

# SAĞLIK HİZMETİ İHALE YOLUYLA SATIN ALINABİLİR Mİ?

(Kamu hizmetinin özelleştirilmesi konusunda bir örnek olay)

Prof. Dr. Turgut Tan\*

Son yıllarda hukuksal açıdan da çok tartışılan konuların başında <özel- leştirmeler> gelmektedir. Özelleştirme ilk bakışta kamu teşebbüslerinin özel kişilere satılması olarak algılanmakla beraber; kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemleri de, geniş anlamda özelleştirme kavramı ile ifade edil- mektedir. Bu çerçevede, örneğin altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesinde kamu-özel işbirliğini düzenleyen 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap- İşlet-Devret Yöntemi İle Yapıtırılması Hakkında Kanun çıkarılmıştır. Bu yazının konusunu oluşturan sağlık hizmetinde olduğu gibi, bazı kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi amacına yönelik olarak da yasal düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Hatta, 4736 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Ürettikleri Mal ve Hizmet Tarifeleri İle Bazı kanunlarda Değişiklik Yapılması hakkında Kanun'un kamu kuruluşlarının<sup>1</sup> ürettikleri mal ve hizmet bedelle- rinde, işletmecilik gereği yapılması gereken ticari indirimler hariç, herhangi bir kişi ve kuruma ücretsiz veya indirimli tarife uygulanamayacağına ilişkin hükmü de bu doğrultuda değerlendirilebilir.

Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi salt özel hukuk rejiminin uygulanması anlamına da gelmemektedir. Nitekim, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yönteminin uygulanmasında yapılacak sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin yarattığı hukuksal tartışmalar<sup>2</sup> üzerine, Anayasa'nın 47. maddesine bir fıkra eklenerek sorun çözülmeye çalı- şılmıştır. Söz konusu yeni düzenleme "*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangileri- nin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla düzenlenir*" hükmü getirilmiştir.

---

\* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Kapsama, genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, KİT'ler, bağlı ortaklıkları ve müesseseleri, il özel idareleri ile belediyeler ve bunların kurdukları birlik, müessese, ve işletmeler, özel hukuk hükümlerine tabi olup kamunun çoğunluk hissesine sahip olduğu kuruluşlar girmektedir.

<sup>2</sup> Ş.Gözübüyük-T.Tan, **İdare Hukuku**, cilt:1, **Genel Esaslar**, Turhan Kitabevi, 7.bası, Ankara, 2010, s.750 vd.

Öte yandan, Anayasa ve yasal düzenlemelerdeki değişime koşut olarak, Danıştay'ın da 1990'dan bugüne yaklaşımında önemli değişim olduğu dikkat çekmektedir.

**1. Danıştay'a göre, Sağlık Bakanlığına bağlı teşhis, tedavi ve rehabilitasyon kurumlarında teşhis ve tedavi sistemleri oluşturma ve bu sistemleri işletme imtiyaz sözleşmesi konusu olamaz.**

Sağlık Bakanlığının, bakanlığa bağlı kurumlarda teşhis ve tedavi sistemleri oluşturma ve bu sistemleri işletme imtiyazının, Tedavi Hizmetleri Vakfına verilmesinin hukuksal olarak olanaklı olup olmadığını Danıştay'dan sorması üzerine, Danıştay Birinci Dairesi, bunun olanaklı olduğunu ve özel bir yasal düzenleme yapılarak veya imtiyaz sözleşmesi hazırlanarak gerçekleştirilebileceğine karar vermişti<sup>3</sup>. Bunun üzerine Sağlık Bakanlığı bu konuda bir imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi taslağı hazırlayarak incelenmek üzere Danıştay'a göndermiştir. Danıştay Birinci Dairesinden geçen taslağı inceleyen İdari İşler Kurulu, sağlık hizmetinin imtiyaz sözleşmesi ile özel kişilere gördürülmesine olanak bulunmadığına oy çokluğu ile karar vermiştir<sup>4</sup>.

Danıştay İdari İşler Kurulu üyelerinin çoğunluğunun görüşüne göre, "Sağlık hakkı Anayasanın Temel Haklar ve Ödevler başlığını taşıyan ikinci kısmının üçüncü bölümünü oluşturan 'Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler' bölümünde yer alan ve devletin yükümlülükleriyle birlikte sosyal ve hukuk devleti olma niteliğinin kapsamını da belirleyen, tıpkı eğitim ve öğretim gibi, kişi güvenliği gibi devletin varlığının sebebi olan haklardandır ve asıl olan bunların devlet eliyle yürütülmesidir.

".....

"Öte yandan Anayasa'nın 56/4 maddesinde yer alan '...kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek...', 65 inci maddesinde yer alan '...mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde...' gibi ifadeler, devletin asli görevi olan sağlık hizmetinin bir bölümünün, imtiyaz yolu ile bir özel hukuk tüzel kişisine gördürülmesini haklı kılamaz. Özel kişilerin sağlık hizmetine nasıl yardımcı olacağı, Anayasamızdaki hükme uygun olarak çıkarılan Kanunlarla düzenlenmiş ve devletin bunlar üzerinde denetimi kurallara bağlanmıştır.

"Kanuna dayalı olarak kurulan ve ayrı bir teşkilat olan bu kuruluşların mevcudiyeti ve devlet tarafından denetlenebilir olması, devletin temel amaç ve görevleri kapsamında bulunan sağlık hizmetinin imtiyaz şeklinde bir özel kuruluşa gördürülebileceğinin gerekçesini oluşturmaz".<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Danıştay, 1.D; 28.06.1990, E. 1990/94-K.1990/109. (yayınlanmamıştır).

<sup>4</sup> Danıştay, İİK; 25.10.1990, E. 1990/90-K.1990/73. (yayınlanmamıştır).

<sup>5</sup> Karşıoy yazan bazı üyelere göre, doğrudan Devlet tarafından yerine getirilmesi gereken yargı, dış güvenlik ve iç güvenlik hizmetleridir. Bunlar dışındaki kamu hizmetlerinin görülmeye ve örgütlenme biçimlerinin belirlenmesi idarenin takdirine bağlıdır. Bir başka görüşe göre de meşrutiyet devrinde çıkarılmış olan bu kanunun (Menefii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun) terimlerinin dar anlamlarına bağlı kalınarak, 'imalat' teriminin 'hizmet üretimini' kapsamadığı sonucuna varmak ve devrin 'bütçe' anlayışını bugün de geçerli saymak çağımızın liberal sisteminin ihtiyaçlarına uygun bir yorum değildir.

## 2. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda Yapılan Değişiklik

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 2005 yılında 5396 sayılı Yasa ile bir madde (Ek.Madde 7) eklenmiştir. Buna göre, *"Yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesisleri, Sağlık Bakanlığınca verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırkdokuz yıl geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabilir"*. Gene bu hükme göre, Maliye Bakanlığının bu amaçla, Hazineye ait taşınmazların bedelsiz olarak gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine devredilebileceği; kira bedeli ve kiralama süresinin, taşınmazın gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine ait olup olmadığı, bedelsiz Hazine arazisi devredilip devredilmediği, tıbbi donanımın da bu kişilerce sağlanıp sağlanmayacağı, kiralama konusu taşınmaz ve üzerindeki sağlık tesislerinde tıbbi hizmetler dışındaki hizmetlerin ve alanların işletilmesinin kiralayana verilip verilmeyeceği gibi hususlar dikkate alınarak belirleneceği; kira bedellerinin de Sağlık Bakanlığına bağlı döner sermaye işletmesi tarafından ödeneceği öngörülmektedir.

Öte yandan, Sağlık Bakanlığının kullanımında bulunan sağlık tesislerinin, öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar doğrultusunda yenilenmesi; tesislerdeki tıbbi hizmet alanları dışındaki hizmet alanlarının işletilmesi karşılığında, sözleşmeyle gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılacağı de öngörülmektedir. Uygulama Yönetmeliğine (m.6) göre, kira bedeli de yükleniciye bırakılan tıbbi hizmetler dışındaki alan ve hizmetler dikkate alınarak hesaplanmak kaydıyla, yaptırılacak sağlık tesislerindeki tüm tıbbi ekipmanlar ile mefruşatın yüklenici tarafından sağlanması ihale dokümanları ve sözleşme çerçevesinde öngörülebilecektir. Yenileme işlerinde yükleniciye herhangi bir kira bedeli ödenmeyeceği; yenileme projelerinde yükleniciye bırakılan hizmet alanlarının bedellerinin sözleşme hükümleri doğrultusunda hizmet bedeli olarak yükleniciye ödeneceği öngörülmektedir.

Bu yasal düzenlemeye göre yapılacak iş ve işlemler 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamı dışına çıkarılmıştır.

Söz konusu yasal düzenlemenin uygulamasını sağlamak üzere, "Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması İle Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik"<sup>6</sup> çıkarılmıştır. Yönetmelikte, ihale usul ve esasları ayrıntılı olarak düzenlendiği gibi, sözleşmenin düzenlenmesine ilişkin kurallar ve bu cümleden olarak, sözleşmede yer alacak konular da ayrıntılı olarak öngörülmektedir.

## 3. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda Yapılan Değişiklik

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin "III. SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI" başlıklı bendine, 4924 sayılı "Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Karanamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" (m.11) ile, *"Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, luzumu halinde bedeli döner sermaye*

<sup>6</sup> RG; 22.07.2006, sayı:26236.

*gelirlerinden ödenmek kaydıyla, bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir” hükmü eklenmiştir.*

Öte yandan, 657 sayılı Yasa’da yapılan bu değişiklikle Sağlık Bakanlığına tanınan yetkiye dayanılarak, gereği durumunda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında alımı yapılacak olan sağlık hizmetlerinin bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla satın alma yoluyla gördürülmesine ilişkin esas ve usulleri düzenlemek amacıyla, “Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller”<sup>7</sup> yürürlüğe konulmuştur.

Danıştay Beşinci Dairesi, bu Yönetmeliğin iptali için açılan davada, Yönetmeliğin dayanağını oluşturan 657 sayılı Yasa’nın 36.maddesine 4924 sayılı Yasa ile eklenen hükmün Anayasa’ya aykırılığı savı ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, söz konusu düzenlemenin Anayasa’nın 2., 47., 56. ve 128. maddelerine aykırı olmadığı gerekçesiyle itirazı reddetmiştir<sup>8</sup>.

Anayasa Mahkemesi’ne göre, “*En geniş tanımı ile kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir.*

*“Anayasa’nın 47.maddesine eklenen dördüncü fıkra ile kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılacağı veya bunlara devredilebileceği konusunda yasama organı yetkili kılınmıştır.*

“.....

*“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 kullanımı kontrollü, kaliteyi yükselten, maliyeti düşüren etkin, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek, kurumlar arası işbirliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir.*

*“Anayasa’nın 47.maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla, sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği gibi, 47.maddesinde öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılacağı olanaklıdır”.*

<sup>7</sup> **RG**; 05.05.2004, sayı:25453

<sup>8</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 22.11.2007 tarih ve E.2004/114-K.2007/85 sayılı kararı. **RG**; 24.12.2007, sayı:26736.

**4. Kamu İhale Kurumu'nun Yaklaşımı.** Nizip Devlet Hastanesi Başta-  
bipliğinin "Laboratuar Tahlil Hizmet Alımı İhalesi"ne yapılan itirazın şikayeti  
inceleyen Kamu İhale Kurulu, öncelikle, 4734 sayılı Yasa'nın 5. maddesinde  
belirtilen ve idarelerin bu Yasa'ya göre yapacakları ihalelerde sağlamakta so-  
rumlu oldukları temel ilkelerden rekabetin ve ihtiyaçların uygun şartlarla ve  
zamanında karşılanması ilkelerinin gözötilmediği sonucuna varmıştır. Öte yan-  
dan, ilana yansıyan hükümlerle ilgili olarak zeyilname düzenlenmesinin 4734  
sayılı Yasa'ya (m.26); hangi tür belgelerin istendiğine ilişkin bir düzenleme  
yapılmadığı için de, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 45. mad-  
desine aykırı olduğu gerekçesiyle Kurul, 4734 sayılı Yasa'nın 56/b maddesine  
göre ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline; Kurul kararının gerektirdiği  
işlem ve eylemlerin kararın bildirim tarihini izleyen 7 gün içinde idarece yerine  
getirilmesine, yapılan uygulamanın da uygulama tarihini izleyen beş gün içinde  
Kurum'a bildirilmesine oy çokluğu ile karar vermiştir<sup>9</sup>.

Karara gerekçe yönünden katılmayan üyelere göre, yürütülen kamu  
hizmeti sırasında hastanenin bir yıl boyunca gereksinim duyacağı tetkik ve  
tahlillerin, cihaz, ekipman, uzman personel ve teknisyen ile diğer işçilerin hiz-  
met sunan firmaca karşılanmak suretiyle yapılması bir kamu hizmetinin özel  
kişilere gördürülmesidir. Dolayısıyla, bunu sağlamak üzere yapılan sözleşmeler  
de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesidir. Oysa, olağan bir hizmet alımı usulünde  
ihale sonucu yapılacak sözleşme bir özel hukuk sözleşmesi olacaktır. Karşı oy  
yazan üyelere göre bir kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine özel hukuk söz-  
leşmeleriyle gördürülmesine hukuk sistemimiz izin vermemektedir.

Kamu İhale Kurulu'nun kararı, 4734 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde ta-  
nımı yapılan <hizmet alımı> kavramı dikkate alınmadan, bu kapsamda hizmet  
alınmasının olanaklı olup olmadığı tartışılmadan, ihalenin esası hakkında kar-  
rar verildiği için de öğretilde eleştirilmiştir<sup>10</sup>.

**4. Danıştay'ın yaklaşımı.** Sağlık Bakanlığına bağlı Gebze Fatih Devlet  
Hastanesine 2006 ve 2007 yılı için radyoloji görüntüleme hizmet alımına ilişkin  
ihale ile bu işleme dayanak oluşturan Sağlık Bakanlığı Strateji Geliştirme Baş-  
kanlığının Genelgesinin iptali için açılmış davada Danıştay 13. Dairesinin kar-  
rarı<sup>11</sup>da, incelediğimiz konuda ilginç bir örnek oluşturmaktadır. Zira, söz ko-  
nusu Genelgenin (g) bendinde, "hizmet satın alınarak kuruma kurulan tıbbi  
cihazların işletilmesi için gerekli olan uzman personel ve teknisyen düzeyindeki  
personel ile birlikte hizmet satın alınabilir" hükmü yer almaktadır. İhale de, söz  
konusu Hastanede 2006-2007 için radyoloji görüntüleme hizmetinin 7 gün 24  
saat gerekli sayı ve nitelikte kendi bünyesinde en az iki radyoloji uzmanı, yeterli  
kadar röntgen teknisyeni, sekreteryaya ve temizlik elemanı çalıştırılarak karşı-  
lanması için yapılmıştır.

<sup>9</sup> Kamu İhale Kurulu'nun 08.02.2005 tarihli ve 2005/UH.Z-239 sayılı kararı. **RG**,  
24.03.2005, sayı:25765.

<sup>10</sup> B.M.Yılmaz, **Kamu Alımlarında İdari Denetim**, Yetkin, Ankara, 2007, s.81.

<sup>11</sup> Danıştay, 13.D; 13.06.2008, E.2006/3097-K.2008/4811. **Danıştay Dergisi**, sayı:119,  
s.466 vd.

Danıştay, dava konusu yapılan Genelgenin, “Tıbbi tetkik ve tanı hizmetlerinin, hasta ile özel sağlık kuruluşu arasında herhangi bir maddi ilişki oluşturulmaksızın bizzat hastane idaresince satın alınmasının ve yine aynı hastane bünyesinde konuşlandırılan merkezlerde zaman ve kaynak israfına yol açılmaksızın idarenin denetimi ve gözetimi altında sunulmasının, hizmet bedellerinin döner sermaye işletmesi gelirlerinden karşılandığı da gözönüne alındığında, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olduğu”nu belirterek, hukuka aykırı olmadığı sonucuna varmıştır<sup>12</sup>.

İhale işleminin hukuka uygunluğu sorununa gelince: Danıştay’ın ihaleye çıkan sağlık kurumundan ihalenin “lüzum” gerekçesini sorması üzerine verilen yanıtta, kuruluşlarında yeterli radyoloji uzmanı ve teknisyenin bulunmaması nedeniyle hastaların dışarıda anlaşmalı merkezlere gönderildiği, gönderilen hastalara ileri tarihli günler verildiği ve fark alındığı; bu duruma bir çözüm olarak ihalenin de doktorlu ve personeli olarak yapıldığı belirtilmiştir. Danıştay da verilen yanıtı “lüzum” açısından yeterli görmüş ve ihale işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır. Ayrıca, Danıştay, ihale sözleşme bedelinin 2.374.012,07 TL olmasına karşın, aynı hizmetlerin özel bir sağlık kuruluşundan alınması durumunda yaklaşık maliyetin 2.698.974,20 TL olacağını belirterek, ihalenin kamu yararı amacına yönelik olduğunu da vurgulamaktadır.

**6. Danıştay’ın yaklaşımında değişim mi?** Başta değindiğimiz Danıştay İdari İşler Kurulu’nun 1992 yılındaki kararı ile Danıştay 13.Dairesi’nin 2008 yılındaki kararı karşılaştırıldığında, sağlık hizmetinin yürütülmesinde özel kişilerden yararlanma konusunda Danıştay’ın yaklaşımında önemli bir değişim gözlenmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, sorun, hangi hizmetlerin özel kişilere gördürülebileceğidir. Bir başka deyişle, idare tarafından yerine getirilen hizmetlerden özel kişilere bırakılmayacak olanlar var mıdır? Bu sorunun yanıtlanabilmesi için, öncelikle idarece yürütülen faaliyetler arasında bir ayırım yapmanın gerekliliği üzerinde durulmalıdır. Bu açıdan kolluk faaliyeti ile kamu hizmetleri klasik ayrımı önem taşımaktadır. Zira, özel kişilere bırakılmayacak olanın kamu gücünün kullanılmasını gerektiren, kamusal yetki ve usuller izlenerek yerine getirilen kolluk faaliyetidir. Kamu hizmetlerinin

<sup>12</sup> Danıştay’a göre, Sağlık bakanlığının 2003/70 sayılı Genelgesi, “Bakanlığa bağlı sağlık kurumlarının artan hasta potansiyeli, hastalık profillerinin değişmesi, bir çok hastalığın tanı ve tedavisinin yüksek teknoloji ürünü tıbbi cihazlarla sağlanabilir hale gelmesi sonucu bazı kurumların bu cihazları satın alma yoluyla temin etmesi, buna karşılık bir çok sağlık kurumunun yeterli sayıda ve özellikle tıbbi cihaza sahip olmaması, bu cihazlarla sunulması gereken hizmetlerin sunumunda yetersizlik ve aksamalarla karşılaşılması, tıbbi cihazların yüksek fiyatları nedeniyle yeterli sayıda temin edilememeleri, teknolojilerin hızla değişmesi, bu cihazların alınma yönelik ödenek tahsisi yapılamaması, bakım ve destek hizmetlerinin kurumlarca sağlanamaması, bu cihazları işletecek eğitimli personel konusunda sıkıntı yaşanması, sayıca az olan bu cihazlarla sunulan tetkik ve tedavi hizmetlerinde uzun sıralar oluşması gibi nedenlerle tetkik ve tedavi amacıyla kullanılan tıbbi cihazların hizmet satın alımı yoluyla teminini öngörmüş ve tıbbi cihazların hizmet alımı yoluyla temininde dikkate alınacak usul ve esasları belirlemiştir”.

ise, en eskisi kamu hizmeti imtiyazı olmak üzere, değişik hukuki yöntemler kullanılarak özel kişilere bırakıldığı bilinmektedir<sup>13</sup>.

**7. Özel kişilere gördürülemeyecek olan kolluk faaliyetidir.** Kolluk faaliyetinin özel kişilere gördürülemeyeceği konusunda Türk ve Fransız idare hukuku öğretisinde ve yargı kararlarında görüş birliği olduğu söylenebilir<sup>14</sup>. Anayasa Mahkemesi, “*ister <bağlı yetki> ister <takdir yetkisi> şeklinde kullanılsın <ruhsat verme> idarenin, kolluk yetkileri içinde yer almaktadır. Bu nedenle ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, asli ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur. Bu durum karşısında, bu görevin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekir*” gerekçesiyle, kolluk yetkisini özel kişilere veren yasal düzenlemeleri Anayasa’nın 128. maddesine aykırı bularak iptal etmektedir<sup>15</sup>.

Kamu İhale Kurulu da, belediyenin “*Zabıta Hizmetlerinin Yapıtırılması Hizmet Alımı*” ihalesini, “*Belediyelere bağlı zabıta müdürlükleri tarafından yerine getirilen kamu hizmeti; genel idare esaslarına göre Belediye tarafından yürütülmekle yükümlü olunan, asli ve sürekli nitelikte bir görev olup, bu görevi yerine getirecek personel kadro esasına göre istihdam edilmektedir. Bu görevin yerine getirilmesinde merkezi idare ile statüer ilişki içinde bulunulduğu, kamu gücünün kullanıldığı, ayrıca kolluk faaliyetlerinin yerine getirilmesi sırasında meydana gelebilecek zararlardan idarenin doğrudan sorumlu tutulabileceği göz önüne alındığında, bu hizmetin 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat uyarınca yapılacak bir ihaleye konu yapılamayacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, zabıta hizmetlerinin yürütülmesi kapsamındaki işlerin memurlar veya kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiği ve bu işlerin hizmet alımı yoluyla ihale edilmesinin yasal olarak mümkün olmadığı belirlenmiştir*” gerekçesiyle iptal etmiştir<sup>16</sup>.

**8. Kamu hizmetleri arasında özel kişilere gördürülemeyecek olanlar var mıdır?** Kolluk faaliyetinden farklı olarak, kamu hizmetlerinin değişik yöntemlerle özel kişilere gördürülebileceği kabul edilmekle beraber, bazı kamu hizmetlerinin özelleştirme konusu yapılamayacağı savunulduğu da görülmektedir. Örneğin, Fransız Anayasa Konseyi, 1958 Anayasası’nın gönderme yaptığı 1946 Anayasası’nın başlangıç bölümünde yer alan ve “ulusal kamu hizmeti” niteliğinde kabul edilen hizmetlerin özelleştirme konusu yapılamayacağını kabul etmiştir<sup>17</sup>. “Ulusal kamu hizmeti” kavramı Fransız öğretisinde

<sup>13</sup> Gözübüyük –Tan, **İdare Hukuku**, cilt:1, 7.bası, 2010, s.707 vd.

<sup>14</sup> **İbid**; s. 665 vd.

<sup>15</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 11.12.1986 tarih ve E. 1985/11-K.1986/29 sayılı kararı. **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, sayı:22, s.433 vd. Benzer karar için bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 16.10.2003 tarih ve E.2001/383-K.2003/92 sayılı kararı. **RG**; 19.01.2006, sayı:26054, s.9 vd.

<sup>16</sup> Kamu İhale Kurulu’nun 10.04.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-938 sayılı kararı. Yılmaz, **op. cit.**, s.204, dn.221.

<sup>17</sup> Anayasa Konseyi’nin 25-26 juin 1986 tarih ve 86-207 DC kararı. L.Favoreu, **Recueil de Jurisprudence Constitutionnelle 1959-1993**, LITEC, Paris, 1994, s.254. Rivero’nun bu karara ilişkin notu için bkz. **Actualité juridique de Droit**

kamu hukukunun “bulunmaz bir kategorisi” olarak nitelendiği<sup>18</sup>gibi; bu nitelikteki hizmetlerin özelleştirilememesinin, özel kişilere sözleşme ile gördürülmesine engel olmadığı da savunulmuştur<sup>19</sup>.

Bu tartışma anayasal kamu hizmeti kavramını gündeme getirmektedir. Nitekim, “kimi kamu hizmetlerinin, özelleştirme amacıyla ortadan kaldırılmasına olanak yoktur. Sosyal kamu hizmetleri, Anayasa'nın (2)'nci, (5)'inci, (41)'inci, (55)'inci, (56)'nci, (57)'nci,(60)'ıncı maddeleri uyarınca kurulmuştur. Anayasa, sosyal kamu hizmetlerini yerine getirmek ve sosyal devlet ilkesini gerçekleştirmek üzere, devlete ödevler vermekte, görevler yüklemektedir. Devletin bu konuda etkin olması, kimi edimlerde bulunması ve sosyal devlet ilkesini gerçekleştirmesi gerekir. Bu tür kamu hizmetlerinin gerçekleştirilmesi için devletin harcama yapması, kamu giderlerini azaltmak değil, arttırmak amacıyla hareket etmesi gerekir...Çünkü sosyal kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi Anayasa'nın (2)'nci ve (46)'ıncı maddelerine aykırıdır. Anayasa'nın (47)'inci maddesinde özelleştirmenin kabul edilmesi durumu değiştirmez” görüşü savunulmaktadır<sup>20</sup>.

1982 Anayasası (m.2) Cumhuriyetin niteliklerini belirlerken, “sosyal devlet” olduğunu belirtmektedir. Gene Anayasa'ya (m.56) göre, “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

“Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

“Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir”.

Anayasa'nın Devlete yüklediği sağlık hizmetinin özelleştirilmesini, bu hizmet alanının tümüyle kamusal alandan çıkarılıp, özel sektörün faaliyet alanına sokmak şeklinde algılamak doğru değildir. Böyle algılandığı takdirde sağlık hizmetinin özelleştirilemeyeceği söylenebilir. Oysa, baştaki örneklerden de anlaşılabilceği gibi, yapılmak istenen, Devlete ait sağlık kuruluşlarının altyapı eksikliklerini, kimi durumlarda da, altyapı eksikliği ile beraber uzman sağlık personeli açığını da karşılayacak yöntemler geliştirmektir.

Bu yöntemlerin temel hukuki aracı sözleşme olmaktadır. Sözleşme yapılacak tarafın seçiminde ise ihale yoluna başvurulması kaçınılmaz olmaktadır. O zaman ortaya iki olasılık çıkmaktadır: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun hizmet alımına ilişkin ihale usulünün izlenmesi veya bu konuya özgü özel bir ihale usulü geliştirilmesi.

Yapılacak sözleşmenin hukuki niteliği, idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olması ise üzerinde durulması gereken bir başka konudur.

---

**administratif**, 1986, s.583. Ayrıca bkz. T.Tan, “Özelleştirme”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, sayı:1-3, 1988, s.286 vd.

<sup>18</sup> Durupty, **Les privatisations en France**, La Documentation Française,1988, s.47.

<sup>19</sup> Favoreu, “Droit constitutionnel jurisprudentiel”, **Revue de Droit Public**, 1989, No:2, s.463.

<sup>20</sup> İ.Giritli, P.Bilgen, T.Akgüner, **İdare Hukuku**, Der yayınları, 2.basım, İstanbul, 2006, s.325.



**9. 4046 sayılı Yasa ve kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi.** Özelleştirmenin esas ve usullerini düzenleyen 4046 sayılı Yasa'ya (m.15) göre, "Kamu hizmetlerinin gördürülmesinin özelleştirilmesi" başlığı altında, "Kamu hizmeti gören kuruluşların mülkiyet devri suretiyle özelleştirilmesine ilişkin konularda bu Kanunun 1 inci maddesinde öngörülen ayrı kanunlarla düzenleme yapılmasına ilişkin şartlar saklı kalmak kaydıyla;

"a) Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıklarının (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar ve benzeri diğer mal ve hizmet üretim birimleri),

"b).....

"İşletme haklarının verilmesi veya kiralınması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilmesi bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapılır.

"Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri..... imtiyaz addolunur....Bu madde gereğince imtiyaz sayılan faaliyetlerle ilgili olarak yapılacak anlaşma ve sözleşmeler imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri niteliğinde olup, diğer kanunların bu hususları düzenleyen özel hükümleri saklıdır.

"Bu madde gereğince işletme hakkı verilmesi, kiralama veya benzeri diğer yöntemlerle kullanma hakkının devri süresi 49 yılı geçemez".

Bu yasal düzenleme esas alındığında kamuya ait yataklı tedavi kurumlarının işletme hakkı verilmesi veya kiralınması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilmesi olanaklıdır ve 4046 sayılı Yasa hükümlerine göre yapılacaktır. Dolayısıyla, yapılacak sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olacaktır. Ancak, Anayasa'da (m.47) 1999 yılında yapılan değişiklikle, bu konuda yapılacak sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak da yapılması olanağının getirildiğine başta değinmiştik. Ancak, yapılacak sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olabilmesi için bu konuda yasal düzenlemeye gereksinim vardır. Zaten, 4046 sayılı Yasa'nın 15. maddesi de bu yolu açık tutmaktadır.

Kamu İhale Kurulu'nun yukarıda değindiğimiz kararına karşıoy yazan üyelerin, "...kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülmesine hukuk sistemimiz izin vermemektedir" görüşüne, söz konusu Anayasa değişikliğinden sonra katılmak olanağı bulunmamaktadır. Ancak, başta değindiğimiz ve Danıştay Birinci Dairesi'nin imtiyaz sözleşmesi yapılarak veya özel bir yasal düzenleme çıkarılarak gerçekleştirilebileceğini öngörmesine karşın, Danıştay İdari İşler Kurulu tarafından kabul edilmeyen formüle işlerlik kazandırılabilir. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 2005 yılında 5396 sayılı Yasa ile eklenen Ek Madde 7'de düzenlenenden farklı olarak, kamuya ait sağlık kuruluşlarında bazı tıbbi aletlerin kur-işlet-devret yöntemi ile sağlanması için imtiyaz sözleşmesi düzenlenebilir.

Bu yöntemin 4734 sayılı Yasa çerçevesinde hizmet alımı yoluyla sağlanmasına göre bazı avantajları olacağı da bir gerçektir. Zira, bu yol hizmetin asli sahibi ve sorumlusu olan idareye üstün bazı yetkilere sahip olma olanağı sağlayacaktır. Dolayısıyla, sağlık hizmetinin piyasalaştırıldığı eleştirilerine yer bı-

rakmayacak şekilde, idareye hizmetin yürütülmesine müdahale olanağı verecektir. Örneğin, kurulan tıbbi aletlerden işletme döneminde yararlananların ödemesi gereken ücretlerin idare tarafından belirlenmesi veya işletenin işletme dönemindeki finansmanına ücretler dışında idarece doğrudan katkı sağlanarak ücretleri makul düzeyde tutma yoluna gidilebilir.

30 Mart 2010