleyiş ilkelerinden/kurallarından belli oranda bağışık kılınarak üstlenilmiş olan, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimidir.¹Devlet tarafından üstlenilmiş olma sözkonusu üretimin bizzat devlet tarafından gerçekleştirildiği anlamına gelmez. Devlet tarafından üstlenilmiş mal ve hizmet üretimleri bir kamu hizmeti alanı oluşturur. Kamu hizmeti alanındaki tüm üretimin devlet (idare) tarafından örgütlenmesi, idarenin sahibi olduğu üretim araçları ve idarenin satın alacağı emek gücü ile gerçekleştirilmesi ve kamuya sunulması olanaklıdır (idare hukukundaki adı *emanet yöntemidir*). Bununla birlikte kapitalist üretim ilişkilerinde, temel işleyiş ilkelerinden siyasal kararlarla farklılaştırılmış üretim alanı kapitalist üretim ilişkilerini dönüştürme sınırına varmamak zorundadır. Devlet üstlenerek kamu hizmeti alanına dahil ettiği mal ve hizmet üretiminin üretim araçlarını neredeyse hiçbir zaman kendisi üretmez.

¹Düzenlenmiş bir alanda özel girişimcinin mal ve hizmet üretmesi ile devlet tarafından üstlenilmiş alanda devletin veya ondan yetki alan bir özel girişimcinin mal ve hizmet üretmesi arasında fark vardır. İlkinde, teşebbüs hürriyeti ve piyasa işleyiş kuralları tam olarak varlığını sürdürmekte, yalnızca kamu düzenini bozucu etkileri önleyebilmek için sözkonusu alan idarece kolluk yetkisi kullanılarak düzenlenmektedir. *Düzenlenmiş piyasa alanı* sözkonusudur. İkincisinde ise, devlet tarafından piyasanın işleyiş kurallarından belli oranda bağışık kılınarak üstlenilmiş mal ve hizmet üretim faaliyeti sözkonusudur. *Kamu hizmeti* alanıdır.

Bu nedenle kamu alımları (araç-gereç ve inşaat işleri) özel girişimciler için son derece kârlı ve güvenceli bir konudur. Bu durumda da kamu hizmetinin üretimi devlet tarafından gerçekleştirilir. Kamu alımlarında özel girişimcilerin kamu hizmeti alanı karşısında konumları dışsal ve ilişkileri genellikle kısa sürelidir. Kamu alımlarından farklı olarak özel girişimciler, kamu hizmeti alanına girerek bu alandaki mal ve hizmet üretimi imtiyazını almayı da isteyebilirler. İmtiyaz adlandırması yapılmasının nedeni, kamu hizmeti üretiminin siyasal kararlarla sahip olduğu piyasanın işleyiş kurallarından belli oranda bağışık olma ayrıcalığının, idare tarafından diğer piyasa aktörlerinin aleyhine tek bir girişimciye verilmesidir. Örneğin, kamu arazisinin bedelsiz devredilmesi, tekel yaratılmış olması, alım güvenceleri, vb. bunlar idari (siyasi) karara dayanan ve piyasanın işleyiş ilkelerinden farklılaşan özelliklerdir. Özel girişimciler kamu hizmeti alanında üretim yapma imtiyazı elde etmek isterler. Bu durumda kamu hizmetinin asıl sahibi idare, somut üretimde görünmez olur, kullanıcılar bir özel girişimci tarafından üretilen ve kendilerine tariflendirilmiş biçimde satılan (zorunlu olduğu için gerçek bir alım satım değildir) bir hizmet görürler. Özel girişimcinin kamu hizmeti alanı ile ilişkisi kısa süreli ve dışsal değildir, özel girişimci kamu hizmeti alanı içindedir ve çok uzun süre orada kalacaktır. Piyasa aktörlerinin kamu hizmeti alanındaki üretimden pay almalarında üçüncü bir durum, üretim sürecini parçalayarak çekirdek (asıl) üretimin idarede bırakıldığı iddiasıyla parçalardaki üretimi özel girişimcilere yaptırmaktır. Bu durumda, özel girişimciler idare tarafından gerçekleştirilen üretimin mekanına yerleşirler (gömülürler), ilişkilerinin kısa süreli olduğu düşünülür ancak yenilenen sözleşmelerle uzun süre kamu hizmeti alanında kalırlar. Bu üç kategoriye ilişkin ayırıcı bir özellik olarak kamu hizmeti alanına mal ve hizmet satan veya kamu hizmetinin tamamını üreten özel girişimcilere verilecek paranın kaynağının o hizmetin kullanıcılardan alınacak para olup olmadığı ölçütü ileri sürülebilir. Ancak, özel girişimcinin kârını doğrudan kullanıcılara satıştan elde ettiği gelirden sağladığı imtiyaz durumları dışında da özel girişimciye yapılacak ödemelerin kaynağı olarak bütçe kaynaklarına değil döner sermaye veya benzeri kaynaklara başvurulması kaynağın yine kullanıcılardan alınacak paralar olduğunu göstermektedir.

Anlattığımız soyut tipler, somutta karma uygulamalarla çeşitlenmektedir. Çeşitlemeler bir süre sonra yeni tipler yaratılmasını gerektirmektedir. Anlattığımız üçüncü tip yakın zamana kadar kamu hizmetinin üretiminde bir yöntem olarak bilinmemekteydi. Hatta idare hukuku kitaplarındaki kamu hizmeti başlıkları hala bu durumu kapsamamaktadır.

Elbette hukuk da tarihidir, bununla birlikte hukukun tarihi üretimin ve üretim ilişkilerinin tarihinden genellikle daha yavaş akar. Üretim araçlarındaki gelişmeler, emek süreci örgütlenmesindeki yeni teknikler, emek gücünün nitelik değiştirmesi, sermaye birikiminin derinleşmesi, piyasanın sermayenin

gerçekleşme (kârlılık) alanlarında yaratıcılığının zayıflaması ve sınıf mücadelelerindeki yengi ve yenilgiler, kamu hizmetleri alanı ile piyasa aktörleri arasındaki ilişkilerde yeni eklenmeler veya bu yeni eklenmelerin olanaklarını yaratır. Yaratılan yeni eklenmelerin kavramlarını, toplumsal normlarını yaratması ve devletçe hukuksal kurallarının konulması daha geç gerçekleşebilir ya da devletin koyduğu kurallar ve aldığı kararlar kamu hizmeti alanı – piyasa eklenmesinin yeni olanaklarını (potansiyeli) fiile geçirir. İngiltere’de önce ilk durum gerçekleşmişti, özel finansman girişimi (*public finance initiative* - PFI)² ve kamu – özel ortaklığı (*public private partnership* - PPP) olarak kavramlaştırıldı, hukuku oluşturuldu, kuramsal yazını oluştu ve bir modele dönüştü.³ İmtiyaz modellerinin ulusal miraslarının ve gururlarının bir parçası olduğunu düşünen Fransa, bu yeni tipi yirmi yıl sonra uygulamaya başladı. Hukukçuları imtiyaz modelinin pabucunun dama atıldığına hayıflansalar (Guglielmi, 2006) da yeniyi kavramsallaştırmaya⁴ çalışıyorlar.

Bu yazıda, Türkiye’de sağlık kamu hizmeti alanında getirilen yasal düzenlemeyi veri alarak yeni tipi değerlendireceğiz.

²İngiltere’de ilk kez 1992 yılında Major hükümeti tarafından resmen düzenlenmiş olan PFI’nin fiilen ilk kez 1987 yılında Queen Elisabeth II Köprüsü’nün inşaatı için kullanıldığı kabul edilmektedir. Daha sonra Blair hükümeti döneminde kamu – özel ortaklığı (PPP) kavramı geliştirilmiş, PFI onun bir alt biçimi olmuştur (Marty vd., 2006: 11); Craig de PFI’yi, PPP’nin bir alt türü olarak nitelemektedir. (Craig, 2008: 138).

³“Kamu – özel ortaklığı Anglo-Sakson ülkelerde *yeni kamu işletmeciliği* çerçevesinde geliştirilmiş ve uluslararası finans örgütleriyle yayılmıştır.” (Marty vd., 2006: 3). Özelleştirme, kamu – özel ortaklıkları, kurul tipi örgütler ve müşteri tercihine odaklılık vb.’leri birlikte düşünülmelidir. Kamu hizmeti üretimi ve sunumunda işletme benzeri anlayışın benimsenmesi Yeni Kamu İşletmeciliği anlayışı olarak adlandırılır. Muhafazakarlar tarafından getirilmiş, Yeni İşçi Partisi 1997’de iktidara geldikten sonra daha da geliştirilmiştir. Günümüzde büyük siyasal partiler yalnızca nasıl uygulamaya geçirileceği konusunda görüş ayrılığı içindeler.” (Endicott, 2009: 564); Karasu, kamu – özel ortaklığı modelini kamu yönetiminin işleyişinde “sözleşme sisteminin genelleştirilmesi” yolunda yeni bir araç olarak değerlendirmektedir. (Karasu, 2009: 79).

⁴Fransa’da kamu – özel ortaklığı (PPP), yasal olarak *les contrats de partenariat* (ortaklık sözleşmeleri) adıyla düzenlendi. Öğretide de bu ad benimsendi ve kavram işlenmeye başlandı. Bunun, Anglo-Sakson’ların sorunlu PPP’sinin karşısında ihraç edilebilecek “Fransız usulü PPP” olduğu tezi geliştirilmeye çalışılıyor. Bu çabanın bir örneği olarak bkz. (Apelbaum, 2004).

Kamu hizmeti alanının özel girişimcilerle (piyasa ile) ilişkisinde dördüncü bir tiple karşı karşıyayız.⁵ Yeni eklenme biçimini yeni bir tip olarak tanımlamamızı gerektiren ayırıcı özellik birinci tip ile üçüncü tipin⁶ birleşimi olması. İki tipin birleştirilmesi değil, yeni özellikler de eklenerek birleşimi sözkonusudur. Kamu hizmeti alanında gerçekleştirilecek üretim için gerekli olan altyapının (genellikle binaların) idarece müteahhidin kiracısı olarak kullanılmak üzere yapım işi ve bu iş karşılığında çekirdek hizmet devlette bırakılarak hizmet parçalarının özel girişimciye yaptırılması dördüncü tipi oluşturmaktadır. Kamu hizmetinin üretilmesi için gerekli olan mal veya yapım işini almaktan farkı, müteahhidin kamu hizmeti alanı ile ilişkisinin inşaatı gerçekleştirmek ile sınırlı olmaması, inşaat bitip teslim edildikten sonra, çekirdek kamu hizmeti dışındaki hizmetleri üretmek üzere kendisi veya alt müteahhitlerinin kamu hizmeti alanına uzun süreli yerleşecek olmasıdır.⁷

⁵Kamu – özel ortaklığı, kamu hizmeti alanının piyasa ile ilişkisi bağlamında sınıflandırılmasına ve dolayısıyla hukuksal çözümlene yapmaya olanak tanımayacak bir genişlikte tanımlanmaktadır. Örneğin kamu altyapı yatırımları ve kamu hizmeti üretimine özel sektör katılımının sağlandığı yöntemler bütünü tanımlaması (Güzelsarı, 2009: 46) terim tanımı olamayacak denli geniştir. Bu geniş kavramlaştırma çerçevesinde kamu – özel ortaklığının “... aslında yeni bir uygulama olmadığı, sadece yeni bir üst kavram geliştirildiği” (Uz, 2007: 1168) görüşünün savunulması da zor olmayacaktır. Bu yaklaşıma göre “üçüncü şahıslara hizmet gördürme modeli olarak KÖO’lar Türkiye için yeni bir olgu değildir.” (Çelik, 2001).

⁶Fransız öğretisinde, kamu özel ortaklığı (ortaklık sözleşmeleri) kamu alımları ile kamu hizmeti imtiyazları ikiliği ile kıyaslanarak üçüncü bir idari sözleşme tipi olarak kabul edilmektedir (Linotte, 2005: 16). Yazar, yeni tipi imtiyazi [concessif] model olarak nitelermektedir.). Bizim geliştirdiğimiz, kamu hizmetinin parçalanarak özel girişimcilere ürettirilmesi kavramı (üçüncü tip) Fransız idare hukuku öğretisinde bulunmamaktadır. Kapitalist üretim biçiminin içinde bulunduğumuz aşamada emek süreci /hizmet süreci örgütlenme tekniklerinin ulaştığı gelişkinlik parçalamaya olanak tanımaktadır. Bu olanağı ve fiili durumu görememek hukuki çözümlenmeleri zayıflatmaktadır.

⁷Yapım işleri ile imtiyaz arasındaki temel farkın yapım işlerinde para idarece ödenirken imtiyazda özel girişimcinin kullanıcılardan para toplaması olduğu, bu yolla işletme riskinin özel girişimciye aktarıldığı görüşü bulunmaktadır. Fransız Devlet Şurası ve Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihadında bu ölçütün kullanımı için bkz. (Eglie-Richters, 2008: 2346). Kamu hizmetinin parçalandığı ve özel girişimcilere gördürüldüğü üçüncü tip, özellikle döner sermaye ve benzeri kurumlarla birlikte düşünüldüğünde bu ayrım belirleyiciliğini yitirmektedir. Böyle bir ayrım olduğu kabul edilse bile eksik imtiyazın belirttiğimiz özelliği karşısında ölçüt olarak kullanılabilir nitelikte değildir.

Üçüncü tipten yani çekirdek hizmetin idare tarafından üretildiği, bağlı hizmet parçalarının özel girişimcilere ürettirildiği tipten farkı, kamu hizmetinin parçalanmasıyla elde edilmiş tüm hizmet parçalarının tek bir özel girişimciye uzun süreli devredilmesi, onun tarafından başka girişimcilere devredilmesine olanak tanınmasıdır. Yeni tipi, imtiyazdan farklılaştıran şey eldeki kamu hizmetine niteliğini veren çekirdek hizmetin idare tarafından üretilmesidir. Yeni tipte çekirdek hizmetin idare tarafından üretiliyor olması, çekirdek hizmetin tanımına ve buna bağlı hizmetlerin özel girişimciye devredilme kapsam ve yoğunluğuna bağlı olarak kullanıcılar için hizmetin idare tarafından üretiliyor olduğu algısını yaratmayacak denli sınırlı olabilir. Çekirdek hizmetin idarenin üretimine bırakılmasının nedeni, özel girişimciye kâr güvenceli kamu hizmeti mekanı ve yan hizmetleri yaratabilmektir. Kamu hizmetinden yararlanırken kamu hizmeti mekanına bağlanmak zorunda olan kullanıcı kitlesinin büyüklüğü ve çekirdek hizmetin üretilebilmesi için kullanılması gereken mal ve hizmetlerin genişliği ve vazgeçilmezliği özel girişimci için kâr güvencesidir. Ayrıca çekirdek hizmetin üretimi özel girişimciye devredilmediği için idare özel girişimcinin yaptığı binada hizmet üretebilmek için kira ödemek zorundadır. Alacağı kira ve hizmet mekanlarının ve çekirdek hizmet dışındaki hizmetlerin işletilmesi özel girişimcinin geliridir. Tüm hizmet üretimi imtiyazının özel girişimciye verildiği durumlarda, genellikle hizmetin altyapısının kurulması ve daha sonra işletilerek bunun maliyetinin çıkarılması ve kâr elde edilmesi bütünüyle özel kişinin ticari sorumluluğundadır. Elbette devletçe piyasanın işleyiş kurallarından bağımsız kılınarak üstlenilmiş kamu hizmeti alanında imtiyazla gerçekleştiren kamu hizmeti üretimi için, siyasal tekel olduğu veya alım güvencesi olduğu olduğuna göre, müşteri/kullanıcı bulunması zor değildir.⁸ Ama yeni tipte, özel girişimci çekirdek hizmeti üretim işini idareye bırakarak müşteri bulma derdinden de kurtulmakta ve ayrıca altyapı maliyetini kendi çıkartmakla uğraşmayarak kira ile geri dönüşü

⁸İmtiyaz ile eksik imtiyaz (kamu – özel ortaklığı) arasındaki temel farkın risk dağılımı olduğu genel kabulü bulunmaktadır. Örn. (Marty vd., 2006: 34, 96). Buna göre imtiyazda tüm yatırım maliyeti özel girişimci tarafından karşılanacak, yapım ve işletme sırasında ortaya çıkabilecek tüm ticari riskler onun tarafından üstlenilecekken eksik imtiyazda risk idare ile paylaşılmaktadır. OECD, risk paylaşımını bu modelin temeli olarak kabul etmektedir (OECD, 2010: 20). Kanımızca kamu hizmetinin özel girişimciye ürettirilmesindeki tipleri ayırırken risk önemli bir veri değildir (Karahanoğulları, 2004: 329). Üretilen şey kamu hizmeti olduğuna göre, iktisadi risk gerçekleşip özel girişimci yapımı veya işletmeyi sürdüremeyecek duruma geldiğinde, tüm işletme beceri ve örgütlenmesi zayıflamış olan idarenin tesise el koymak yerine özel girişimi kurtarması neredeyse zorunluluktur. Bunun eksik imtiyazdaki örnekleri için bkz. (Hamel, 2010: 151).

başlatmaktadır. Dördüncü tipte, çekirdek hizmetin sınırı, özel girişimcinin işleteceği bağlı hizmetler ve hizmet mekanları için müşteri güvencesi sağlamak amacıyla belirlenecektir. Dördüncü tipte idarenin yükümlülüğünde olan çekirdek hizmetin idarece ayrıca bir başka özel girişimciye ürettirilmesi durumunda -ki özel girişimci buna itiraz edebilir – kamu hizmeti alanı ile piyasa arasında yeni bir ilişki tipi çıkıp çıkmadığı ayrıca değerlendirilebilir. Bu durum *parçalı imtiyaz* adıyla tiplenir.

Bu yazının konusunu oluşturan dördüncü tipi *eksik imtiyaz* olarak adlandıracağız. Özel girişimciye bırakılan ve işleterek gelir elde edeceği hizmet mekanı ile parçalı hizmetler o denli çok ve çekirdek kamu hizmetinin alanı o denli dar ki özel girişimci için kamu hizmeti alanı içinde gerçek bir imtiyaz sözkonusudur; idarenin varlığı ise özel girişimciye müşteri tutmak için çekirdek hizmeti yürütmekle sınırlıdır.⁹ Dördüncü tipte özel girişimcinin kamu hizmeti alanında sahip olduğu imtiyazın tek eksiği çekirdek hizmet, ama sahip olduğu işletmeyi imtiyaz haline getiren de bu eksikliklerdir.¹⁰

Dördüncü tip, hizmet mekanlarının ve parçalı hizmetlerin işletilmesi imtiyaz karşılığında kamu hizmet altyapısının (özellikle binaların) onarımında da kullanılmakta, bu durumda özel girişimciye kira verilmemektedir. Dördüncü tipin içinde iki türü ayırabilmek için *kıralı eksiksiz imtiyaz – kirasız eksik imtiyaz* terimlerini kullanacağız.

Tek maddeyle yeni model

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 3.7.2005 tarih ve 5396 sayılı Kanunla bir ek madde getirilerek kamu hizmetleri alanının piyasa ile

⁹Fransız uygulamasında, kamu özel ortaklığı (ortaklık sözleşmeleri) ile özel girişimciye kamu hizmetinin üretiminin devredilebilip devredilemeyeceği tartışmasında genel kabul gören yanıt hayırdır. Örneğin (Delelis, 2010: 2244). (Yazar tartışmada, özel girişimcinin gelirinin kaynağını ölçüt olarak evet yanıtını gerekçelendirmeye çalışmaktadır). Kamu hizmeti üretimini parçalama olanağının asıl hizmet – yan hizmet ayırımı olanaksız kılacak dereceye erişmiş olması soruyu işlevsiz kılmaktadır. Türkiye'de sağlık kamu hizmeti alanı için oluşturulan model bunun örneğidir.

¹⁰Kamu – özel ortaklığında özel girişimcinin kamu hizmeti üretmediği, kamu hizmeti üretiminin idare tarafından gerçekleştirildiği, özel girişimcinin üstlendiği yan hizmetlerle buna yardımcı olduğu, bu nedenle de imtiyaz yönteminin sözkonusu olmadığı görüşü (Eglie-Richters, 2009: 673) (Casanovas) kamu hizmet/mal üretiminde teknoloji ve örgütlenme tekniklerinin üretimi parçalanmaya olanak tanıdığını ve idareye bırakılanın çekirdek hizmet olduğunu görememekten kaynaklanmakta ve gerçekliği açıklayamamaktadır.

ilişkiye geçmesinde dördüncü tip ilk kez hukuksal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Ek 7. maddenin ilk fıkrası okunduğunda sağlık kamu hizmetinin piyasa ile ilişkisindeki bu yeni modelin “sağlık tesislerinin kiralama karşılığı yaptırılması”¹¹ olarak düzenlenmiş olduğu izlenimi edinilmektedir. Bununla birlikte ilk beş fıkra incelendiğinde yeni oluşturulan iktisadi/hukuksal ilişkinin kurucu öğelerinin yalnızca yapım ve kiralamadan oluşmadığını anlayabiliriz.

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun değiştirilmesinden bir yıl sonra 22.7.2006 tarih ve 26236 sayılı Resmi Gazete’de Bakanlar Kurulunca çıkartılan “Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması İle Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik” yayımlanmıştır.

Kamu hizmeti alanına özel girişimcinin girmesine ilişkin açık ve ayrıntılı düzenleme yasa ile yapılabilir. Sekiz fıkralı bir ek madde devletin üstlenerek kamu hizmetleri alanına dahil ettiği sağlık hizmetlerinin üretim biçiminin değişikliği için uygun hukuksal araç değildir.

Türkiye’de sağlık hizmetleri alanında ilk hukuksal düzenlemesini ve uygulamasını bulan kamu hizmetinin üretilmesinde eksik imtiyaz (kamu özel ortaklığı) tipi, özelleştirilmesi zor veya ilk elde düşünülmez olan hizmetlerde kullanılabilirliği ve bütçe yükünü hafifletmesi nedeniyle, yakın gelecekte yaygın uygulama alanı bulacaktır. Nitekim 351 sayılı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanunu’nun 20. maddesine, 25.11.2010 tarih ve 6082 sayılı Kanunla tıpkı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nda olduğu gibi, sekiz fıkra eklenerek “yurt binası ve tesislerinin kiralama karşılığı yaptırılması” yöntemi düzenlenmiştir.¹²

Sağlık alanındaki eksik imtiyaz, tek bir yasa maddesi ve yönetmelikle de olsa hukuksal biçim kazanmıştır. İki yıl sonra bu düzenlemeyi kullanmak isteyen hükümet, iktidar partisi milletvekillerinin verdiği bir kanun teklifi ile Sağlık Bakanlığı örgütlenmesinde yeni modeli uygulamakla görevli bir birim oluşturmuştur. Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname 3.6.2007 tarih ve 5683 sayılı Kanun ile değiştirilerek

¹¹İngiltere’de sağlık alanındaki kamu – özel ortaklığı tam olarak böyle tanımlanmaktadır. Bu modele göre hastane birlikleri, sahip olmak yerine hastaneleri kiralamakta, klinik hizmetler dışındaki hizmetleri otuz yıl süreyle özel sektöre ortağından almaktadır (Shaoul vd., 2008: 101).

¹²Değişiklik bir hükümet tasarısı değil, sekiz imzalı teklifin kabulüyle gerçekleşmiştir. Kanun teklifinin gerekçesinde diğer değişikliklere ilişkin bazı genel ifadeler bulunmakla birlikte, “yurt binası ve tesislerinin kiralama karşılığı yaptırılması” yöntemine ilişkin hiçbir şey yer almamaktadır.

Bakanlığın ana hizmet birimleri arasına “İnşaat ve Onarım Dairesi Başkanlığı” ile “Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı” (madde 8/j, k) eklenmiştir. Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı’nın görevleri de 17. maddeye eklenen “C” bendinde “Temel Sağlık Hizmetleri Kanununun ek 7 nci maddesiyle öngörülen iş ve işlemleri yapar.” yalınlığıyla düzenlenmiştir.¹³ Örgüt birimine verilen ad, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun Ek 7. maddesinde yer almamaktadır. Örgüte verilen ad, “sağlık tesislerinin kiralama karşılığı yaptırılması”nın değil, yeni bir model olan “kamu özel ortaklığı” modelinin sözkonusu olduğunu göstermektedir. Bu terim, İngiliz uygulamasındaki *public-private-partnership (PPP)* teriminin çevirisiyle oluşturulmuştur. İdari örgüt için bu terimin seçilmiş olması, sermaye dünyası ile bir iletişim kolaylığı yaratacaktır. Terim, atf yaptığı kavramın tüm işlenmişliğini, anlam yükünü, ideolojik işlevini kolayca taşıyacaktır. Aynı zamanda yeni sağ program dilinde yer alan bu terimin seçimi siyasi duruş ve yönelimin¹⁴ de göstergesidir. Yasalara çeviri ile terim/kavram taşımak yalnızca kolaycılık değildir. Örneğin belli bir kamu hizmetinde uzmanlaşmış kamu tüzelkişiliğini anlatmak için kurum terimi kullanılırken, özel girişimcilere iş takipçiliği yapmak üzere oluşturulmuş kamu tüzelkişiliklerinin *ajans* olarak adlandırılması basit bir çeviri tercihi değildir.

İlk hukuksal düzenlemesi ve uygulama çalışmaları sağlık kamu hizmeti alanında gerçekleştirilen eksik imtiyaz tipini hukuksal yapıyı inceleyerek tanıtmaya çalışacağız. Eksik imtiyazın kavramsal düzeyde tanınması, uygulamayı kavramamızı kolaylaştıracaktır. Uzmanlık alanımız gereği hukuksal inceleme yapıyor olmakla birlikte, Sağlık Bakanlığı’nın başlattığı sürece ilişkin verilere ulaşılabilmesi de incelememizi olgularla zenginleştirmemizi imkansız kılmaktadır. Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı’nın internet sitesi, projelerin en yalınkat tanımlarından oluşmaktadır. Yine de bu sınırlı verilerden yararlanılacaktır.

“Sağlık tesislerinin kiralama karşılığı yaptırılması” nitelemesiyle Türk hukuk sistemine eksik imtiyazı getiren Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’na ek madde eklenmesi, hükümetin hazırladığı bir kanun tasarısının kabulü ile değil, bir kanun teklifinin kabulü ile gerçekleşmiştir. Bu elbette, hükümetin yasama sürecindeki bazı kolaylıklardan yararlanmak için kullandığı bir siyasi taktiktir. Bununla birlikte teklifin arkasında hükümetin olduğu siyasi gerçeği paranteze alındığında, sağlık kamu hizmetinin örgütlenmesi ve sunumunu köklü bir

¹³Maddede, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun adı yanlış yazılmıştır.

¹⁴İngiltere’de sağlık kamu hizmeti alanındaki ilk sözleşme 1997 yılında imzalanmış, ilk hastaneler 2000 yılında tamamlanmıştır. 1997 yılından beri, Ulusal Sağlık İdaresi’nin yaptırdığı hastanelerin neredeyse tamamı özel finansman girişimi / kamu özel ortaklığı modeliyle gerçekleştirilmiştir (Shaoul vd., 2008: 101).

biçimde değiştirecek yeni hizmet üretme modelinin Sağlık Bakanlığı'nın incelenmiş, tasarlanmış, kurgulanmış, hesaplanmış, planlanmış bir çalışmasının ürünü olmadığını söyleyebiliriz. Nitekim, 2006 yılında Devlet Planlama Teşkilatı tarafından *Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi İle Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı* hazırlanmıştır.¹⁵ 32 maddeden oluşan Taslağın 25. maddesi, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenmiş olan maddeyi yürürlükten kaldırmaktadır.¹⁶ Kamu hizmetinin üretilmesinde kamu hizmeti alanı ile özel girişimcilerin ilişkisinde yeni modelin hukuki yapısı ancak tüm kurucu unsurları, yöntemleri ve konuları düzenleyen bir yasa ile oluşturulabilir. Tasarı taslağı bu belirginlikte olmasa da sağlık alanındaki sekiz fıkralık ek maddeden daha belirgin bir hukuksal yapı oluşturmayı hedeflemektedir. Sağlık alanındaki hukuksal düzenleme eksikliği yönetmelikle kapatılmaya çalışılmıştır ki, bu da anayasaya uygun değildir. Ayrıca, yönetmeliğin getirdiği temel ve önemli düzenlemelerin bir bölümü yasaya ve anayasaya aykırıdır. İnceleyeceğimiz hukuksal yapı, bu alana büyük paralar yatıracaklar ve bu alanda büyük taahhütler üstlenecekler için öngörülebilir, güvenli ve sağlam bir zemin oluşturmamaktadır. Sermayenin ve iktidarın aceleciliği, fiili durum yaratmanın gücüne güven, mali sermayenin hukukta öngörülebilirlik ve güvene verdiği önem düşünüldüğünde, öngördükleri modelde mali sermayenin kilit rolüne önemli oranda engel olacaktır. Bu alanda çalışanların yeni modelin ne denli yararlı olduğuna ilişkin ezber sözlerinin yarattığı büyüden biraz sıyrılmaya, hukuksal yapının yeni modele karşı olan toplumsal öznelerin mücadelelerine meşru olanaklar sunan iç çelişkiler ve sakatlıklar içerdiği görülecektir.

Sağlıkta eksik imtiyazın kurucu unsurları

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 7. maddesinde kurala bağlanan modelin kurucu unsurları şunlar.

Sağlık Bakanlığınca

1. Sağlık tesisleri
2. Özel girişimcilere

¹⁵Sarısu, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı'nın ilk taslak metni 2006 Ekim ayı içinde, ikinci taslak metnini ise 2007 Kasım ayı içinde kurum ve kuruluşların görüş ve önerisine sunduğunu belirtmektedir (Sarısu, 2008).

¹⁶"Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi İle Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Taslağı Tasarısı"na DPT'nin internet sitesinden erişilebilir (<http://ekutup.dpt.gov.tr/haber/ahd/taslak.pdf>)

3. Kırkdokuz yılı geçmemek şartıyla
4. Kiralama ve sağlık tesislerinde tıbbî hizmetler dışındaki hizmetlerin ve alanların işletilmesi karşılığı yaptırılabilir.

Bir inşaat işi (kamu hizmeti alanının piyasa ile ilişkiye geçmesinde I. tip), hizmetin parçalanması ve çekirdek hizmetler dışındakilerin özel girişimciye gördürülmesi (III. tip) ve sağlık hizmeti içinde yalnızca tıbbi hizmetin idareye bırakılması (II. tipten [imtiyazdan], yeni bir tip yaratacak biçimde uzaklaşma, imtiyazın yeni tip yaratacak biçimde eksik bırakılması) ve çekirdek hizmetin üretilebilmesi için binanın özel girişimciden kiralanması sözkonusudur.

Bu dört kurucu özellik dışında Ek 7. maddede bunları belirginleştiren veya bunlara eklenen başka özellikler de bulunmaktadır. Bunları da aktaralım.

Sağlık tesislerinin yaptırılması değil de yenilenmesi sözkosu olduğunda eksik imtiyaz kirasız, yani yalnızca sağlık tesislerinde tıbbî hizmetler dışındaki hizmetlerin ve alanların işletilmesi karşılığı kurulacaktır. Bu doğaldır zira tesis sahibinin kendi tesisini kullanmak için kira ödemesi mantıksızdır.

Biz bu incelemede sağlık tesislerinin yenilenmesi işinden çok yeni sağlık tesisleri kurulması üzerinde duracağız.

İmtiyazcı malik, kiracı idare

Bakanlık, sağlık kamu hizmetini üretebilmek için gerekli olan bina ve eklentilerini yaptırmak için yeni bir yöntem uygulayacaktır. Parasını verip müteahhide sahibi olacağı bir bina yaptırmak yerine, özel girişimcinin yapacağı binada kiracı olmayı seçmektedir. İdare müteahhide yapacağı binayı çok uzun süreli kiralamayı taahhüt etmektedir. Binayı yapanın binayı kiralaya verebilmesi için üzerinde aynı veya şahsi bir hakkının bulunması gerekir. Kanunda bu konuda boşluk bulunmaktadır. Ek madde 7'nin ilk fıkrasına göre sağlık tesisi sözleşmecinin sahibi olduğu taşınmaz (arazi) üzerine yapılabileceği gibi Hazine'ye ait taşınmaz üzerine de yapılabilecektir. Bir girişimcinin kendi mülkiyetindeki taşınmaz üzerinde yaptığı bina ona aittir. Ama tesisin kurulacağı taşınmaz mal önemli bir maliyet kalemini oluşturacağına göre, girişimcilerin hazineye ait taşınmazların *bedelsiz devrini* tercih edecekleri açıktır. Yasada bu durumda taşınmaz üzerine yapılacak tesisin mülkiyetinin kime ait olacağına ilişkin hiçbir belirleme bulunmamaktadır. Mülkiyet dışındaki kullanma ve tasarruf biçimlerine ilişkin de hiçbir belirleme yoktur. Yasada özel girişimciye hazineye ait taşınmazın bedelsiz devri terimi kullanılmıştır. Bu devrin mülkiyet devri veya sınırlı aynı hak tesisi olduğunu söyleyemeyiz, zira kamu malları, özellikle de devletin hüküm ve tasarrufu

altında olanlar, bu tip işlemlere konu olamaz. Söz konusu devrin kamu hukukuna özgü, yapılan hizmetle bağlantılı bir tahsis olduğu kabul edilebilir. Tahsis görüşü kabul edilmese bile yasadaki devir, özellikle de bedelsiz olduğu düşünüldüğünde, bir mülkiyet devri veya aynı hak tesisi değildir. Bu durumda, eksik imtiyaz sözleşmecisinin tesis üzerindeki, yapılan tesisi idareye kiralayabilmesini sağlayan hakkı nedir? Bu durum ancak, özel girişimciye tahsis edilen taşınmaz mal, eşya hukukunun kapsamına girdiği oranda Medeni Kanunun arazi ile yapı malzemesi arasındaki ilişkiyi düzenleyen 722 ve devamı maddelerine kıyasen açıklanabilir. Bu düzenlemelerde hep rızanın olmaması hali sözkonusudur, eksik imtiyaz sözleşmesindeki yapım ise rızaya dayanmaktadır. Özellikle vurgulanması gereken nokta, tahsis edilecek taşınmazlar büyük olasılıkla idarenin mülkiyet rejimi dışında sahip olduğu taşınmazlardan olacağı için tam olarak eşya hukuku rejimiyle açıklanamayacağıdır.

Yasadaki bu sorun fark edilmiş olsa gerek yönetmelikte bu konuda düzenleme yapılmıştır. Sorunun çözülmesi için kamu mallarının anayasal rejimine uygun yasa değişikliği yapılması gerekirken yönetmelik düzenlemesi yapılması hukuka aykırıdır.

Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yapıtırılması İle Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet Ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik'in¹⁷ bulunduğu yöntem Türk Medeni Kanunu'ndaki *üst hakkını* kullanmak olmuştur. Yönetmeliğin 1. maddesinde, kanundaki taşınmaz devri "kırkdokuz yıla kadar üst hakkı tesis edilmek suretiyle bu taşınmazların devredilmesi"ne dönüştürülmüştür. Taşınmaz mal üzerinde eksik imtiyazcı girişimci lehine üst hakkı tanınması durumunda girişimci yapacağı tesislerin sahibi olabilecek ve bu tesisleri idareye kiralayabilmesini sağlayan bir hakka sahip olacaktır. Türk Medeni Kanunu'nun 726. maddesine göre "Bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyeti, irtifak hakkı sahibine ait olur."

Durum ilginç ve hukuken sakat, yasada tesisin mülkiyeti hiç düzenlenmemiş, devredilecek mal üzerinde özel girişimcinin haklarına ilişkin belirleme yok; idare tesisin mülkiyetini özel girişimciye bırakmak istiyor, yönetmelikte buna olanak sağlayacak bir yöntem bulunuyor ama burada da açıkça mülkiyet devrinden söz edilmiyor, özel girişimciye üst hakkı tanınmıyor, Medeni Kanunu'na göre de tesisin mülkiyeti özel girişimcinin oluyor.

¹⁷3.7.2006 tarih ve 2006/10655 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG. 22.7.2006, 26236).

Yönetmelik açıkça yasaya aykırıdır. Kamu malları üzerinde sınırlı aynı hak tesis edilemez. Bunun yapılabileceği kabul edilse de buna yetki veren hukuksal araç yönetmelik değil, yasadır. Ayrıca, Yönetmeliğin 31. maddesinde üst hakkı tesis edilebilecek yerler arasında “Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunup tescili mümkün olan yerler” de sayılmaktadır ki, bir taşınmaz malın devletin hüküm ve tasarrufu altında olması demek mülkiyet rejimi dışında olması demektir (terim anayasada özellikli/nitelikli kamu malları için kullanılmakta, Medeni Kanun’da da mülkiyet rejimi dışındaki mallar için kullanılmaktadır). Bu yerler tapuya kaydedilemez ve üzerinde mülkiyet kurulamaz.

Kira ödemesinin kaynağı döner sermaye, bütçe bağının kopması

Eksik imtiyaz yönteminin kurucu unsurlarından bir diğeri, idarenin imtiyazcıya çok uzun süreli (49 yılı geçmemek üzere) kira ödeyecek olmasıdır. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun Ek 7. maddesinin 4. fıkrasına göre “kiralama işlemlerine ait kira bedelleri Sağlık Bakanlığına bağlı Döner Sermaye İşletmelerince ödenir.”

Döner sermaye konusunda bilgi vermeden önce, kira ödemelerinin ne zaman başlayacağına ilişkin belirsizliğe değinelim.

Olmayan tesise kira

Yasadaki düzenlemede, kira ödemesinin ne zaman başlayacağı kurala bağlanmamıştır. Eksik imtiyazın temel kurallarını koymamış olmaması nedeniyle Ek 7. madde anayasaya aykırıdır. Kira ödemesinin başlangıç süresine ilişkin bir belirleme bulunmaması da temel kuralların yasada yer almamış olmasının bir örneğidir. Akla “kira ödenmesine elbette tesis inşa edilip idareye teslim edildikten sonra başlanır, bu kira kurumunun gereğidir, yasada kurala bağlanmasına gerek yoktur” yanıtı gelebilir. Ama unutulmaması gereken nokta, ele aldığımız hukuksal ilişkide, bir kira sözleşmesi olmayıp kamu hizmetlerinin özel girişimcilere gördürülmesinde yeni bir tipin, eksik imtiyazın söz konusu olduğudur. Bu ilişkide özel hukukun kurumları ticari/özel ilişkileri düzenledikleri biçimleriyle kullanılamazlar. O nedenle kamu hizmeti alanının özel girişimcilerle ilişkisini düzenlemekte de olduğu gibi ve kolaylıkla yer alamazlar. İdarenin kira ödemesine ne zaman başlayacağını eksik imtiyazın özellikleri dikkate alınarak yasada açıkça kurala bağlanmış olması gerekirdi.

Yasadaki eksiklik yönetmelikte açık bir kural konularak giderilmemiştir. Bununla birlikte yönetmeliğin birkaç maddesinden dolayı olarak kira ödemesinin, sözleşmenin yapılmasıyla birlikte başlayacağı sonucu çıkmaktadır.

Yönetmeliğin 4. maddesinin “ğ” bendine göre “kira bedeli, ... sözleşme süresince ve sözleşmede öngörülecek dönemler çerçevesinde ödenecek tutarı ifade eder.” Sözleşme süresi ise 32. maddeye göre “sözleşmede belirtilen yer teslim tarihinden başlamak üzere, projelendirme ve yapım süresi dâhil yatırım süresi ve işletme süresi, sözleşme süresidir.” Buna göre sözleşme süresi idare kamu malını özel girişimciye teslim ettiği tarihten başlamaktadır. Bu hükümlerden çıkan sonuç idarenin kamu malını özel girişimciye teslim ettiği tarihten itibaren kira bedeli de ödeyecek (-ebilecek) olmasıdır.

Öte yandan Yönetmeliğin 33. maddesinde “sözleşme süresi boyunca ilgili sağlık tesisinin periyodik kira bedellerinin ödenmesi” güvenceye alınmaktadır. Bu düzenlemede açıkça tesise verilecek kiradan söz edilmektedir. 34. maddenin 6. bendinde de “Sözleşmede tespit edilen kira dönemleri içerisinde yükleniciye kira ödemeleri, sağlık tesisinin teslim alınmasından sonra, tesisin bünyesinde döner sermaye işletmesi kurulması durumunda bu işletme bütçesinden, işletme kurulmaması veya kurulmuş olmakla birlikte malî durumunun uygun olmaması hâlinde Bakanlık Döner Sermaye Merkez Saymanlığı hesabına aktarılan paydan ödenir.” hükmü yer almaktadır. Ancak dikkat edilirse, “sağlık tesisinin teslim alınmasından sonra” yan cümlesi, kiranın hangi döner sermaye işletmesinden ödeneceğinin ölçütü olarak kullanılmıştır, kiranın başlayacağı anın belirlenmesi için değil. Nitekim aynı maddenin 4. bendinde “yapılan peşin ödemelerin kira bedelinin hesaplanmasında dikkate alınacağı” kurala bağlanmaktadır. Demek ki sözleşme başlangıcında da kira bedelinden düşülmek üzere peşin ödeme yapmak olanağı vardır.

Yönetmeliğin kira bedeline ilişkin getirdiği bu düzenlemeler yasa da yer almayan kuralın düzenleyici işleme konulmasıdır, yasanın sınırlarını aşmaktadır. Ayrıca araziyi veren idarenin bir de yapılmamış tesis için kira ödemeye başlaması, yasadaki “kiralama karşılığı yaptırma” kavramına aykırıdır. Kiranın yapımdan sonra başlaması gerekir.

Olmayan tesise kira ödeme olasılığının (belki de zorunluluğunun) yönetmelikte yer alması, en iyi ihtimalle, yönetmeliği hazırlayanların dikkatsizliğinin sonucu gerçekleşmiş olabilir. Ancak hukuka aykırılık acemilik, dikkatsizlik veya beceriksizlikten kaynaklanmış olsa da hukuka aykırılıktır ve bunun hukuk düzeninden silinmesi zorunludur.

Kiranın kaynağı döner sermaye

Yasaya göre kira bedelinin kaynağı Sağlık Bakanlığı'nın döner sermaye işletmeleridir. Yasada kira bedelinin ödenmesi için başka bir kaynak öngörülmemiştir. Bu durumda, eksik imtiyazda Anayasanın kamu giderlerinin karşılanmasında temel kaynak olarak vergiyi öngören 73. maddesine aykırı

olarak vergi (ve genel bütçe) büyük ölçüde dışarıda bırakılmaktadır. Eksik imtiyazdaki eksiklik, yani inşa edilecek tesiste idarenin yürüteceği çekirdek hizmetlerin bir bölüm maliyetinin vergilerle karşılanması dışında, tüm parçalı hizmetler özel girişimci tarafından ücretlendirilerek satılacak ve hizmetin üretildiği tesis için döner sermayeden ödeme yapılacağına göre idarenin üreteceği çekirdek hizmetten yararlanma da vergi dışı mali yükümlülüğe (tarifeye/harca) bağlanacaktır. Bu durumda Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Ek 7. maddenin öngördüğü yapıda, vergilerden karşılanan hemen hemen yalnızca çekirdek tıbbi hizmetleri üretecek personelin maaşlarıdır, bunun dışındaki tüm ilişkinin fiyatlandırılma ve tarifelenirilmesi ile ödeme koşuluna bağlanması sözkonusudur. Eksik imtiyaz Anayasanın vergi ödevi başlıklı 73. maddesine aykırıdır. Bunu daha ayrıntılı ele alacağız. Şimdi kira ödemesinin kaynağı olan döner sermayeye bakalım.

Sağlık Bakanlığı'nda döner sermaye uygulamasına ilişkin bir kanun bulunmaktadır. 4.1.1961 ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları İle Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 2. maddesinde döner sermayenin kaynakları düzenlenmiştir. Buna göre "Döner sermaye, kurumların kârları ile bağışlardan ve Devlet yardımlarından teşekkül eder." Görüldüğü gibi sağlık kurumlarının kâr elde edebileceği kabul edilmiştir. Kamu hizmetinin kâr amaçlı yürütülüp yürütülemeyeceğini tartışmıyoruz. Bu düzenlemedeki kârın, hizmet üreten birimi, kamu hizmetlerinde uyum ilkesine uygun biçimde geliştirmek üzere hizmet üretiminden elde edilmiş bir fazla olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmekle yetiniyoruz. Maddede döner sermayenin bir diğer kaynağı ise kurumun hizmet üretiminin dışından gelen devlet yardımlarıdır. Devlet yardımları, ilke olarak genel bütçe (vergiler) kaynaklıdır.

Döner sermaye yasasının 3. maddesinde 2005 yılında yapılan değişiklikle Sağlık Bakanlığı'na birinci basamak sağlık hizmeti sunan kuruluşlar dahil olmak üzere Sağlık Bakanlığı'nın birimlerindeki "muayene, teşhis, tedavi, laboratuvar, tetkik ve tahlil işlerini, aşı, ilaç, serum, insan kanı ve kan ürünleri imâli ile istihsal veya imâl edilecek diğer maddeleri, zorunlu sigortalı olan kişilere verilecek hizmetler ile sigortalı turistlere ve yabancı hastalara verilen sağlık hizmetlerini" tarife üzerinden fiyatlandırma ve döner sermayeye gelir kaydetme yetkisi verilmiştir.

Sağlık hizmetlerinin hemen tümü idare tarafından tarifelenirilmiştir ve hizmetten yararlanma para ödeme koşuluna bağlıdır. Kullanıcıların hemen tamamının sigortalı olması, ödemelerin büyük çoğunlukla bu kuruluşlar tarafından yapılması hizmet kullanıcılarında para ödemediği yararlanıyor olma yanılsaması yaratmaktadır. Bu yanılsama da katkı payları ve benzeri para talepleri ile yavaş yavaş dağılmaktadır.

Özetle, eksik imtiyazda özel girişimciye ödenecek kiranın kaynağı olarak döner sermaye gelirleri öngörülmüştür. Döner sermaye ise sağlık kamu hizmetlerinin üretilmesinden elde edilen gelirlerden ve bakanlık bütçesinden yapılan aktarmalardan oluşmaktadır. Döner sermaye işletmelerine bakanlık bütçesinden para aktarılmadığı gibi bakanlık bütçe kalemleri arasında yer alan alt yapı yatırımları için döner sermaye gelirlerinden para aktarılması öngörülmüştür.¹⁸

Yasadaki bu kira – döner sermaye bağlantısı, Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yapıtılması İle Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet Ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik düzenlemelerinde, özel girişimcinin alacağını güvence altına almak amacıyla koparılmıştır. “Finansman ve garanti” başlıklı 33. maddeye göre, “Bakanlık, döner sermaye ilgili bütçe kalemlerinde, sözleşme süresi boyunca ilgili sağlık tesisinin periyodik kira bedellerinin ödenebilmesine yönelik yeterli ödeneğin tahsisi konusunda her türlü tedbiri alır. Sözleşmelerde kira bedellerinin zamanında ve tam olarak ödenmesinin Bakanlık garantisi altında olduğu ve ödemelerdeki gecikmelere uygulanacak cezaî yaptırımlara ilişkin hükümlere de yer verilir.” 34. maddeye göre de “Sözleşmede tespit edilen kira dönemleri içerisinde yükleniciye kira ödemeleri, sağlık tesisinin teslim alınmasından sonra, tesisin bünyesinde döner sermaye işletmesi kurulması durumunda bu işletme bütçesinden, işletme kurulmaması veya kurulmuş olmakla birlikte malî durumunun uygun olmaması hâlinde Bakanlık Döner Sermaye Merkez Saymanlığı hesabına aktarılan paydan ödenir.”

Yönetmelikte, döner sermayeyi aşan bir güvence verilmiş olması yasaya aykırıdır. Yasada kira ödemesi için döner sermaye dışında bir kaynak öngörülmemiştir, 209 sayılı döner sermayeye ilişkin kanunda, döner sermaye kaynakları arasında devlet yardımları da bulunmaktadır. Eksik imtiyaza ilişkin Yönetmeliğin 33. ve 34. maddelerinde öngörülen “ödenek tahsisi” ve “aktarılan pay”, sağlık hizmetinin üretilmesi sırasında döner sermaye işletilmesine yapılan devlet yardımı değildir. Döner sermaye konusu olan hizmetle bağlantısı olmayan yeni bir sağlık tesisi kurulması işi için ayrılan bir bütçe ödeneğidir. Yasada buna olanak tanıyan bir kural bulunmamaktadır.

¹⁸Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları İle Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkındaki 209 Sayılı Kanun Gereğince İşletme, İdare Ve Muhasebe İşlerine Dair Yönetmelik (RG, 02.09.1961, 10896), “Döner Sermayenin Giderleri, Madde 7/d:“(Değişik:RG-18/03/2004-25406) Yılı yatırım programı ile ilişkilendirilmesi kaydıyla, Bakanlık adına inşa edilecek yeni veya ek binaların yapım giderleri”

Henüz kurulmamış bir sağlık tesisi için kira ödemesinin, o tesise ait döner sermaye işletmesinden karşılanamayacağı açıktır. Döner sermaye gelirlerinin, Sağlık Bakanlığı'nın tasarladığı yapım işlerinin büyüklüğü ve kendi elinde kalacak çekirdek hizmetin sınırları düşünüldüğünde kira ödemelerini karşılayamayacağı da öngörülebilir, bu durumda elbette bütçe kaynaklarına başvurulacaktır. Ancak bunun için oluşturulacak hukuksal yapının ele aldığımız gibi sakat değil, açık ve belirgin yasa hükümleriyle düzenlenmiş olması gerekir.

Neler İşletilir? Çekirdek hizmet – Parça hizmetler

Çekirdek hizmet idarede bırakılarak özel girişimciye hizmet mekânlarının ve parçalı hizmetlerin işletilmesi imtiyazının verilmesi dördüncü tipin kurucu unsurudur.

Bu unsur yasada “sağlık tesislerinde tıbbî hizmetler dışındaki hizmetlerin ve alanların işletilmesi” biçiminde düzenlenmiştir.¹⁹ İşletme imtiyazı 49 yıla kadar verilebilecektir.

Yasada, idarede kamu hizmeti üretimi tipiyle söylersek emanette kalacak tıbbi hizmetlerin ne olduğuna ilişkin hiçbir belirleme bulunmamaktadır. Ayrıca “tıbbi hizmet dışındaki alanlar” deyimini de belirsizdir. Bununla tıbbi hizmetlerin verilmediği alanlar anlatılıyorsa yine idarede kalacak tıbbi hizmetlerin neler olduğunun belirlenmesi gerekir. Yasada belirleme yer almamaktadır.

Yönetmeliğin tanımların yapıldığı 4. maddesinde tıbbi hizmetler dışındaki hizmetler ve alanlar tanımlanmıştır:

“Tıbbî hizmetler dışındaki hizmetler: Sözleşme hükümlerine göre, yüklenici tarafından üstlenilen tıbbî destek hizmetleri ile bilgi işlem, hasta danışmanlığı, sterilizasyon, çamaşırhane, temizlik, güvenlik, yemekhane, arşivleme ve benzeri hizmetleri; aydınlatma, asansör, ısıtma, soğutma, havalandırma, tıbbî gaz, su ve enerji temini, atık ve atık su uzaklaştırma hizmetleri de dâhil olmak üzere binaların tamiri, bakımı ve işletilmesi, park ve bahçe bakımı ve kara, hava, deniz ambulans hizmetleri ile morg ve gasilhane hizmetlerini” ifade eder.

“Tıbbî hizmetler dışındaki alanlar: İhale dokümanında belirtilen şartlara uygun olarak, otopark, otel, banka şubesi, restoran, kafeterya, konferans ve

¹⁹Fransız modelinde, özel girişimcinin işleteceği mekanlar “kamu malına ek özel mallar” olarak tanımlanmıştır (Duval, 2008: 63). Türk hukukunda ise böyle bir sınırlamaya gerek görülmemiş, hastanenin çekirdek hizmetler verilebilecek sınırlı mekânı dışındaki her alanı eksik imtiyazcıya devretmek mümkün kılınmıştır.

kültür merkezi, internet ve iletişim merkezi, yaşlı bakım evi, kreş, personel servisi, taksit hizmetleri ve benzeri ulaştırma hizmetleri, zayıflama ve diyet merkezi **gibi ön proje ile tanımlanacak olan, sağlık tesisi konsepti ile uyumlu alanları,**” ifade eder.

Yasaya göre *tıbbi hizmetler* idare tarafından üretilecek, bunun dışındaki hizmetlerin işletilmesi özel girişimciye bırakılacaktır. Yönetmelik, tıbbi hizmetler içinde de bir ayırım yaparak *tıbbi destek hizmetleri* diye bir kategori açmış ve bunları özel girişimci tarafından işletilebilecek hizmetler arasına almıştır. *Tıbbi hizmetler* ile *tıbbi destek hizmetleri* arasındaki ayırım, idarenin elinde kalacak çekirdek hizmeti, muayene ile sınırlamaya olanak tanıyacak niteliktedir. Nitekim aşağıda aktardığımız önyeterlilik ilanındaki “görüntüleme, laboratuvar ve diğer tıbbi destek hizmetleri” anlatımından da anlaşılacağı üzere işletme dışı tıbbi hizmetlere muayene odası kalmaktadır. Yönetmelik düzenlenmesinde kullanılan yazım tekniği bu amaca yöneliktir. Maddede adıyla sayılan hizmetler vardır, unutulmuş olabilecekler için “ve benzeri” denilerek açık kapı bırakılmıştır. Ayrıca hepsinden önemlisi sayılanlara ek olarak kullanılan *tıbbi destek hizmetleri* terimi torba kavramdır, içine neler gireceği tamamen sözleşme ile belirlenecektir. İdarenin elinde kalacak sağlık hizmetinin ne olacağını belirlemek için yasada hüküm yer almadığı gibi yönetmelikte de açık düzenleme yapılmamıştır.

Tıbbi destek hizmetleri, eksik imtiyaz sözleşmesinde tarafların iradesiyle somutlaşacaktır. Bunun gibi, tıbbi hizmetler dışındaki alanların tanımlanmasında da idare hemen hemen tamamen serbest bırakılmıştır. Yasadaki belirsizliği gidereceği varsayılan yönetmelik hükmünde, bazı alanlar adıyla sayılmış ancak bunların örnek olduğu tıbbi hizmetler dışındaki alanların “sağlık tesisi konsepti ile uyumlu olarak ön projede tanımlanacağı” kurala bağlanmıştır. Ön proje Sağlık Bakanlığı tarafından yapılmaktadır. İdareyi bağlayan hiçbir yasal belirleme yoktur, yönetmelikteki belirleme ise sağlık tesisi kavramı ile uyumlu olmaktadır.

Bakanlığın önyeterlilik ilanlarındaki koşullar da aynı belirsizliktedir. Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı’nın internet sitesinden ulaşabildiğimiz önyeterlilik ilanlarındaki standart ifade şu şekildedir: “Yüklenici; projenin finansmanını, uygulama projesini, tasarımını, inşaatını, medikal cihazlar ve diğer ekipmanın tedarikini ve tesis için gerekli mefruşatı sağlayacaktır. Yüklenici; ayrıca tesislerin bakım ve onarımı, görüntüleme, laboratuvar ve diğer tıbbi destek hizmetleri ile bilgi işlem, sterilizasyon, çamaşır, temizlik, güvenlik ve yemek dahil olmak üzere destek hizmetlerinin sunumunu, sağlık hizmetleriyle uyumlu ve Bakanlık onayını alacak ticari alanların yapım ve

işletilmesini de üstlenecektir.”²⁰ Önyeterlilik ilanı elbette ön projeden farklıdır, genel ifadelerle yazılması gerekebilir. Genel yazım farklı, belirsiz yazım farklıdır. Yönetmelikteki teknik önyeterlilik ilanlarında da kullanılmıştır. İdarede kalacak tıbbi hizmetlerin neler olduğuna ilişkin hiçbir belirleme yapılmayarak özel girişimci tarafından işletilebilecek hizmetlerin, idarenin hizmetleri aleyhine sürekli genişletilebilmesi olanağı yaratılmaktadır.

Yasada eksik imtiyazda özel girişimcinin gelirinin (kârının) idarenin yapacağı kira ödemesinden ve sağlık tesislerinde tıbbî hizmetler dışındaki hizmetlerin ve alanların işletilmesinden oluşacağı kurala bağlanmıştır. Yasada ayrıca özel girişimciye ödenecek kiranın hesaplanmasında dikkate alınacak hususlar da düzenlenmiştir. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Ek Madde 7'nin III. fıkrasına göre “Kira bedeli ve kiralama süresinin tespitinde; ... tıbbî donanımın bu kişiler tarafından sağlanıp sağlanmayacağı ... hususları dikkate alınır.” Yönetmelikte tıbbi donanımın “sağlanması”, işletmeye dönüşmüştür. Yönetmeliğin ihale dokümanlarını düzenleyen 15. ve sözleşmede yer alacak hususları düzenleyen 30. maddelerinde “uygun görülen donanımın işletilmesi” olanağı getirilmiştir. Özel girişimcinin işletebileceği kamu hizmeti parçalarına yeni bir parça eklenmiştir. Bir ameliyatta kullanılacak ileri teknoloji ürünü donanımın eksik imtiyazcı tarafından sağlanması ve işletilmesi mümkündür. Tıbbi donanımın işletilmesi olanağı ile mekan ve hizmet tanımı ile nüfuz edilemeyecek noktalara özel girişimci sokulabilecek, idarenin elindeki çekirdek hizmet biraz daha daraltılabilecektir. Bu olanağın yasaya aykırı olması, hukuki ayrıntı olarak düşünülebilir.

Sağlık kamu hizmetinin örgütlenmesinde yasallık ilkesi, yani temsili demokrasi devre dışı bırakılmaktadır. Yasada birkaç fıkıyla belirsiz bir düzenleme getirilmiştir. Yasayı koyacağı kurallarla belirginleştirecek idare, kendini sınırlamamak için yeterli ve açık düzenleme yapmamıştır. Sağlık kamu hizmetinin örgütlenmesinin kuralları idare ve idarenin eksik imtiyazcı ile yapacağı sözleşme ile belirlenecektir. Toplumsal yaşamı düzenleyen hukuk kurallarının, toplumun siyasal temsilcileri tarafından konulması gerektiği kuralını hatırlamamız, özel girişimciler ve idare için bir anlam taşımaz. Ancak bu kuralın çok büyük miktarlara ulaşan yatırımlar için bir güvence olduğu da unutulmamalıdır. Hukuksal belirsizliklerin yarattığı fiili durumların uyumsuzluklar yaratmayacağı sanılmamalı, bu uyumsuzlukların da her zaman fiili durumlar yaratanlar lehine çözüleceği düşünülmemelidir, bu hukuksal belirsizlikler toplumsal güç dengeleri değiştiğinde gerçekleşecek müdahalelerin meşru temelini oluşturacaktır.

²⁰http://www.kamuozel.gov.tr/UserFiles/File/mersin/Mersin_on_yeterlik_ilan_tr.pdf (Erişim, 16.5.2001).

Özel girişimci tarafından işletilebilecek tıbbi hizmetler dışındaki alanlara ilişkin Yönetmelik hükmünün ilk halinde “eczane” de tıbbi hizmetler dışındaki alanlar arasında sayılmıştı. Açılan davada Danıştay, bu düzenlemeyi hukuka aykırı bularak iptal etmiştir. Danıştay’da iptal davası açılınca, davalı idare, yargı denetimini etkisiz kılmaya yönelik taktiklerinden birine başvurarak yargılanmakta olan hükmü 13.4.2007 tarihinde değiştirmiştir. Bununla birlikte davanın konusuz kalmış olduğu sonucuna varılmamış 10.2.2009 tarihinde iptal kararı verilmiştir. Danıştay, sağlık ve eczacılık hizmetlerine ilişkin yasa hükümlerini aktardıktan sonra hastane içindeki eczanelerin tıbbi hizmetler dışında değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.

“Hastane bünyesinde yer alan eczanelerin o hastane içinde bulunan hastaların ilaç tedariki dışında ticari bir amaç taşıyamamaları ve eczacılık mesleğinin sağlık hizmeti ağırlıklı bir alan olduğu göz önüne alındığında, eczanelerin yönetmeliğin (I) bendi kapsamında tıbbi hizmetler dışındaki alanlarda değerlendirilmesinde ve bunun sonucu olarak işletilmesinin hastanelerden bağımsız olarak müteahhide devredilmesine olanak sağlayan dava konusu düzenlemede mevzuat hükümlerine, kamu yararına ve hizmet gereklerine uyarlık bulunmamaktadır (D10D, E. 2006/5525, K. 2009/793, kt. 10.2.2009).”

Eksik imtiyaz sözleşmesinin hazırlanması, yapılması ve uygulanması sürecinde pek çok noktada, kamu hizmetinin temel ilkelerine, anayasaya ve sağlık kamu hizmetinin yasal rejimine aykırılıklar ortaya çıkacak ve dava konusu edilecektir. Eksik imtiyaz tipini uygulamakta istekli olan özel girişimcilerin ve idarenin hukuksal rejimin kurulmasındaki aceleciliği ve özensizliği de bu olasılığı artırmaktadır.

Eksik imtiyazcının işletme yöntemi:

Taşeron (alt yüklenici)

Eksik imtiyazcı, çekirdek hizmet dışında idarenin yerine kaim olmaktadır. İmtiyazcı olması da bu nedenledir. İmtiyazına sahip olduğu tüm hizmet parçaları, mekanları ve donanımlarını kendisi işletebileceği gibi işlettirebilecektir. Eksik imtiyazın uygulanmadığı mevcut yapıda da sağlık hizmetinin pek çok parçası, ihale ile (III. tip) özel girişimciye ürettirilmektedir. Eksik imtiyaz tipi, parçalanmayı artırmakta ve bu parçaları bir bütün olarak özel girişimciye devretmektedir. Özel girişimci, bu hizmetleri kendisi yapmayıp taşeronlara yaptırabilecektir. Seçeceği taşeronlar kendi yan şirketleri olabilir. İmtiyazında olan hizmetleri yürütecek girişimcileri seçmek konusunda kamu hukukuna tabi ihale kuralları bulunmamaktadır.

Eksik imtiyazda özel girişimcinin kâr elde etmek için taşeronlara başvurması iktisadi rasyonalite gereğidir. Bu gerek hukuksal düzenlemede karşılanmamıştır. Tek maddelik yasal düzenlemede, eksik imtiyazcının imtiyazındaki işleri alt yüklenicilere devredebileceğine veya yaptırabileceğine ilişkin herhangi bir kural yer almamaktadır. Yine yönetmelik düzenlemesine başvurulmuş ve özel girişimci için devir olanağı getirilmiştir. Yasaya aykırıdır. Yönetmeliğin “alt yükleniciler” başlıklı 13. maddesine göre “İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi hâlinde, ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmaları istenebilir. Ancak bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.” Bu olanağın tanınmasının yasaya aykırılığı bir yana bu hüküm, süresi 49 yılı bulan sözleşmeler için uygulanması imkansız niteliktedir. Sorunu aşmak için büyük olasılıkla özel girişimci imtiyazına sahip olduğu tüm işleri alt yükleniciye yaptırabileceği işler olarak listeleyecektir. Ama sözleşme imzalanmadan önce 49 yıl boyunca kullanacağı alt yüklenicilerin listesini vermesi olanaksızdır. Bu nedenle olsa gerek yönetmelik hükmü “istenebilir” diye yazılmıştır. İdare istese de bunu verebilmek olanaksız olacağı için olasılıkla idare de böyle bir istekte bulunmayacaktır. Öte yandan Yönetmeliğin 49. maddesinde “... yatırım ve hizmetlerin niteliğine göre yüklenici ile üçüncü şahıslar arasında akdedilmesi gereken diğer sözleşmeler sözleşmede belirtilir.” hükmü yer almaktadır ki, 49 yıllık bir ilişki için bu zorunluluğun yerine getirilmesi de olanaksızdır.

Böylesi bir hukuksal yapı, kamu hizmetlerinin üretilmesinde yeni bir tipin güvenli ve istikrarlı biçimde yaratılmasına uygun değildir.

Eksik imtiyazda kurucu olmayan özellikler

Sağlık tesisi mi tüm sağlık birimleri mi?

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 7. maddesine göre kiralama karşılığı yaptırılacak veya yeniletilen altyapı “sağlık tesisleri”dir. Yasada *sağlık tesisinin* ne olduğu belirlenmemiş ve belirlenmesine olanak tanıyan bir ölçü getirilmemiştir.

Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 4. maddesinin “i” bendinde sağlık tesisi tanımı yer almaktadır. Buna göre, “Sağlık tesisi: Entegre sağlık kampüsü, eğitim araştırma hastanesi, devlet hastanesi, özel dal hastanesi, gün hastanesi, sağlık ocağı, klinik otel, rehabilitasyon merkezi, kanser araştırma merkezi, aşı eğitim merkezi, aşı üretim merkezi, aşı araştırma-geliştirme merkezi, ana çocuk sağlığı ve aile planlaması merkezi, toplum sağlığı merkezi, organ ve doku bankası, bölgesel kan merkezi, kan ürünleri üretim tesisi, ağız ve diş sağlığı merkezi, tüm kara, hava ve deniz teçhizatları dâhil olmak üzere 112 acil

servis komuta kontrol merkezi ile destek birimleri dâhil ilgili tesisin her türlü bölümleri ve bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla, Bakanlığın yapmak ve yaptırmakla yükümlü olduğu ek binalar dâhil sağlıkla ilgili diğer tüm tesisleri” ifade etmektedir.

Sağlık tesisi kavramı, ilk elde binaları düşündürmekle birlikte, yönetmelikteki tanım binayı değil doğrudan doğruya hizmet konularını saymaktadır. Bu tanımlama da basit bir kiralama karşılığı bina yaptırılmasının değil, Sağlık Bakanlığının yükümlü olduğu kamu hizmetini özel girişimciye yaptırmasının yani eksik imtiyazın sözkonusu olduğunu göstermektedir.

Sağlık tesisi kavramının yönetmelikte tanımlandığı kapsamı neredeyse Sağlık Bakanlığının sağlık kamu hizmeti örgütlenmesinin bütününe denk düşmektedir. Eksik imtiyazın yalnızca yeni tesis kurulması ve hizmet örgütlenmesinde değil, varolan tesislerin yenilenmesi ve bunlarda yeni hizmet örgütlenmesinde kullanılacağı da düşünüldüğünde Sağlık Bakanlığı'nın yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin neredeyse tamamının eksik imtiyaz aracılığıyla özelleştirilebileceğini öngörebiliriz.

Bina ve mekanın planlanması

Sağlık kamu hizmetinin üretileceği binanın ve bağlantılı alanların yani hizmet mekanlarının tasarlanması ve planlanması yönetmelikle özel girişimciye bırakılmıştır.²¹ Bu mekanlar ve hizmetler, idarenin üreteceği çekirdek hizmet (tıbbi destek hizmetleri dışındaki tıbbi hizmetleri) dışında özel girişimci tarafından işletilecektir. Özel girişimcinin binayı ve hizmet mekanını planlaması, kendi işletme anlayışına uygun olacaktır. Sağlık kamu hizmeti mekanının işletmenin kâr amacıyla planlanıp inşa edilmesi genel olarak kamu yararı amacına ve özel olarak da kamu hizmeti gereklerine aykırıdır.

Yasada Bakanlığın “ön proje vereceği ve temel standartlar belirleyeceği” hükme bağlanmıştır. Yasadaki bu düzenlemeden inşa edilecek hizmet mekanının özel girişimci tarafından tasarlanıp planının çizileceği sonucu çıkmamakla birlikte Yönetmeliğin özellikle tanımlara ilişkin maddelerine yerleştirilmiş düzenlemeler bu işi eksik imtiyazcıya bırakmaktadır.

²¹İşin yani kamu hizmetinin sahibi ile eserin sahibi arasındaki bağlantı kopmaktadır. Kamu hizmetinin sahibi olan idare genel ihtiyaç ve ilke belirtmek dışında, eser (bina) sahibi yani eksik imtiyazcı ile eserin planlanması konusunda bir ilişki kurmamaktadır. Fransız hukukunda bu durum kamu yapım ihalelerinin ve kamu mallarının klasik hukuksal rejiminden sapan bir özellik olarak değerlendirilmektedir (Symchowicz, 2008: 50).

Yönetmelik kesin projeyi, “Belli bir sağlık tesisinin Bakanlıkça temin edilen ön projesine göre, ihale dokümanı ve temel standartlar dokümanına bağlı kalınarak, mümkün olan arazi ve zemin araştırmaları yapılmış olan, yapı elemanlarının ölçümlendirilip boyutlandırıldığı, inşaat sistem ve gereçleri ile teknik özelliklerinin belirtildiği, ihale üzerinde kalan ve sözleşmenin imzalanmasını müteakip yüklenici tarafından hazırlanan proje” olarak tanımlamaktadır. Tanımda kesin proje yapma işi özel girişimciye bırakılmıştır. Bakanlığın yapacağı “sağlık tesisinin konsept ve temel tasarım unsurlarını ve ihtiyaç listesi ile mahal listesini de içeren” ön proje hazırlamaktır. Sağlık tesisindeki bütün mekan planlamasının özel girişimci tarafından yapılacağı uygulama projesi tanımından da çıkmaktadır. “Uygulama projesi: Belirli bir sağlık tesisinin Bakanlıkça onaylı kesin projesine göre yapının her türlü ayrıntısının belirtildiği yüklenici tarafından hazırlanan projeyi” anlatmaktadır.

Yönetmelikte, eksik imtiyazda idarenin yürütmekle yükümlü olduğu çekirdek hizmetler için mekanın somut planlamasına müdahale etme olanağı tanınmamıştır. Mekanın planlaması, çekirdek hizmetler dışındaki mekan ve hizmetleri işletecek olan özel girişimcinin kâr arayışıyla belirlenecektir.

Özel hukuk sözleşmesi değildir

Eksik imtiyaz idare ile özel girişimci (ortak girişimlerin oluşturacağı bir şirket) arasında sözleşme ilişkisidir. Sözleşmenin konusu kamu hizmeti için gerekli olan tesislerin kurulması ve çekirdek hizmet dışındaki kamu hizmeti parçalarının ve mekanlarının uzun süreli işletilmesidir. İdare ile özel girişimciler arasındaki sözleşmeler, bireyler arasındaki sözleşmelerden farklılaşarak özel hukuk dışında bir kamu hukuku rejimine tabi olabilir. Bu ayırım için *idarenin özel hukuk sözleşmeleri* ile *idari* sözleşmeler terimi kullanılmaktadır. Kamu hizmetinin üretilmesi için ihtiyaç duyulan bir malın veya hizmetin alınması, özel girişimcinin kamu hizmeti alanına yerleşmesi (hizmet üretiminin yönetim süreçlerinin parçası haline gelmesi) sonucunu doğurmuyorsa, arazi ve anlıksa (kısa süreliyse) bu ilişkinin hukuksal biçimi bir alım-satım sözleşmesi veya inşaat sözleşmesi olabilir, özel hukukun kavram ve kurallarıyla kavranır. Kamu hizmetinin piyasa ile ilişkiye geçmesinde konu, kamu hizmetinin parçalarından birinin veya tamamının ürettirilmesi ise kamu hizmeti alanına (yönetim süreçlerine) yerleşen özel girişimci ile sürekli ve kimi zaman da çok uzun süreli bir ilişki kurulur ve bu ilişkinin hukuksal biçimi, özel girişimcinin kamu hizmeti gereği kullanacağı ayrıcalıklar, yükümlendiği sorumluluklar ve idarenin kamu hizmetinin yükümlüsü olarak sahip olduğu

yetkiler ve sorumluluklar nedeniyle özel hukuktan farklı olarak *idari sözleşme*dir.

Eksik imtiyaz ilişkisini kuran sözleşme de idari sözleşmedir.²²

İdarenin özel girişimcilerle yaptığı sözleşmelerden hangilerinin idari sözleşme olduğuna ilişkin aktardığımız bu kuramsal bilgilerin yanısıra basitçe mevzu hukuktan da yola çıkabiliriz. 1999 yılında Anayasanın 47. maddesinde değişiklik yapılarak yasama organına konusu kamu hizmetinin özel girişimciye gördürülmesi olan sözleşmeleri yasa ile özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirebilme yetkisi verildi. Bu değişiklikten önce Anayasa Mahkemesi idari nitelikteki sözleşmelerin yasa tarafından özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesini veya aynı sonucu doğurmak üzere bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların adli yargı düzenine tabi tutulmasını Anayasaya aykırı buluyordu. 1999 değişikliği ile sözleşmenin yasa ile nitelendirilmesi olanağı yaratıldı.²³ 47. maddeye göre “Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer

²²Bu sözleşmeler Fransız hukukunda, ilgili düzenlemede ortaklık sözleşmeleri (*les contrats de partenariat*) olarak adlandırılmış ve hukuki rejimi düzenlemenin 1. maddesinde “idari sözleşmeler” olarak kurala bağlanmıştır (Ordonnance n 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat). İdare hukuku yazınında da temel idari sözleşme tipleri arasında ele alınmaya başlanılmıştır. Örneğin, (Waline, 2008: 414); (Ricci, 2008: 73). Fransız öğretisinde bu sözleşmelerin idari niteliği konusunda tereddüt bulunmamakla birlikte, *ortaklık sözleşmesinin* kamu hizmetinin gördürülmesine mi, yoksa bayındırlık işlerine mi ilişkin olduğu konusunda belirsizlik vardır. Ortaklık sözleşmelerinin yapım, finansman ve işletme vb. gibi temel konuları kapsıyor olmasını anlatmak üzere *global (genel) sözleşmeler* nitelemesi yapılmaktadır. Örneğin, (Dupuis vd., 2009: 425, 447/dn. 3); (Ménéménis, 2004: 1738).

²³1999 Anayasa değişikliğinden sonra da Danıştay sözleşmenin niteliğini kanunda yapılan değerlendirmeyi bir yana bırakarak araştırmıştır. Danıştay’ın bu içtihadını geliştirdiği olayda, bir limanın üst yapı tesislerinin yapılması konusunda 3996 sayılı Kanun’a dayanılarak yapılan yap-işlet-devret sözleşmesi sözkonusudur. 3996 sayılı Kanun’un 5. maddesi’ne göre bu sözleşmeler “özel hukuk hükümlerine tabidir.” Sözleşmeye karşı, iki şirket Danıştay’da iptal davası açmıştır. Danıştay’ın, 3996 sayılı Kanun’un 5. maddesindeki “özel hukuka tabidir” nitelemesini bir yana bırakarak sözleşmenin idari olup olmadığını incelemesi Anayasa Mahkemesi’nin yargılamada kullandığı yöntemle başvurması ile mümkün olmuştur. Danıştay, yap-işlet-devret sözleşmesinin imtiyaz olmasa da idari sözleşme niteliğinde olduğuna ve görevli idari yargı merciinin idare mahkemesi olduğuna karar vermiştir : “Anayasa Mahkemesi’nin, 28.06.1995 tarih ve E: 1994/71, K:1995/23 sayılı kararında ... ‘Anayasa yargısı alanında bir hizmetin ‘kamu hizmeti’, bir sözleşmenin de ‘imtiyaz sözleşmesi’ olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir. Eğer bir

kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.”

Maddede değişikliği yapanların hiç arzu etmeyecekleri iki önemli sonuç çıktı. İlki, yasa ile açıkça özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmemiş, konusu kamu hizmeti veya kamu yatırımının özel girişimciye gördürülmesi olan sözleşmeler idari sözleşme niteliğinde olacaktır. 1999 sonrası artık kamu hizmetinin ve yatırımının sözleşme ile özel girişimciye yaptırılmasının veya devredilmesinin anayasal rejimi idari sözleşme olmuştur. İkincisi, 1999 öncesi tartışma “kamu hizmetleri” iken yeni düzenleme idari sözleşmeler kapsamına “kamu yatırımları”nı da almıştır. Türk hukukundaki kamu inşaat işleri - ki yatırımdır - idari sözleşme değildir, özel hukuktaki yapı sözleşmesidir, öğretisel ve yargısal kabulünün anayasal temeli kalmamıştır. Her bir hizmet türü ve hatta yaptırma/devir türü için aksini öngören açık yasal düzenleme olmadıkça sözleşmeler idari niteliktedir.

Sağlık kamu hizmeti alanında eksik imtiyaz yöntemini düzenleyen Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun ek 7. maddesinde sözleşmenin niteliğine ilişkin hiçbir belirleme bulunmamaktadır. Hem açıkladığımız kuramsal nedenlerle hem de Anayasanın 47. maddesi gereği ek 7. maddeye göre idare ile

kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapamaz. Tersine durum, Anayasa’nın yargıya ve ön denetime ilişkin kurallarıyla bağdaşmaz.” gerekçesine yer verilmiştir. / Danıştay Birinci Dairesi’nin ilgili sözleşmeyi, imtiyaz sözleşmesi olarak görmeyerek düşünce bildirmemesi halinde, bu sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olduğunu kabul etme olanağı bulunmamakta ise de, söz konusu sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığı hususunun, bu durumdan ayrık olarak idari yargı yerlerince incelenmesi gerekmektedir. (...) İptali istenen sözleşmenin konusunun, sözleşmeye ekli vaziyet planında belirlenen alanda, alt yapı tesislerinin tamamına yakın bölümü idare tarafından tamamlanmış bulunan mevcut Çanakkale limanı tesisinin en az 1 milyon ton/yıl nihai yükleme-boşaltma kapasitesi ile yolcu ve Ro-Ro fonksiyonlarına hizmet verecek şekilde eksik kalan altyapı, gerekli olan üstyapı tesisleri ve liman bağlantı yolunun uygulama projelerinin hazırlanmasına, inşaatına, gerekli ekipmanlarının teminine ve tesisine, yapılan tesisin bakım ve onarımına, işletilmesine ve sözleşme süresi sonunda her türlü borçtan arı, bakımlı ve kullanılabilir durumda bedelsiz idareye devrine ilişkin olması, sözleşme süresinin 10 ay 9 gün yatırım, 29 yıl işletim süresi olmak üzere toplam 29 yıl 10 ay 9 gün olarak belirlenmesi, idareye denetim ve sözleşmenin feshi hakkında ayrıcalıklı yetki tanınması yönleriyle idari nitelikli olduğu görülmektedir (D13D, E. 2008/5151, K. 2008/6509, 28.11.2008).”

özel girişimci arasında imzalanacak sözleşmeler (eksik imtiyaz sözleşmeleri) idari sözleşme niteliğindedir.

Yazı boyunca belirttiğimiz gibi, eksik imtiyaz yönteminin hukuksal rejimi sakatlıklar yaratacak belirsizlikler ve açık sakatlıklarla oluşturulmuştur. Böyle bir hukuksal rejimin güvenli bir yatırım ortamı yaratması olanaklı değildir. Temel sakatlıklardan biri de sözleşmenin niteliğinin Yönetmelikte belirlenmiş olmasıdır. Yönetmeliğin 4. maddesinin “j” bendine göre “Sözleşme: Yapım ve yenileme işlemleri ile ilgili olarak idare ile yüklenici arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılan ... sözleşme ve eklerini” ifade eder. Sözleşmenin özel hukuka tabi olduğunu gerekçelendirme için olsa gerek konusu “yapım” olarak belirtilmiş, kamu hizmeti üretimi ile hiçbir bağlantı kurulmamıştır. Eksik imtiyaza ilişkin hukuk kuralları incelendiğinde bunun bir kamu hizmeti üretim tipi olduğu açıkça görülmektedir. Bu gizleme çabasının Anayasanın 47. maddesindeki “yatırım”lar ibaresi karşısında anlamsız olduğu bile fark edilememiştir. Özel girişimciye verilecek işin bir kamu hizmeti değil de yalnızca inşaat (yapım) olduğu kabul edilse bile bu nitelimenin yasa ile yapılması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.

Yaratılan hukuksal sakatlıkların, arkasına siyasal gücü alan fiili durumlarla korunabileceği inancı, sadece inançtır. Çok uzun süreli kurulan iktisadi ilişkinin, siyasal özne ve güç değişimleri karşısındaki güvencesi ancak sağlam ve bu sayede meşru olan hukuksal rejim ile sağlanabilir.

Çekirdek hizmetler de devredilebilir mi? Eksik imtiyazdan tam imtiyaza

Sağlık kamu hizmeti alanında eksik imtiyazın düzenlendiği Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 7. maddesinde, tıbbi hizmetler imtiyaz ilişkisinin dışında bırakılmıştır. Tıbbi hizmetler idare ile özel girişimci arasındaki eksik imtiyaz ilişkisinde idarenin elinde tuttuğu çekirdek hizmetlerdir; özel girişimciye hizmet devrini imtiyaz haline getiren de budur. Bu sayede özel girişimci, çekirdek hizmete bitişik, doğrudan idareye veya sağlık hizmetinin kullanıcı kitlesine satabileceği onlarca işletilebilir hizmet ve alan bulmaktadır.

7. madde tıbbi hizmetlerin idare tarafından emanet yöntemi ile (yani kendi araç gereç ve personeli eliyle) üretilmesi gerektiğine ilişkin bir kural getirmemiş, yalnızca tıbbi hizmetler dışındaki hizmetlerin eksik imtiyazcıya işlettirileceğini kurala bağlamıştır. Yönetmelikte de çekirdek hizmetlerin özel girişimcilere ürettirilebileceğine ilişkin bir kural yer almamaktadır.

Sağlık kamu hizmetinin nasıl örgütleneceğine ve piyasa ile ilişkisine ilişkin, tuhaf biçimde, Devlet Memurları Kanunu'nda bir kural bulunmaktadır.

Kamu hizmeti alanında kamu hukuku bağı ile çalışanların hizmet sınıflarını düzenleyen maddede 2003 yılında bir değişiklik yapılarak sağlık kamu hizmetinin piyasaya gördürülmesi olanağı tanınmıştır. Bu olanak kamu hizmetleri alanının piyasa ile ilişkiye geçmesinde üçüncü tipin, hizmetin parçalara ayrılarak yıllık ihalelerle piyasaya gördürülmesinin en uç örneğidir.

Devlet Memurları Kanunu'nun memurların hizmet sınıflarını düzenleyen 36. maddesinde "sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfı" da yer almaktadır. sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfı kapsamında yer alacak kamu görevlileri şu biçimde sayılmıştır: "Bu sınıf, sağlık hizmetlerinde (Hayvan sağlığı dahil) meslekî eğitim görerek yetişmiş olan tabip, diş tabibi, eczacı, veteriner hekim gibi memurlar ile bu hizmet sahasında çalışan yüksek öğrenim görmüş fizikoterapist, tıp teknolojü, ebe, hemşire, sağlık memuru, sosyal hizmetler mütehasısı, biyolog, pisikolog, diyetçi, sağlık mühendisi, sağlık fizikçisi, sağlık idarecisi ile ebe ve hemşire, hemşire yardımcısı, (Fizik tedavi, laboratuvar, eczacı, diş anestezi, röntgen teknisyenleri ve yardımcıları, çevre sağlığı ve toplum sağlığı teknisyeni dahil) sağlık savaş memuru, hayvan sağlık memuru ve benzeri sağlık personelini kapsar."

İşgücünün niteliğine ilişkin bu tanımlamalar aynı zamanda sağlık kamu hizmeti alanında gerçekleştirilen üretimin de tanımlarıdır. Bu sayede idareye kamu hizmetini özel girişimciye yaptırma izni vermek için kolay bir yöntem geliştirilmiştir. 10.7.2003 tarih ve 4924 sayılı Yasa ile 36. maddeye tek cümlelik bir fıkra eklenmiştir: "Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir."

Anayasa Mahkemesi bu değişikliğe yönelik iptal istemini reddetmiştir. Sağlıkta özelleştirme güzellemesi niteliğindeki gerekçesinde sağlık hizmetlerinin niteliğinin sağlık hizmetlerinin hizmet satın alma yoluyla karşılanmasını zorunlu kıldığını saptamaktadır (AM, E.2004/114, K.2007/85, kt. 22.11.2007, RG. 24.12.2007, 26736).

Sağlık hizmetleri sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilme olanağı, eksik imtiyaz yöntemiyle birleşebilir. Bu durumda sağlık kamu hizmetinin yükümlüsü bakanlık yalnızca ihaleci ve denetleyici bir örgüt halini alır. Kaynağın yine döner sermaye olduğunu görünce akla, hem çekirdek hizmetlerin ihalesini finanse edebilecek hem de eksik imtiyazcıya yapılacak kira ödemesini finanse edebilecek büyüklükte bir döner sermaye kaynağının nasıl ortaya çıkabileceği sorusu gelmektedir.

Eksik imtiyazda çekirdek hizmetlerin de kamu hizmet alımları yöntemiyle gördürülmesi durumunda, eksik imtiyazcının hukuki önceliği olmasa da hizmet örgütlenmesini ve mekanını bilen olarak diğer özel girişimciler karşısında üstünlüğü olacaktır. Eksik imtiyazcının idarede kalan çekirdek hizmetlere ilişkin hizmet alım ihalelerini de alması eksik imtiyazı fiilen imtiyaza dönüştürebilir.

Sağlık kamu hizmetinde özel girişimden yararlanmanın sınırı

Sağlık Bakanlığı'nın sadece ihale ve denetim yaptığı bir sağlık kamu hizmeti örgütlenmesi Anayasa Mahkemesi'nin piyasa güzellemesi gerekçelerinin fiili olmasa da mantıksal/hukuksal sonucudur. Bakanlığın kamu özel ortaklığı daire başkanlığına veya ihale birimine indirgenmesi, sağlık kamu hizmetinin kamu hizmeti alanında imtiyazlar ve ihaleler alan özel girişimcilerin idarece denetlenen işletmelerine dönüşmesi anayasa ile uyumlu mudur?

1987 yılında çıkarılan Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, sağlık kamu hizmeti örgütlenmesinde işletme biçiminin kullanılabileceğini kurala bağlamıştı. Bu kuralın Anayasaya aykırılığı savı Anayasa Mahkemesi tarafından sağlık hizmetinin özellik arzettiği gerekçesiyle reddedildi. 2003 yılında da Devlet Memurları Kanununda yapılan değişiklikle sağlık ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfındaki personelin yaptığı işlerin özel girişimcilere gördürülebileceği kurala bağlandı. Buna ilişkin iptal istemi de aynı gerekçeyle reddedildi. Anayasa Mahkemesi'nin sağlık kamu hizmeti konusundaki yaklaşımı çelişmiş gibi duran iki temele dayanıyor: Çalışanların haklarının sınırlanması ve özel girişimin sağlık kamu hizmetinde önünün açılması. Bir yandan mecburi hizmet gibi temel haklara yönelik ağır sınırlandırmalar sağlık hizmetinin özelliği gereği anayasaya uygun bulunurken öte yandan da sağlık kamu hizmetinin işletilebilmesi ve piyasaya gördürülmesi (özelleştirilmesi) yine aynı özelliklerle anayasaya uygun ve hatta zorunlu sayılıyor. Çalışma hakkının sınırlanması konusunda sağlık kamu hizmetinin özelliklerine dayanan Anayasa Mahkemesi, özel girişimci için büyük bir kârlılık alanı olan sağlık kamu hizmetinde özel girişimin ticari/piyasa mantığının sınırlanması konusunda hiçbir saptama yapmıyor. Elbette mahkemelerin saptama yapmadıklarını karar verdiklerini biliyoruz. Aşağıda aktaracağımız iki kararda Anayasa Mahkemesi'nin piyasanın faziletleri konusunda saptama ve hatta güzelleme yapmaktan geri durmadığını, idareye piyasadan yararlanman zorunluluktur diyerek siyasal program yazdığını görüyoruz.

Sözünü ettiğimiz kararları aktaralım. 7.6.1987 tarih ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 5. maddesiyle yasa kapsamına giren sağlık

kuruluşlarının kamu tüzelkişiliği bulunan sağlık işletmesine dönüştürülebilmesi ve kuruluş hekimlerinin çalışma saatleri dışında özel teşhis ve tedavi yapabilmesi öngörölmüştü. Anayasa Mahkemesi sağlık kamu hizmetinin, işletme olarak örgütlenip, üretilmesini ve kullanıcıların işletmenin müşterilerine dönüşmesini anayasa aykırı bulmadı.

“ ‘Mal ya da hizmet üretmek amacıyla kurulmuş, doğal kaynaklar, emek ve sermaye gibi üretim etmenlerini bir örgüt ve yönetim gücü ile biraraya getiren ekonomik amaçlı kuruluşlar’ olarak tanımlanan işletme biçimine dönüştürülecek sağlık kuruluşlarının satmak için üretimde bulunması, ayrıca kurucu ve sahiplerinden bağımsız bir varlığı, muhasebesi ve atanan bir yönetim merkezine sahip olması gerekir. Yatırım ve personel ücretleri dışındaki giderleri için devlet desteği olmaksızın kendilerinin gelir elde ederek çeşitli giderler yapması, kâr amacını gündeme getirmektedir. Bu amaca ulaşmak için, sağlık hizmetlerinin maliyetinin artırılması kaçınılmazdır. ... Temel haklar ve ödevler konusunda gözetici ve koruyucu olan devletin, sosyal devlet olmak gibi üstlendiği görevlerini Anayasa’nın 65. maddesinin belirlediği gibi malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği açıktır. Çok önemli bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin, sosyal devlet olmanın gereği, parasız yerine getirilmesi anlayışı günümüzde gücünü yitirmiştir. Kamu hizmetlerinin karşılığı olarak, yararlananlardan kullanım oranlarına ve ödeme güçlerine göre ücret alınabileceği kabul edilmektedir. Böylece, bu hizmetlerden yararlananlarla yararlanmayanlar arasındaki eşitsizlik giderilmiş olmaktadır. Ancak, gelir düzeyi ne olursa olsun belirlenen ücreti ödeyemeyecek olanlardan bu ücretin alınmaması ya da onlar adına ödenmesi olanakları da uygulamaya konulmalıdır. Yasanın 3. maddesinde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı’nın belirleyip duyuracağı ücretleri ödeyemeyecek durumda olanlar için geçici 3. maddenin tanıdığı objektif olanaklar da vardır. Bu durumlar karşısında, iptali istenilen madde, sözü edilen maddelerle birlikte düşünölünce, kamu hizmetlerine ayrılarak kamunun yararlanmasına özgülennmiş varlıkların salt ticarî işletme durumuna indirgenerek piyasa ekonomisi kurallarına açık tutulmaları olgusu bir yana, Anayasa’nın 2. maddesine aykırı bir yön yoktur. (...) Devlet, Anayasa’nın 56. maddesinin kendisine yüklediği görevleri malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmek durumundadır. Günümüzde devlete parasız sağlık hizmetlerini bütünüyle yüklemek olası bulunmadığına, Anayasa’nın 56. maddesi de parasız hizmetten söz etmediğine göre sağlık hizmetlerinin sağlık işletmeleri eliyle paralı olarak yürütülmesinde bir aykırılık yoktur (AM, E.1987/16, K.1988/8, kt.19.4.1988, RG. 23.8. 1988,19908).”

Gerekçeyi özetleyelim, işletme kâr amacı güder, bu sağlık hizmetinin maliyetini artırır, sağlık hizmetinden yararlanan para öderse hizmetten yararlanmayanlarla arasındaki eşitlik sağlanır, para ödeyemeyecek olanların parasını devlet öder, sağlık kamu hizmeti salt ticari işletmeye indirgenmiş olsa

da eşitlik ilkesi korunmuştur, zaten anayasada sağlık hizmetinin parasız olacağı da öngörülmemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu gerekçelerini tüm kamu hizmetleri için kullanabiliriz. Sağlık hizmeti yerine, “yollar”ı koyun. Arabaların yollardan yararlanması, arabası olmayanlar aleyhine, hiç motorlu taşımadan yararlanmayanlar aleyhine, arabası olup da o yollardan hiç geçmeyenler aleyhine eşitsizlik yaratır. Arabalarının tümünde sayaçlar mevcuttur, yolları kullandıkları kadar ödeme yapmaları olasıdır, bunun tekniği geliştirilebilir. Örnek garip mi geldi, o zaman sağlık hizmeti yerine eğitim hizmetini koyun, daha kolay içselleştirebilirsiniz.

Anayasa Mahkemesi'nin bu akıl yürütmesinin yeni sağcı kökenlerinin araştırılmasına girmiyoruz, sadece bu gerekçenin mantıksal bir akıl yürütme olmadığını belirtmekle yetiniyoruz. Hukuksal çıkarım mantıksal çıkarımdır. Büyük önerme ve küçük önermeden bir sonuç çıkarabilmek için her iki önermenin de paylaştığı bir orta terim olması gerekir. Aksi durumda çıkarım değil, önermeler sıralaması sözkonusu olur. Anayasa Mahkemesi, siyasal programın önermelerini sıralamıştır.

Anayasa Mahkemesi Devlet Memurları Kanunu'na ilişkin 2007 kararında bu siyasal programı hukuksal zorunluluğa çevirmiştir. DMK'nın memuriyet sınıflarına ilişkin 36. maddesinde 10.7.2003 tarihinde yapılan değişiklikle, sağlık ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil personelin yaptığı işlerin hizmet satın alması yoluyla özel girişimcilere gördürülebileceği kurala bağlanmıştır. Hiç ölçüt ve sınır içermeyen bu düzenleme, içeriği bir yana basitçe yasama yetkisinin devredilmezliği kuralına aykırıdır ve iptali gerekir. Bu yasa hükmü ile idare sağlık kamu hizmetini dilediği örgütleme yetkisine sahip olmuştur. İptal istemi Anayasa Mahkemesi'nce reddedilmiştir. Mahkeme, yasama yetkisinin devredilmezliği gibi basit kurallarla uğraşmak yerine piyasanın sağlık kamu hizmetine ne denli önemli katkılar sunabileceğinin kuramsal tartışmasını yapmıştır.

“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 dahil 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 kullanımını 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'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 sözedilemeyeceği gibi, 47. maddesinde öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesi olanaklıdır.

... Anayasa gereği herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması karşısında, ülkenin her yöresinde sağlık hizmetlerinden tam olarak yararlanılabilmesini sağlamak amacıyla niteliği gereği sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ortaya çıkacak eksiklik ve gecikmelerin telafisi olanaksız sonuçlara yol açabilmesi, kamunun iktisadi ve teknik yetersizliği, teknolojik gelişme ve kullanıcıları ve hizmet sunucu ve donanımlarına olan ihtiyaç, görev ve yer yönünden erişim zorlukları, sağlık hizmetlerinin ertelenemez ve ikame edilemez özellikleri, doğal afet, salgın hastalıklar ve acil durumlar sağlık hizmetlerinin hizmet satın alma yoluyla karşılanmasını zorunlu kılmaktadır. Böylece, itiraz konusu kural ile, sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin, ücretleri döner sermaye gelirlerinden karşılanmak kaydıyla, lüzumu halinde hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesi olanaklı hale gelmektedir.

Kuralın, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet ilkesini gerçekleştirmek, 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında belirtilen kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmek, 56. maddesinde öngörülen sağlık hizmetlerini tam ve dengeli biçimde yerine getirebilmek amacıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır (AM, E.2004/114, K.2007/85, kt. 22.11.2007, RG. 24.12.2007, 26736).”

“Bu yönüyle”, “bu çerçevede”, “dolayısıyla” ve “böylece” sözcükleri önermeler arasında mantıksal/hukuksal çıkarımı sağlamamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesindeki her cümle başlı başına bir önermedir ve bir

mantıksal çıkarımla Anayasaya bağlanmamaktadır. Örneğin aktardığımız ilk paragraftaki “Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir.” önermesi ile “sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir.” önermesi arasında bağlantı kurabilecek ortak nokta yoktur. Araya “bu yönüyle” sözcüklerinin girmesi bu bağlantıyı sağlamaz. Anayasa Mahkemesi eksik kıyas yapmış olabilir. “Bilime dayalı sürekli yenilikler ancak özel sektörün kazanç ve rekabet arzusu ile sağlanabilir” büyük önermesi Anayasa Mahkemesi üyelerinin kafalarında bulunuyor olabilir, ancak bu yetmez, kararda da açıkça yazılması gerekir. Hiçbir mahkemenin, toplum – devlet – piyasa arasındaki ilişkiye yönelik siyasal/felsefi tercihleri analitik/hukuksal doğrular olarak dayatma yetkisi yoktur.

Aktardığımız gerekçede çok önemli bir özellik Anayasa Mahkemesi’nin gerekçesi ile sağlık kamu hizmeti için yeni bir üretim ve örgütlenme modeli öngörmüş olmasıdır. İptali istenilen kuralla idareye sağlık kamu hizmetini parçalayarak hizmet alım ihaleleriyle piyasadan satın alma yetkisi verilirken Anayasa Mahkemesi hizmetin nasıl parçalanacağına ilişkin yol göstermektedir.²⁴ Yemek, temizlik, taşıma vb. önemsiz yardımcı hizmetler bir

²⁴Fransa’da eksik imtiyaza ilişkin özel bir yasal düzenleme olduğu 22 numaralı dipnotta belirtmiştir. Bunu önceleyen ve bu yasal düzenleme hakkında Anayasa Konseyi’ne altı kez başvurulmuştur (Dreyfus, 2009: 779). Fransız Anayasa Konseyi, özellikle yorumlu ret kararlarıyla eksik imtiyaz uygulamasına yasada bulunmayan sınırlamalar getirmiştir. Anayasa Konseyi, eksik imtiyazın kamu ihalelerinin (alımlarının) ve kamu mallarının anayasal rejimiyle çeliştiğine bu çelişkinin ancak belli koşullarla anayasaya uygun sayılabileceğine karar vermiştir. Anayasa Konseyi’nin 26.6.2003 tarih ve 2003-473 sayılı yorumlu ret kararından sonra oluşturulan yasal yapıda eksik imtiyaza (ortaklık sözleşmelerine) başvurulması ancak üç durumda sözkonusu olabilir. Projenin karmaşıklığı, aciliyet (idarenin görevini yerine getirmemiş olmasından da kaynaklanabilir) veya ekonomik avantaj gerekçeleriyle eksik imtiyaza başvurulabilir. (Ministère de L’Economie ..., 2011). Anayasa Konseyi’nin yorumlu ret kararını aşmak için, mevzuatta değişiklik yapılmış, geniş bir liste oluşturularak sayılan konularda zorunluluk halinin bulunduğu kabul edilmiştir. Anayasa Konseyi, bu düzenlemeyi, zorunlu ön değerlendirmeyi engellediği ve yargısal denetimi güçleştirdiği gerekçesiyle iptal etmiştir (24 Temmuz 2008, 2008-567) (Guglielmi, 2008).

Anayasa Konseyi 12.2.2009 tarih ve 2009-575 sayılı kararıyla da hükümete kanun hükmünde kararname ile kamu ihale kuralları oluşturma yetkisi veren yetki yasasını iptal etmiştir. Bu kararın sonucu, hükümetin nihai teklif aşamasında kesin olarak

yana yüksek sermaye grubuna dahil sürekli yenilenen teknoloji, cihaz, ekipman, bakım, yenileme vb. işleri özel girişimciye yaptırmasını önermektedir.²⁵ Anayasa Mahkemesi bu gerekçesi ile eksik imtiyazı öngörmüştür. Bu gerekçeler, Sağlık Bakanlığı Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı'nın internet sitesinde tanıtım yazısı²⁶ olabilecek niteliktedir.

Eksik imtiyaz bu kararların hukuki ve siyasi yolu içindedir. Bununla birlikte anayasaya aykırıdır. Devletin üstlenmiş olduğu temel kamu hizmetlerinden olan sağlık kamu hizmetinin üretim ve yararlanma biçiminin vergilerle bağının neredeyse tamamen koparılması anayasaya aykırıdır.

Kamu hizmeti alanında yer alan bir kamu hizmetinin piyasa ile ilişkisini düzenleyen anayasa kuralları olarak 128. ve 47. maddeler kullanılmaktadır. Yukarıda aktardığımız Anayasa Mahkemesi kararında da aynı maddeler kullanılmıştır. “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 (AM, E.2004/114, K.2007/85, kt. 22.11.2007, RG. 24.12.2007, 26736)”. Mahkeme verdiği sonuç için neden sorusunu yanıtlamıyor. Mahkemenin gerekçe yazımındaki bu kusurunu bir yana bırakalım, kamu hizmetlerinin özel girişimcilere ürettirilmesinde anayasal ölçü sorununa dönelim.

Anayasanın 47. maddesi, kamu hizmetinin özel girişimciye ürettirilmesinde bir ölçü içermemektedir, 128. madde bir ölçüt getirmekle

belirlenmemiş bir fiyat üzerinden sözleşme yapma olanağının anayasaya aykırı olmasıdır (Guglielmi, 2009).

²⁵Özel sektörün kamu hizmetinin üretimine katılması, liberal tezin tersine, her zaman kamu lehine sonuçlar üretmez. Kamu hizmetinin üretiminde eksik imtiyaz (kamu – özel ortaklığı) yönteminin, kamuya daha pahalıya malolduğu konusunda artık tartışma bulunmamaktadır (Özellikle Jean Shaoul'un ve David Price'in ampirik çalışmaları net sonuçlar sunmaktadır. Örn. (Shaoul vd., 2008: 107); (Hellowell vd., 2008: 15); (Shaoul, 2005: 441). Fransa'da ilk projelere ilişkin 2007 yılına ait bir değerlendirmede eksik imtiyazın klasik yöntemlere göre “daha ucuz olmadığı” sonucuna varılmıştır (Rolin, 2007: 1209).

²⁶İdarelerin resmi internet sitelerinin, özellikle kamu – özel ortaklığı gibi tartışmalı ve iktisadi/siyasi kuramsal bağlamı çatışmalı konuların tanıtılması sözkonusu olduğunda olabildiğince nesnel görünümlü hazırlanmış olması gerekir. Nesnel görünümün sağlanabilmesi için bir tanıtım/reklam yerine yalınlaştırılmış teknik bilgilendirmenin sunulması zorunludur. Fransız Ekonomi, Maliye ve Sanayi Bakanlığı tarafından hazırlanan kılavuz (Ministère de L'Economie ..., 2011), taraf olmakla birlikte, teknik bilgilendirme ile nesnel görünümün sağlanmasına iyi bir örnek oluşturmaktadır.

birlikte tek başına yeterli değildir. Ölçü vergi ödevini düzenleyen 73. maddeden çıkarılabilir.

Kullanılan 47. madde hükmü 1999 değişikliği ile eklenen son fıkradır. 47. maddenin başlığındaki “devletleştirme”nin yanına “ve özelleştirme” eklenmiş, III. fıkrada özelleştirme yetkisi²⁷ ve son fıkrada sözleşmeleri nitelendirme yetkisi verilmiştir. Buna göre “Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.”

Bu düzenlemeden devletin yürüttüğü hizmetleri özel girişimcilere yaptırabilmesi yetkisinin çıktığı kabul edilmektedir. Söz konusu değişiklik, idare ile özel girişimciler arasında kamu hizmetinin yürütülmesi konusunda yapılacak sözleşmelerin Anayasa Mahkemesi ve Danıştay tarafından idari sözleşme olarak nitelendirilmesine engel olmak için yapılmıştır. Mahkemeler, yasalarda özel hukuk sözleşmesi olduğu veya adli yargıya tabi olduğu öngörülen sözleşmeleri idari sözleşmeler olarak nitelemekte, aksini öngören yasaları veya idari işlemleri iptal etmekteydi. Bunun üzerine anayasa değişikliği yapılarak yasama organına bu sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak niteleme yetkisi verildi. Söz konusu yetki, devletin elindeki her türlü kamu hizmetini kısmen veya tamamen özel girişimciye gördürme yetkisi değil, anayasadaki sınırlar çerçevesinde özel girişimciye gördürebileceği hizmetleri konu alan sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak niteleme yetkisidir. Anayasa m. 47/son özelleştirme yetkisi değil, sözleşmenin niteliğini değiştirme yetkisi vermektedir.

Kamu hizmetleri alanının piyasa ile ilişkisinde ölçü olarak kullanılan diğer hüküm kamu görevlilerine ilişkin 128. maddede yer almaktadır. İş gücünün kamu hizmetine bağlanmasının hukuksal biçimini düzenleyen 128. maddenin I.fıkrasında, iş akdine dayanan bağlanma biçimi ile kamu hukukuna dayanan biçimler arasındaki sınıra ilişkin ölçü konulmaktadır. Buna göre, “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” Bu hüküm kamu hizmetinin işgücüne ilişkin kurallar nedeniyle idarenin, üstlenmiş olduğu kamu hizmetini parçalayarak özel girişimciye gördürmesinin sınırına ilişkin ölçü de getirmektedir. İdarenin örgütleyip üretmekte olduğu bir kamu hizmeti varsa, bu hizmet genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü

²⁷“m. 47/III: Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.”

olduğu bir hizmetse ve üretiminde özel girişimcilerden yararlanacaksa, bu maddeye göre sınır “asli ve sürekli görevler”dir. Düzenlemede önemli unsur bir kamu hizmetinin “genel idare esaslarına göre” yürütülmesinin ne anlama geldiğinin saptanmasıdır. Genel idare esasları terimi üretimi sırasında kamu gücü kullanılan kamu hizmetleriyle sınırlanabileceği gibi terimden, piyasanın işleyiş kurallarında bulunmayan kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülüklerinin sözkonusu olduğu kamu hizmeti üretiminin anlaşılması gerektiği de savunulabilir. Zorunlu çalışmaya dayanan bir hizmet genel idare esaslarına göre üretilmektedir, piyasanın işleyişinde zorunlu çalışma yoktur. Kamu gücü, şiddet şeklinde ortaya çıkmayabilir, kamu hukukuna dayanan yükümlülükler ve ayrıcalıklar da kamu gücü içerir.

İdare tarafından özel girişimciye ürettirilecek kamu hizmeti parçalarının her biri için 128. maddedeki ölçüye dayanan değerlendirme yapılabilir. Bu değerlendirmenin 70. maddedeki kamu hizmetine girme hakkıyla desteklenmesi gerekir. Kamu hizmetine girme hakkı, anayasadaki gerçek çalışma hakkıdır. Kamu hizmeti alanında işgücüne ihtiyaç duyulmuşsa, hizmetin gerektirdiği nitelikleri taşıyan her Türk için burada çalışmak bir hak, idare için de bu hakkı gerçekleştirmek bir yükümlülüktür. Özel girişimciye ürettirilen her kamu hizmeti parçası, bireylerin terk ettikleri kamu hizmetine girme (gerçek çalışma) hakkıdır.²⁸ Kamu hizmetinin özel girişimcilere ürettirilmesi, 70. maddedeki kamu hizmetine girme hakkını da sınırlamaktadır.

128. maddedeki ölçü devletin kamu hizmeti alanındaki bir hizmetinin tamamını özel girişimciye gördürmesi durumunda uygulanamayabilir. Emanet yöntemi ile hizmetleri parçalayarak gördürme yönteminin sınırlarını belirlemek daha uygundur.

Kamu hizmeti alanının piyasa ile ilişkisini belirlemede vergi ödevine ilişkin 73. madde devreye sokulmalıdır. Vergi ödev olduğu gibi kamu hizmetleri talep etme hakkının temelidir. Anayasanın siyasal haklar ve ödevler

²⁸Eksik imtiyazda, çekirdek hizmetler dışındaki hizmetlerin özel girişimci tarafından üretilmesi kamu çalışanlarının haklarını etkileyeceği için kamu çalışanlarının veya örgütlerinin idari davalar yoluyla eksik imtiyaza başvurma kararını ve sözleşmeleri denetleme olanağı bulunmaktadır. Fransa’da, Beden Eğitimi Sendikaları Federasyonu, Gençlik ve Spor Bakanlığı’nın beden eğitimi merkezleri yapım ve onarım işini eksik imtiyaza vermesi kararına karşı iptal kararı ve sözleşmenin feshi emri verilmesi için dava açmışlardı. Bu davada sendikaların dava ehliyeti sorunu tartışılmıştır. Mahkeme, eksik imtiyaz durumunda hizmet parçalarının dışarıdan satın alınmasının çalışanların haklarını etkileyeceğine ve bu nedenle örgütlerinin veya kendilerinin dava açmakta menfaatinin bulunduğuna karar vermiştir (Dreyfus, 2008: 1327).

bölümünde düzenlenmiştir. Siyasal haklar ve ödevler, siyasal alanı kuran ve bireyi siyasal özne, yurttaş yapan haklar/ödevlerdir. Kapitalist ilkeye göre birey alım-satım ve mülkiyet ilişkileri çerçevesinde toplumsal zenginlikten pay alır, ama vergi sözkonusu olduğunda bu ilişkiler “dışındaki” bir kolektivitenden el koyması ve dağıtım sözkonusudur. Toplumsal zenginliğin bir bölümünün mübadele ve mülkiyet ilişkilerinden bağımsız olarak dağıtım sözkonusudur. Kimden alındığı ve kime/nereye verildiği artık otonom bireyin kararı değil, kolektif siyasal karardır. Anayasanın 73. maddesine göre “Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.” Örneğin devlet sağlık hizmetinin üretimini kamu hizmeti olarak üstlenmiştir, bu durumda sağlık kamu hizmetinin üretimi için yapacağı tüm harcamalar kamu gideridir, hizmetten doğrudan (faydası kendisine kalacak biçimde) yararlınsın veya yararlanmasın herkes, mali gücüne göre vergi ödeyerek bu gidere katılmakla yükümlüdür. Vergilerdeki genellik ve ademi tahsis özelliğinin yaratabileceği eşitsizliği gidermek için olabilir, 73. maddede bir de vergi dışı mali yükümlülükler düzenlenmiştir. Maddenin II. fıkrasına göre “vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.” Vergi dışında sayılan bu mali gelirler, bir kamu hizmetinden yararlanırken, hizmetin maliyetiyle bağlantılı bir hesaplama dayanan bir tarifeden veya bununla hiçbir bağlantısı olmayan bir tarifeden tahsil edilir. Her iki olasılıkta da hizmetten yararlanmak için istenilen para ödenilmek zorundadır ve her iki durumda da istenilen para siyasal/idari bir karara dayanmaktadır. 73. maddenin yapısından “resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler”in kamu giderlerinin herkes tarafından mali gücüne göre vergilerle karşılanacağı kuralını bozmaması gerektiği anlaşılmaktadır.

Toplumsal zenginliğin bir bölümüne devletçe el konulmasına ve dağıtımına ilişkin bu anayasal sistemden kamu hizmetinin üretimine ilişkin şu genel ilkeler çıkar:

Bir kamu hizmetini tamamen kullanıcılara satışa dayanan (işletme) biçiminde örgütlemek mümkün değildir. Böyle örgütlenen bir mal ve hizmet üretimi, mülkiyet hakkı, çalışma ve sözleşme özgürlüğü gereği kamu hizmeti alanından çıkarılmalıdır.

Özel girişimciye kamu hizmetinin bütününe üretme imtiyazı verilmesi, ancak anayasada kurala bağlanmış bir değer korunması durumunda mümkün olabilir. Aksi durumda, piyasanın işleyiş kurallarının bir özel girişimci lehine bozulması, mülkiyet, çalışma ve sözleşme haklarının özüne dokunulması sözkonusu olur.

Bir kamu hizmetini tamamen katkı payına, harca veya benzeri isimlerle alınan tarifeli ücretlere dayanan biçimde örgütlemek mümkün değildir.

Bir kamu hizmetini tamamen vergilerle finanse edilecek biçimde örgütlemek ve para ödeme koşuluna tabi olmadan sunmak mümkündür.

Bir kamu hizmetini vergilerle ve harç benzeri mali yükümlülüklerle yani kullanıcılardan alınacak tarifeye dayanan paralarla finanse etmek mümkündür. Ölçü toplumun geneli (herkes) için 73. maddenin I. fıkrasındaki kamu giderlerine vergilerle katılma yükümlülüğünün ve bunun karşılığı olan kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının kaldırılmamasıdır. Kamu hizmeti alanındaki bir hizmetin parçalara ayrılarak özel girişimciye gördürülmesi durumunda bu ilke korunmak zorundadır. Özel girişimciye hizmet bedeli, bütçe kaynaklarından ödenebilir veya kullanıcıların özel girişimcinin hizmetlerini tarifeye dayanan ücretlerle satın almasından oluşabilir. Sınır, sözkonusu hizmetin, kamu giderlerinin herkes tarafından mali gücüne göre karşılanıyor olma özelliğinin bozulmamasıdır.

Eksik imtiyaz tipi, idarenin elinde kalan çekirdek hizmetten yararlanmak zorunda olan kullanıcılarla (hapsedilmiş kullanıcılarla) ve çekirdek hizmeti üretmek için parçalı hizmetlere gereksinen idare ile özel girişimcinin zorunlu ticaretine dayanan, kamu hizmetinin ve piyasanın işleyiş ilkelerine aykırı olan bir yöntemdir. İdare yalnızca özel girişimcinin satabileceği mal ve hizmetler üretebilmesi için çekirdek hizmeti elinde tutmaktadır. Bu durumda, ya eksik imtiyaz kamu hizmeti ilkeleri ve kamu hukuku kurallarına uygun hale getirilmek, örneğin hizmetin sahibi ve yükümlüsü idarenin üretmeyi sürdürdüğü çekirdek hizmetlerle bağlantılı olarak tüm yönetsel mekanizmalara hakim olması, özel girişimcinin işleteceği hizmetler ve mekanlar için fiyatlandırma değil, idare tarafından tarifelendirme yapılması, özel girişimcinin faaliyetlerinde kamu hizmetinin ilkelerine tabi tutulması, özellikle sorumluluk ve yargısal denetim bakımından idare hukukunun kurallarının işletilmesi, özel girişimcinin faaliyetlerinin ticari sır kapsamından çıkarılarak bilgi edinme hakkına tabi tutulması vb. gerekir; ya da mülkiyet ve çalışma hakkı ile sözleşme özgürlüğü gereği, piyasa içinde siyasal kararlar piyasanın işleyiş kurallarından bağımsız kılınmış bu ilişkinin tasfiye edilmesi gerekir.

Kaynakça

Apelbaum, Raphaël, (2004), "Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger", *Actualité juridique de droit administratif* : 1759.

Casanovas, Guillem, "Les contrats de partenariat", http://www.hopitaleexpo.com/evenements/pdf/HEIM-F5-1_Print.pdf, (Erişim, 11.5.2011).

Craig, Paul, (2008), *Administrative Law*, (London: Sweet & Maxwell, 6. Baskı).

- Çelik, F. Eda (2011), "Hizmet Sunumuna Katılım Ve Kamu Özel Ortaklıkları", http://www.yayed.org.tr/resimler/ekler/9ae49a23f67c759_ek.pdf?tipi=7&turu=X&sube=0, (Erişim, 16.5.2011).
- Delelis, Philippe, (2010), "Contrat de partenariat et exploitation du service public, Huit questions et un appel à la raison", *Actualité juridique de droit administratif*: 2244.
- Dreyfus, Jean-David, (2008), "Le contrat de partenariat face aux droits des personnels des services publics externalisés", *Actualité juridique de droit administratif* : 1327.
- Dupuis, Georges / Guedon, Marie-José / Chretien, Patrice, (2009), *Droit Administratif*, (Paris: Dalloz, 11. Baskı).
- Duval, Jocelyn, (2008), "Un nouvel élan pour les contrats de partenariat", *Techniques hospitalières*, (Sayı: 712): 63.
- Eglie-Richters, Blaise, (2008), "La frontière entre les délégations de service public, les contrats de partenariat et les marchés publics a-t-elle bougé le 18 juillet 2007", *Actualité juridique de droit administratif* : 2346.
- Eglie-Richters, Blaise, (2009), "Le service public et le contrat de partenariat", *Actualité juridique de droit administratif*: 673.
- Endicott, Timothy, (2009), *Administrative Law*, (London: Oxford University Press) .
- Guglielmi, Gilles J., (2006), "Le modèle français de la consession: conquête ou concurrence?", Colloque Le droit administratif est-il encore exportable? (6.9.2006)", <http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/TableRondeConcess.pdf> (erişim, 11.5.2011).
- Guglielmi, Gilles J., (2008), "Le Conseil constitutionnel censure partiellement la loi sur les contrats de partenariat (25.7.2008)", <http://www.guglielmi.fr/spip.php?article142>, (Erişim, 16.5.2011).
- Guglielmi, Gilles J., (2009), "Contrats de partenariat (PPP): Le Conseil constitutionnel réfute le chèque en blanc (1.3.2009)", http://www.guglielmi.fr/spip.php?article189&var_recherche=norma, (Erişim, 16.5.2011).
- Güzelsarı, Selime, "Kamu Özel Ortaklıkları Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme", *Kamu Yönetimi: Yapı, İşleyiş, Reform*, (Ankara: AÜSBF Yayın No:598).
- Hamel, Pierre J., (2010), *Un hôpital en partenariat public-privé (PPP): un pari trop risqué*, (Montréal: INRS).
- Hellowell, Mark / PRICE, David / POLLOCK, Allyson M, (2008), *The Use of Private Finance Initiative (PFI) Public Private Partnerships (PPPs) in Northern Ireland*, NIPSA
- Karahanoğulları, Onur, (2004), *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2. Baskı).
- Karasu, Koray, (2009), "Kamu Özel Ortaklığı: Sözleşme Sisteminin Genelleştirilmesi", *Kamu Yönetimi: Yapı, İşleyiş, Reform*, (Ankara: AÜSBF Yayın No:598).
- Linotte, Didier, (2005), "Un cadre juridique désormais sécurisé pour les contrats de partenariat", *Actualité juridique de droit administratif* : 16.
- Marty, Frédéric / TROSA, Sylvie / VOISIN, Arnaud, (2006), *Les partenariats public-privé*, (Paris: La Découverte).
- Menemenis, Alain, (2004), "L'ordonnance sur les contrats de partenariat: heureuse innovation ou occasion manquée?", *Actualité juridique de droit administratif* : 1738.

- Ministère de L'Economie, des Finances et de l'Industrie, (2011), *Les contrats de partenariat: Guide Methodologique (Version du 7 Février 2011)*, (http://www.ppp.bercy.gouv.fr/guide_contrat_partenariat.pdf), (Erişim, 16.5.2011).
- OECD, (2010), *Les unités consacrées aux partenariats public-privé*.
- Ricci, Jean-Claude, (2008), *Droit Administratif*, (Paris: Hachette, 6. Baskı).
- Rolin, Frédéric, (2007), "Les contrats de partenariats sont aussi coûteux que les autres modes d'investissement public", *Actualité juridique de droit administratif*: 1209.
- Sarısu, Ayhan, (2008), "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi İle Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Taslağı Tasarısının Değerlendirilmesi", *Yaklaşım Dergisi*, (Sayı: 183), (<http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/makaleler/20080311020.htm>).
- Shaoul, Jean / STAFFORD, Anne / STAPLETON, Pam, (2008), "The Cost of Using Private Finance to Build, Finance and Operate Hospitals", *Public Money&Management*, (April): 101.
- Shaoul, Jean, (2005), "A critical financial analysis of the Private Finance Initiative: selecting a financing method or allocating economic wealth", *Critical Perspectives on Accounting*, (sayı: 16).
- Symchowicz, Nil, (2008), "Maîtrise d'œuvre et partenariat public-privé", *Contrats Public*, (sayı: 79): 50.
- Uz, Abdullah, (2007), "Kamu – Özel Ortaklığı/Public Private Partnership, PPP, Kavram ve Hukuksal Çerçeve", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (Cilt XI, sayı 1-2): 1168.
- Waline, Jean, (2008), *Droit Administratif*, (Paris: Dalloz, 22. Baskı).