



İtiraz Eden (Davacı) : Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı
GMK Bulvarı Şehit Daniş Tunalıgil Sok. No:2/4 - Maltepe/ANKARA
Vekilleri : Av. Özgür Erbaş - Aynı adreste

Karşı Taraf (Davalılar) : 1- Başbakanlık - ANKARA
Vekilleri: Hukuk Hizmetleri Başkanı Sami Arslan Aşkın
Hukuk Müşaviri Tülin Şencan Güneş - Aynı adresteler
2- Sağlık Bakanlığı - ANKARA
Vekili: Hukuk Müşaviri Güzin Karakeçili - Aynı adreste

İstemin Özeti : Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin 28/04/2017 günlü, E:2014/2568 sayılı karara, davacı itiraz etmekte ve yürütmenin durdurulmasını istemektedir.

Danıştay Tetkik Hâkimi : Nuray Doğru

Düşüncesi : İtirazın reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüldü:

09/05/2014 günlü, 28995 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği'nin 1., 2. maddelerinin, 4. maddesinin (d), (e), (ğ), (l) ve (t) bentlerinin, 4. maddesinin (ç) bendindeki "belli hizmetlerin sunulması" ibaresi, (h) bendindeki "Bakanlık onayı ile taşra birimlerince yapılmasına karar verilen işlerde ve tesisin işletilmesi döneminde ilgili taşra biriminin en üst yöneticisini" ibaresi, (ı) bendindeki" ve benzeri hizmetler ile ilgili mevzuatına göre hizmet alımı yoluyla gördürülebilecek hizmetler" ibaresi ve (j) bendindeki "ile taşra teşkilatlarına ait sağlık kurum ve kuruluşlarını" ibaresinin, 4. maddesinin (z) bendinden sonra gelen bentlerde yer alan (çç) bendinin, 5. maddesinin (c) ve (d) bentlerinin, 6. maddesinin 3., 5., 6. ve 7. fıkralarının, 7. maddesinin 1. ve 5. fıkralarının, 7. maddesinin 2. fıkrasındaki "ve politikaları çerçevesinde belirlediği ve belli kriterlere dayalı olarak seçimini yaptığı" ibaresinin, 7. maddesinin 3. fıkrasının 1. cümlesi ile 4. fıkrasının 1. ve 2. cümlelerinin, 8. maddesinin 3. fıkrasının, 22. maddesinin 1. fıkrasının, 41. maddesinin 5. fıkrasının, 42. maddesinin 4. fıkrasındaki "niceliksel" ibaresinin, 42. maddesinin 8. ve 9. fıkralarının, 49. maddesinin 1. fıkrasının (v) bendinin, 51. maddesinin 1. fıkrasındaki "idare" ibaresinin, 52. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinin, 54. maddesinin 2. fıkrasının, 56. maddesinin 5. fıkrasının, 57. maddesinin 1. fıkrasındaki "olumsuzluklar" ibaresinin, 58. maddesinin 1. fıkrasındaki "denetletir" ibaresinin, 58. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinin, 59. maddesinin 1. fıkrasının, 61. maddesinin 1. fıkrasındaki ve 62. maddesinin 2. fıkrasındaki "mücbir sebepler ve olağanüstü haller" ibarelerinin, 61. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının, 66. maddesinin 2. fıkrasının ve Geçici 1. maddesinin 2. cümlesi ile 2. fıkrasının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada; Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin 28/04/2017 günlü, E:2014/2568 sayılı karara, davacı itiraz etmekte ve yürütmenin durdurulmasını istemektedir.

Davalı idarelerden Sağlık Bakanlığının ehliyet yönünden usule ilişkin itirazı bulunduğundan,



T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
YD İtiraz No : 2017/575

öncelikle usule ilişkin bu itirazların incelenmesi gerekmektedir.

6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 1. maddesinde, Birliğin meslek mensuplarının hak ve yararlarını korumak amacının bulunduğu belirtilmiş; aynı Yasa'nın 4. maddesinde, azalarının maddi ve manevi hak ve menfaatlerini korumak ve bunları halkın ve Devletin menfaati ile en iyi bir şekilde denkleştirmeye çalışmak; halk sağlığını ve tıp mesleğini ilgilendiren meselelerde faaliyetlerde bulunmak davacı Birliğin vazifeleri arasında sayılmış; Yasanın 28. maddesinde de, mesleğin haysiyetini ve meslektaşlarının hak ve menfaatlerini diğer makamlar nezdinde savunmanın Birlik İdare Heyetinin vazifelerinden olduğu hükme bağlanmıştır. Davacı Birlik tarafından dava konusu Yönetmeliğin iptali istenirken, anılan Yönetmelik hükümleriyle, tıbbi görüntüleme ve laboratuvar hizmetleri gibi bazı temel sağlık hizmetlerinin özel sektöre devredildiği, böylece kamu görevlisi olan hekimlerin çalışma alanının kısıtlanarak güvencesiz bırakıldıkları ve tıbbi hizmetlerin bütünleşik yapısının bozulması neticesinde kamu sağlığının olumsuz etkileneceği iddialarında bulunulmuştur. Dava konusu Yönetmelik ile getirilen düzenlemelerin, kapsam ve nitelik itibarıyla sağlık hizmetlerini ve hekimler başta olmak üzere tüm sağlık çalışanlarının hukuki durumlarını etkileyeceği kuşkusuzdur. Bu itibarla, menfaatini ihlal eden dava konusu Yönetmeliğe karşı davacı Birliğin 6023 sayılı Yasa uyarınca dava açma ehliyeti bulunmaktadır.

Üyeler Hasan Güzeler, Abdülkadir Atalık ile Hasan Odabaşı; davacı Türk Tabipleri Birliği'nin 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu uyarınca genel olarak mensuplarının hak ve menfaatlerini korumaya yönelik olarak dava açma yetkisinin bulunduğu, kamu özel ortaklığı modelinin ise davacı Birliğin üyelerinin hak ve menfaatlerini olumsuz etkilemediği, nitekim sağlık hizmetlerinin satın alma yolu ile temin edilmesi yönteminin diğer mevzuat hükümleri ile halen mevcut olduğu ve uygulandığı, dolayısıyla dava konusu Yönetmeliğin davacı Birliğin kuruluş amacı ile ilgisinin bulunmaması nedeniyle bakılan davada dava açma ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle yukarıda açıklanan çoğunluk görüşüne belirtilen yönden katılmamışlardır.

Açıklanan nedenlerle, davacı Birliğin, dava konusu Yönetmeliğe karşı dava açma ehliyetinin bulunduğuna oyçokluğu ile karar verilerek, itiraz isteminin esaslanmamasına geçildi;

Daire kararının Yönetmeliğin 58. maddesinin birinci fıkrasındaki "denetletir" ibaresine yönelik yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin kısmına yapılan davacı itirazı yönünden;

6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un, 4. maddesinin 4. fıkrasında, "İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler veya denetletir. Bakanlık, yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve yönetim sistemi kurabilir." kuralı yer almaktadır.

6428 sayılı Yasa'nın tümünün ve ayrı ayrı tüm maddelerinin, Anayasa'nın 2., 7., 8., 10., 11., 17., 56., 153., 155., 161., 163. ve 167. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemiyle açılan davada, Anayasa Mahkemesi'nin 01/04/2015 günlü, E:2013/50, K:2015/38 sayılı kararıyla, "...Kanun'un 4. maddesinde "sözleşme" ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Maddenin (1) ve (2) numaralı fıkralarında, sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu, süresinin sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere idarece belirleneceği, yüklenicinin, yapım işlerinin projelendirilmesinden ve finansmanının sağlanmasından, yapımından, bakım ve onarımından, yükleniciye bırakılan hizmetlerin yerine getirilmesi ile ticari hizmet alanlarının işletilmesinden, sözleşme süresi sonunda yerleşkenin her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda Bakanlığa devredilmesinden ve sözleşme süresince üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan sorumlu olacağı ve yüklenicinin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde idarenin



T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
YD İtiraz No : 2017/575

uğrayacağı zararın tazminine ve cezai şartlara ilişkin hükümlere sözleşmede yer verileceği belirtilmiş, diğer fıkralarda ise idarenin ve yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri ile bunların yerine getirilmemesinin müeyyideleri düzenlenmiştir.

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

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

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

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

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

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

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kuralda yer alan 'veya denetletir.' sözcükleri Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır..." ifadelerine yer verilerek 4. maddesinin 4. birinci cümlesinde yer alan, "veya denetletir." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 10. maddesine dayanılarak hazırlanan uyuşmazlık konusu, "Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel



