

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

KAMU ÖZEL ORTAKLIĞI MODELİ OLARAK
ŞEHİR HASTANELERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Emre ÇEKERBİÇER
2000006369

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Mustafa Aytaç ÖZELÇİ

Anabilim Dalı: KAMU HUKUKU
Programı: KAMU HUKUKU

EYLÜL 2023

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

KAMU ÖZEL ORTAKLIĞI MODELİ OLARAK
ŞEHİR HASTANELERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Emre ÇEKERBİÇER
2000006369

Anabilim Dalı: KAMU HUKUKU
Programı: KAMU HUKUKU

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Mustafa Aytaç ÖZELÇİ

Jüri Üyeleri : Prof. Dr. Nilay ARAT

Dr. Öğr. Üyesi Elif ALTINOK ÇALIŞKAN

EYLÜL 2023

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	iv
ÖZET.....	vi
ABSTRACT	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU ÖZEL ORTAKLIĞI MODELİNİN HUKUKSAL NİTELİĞİ

I. KAMU ÖZEL ORTAKLIĞI MODELİNİN TANIMLANMASI	3
A. Genel Olarak	3
B. Kamu Hizmeti	4
C. Kamu Özel Ortaklığı'nın Kavramsal İncelemesi ve Tanımı.....	9
D. Kamu Özel Ortaklığı'nın Tarihsel Gelişimi.....	15
E. Kamu Hizmetinin Görülmesindeki Usuller ve Kamu Özel Ortaklığı.....	16
1. Özelleştirme.....	17
2. İmtiyaz.....	19
3. Ortak Girişim (Joint Venture)	20
4. Yap-İşlet-Devret Modeli	21
5. Emanet Usulü	22
6. Müşterek Emanet Usulü	23
7. İltizam.....	24
8. İşletme Hakkı Devri	25
9. Görevlendirme Usulü	26
a- Elektrik Üretimi ve Dağıtımında Görevlendirme – 3096 Sayılı Kanun	26
b- Otoyol Yapımı ve İşletilmesinde Görevlendirme – 3465 Sayılı Kanun	28

İKİNCİ BÖLÜM
KAMU ÖZEL ORTAKLIĞI MODELİNDE
ŞEHİR HASTANELERİ

I. TÜRKİYE SAĞLIK SİSTEMİNİN GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE GÖRÜNÜMÜ	29
II. SAĞLIK HİZMETİNDE ŞEHİR HASTANELERİNE İLİŞKİN MEVZUAT..	31
A. Kamu Özel Ortaklığı'nda Şehir Hastanelerinin Mevzuat Altyapısı	31
III. ŞEHİR HASTANELERİ PERSONELİNİN HUKUKİ REJİMİ	34
A. Genel Olarak	34
B. Personelin Hukuki Rejiminde Özellik Arz Eden Durumlar.....	35
IV. ŞEHİR HASTANELERİNDE SAĞLIK HİZMETİNİN SUNULMASINDA ORTAYA ÇIKACAK ZARARLARDAN SORUMLULUK.....	38
A. Genel Olarak	38
B. Hizmetin Sunulmasında Ortaya Çıkan Zararlardan Sorumluluk	39
V. SAĞLIK HİZMETİNDE KAMU ÖZEL ORTAKLIĞI MODELİNİN GEREKLİLİĞİ – MODELDE ORTAYA ÇIKACAK ZARARLAR BAĞLAMINDA ELEŞTİRİLER.....	41
A. Şehir Hastanelerinde İngiltere Uygulaması	41
B. Modelin Sağlık Turizmine Etkisi	42
C. Benzer Usuller Karşısında Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Gerekliliği.....	44
D. Modelde Ortaya Çıkabilecek Zararlar Bağlamında Eleştiriler.....	49

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ŞEHİR HASTANELERİNİN HUKUKİ REJİMİ

I. İHALE AŞAMASI	52
A. Genel Olarak	52
B. Sözleşme Öncesi İhale Aşaması.....	54
II. SÖZLEŞME AŞAMASI.....	60

A. Sözleşmenin Genel Yapısı, Tanımı ve Konusu.....	60
1. Sözleşmenin Genel Yapısı ve Tanımı	60
2. Sözleşmenin Konusu	61
B. Sözleşmenin Tarafları	62
C. Sözleşmenin Unsurları	64
1. Tesisin İnşası- Yapım Unsuru	65
2. Kira Unsuru	66
3. Hizmet ve İşletme Unsuru	67
4. Finansman Unsuru.....	69
D. Sözleşmenin Hukuki Niteliği	69
E. Tarafların Yükümlülükleri	72
1. Özel Sektörün Yükümlülükleri.....	72
a- Finansman Yükümlülüğü	72
b- Tesis Meydana Getirme Yükümlülüğü	74
c- Destek Hizmetleri Sunma Yükümlülüğü	77
d- Tesisin Bakımı, Onarımı ve Yenilenmesi Yükümlülüğü.....	77
e- Araştırma – Geliştirme ve Danışmanlık Hizmetlerinin Sunulması Yükümlülüğü	78
f- Devir Yükümlülüğü	79
2. İdarenin Yetkileri ve Yükümlülükleri	80
a- Gözetim ve Denetim Yetkisi.....	80
b- Hazine Arazisi Temin Etme Yükümlülüğü.....	82
c- Kullanım ve Hizmet Bedeli Ödeme Yükümlülüğü.....	83
d- Hazine Garantisi.....	84
III. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ	87
A. Sözleşmede Belirlenen Sürenin Sona Ermesi	87
B. Tarafların Karşılıklı Anlaşması.....	89
C. Tek Taraflı İrade Beyanı Neticesinde Fesih.....	89
SONUÇ	95
KAYNAKÇA	98

KISALTMALAR

AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
BKTD	: Batı Karadeniz Tıp Dergisi
Bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
D.	: Dairesi
DD	: Danıştay Dergisi
DİDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
E.	: Esas
ed.	: Editör
İİFD	: İktisat İşletme ve Finans Dergisi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
KAYAUM	: Kamu Yönetimi Araştırma ve Uygulama Merkezi
KÖİ	: Kamu Özel İşbirliği
KÖO	: Kamu Özel Ortaklığı
NHS	: National Health Hospitals
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
PFI	: Private Finance Initiative
PPP	: Public Private Partnership

RG. : Resmi Gazete

SDÜİİBFD : Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Dergisi

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi

TODAİE : Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü

TTB : Türk Tabipleri Birliği

UM : Uyuşmazlık Mahkemesi

YBHD : Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

yuk. : Yukarı

Üniversite	:	İstanbul Kültür Üniversitesi
Enstitü	:	Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Anabilim Dalı	:	Kamu Hukuku
Programı	:	Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı
Tez Danışmanı	:	Doç. Dr. Mustafa Aytaç ÖZELÇİ
Tezin Türü ve Tarihi	:	Yüksek Lisans Tezi – Eylül 2023

ÖZET

KAMU ÖZEL ORTAKLIĞI MODELİ OLARAK ŞEHİR HASTANELERİ

Sağlık kamu hizmetinin özel sektör birlikteliğiyle sunulmasının bir sonucu olan şehir hastaneleri projeleri, kamu özel ortaklığı modeli ile hayata geçirilmiştir. Modelin anlaşılabilmesi için kamu özel ortaklığı kavramının uluslararası boyutta nasıl ortaya çıktığını, hangi kamu hizmetleri için tercih edildiğini ve günümüze değin ne şekilde devam ettiğini irdelleyerek kavramın ülkemizdeki benzer ve farklı projelerle karşılaştırılması yapılmıştır. Entegre sağlık kampüsü şeklinde adlandırılan sağlık tesislerinde sistemin nasıl kurulduğu ve hangi şartlarda devam ettirildiği meseleleri çalışmamızın ana başlıklarını oluşturmaktadır. Bu kapsamda şehir hastaneleri projelerinde idare ile özel sektör arasında imzalanan sözleşmenin, modele özgü kamu özel ortaklığı mevzuatı baz alınarak değerlendirmesi yapılmış böylece modelin hukuki yapısının anlaşılması amaçlanmıştır. Sağlık hizmetinin sunulmasında çağın gereklerine uygun, modern, hizmeti sunan ile hizmetten yararlananların konforunu arttıracak bir proje olarak değerlendirdiğimiz şehir hastaneleri projelerinde, tarafların hak ve yükümlülüklerine değindiğimiz çalışmamızda söz konusu işbirliğinin hangi durumlarda sona erdiği konusu ayrıca değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler: İdare Hukuku, Kamu Özel Ortaklığı, Kamu Özel Ortaklığı Sözleşmesi, Şehir Hastanesi

University : **İstanbul Kültür University**
Institute : **Institute of Graduate Studies**
Department : **Public Law**
Programme : **Public Law Master Degree**
Supervisor : **Doç. Dr. Mustafa Aytaç ÖZELÇİ**
Degree Awarded and Date : **MA – September 2023**

ABSTRACT

CITY HOSPITALS AS A PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP MODEL

City hospitals projects, which are the result of providing health services together with the private sector, have been implemented with the public-private partnership model. In order to understand the model, how the concept of public private partnership emerged at the international level, for which public services it was preferred and how it continued until today was examined. In this context, the concept has been compared with similar and different projects in our country. The main topics of our study are how the system is set up and under what conditions it is maintained in the health facilities called integrated health campus. In addition to these, the contract signed between the administration and the private sector in city hospital projects was evaluated. In this way, it is aimed to understand the legal structure of the model. We consider this model as a modern project that will increase the comfort of those who provide health services and those who benefit from the service. We also explained the responsibilities of the parties in city hospital projects and examined the situations where the contract was terminated.

Keywords: Administrative Law, Public Private Partnership, Public Private Partnership Contract, City Hospital

GİRİŞ

Kamu özel ortaklığı modelleri arasında ülkemizde uygulanan en önemli projeler, sağlık hizmetini ilgilendiren alanlara aittir. Şehir hastaneleri projelerinin önem arz etmesinin başlıca iki sebebi bulunmaktadır. Bu sebeplerden ilki, sağlık konusunun insan hayatının en önemli olgusunu oluşturması, ikincisi ise projedeki yatırımın uzun vadede yüksek miktarda kamu harcaması gerektirmesidir. Şehir hastaneleri projelerinde sağlık hizmeti iki parçaya ayrılmıştır. Burada bir parçayı çekirdek hizmetler diye adlandırılan tıbbi-klinik hizmetler oluşturur ki bu hizmet grubu idare tarafından sunulur. Diğer parça ise, destek hizmetleri olarak adlandırılan hizmetlerden oluşur ki bu hizmet de özel sektör tarafından sunulur. Çalışmamızda devletin, vatandaşlarına sağlık hizmetini sunarken neden özel sektör ile böyle bir işbirliği içerisine girdiği sorusunun cevabı aranmaktadır.

Şehir hastaneleri projesinde, devletin özel sektör ile yaptığı işbirliğine göre, özel sektör kendisine tahsis edilen arazi üzerinde sağlık tesisini inşa eder ve içerisindeki teçhizatla beraber tesisi sağlık hizmetinin sunulması için elverişli halde idarenin kullanımına sunar. İdare söz konusu tesisi, çekirdek hizmetleri vatandaşlara sunmak için kullanır ve bu kullanım neticesinde özel sektöre kira bedeli öder. Ayrıca idare çekirdek hizmet dışında kalan tıbbi destek hizmetlerini ve diğer destek hizmetlerini de özel sektöre gördürür, gördürülen bu hizmetler karşılığında da özel sektöre ödeme yapılır.

Kamu özel ortaklığı modeli ile oluşturulan şehir hastaneleri projelerinde konu, tüm süreçlerin nasıl başladığı, ne şartlarda devam ettiği ve hangi durumlarda son bulduğunu düzenleyen 6428 sayılı *"Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"* ve bu kanunun uygulama yönetmeliği olan 09.05.2014 tarih ve 28995 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2014/6282 numaralı *"Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle*

Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği" çerçevesinde ele alınmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, kamu özel ortaklığı modelinin kavramsal olarak incelemesi yapılarak modelin genel tanımı yapılmıştır. Modelin, geçmişten günümüze hangi alanlarda uygulandığı ve ne yöne doğru geliştiği incelenerek hukukumuzdaki diğer özel sektör işbirlikleriyle yapılan projeler bağlamında karşılaştırılması yapılmıştır.

İkinci bölümde, kamu özel ortaklığı modeli olarak şehir hastanesi projeleri özelinde incelemeler yapılmış bu anlamda Türkiye'deki sağlık sistemine değinilerek, özel sektörün, sağlık hizmetindeki geçmiş ile günümüzdeki yeri açıklanmıştır. Kamu özel ortaklığı modeli olarak kurulan şehir hastanelerinin ilk örneklerini oluşturan İngiltere deneyimine değinildikten sonra projenin mevzuatını oluşturan düzenlemeler tespit edilmiştir. Bölümün devam eden başlıklarında, idarenin bir işi özel sektöre gördürmesi için belirli kurallara tabi olduğu ihale sürecinin genel değerlendirmesi yapılarak, yüklenicinin seçildiği ihale sürecinin şehir hastanesi projelerinde hangi esaslara göre yapıldığı incelenmiştir. İhale süreci, yüklenicinin belirlenmesiyle son bulur ve buradan sonra şehir hastanesi projelerinin en önemli aşaması olan idare ve özel sektör arasında imzalanacak, sözleşme aşamasına geçilir. Bu sözleşme, 6428 sayılı *"Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"* ve bu kanunun uygulama yönetmeliği olan 09.05.2014 tarih ve 28995 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2014/6282 numaralı *"Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği"* çerçevesinde projenin esaslarını ve hukuki yapısını belirler. Bu anlamda ilgili bölümde sözleşmenin genel yapısı, konusu, tarafları, unsurları ve sözleşmeci tarafların yükümlülükleri incelenmiştir.

Son bölümde ise şehir hastaneleri sözleşmelerinin, doğası gereği, sona ermesi hâli üzerinde durulmuş, sözleşmenin olağan şekilde sona ermesinin yanında olağanüstü şekilde sona erme durumları da incelenerek özel sektör ve idarenin buradaki rolleri tespit edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU ÖZEL ORTAKLIĞI MODELİNİN HUKUKSAL NİTELİĞİ

I. KAMU ÖZEL ORTAKLIĞI MODELİNİN TANIMLANMASI

A. Genel Olarak

Kamu özel ortaklığı kavramını en dar biçimde ele aldığımızda, kamu hizmetinin gördürülmesi usullerinin zamanla değişime uğraması sonucunda temel hizmetlerin belirli aşamalarında çeşitli sebeplerle devletin yanında özel hukuk tüzel kişinin de etkisinin veya katkısının söz konusu olduğunu görmekteyiz.¹ Kamu hizmetlerinin idare hukuku bakımından yerleşik ilkeleri mevcuttur ve hizmetin kim tarafından hangi usulle görüldüğünden bağımsız olarak tüm kamu hizmetleri için ortak olan bu ilkeler kamu hizmetlerinin hukuki rejimini oluşturur.² Buradan çıkaracağımız sonuç ise kamu özel ortaklığı modelinde olduğu gibi kamu hizmetinin özel sektör tarafından yürütülmesi durumunda da idare hukukunda yerleşik olan kamu hizmetine ilişkin temel ilkelerin uygulanacağıdır. Bu anlamda kamu hizmetini yerine getiren özel sektörün en önemli görevi hizmetin sunulmasında bu temel ilkeleri gözetmektir.³

Anayasa'nın 56. maddesi devlete, kişilerin beden ve ruh sağlığını korumak amacıyla sağlık kuruluşlarını düzenleme görevi vermiş ve aynı düzenlemede devletin bu görevi kamu ile özel kesimdeki kurumlardan yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getireceği belirtilmiştir. Bu sebeple sağlık hizmeti, kamu hizmeti olma özelliğini Anayasa'dan almaktadır. Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle söz konusu sağlık hizmetinin kamu idaresi veya özel hukuk kişisi tarafından yerine getirilmesi bu hizmetin kamusal olma niteliğinde bir değişiklik meydana getirmemektedir. Kamu

¹ Fatih Gökyurt, *İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri*.(Ankara: Adalet Yayınevi, 2018) 14.

² Aydın Gülan, *Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri*. Yüksek Lisans Tezi.(İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1987) 33.

³ Hüseyin Melih Çakır, *Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi*. (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015) 93.

özel ortaklığı modeli ile özel sektör tarafından yerine getirilen sağlık hizmetleri de bir kamu hizmetidir ve bu kapsamda söz konusu hizmet, kamu hizmetinin tabi olduğu kurallar ve ilkeler doğrultusunda yürütülecektir. Ortaya konan bu durum sebebiyle kamu özel ortaklığı modelinin tanımını yapmadan kamu hizmeti kavramının ele alınıp buna ilişkin ilkelerin açıklanması ve bunun üzerinden kapsamlı bir tanım yapılması, kamu özel ortaklığı modelini daha sağlam bir zemin üzerinden kavranmasını sağlayacaktır.

B. Kamu Hizmeti

Kamu hizmeti, idare hukukunun temel konusunu ve idari faaliyetlerin başlangıç felsefesini oluşturur.⁴ Öğretide ONAR, kamu hizmetini "*kamu yararı için gerekli olan sürekli ve düzenli etkinlikler*" biçiminde tanımlamıştır.⁵ Kamu hizmetinin içeriği zamanla birlikte devamlı gelişen bu gelişimin sonucu olarak değişime uğrayan bir özellik arz etmektedir.⁶ Bunun yanı sıra son yıllarda kamu hizmetindeki değişim bize kendisini temel hizmet gruplarından olan altyapı, ulaşım, eğitim ve sağlık kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde kamu hukuku tüzel kişinin yerine özel hukuk tüzel kişinin önemli bir rol oynaması ve bu sebeple özel hukukun kamu hizmetinde önceki yıllara göre kendisini daha fazla göstermesi sonucunu doğurmuştur. Kamu hizmetinin tanımı, değişime uğrayıp gelişen bu yapısı sebebiyle keskin çizgilerle yapılamamış, gerek öğretide gerekse yüksek yargı kararlarında tanımlama geniş anlamda yapılmıştır.

Anayasa Mahkemesi kamu hizmetini yerleşmiş içtihatlarına göre şu şekilde tanımlamıştır: "En geniş tanımı ile kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir ve toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik

⁴ Ali Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*. (İstanbul: Ülke Kitapları, 2004) 11.

⁵ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*. (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966) 61.

⁶ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*. (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021) 551

*ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir."*⁷

Danıştay da AYM'nin kamu hizmeti tanımlamasına sadık kalarak kararlarında bu geniş tanım doğrultusunda hareket etmiştir.⁸

Bugün kamu hizmetinin sunulmasında kamu tüzel kişiliği tek ve vazgeçilmez unsur olarak kabul edilmemektedir. Kamu hizmetini veren kişilerin idarenin denetimi ve gözetimi altında özel hukuk kişileri olması mümkündür. Burada kamu hizmetini özel ticari faaliyetten ayıran en önemli özellik işin özüne uygulanan hukuki rejimdir. Kamu hizmetinde ortaya çıkacak hukuki meselelere belirli ölçüde ya da tümüyle kamu hukuku kuralları uygulanır. Bunun sonucu olarak da idare bir takım kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olur ve tek yanlı olarak sahip olduğu bu yetkiyi kullanır. Kamu hizmeti dışında kalan özel ticari hizmetler özel hukuk kurallarına tabidir. Bu sebeple burada tek yanlılık ve bir tarafın diğer taraftan üstün yetkilere sahip olması mümkün değildir. Ancak bu üstünlüğü taraflar kendi aralarında karar verebilir.⁹

Bir hizmetin kamu hizmeti olarak nasıl ortaya çıktığına ve bunun nitelendirilmesinin nasıl yapılacağı hususuna baktığımızda gerek Anayasa'nın 123.

⁷ AYM., T. 29.04.2021, E. 2019/13, K. 2021/31, R.G. 02/07/2021, sayı:31529, <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:24.07.2022). Aynı doğrultuda diğer örnek kararlar için bkz.

AYM., T. 26.06.2019, E. 2019/27, K. 2019/56, R.G. 11.09.2019, sayı: 30885 <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:24.07.2022), AYM., T. 06.12.2018, E. 2017/180, K. 2018/109, R.G. 23.01.2019, sayı:30664, <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:24.07.2022), AYM., T. 04.06.2014, E. 2013/88, K. 2014/101, R.G. 22/07/2014, sayı:29068, <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:24.07.2022), AYM., T. 28.03.2013, E. 2011/65, K. 2013/49, R.G. 25.01.2014, sayı:28893, <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:24.07.2022), AYM., T. 27.09.2012, E. 2012/6, K. 2012/131, R.G.13.02.2013, sayı:28558, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 27.06.2022), AYM., T. 14.04.2011, E. 2004/16, K. 2011/63, R.G. 21.10.2011, sayı:28091, <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:25.07.2022), AYM., T. 22.11.2007, E. 2004/114, K. 2007/85, R.G. 24.12.2007, sayı:26736, <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:25.07.2022), AYM., T. 29.12.2005, E. 2005/110, K. 2005/111, R.G. 26.07.2006, sayı:26240, <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:25.07.2022), AYM., T. 28.06.1995, E.1994/71, K. 1995/23, R.G. 20.03.1996, sayı:22586, <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:25.07.2022), AYM., T. 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, R.G. 24.01.1995, sayı:22181, <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:25.07.2022).

⁸ " Kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimi altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı veya çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir." DİDDK., T. 03.10.1996, E.1996/79, K. 1996/83, DD, sayı:93, sayfa:36 Aktaran Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 550.

⁹ Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021) 478.

maddesinde düzenlenen kamu tüzel kişiliğinin kurulması gerekse madde 47'deki devletleştirme düzenlemesi sebebiyle karşımıza yasama organının çıktığını görürüz, bu nedenle kanun koyucu daha önceden özel ticari faaliyet olarak yürütülen bir hizmeti, Anayasa madde 47'deki devletleştirme düzenlemesi gereği, kamu hizmeti haline getirir veya kanun koyucu daha önceden kamu hizmeti olarak yürütülmeyen bir alanda kanunla yapılan düzenleme sonucunda yeni bir kamu hizmeti faaliyeti oluşturur, bununla beraber kanun koyucu kamu hizmetini kendi kurmayarak bir kamu hizmetinin oluşturulması konusundaki yetkiyi, kanunla düzenleyerek, idareye verebilir bu anlamda kurulan kamu hizmeti idare tarafından kurulmuş olur.¹⁰ Bu anlamda kamu hizmetini ortaya çıkarma yetkisi kanun koyucuya aittir.

Kamu hizmetini bu açıklamalardan sonra şu şekilde tanımlayabiliriz: Faaliyeti yasama organının düzenlemesine bağlı farklı bir hukuki rejime dayanan kamu tüzel kişiliği tarafından yürütülen veya kamu tüzel kişiliğinin verdiği yetkiyle beraber onun denetimi ve gözetimi altında bir özel hukuk kişisi tarafından yürütülen, giderilmesinde kamu yararı bulunmakla beraber toplumun genel ve ortak çıkarlarına göre düzenlenmiş hizmetlerdir.¹¹

Kamu hizmetinin bir takım genel ilkeleri mevcuttur. Bu hizmetlerin nasıl görüldüğünden bağımsız olarak hizmet görülürken dikkat edilmesi gereken genel ilkeler söz konusudur, bu ilkeler devamlılık(süreklilik), değişebilirlik ve adapte edilebilirlik(uyarlama) ve eşitliktir.¹²

Devamlılık ilkesi, kamu hizmetinin ortak ve genel ihtiyaçları karşılayan niteliğinden ileri gelmektedir, bu ilke kamu hizmetinin kesintiye uğramaması, düzenli ve belirli bir seviyede olmasını gerektirmekle beraber bu durum tam anlamıyla kesintisizlik ve süreklilik anlamına gelmemektedir, elbette ki bazı kamu hizmetleri (güvenlik, sağlık, afet durumlarına müdahale ekipleri gibi) yılın 365 günü 24 saat faaliyet gösterilmesi gereken kamu hizmetlerindendir fakat bu gibi kamu hizmetlerinin

¹⁰ Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*. (İstanbul: DER Yayınları, 2021) 998.

¹¹ **Diğer tanımlar için bkz.** Kemal Gözler, *İdare Hukuku*. (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019) c.II 270; Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Hüseyin Melih Çakır ve Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*. (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021) 531; Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku 479; Akgüner 987. Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022) 313.

¹² Turgut Tan, Bahar Bayazıt, *İdare Hukuku*. (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021) 339.

dışında kalan faaliyet ve etkinliklerin toplumun ihtiyacını gidermeye yetecek devamlılık seviyesinde sunulması devamlılık ilkesi bakımından kesintisizlik anlamına gelecektir.¹³ Bu anlamda Büyükşehir belediyelerinin il ve ilçelerde zararlı böcek ve sivri sineklere yönelik ilaçlama kamu hizmetini 365 gün 24 saat değil de yılın bahar ayında ve yaz ayında farklı sıklıklarla ihtiyaca göre yerine getirmesi devamlılık ilkesiyle uyumlu olacaktır, ancak sağlık kamu hizmetinin devamlılık ilkesini yerine getirebilmesi için kesintiye uğramadan 365 gün 24 saat faaliyet göstermesi gerekecektir. Aynı şekilde söz konusu kamu hizmetinin kesintiye uğraması kanundan veya bir düzenleyici işlemle ileri geliyor olabilir dolayısıyla bu durumda da önemli olan nokta kamu hizmetinin kesintiye uğraması değil, bu kesintiyi yasanın veya düzenleyici işlemin gerektirmesidir.¹⁴

Kamu hizmetinin uyarlama ilkesine göre faaliyet göstermesi bir diğer zorunluluktur, bu anlamda topluma sunulan kamu hizmeti durağan olmamalı günümüzün gelişen ve farklılaşan şartlarına ayak uydurmalı, çağın gerektirdiği teknik yetkinliğe ulaşmalıdır bu amaçla gelişmeler karşısında kamu hizmetinde gerekli değişiklikler yapılabilmesi ve kamu hizmeti uyarlanmalıdır.¹⁵

Kamu hizmetinin yürütülmesinde önem arz eden bir diğer ilke hizmetin yerine getirilirken eşit olarak yerine getirilmesidir. Kamu hizmetlerinin eşit şekilde sunulması ilkesi Anayasamızda düzenlenen *kanun önünde eşitlik* ilkesinin bir sonucudur ve bu ilkenin sonucu olarak da kamu hizmeti, bu hizmeti alanların tümüne karşı eşit olarak yerine getirilmelidir.¹⁶ Anayasa'nın Kanun önünde eşitlik konusunu düzenlediği 10. Maddesi şu şekildedir: "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*"

¹³ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 554.

¹⁴ Gözler, c.II 301.

¹⁵ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 556.

¹⁶ Gözler, c.II 312.

Öte yandan kamu hizmetlerinden faydalanmada hizmeti verenlerin dikkate alması gerektiği ilke olan eşitlik ilkesi nicel anlamda bir eşitlik olmayıp bu hizmeti alanlar arasındaki farklı özelliklere göre uygulanması gereken bir eşitliktir.¹⁷ Bu sebeple, aynı kamu hizmeti farklı durumlarda olanlara yönelik farklı şekilde sunulabilir.¹⁸

Son olarak doktrinde tartışma konusu olup bir görüş birliğine varılamayan kamu hizmetinin bedelsiz olma(meccanilik) ilkesine de değinmek gerekirse, kamu hizmeti kavramının ilk gündeme geldiği zamanlarda kamu hizmetinin *bedelsiz* olarak yerine getirilmesi yukarıda açıklanan devamlılık, uyarlama ve eşitlik ilkeleri gibi kamu hizmetinin yerine getirilmesinde ayrı bir ilke olarak kabul edilmekte idi ancak bugün kamu hizmetinin görülmesinde söz konusu hizmeti alanlardan herhangi bir bedel alınmaması anlamına gelen meccanilik ilkesi önceki geçerliliğini yitirmiştir.¹⁹ Bu anlamda kamu hizmetini çeşitli ayrımlara tabi tutularak şöyle bir ayırım yapılabilir; sınai ve ticari kamu hizmetleri meccanilik ilkesi kapsamında değildir ve bu hizmetlerin karşılığı söz konusu hizmeti alanlardan istenebilir, zorunlu kamu hizmeti olarak nitelendirilmeyen, kurulması idareye bırakılmış olan kamu hizmetleri belirli bir bedel karşılığında sunulabilir.²⁰ Bununla beraber ancak Anayasa ve kanunlar tarafından düzenlenmesi ve hüküm altına alınmış olması durumunda bu kamu hizmetinin bedelsiz olması gerekmektedir.²¹

¹⁷ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku*. (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021) c.I, 573.

¹⁸ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 557.

¹⁹ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*. 511.

²⁰ Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Çakır ve Okay Tekinsoy 562.

²¹ Gözler, c.II 345, Atay 319.

C. Kamu Özel Ortaklığı'nın Kavramsal İncelemesi ve Tanımı

Kamu Özel Ortaklığı, kamu hizmetinin, kamu otoritesi denetiminin mevcudiyeti ile belirli şartlar altında özel hukuk kişisi tarafından yürütülen ve bu suretle vücut bulan bir kavramdır.²² Kamu özel ortaklığı modelinde kamu kuruluşu ile özel kuruluşun idari, ekonomik ve politik otoritenin ortak kullanılmasıyla kamu hizmetinin yerine getirilmesinin arzulandığı buna paralel olarak da söz konusu hizmeti yerine getirirlerken tarafların sorumluluk ve riskleri beraber üstlendiği bir yapı mevcuttur.²³ Kamu özel ortaklığı kavramının ifade ediliş biçiminin öğretide doğru olmadığını söz konusu kavramın gerek teorik gerekse pratik olarak Kamu Özel İşbirliği olarak ifade edilmesinin daha isabetli olacağı savunulmuştur. Bu anlamda *Ortaklık* deyiimi tarafların daha eşit koşullarda olduğu ve görece olarak tarafların belirli ortak bir amaca yönelik iradelerinden kaynaklanan uyumu çağrıştırdığı ancak uygulamada yapılan projelerde kamu otoritesinin amacıyla özel sektörün amaçlarının farklı olduğunun altı çizilmiş, özel sektörün son kerteedeki amacının maddi kazanç elde etmek olduğunu ancak kamu otoritesinin amacının kamu yararı olduğunu bu sebeple taraflar arasında ortak bir amaç olmadığı için kamu otoritesi ile özel sektör arasındaki ilişkiye *İşbirliği* denmesi gerektiği savunulmuştur.²⁴ Kamu özel ortaklığı kavramına yönelik ülkemizde kullanılan diğer kavramlar: "*Kamu Özel Sektör İşbirliği*", "*Kamu Özel İşbirliği*", "*Kamu Özel Sektör Ortaklığı*", "*Kamu Özel Ortaklığı Modeli*" ve "*Eksik İmtiyaz*"²⁵ dır.²⁶

Kamu özel ortaklığı kavramı, kamu hizmetinin görülmesinde özel sektörün öncesine kıyasla gerek hizmeti sağlamadaki finansmanı ortaya koymada gerekse hizmetin görülmesinde daha ciddi bir rol oynadığı modeli tanımlamak için 1992

²² Ebru Zeybek Cebeci, *Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesine İlişkin Sözleşmeler*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021) 106.

²³ Reha Bayansar, *Türk Kamu Yönetimine Neoliberal Politikaların Etkisi: Kamu Özel Ortaklığı*. (Ankara: Gazi Kitabevi, 2020) 137.

²⁴ : Peter V. Schaeffer, Scott Loveridge, "Toward an Understanding of Types of Public-Private Cooperation," *Public Performance & Management Review* 26-2 (2002): 169-189 Aktaran: Servet Alyanak, *Avrupa Birliği Hukukunda Kamu Özel Sektör İşbirlikleri ve İmtiyaz İhaleleri İle Sözleşmeleri*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021) 43. Çınar Can Evren, *Kamu Özel İşbirlikleri*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016) 28. Esra Hansu, *Kamu Özel İşbirliği Kapsamında Üst Hakkı*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022) 29.

²⁵ Onur Karahanogulları, "Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz," *AÜSBFD*. 66-3 (2011): 183.

²⁶ Selman Sacit Boz, "Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli," *İÜHFD*. 4-2 (2013): 279.

yılında İngiltere Hazine Bakanlığı tarafından ortaya atılan Private Finance Initiative (PFI) kavramıyla gündeme gelmiştir.²⁷ Devam eden süreçte kamu özel ortaklığı, hem bir önceki paragrafta sayılan Türkiye'deki kavramlara tekabül eden hem de PFI kavramını da genişletip içerisine alan küresel anlamda kabul görmüş Public Private Partnership (PPP) kavramı olarak düzenlenmiş bu anlamda PPP kavramı ortaya çıkmış ve bu kavram tüm dünya genelinde kabul görmüştür, bunula beraber kamu özel ortaklığı Fransa'da Ortaklık Sözleşmeleri adıyla yasal düzenlemelere konu olmuştur.²⁸

Uluslararası anlamda kabul gören "*Public Private Partnership*" tabirinin Türkçe karşılığı *Kamu Özel Ortaklığı* olarak tercüme edilmiştir.²⁹ Yukarıda açıklandığı gibi modelin isimlendirilmesinde farklı tabirler kullanılmıştır ancak tüm bu isimlendirmelerden kastedilen şey, kamu hizmetinin görülmesinde etkinliğin artırılması için özel sektörün finansal olanakları ile yönetim kabiliyetini sunması ve yapılan çalışmalarda ortaya çıkacak risklerin idare ile paylaşılması esasını içermesidir.³⁰ Bu anlamda çalışmada Türkiye literatüründe kullanılan diğer tabirler arasından Public Private Partnership'in karşılığı olarak Kamu Özel Ortaklığı tabirinin kullanılması tercih edilmiştir. Burada ortaklık kavramından hukuksal olarak bir ortaklık anlamı değil kamu otoritesi ile özel hukuk kişinin, kamu hizmetinin görülmesi için akdi ilişkiye dayanan birtakım sorumluluklar üstlenmesi ve bu sorumluluklara istinaden ortaya çıkan görevlerin yerine getirilmesi anlaşılmalıdır.³¹ Buradaki söz konusu ortaklık, kamu hizmetinin görülmesinin kendisini bir diğer ifadeyle hizmetin tarafların ortak katılımıyla görülmesini ifade eder.

Kamu özel ortaklığı modelinin tüm kesimlerce kabul görmüş genel bir tanımı söz konusu değildir, bunun sebebi olarak *Kamu Özel Ortaklığı'nın*, kamu hizmetinin görülmesine ilişkin çok çeşitli projelere verilen ortak isim olması ve bunun yanında farklı ülkelerde uygulanan kamu özel ortaklığı modelinin; uygulandığı ülkenin

²⁷ Mehmet Fatih Gürkan, *Eğitim Kamu Hizmetinin Görülmesinde Kamu Özel Ortaklığı*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.(Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013) 3.

²⁸ Berna Hızarcı Beşer, *Özelleştirmenin İkinci Dalgası " Kamu- Özel İşbirliği" Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Devletin Değişen Rolü*. (Bursa: Ekin Yayınevi, 2018) 51.

²⁹ Gürkan 4.

³⁰ Mustafa Mecit, "Uluslararası Alanda KÖİ Uygulamaları," *Teoriden Uygulamaya Türkiye'de Kamu Özel İşbirlikleri*, ed. Uğur Emek, Güray Küçükkocaoğlu (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2019) 39.

³¹ Melis Ersöz, *Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Işığında Public Private Partnership Uygulamaları*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010) 4.

ekonomik durumuna, sosyal yapısına ayrıca o ülkenin yöneticilerinin siyasi kararları gereği değişen hukuki yapısına göre değişmesinden kaynaklanmaktadır.³² Kamu özel ortaklığı, ortaya çıkarıldığı ve hayata geçirildiği yere göre değişik değerlendirmelere tabi tutulmakla beraber bu modelin günümüz şartlarına göre kendini uyarlayan ve bu doğrultuda gelişme gösteren bir yapısı vardır.³³ Dolayısıyla kamu özel ortaklığının tanımlanmasında üzerinde uzlaşmış tek bir yapı ortaya konması mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple Kamu Özel Ortaklığı literatürdeki farklı tanımlamalara yer verilerek kavramın anlaşılması sağlanacaktır.

Öğretide GÖZLER, Kamu Özel Ortaklığı'nı " *Kamu Özel Ortaklığı sözleşmesi, bir kamu tüzel kişisi ile bir özel hukuk kişisi arasında akdedilen uzun süreli öyle bir idari sözleşmedir ki, özel hukuk kişisi bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan tesisin inşası, bakımı, onarımı ve hizmete elverişli halde bulundurulmasını, kamu tüzel kişisi de bunun karşılığında özel hukuk kişisine her yıl belirli bir miktar para(kira) ödemeyi taahhüt eder.* " şeklinde tanımlamıştır.³⁴

"... KÖİ, özel sektörün finansman desteği, bilgi birikimi, etkinliği, verimliliği ve yönetim anlayışı gibi avantajlarından yararlanmak amacıyla kamu otoritesi ile özel sektör arasında planlama, inşaat, finansman ve/veya tesisin işletilmesi ve iş ve işlemlerinde yetki ve sorumluluk paylaşımını öngören sözleşmeler çerçevesinde kamu hizmetlerinin yürütülmesi olarak tanımlanabilir. KÖİ'nin, bir altyapı tesisinin inşası, işletilmesi ve kamu hizmetlerinin sunulması süreçlerinde bir sözleşme temelinde genellikle 25-30 yıl gibi uzun bir süre boyunca kamu ve özel sektör arasında yapılan işbirliğini ifade eden kavram olarak da tanımlanması mümkündür."³⁵

Yapılan başka bir tanım ise şöyledir: " *Bir altyapı hizmetinin, gerekli tesislerin kurulması veya yenilenmesi ile işletilmesini içerecek şekilde bütüncül olarak karşılandığı, ihale sürecinin özel sektörün iş çözümlerine açık rekabetçi bir müzakere aşaması içerdiği, uzun vadeli bir sözleşme ilişkisine dayanan ve taraflar arasındaki risk paylaşımının riski en iyi yönetebilecek tarafın üstlenmesi prensibine göre*

³² Evren 25.

³³ Bayansar 134.

³⁴ Gözler, c.II 87.

³⁵ Yusuf Uysal, *Kamu-Özel İşbirliği Modeli ve Şehir Hastaneleri*. (Bursa: Ekin Yayınevi, 2021) 9.

belirlendiği bir proje yönetimi modeli."³⁶ GÖKYURT ve UYSAL tanımlarında altyapı hizmetinden bahsederek bir açıklama yapmıştır. Bu tanımlamayı daha iyi kavrayabilmek için kamu hizmetinde altyapı hizmetinden ne anlamak gerektiğini ortaya koymak gerekir. Altyapı hizmetinden sadece yol, köprü, kanalizasyon gibi klasik hizmetler anlaşılmamalıdır. Altyapı kavramı genel itibarıyla iktisadi ve sosyal altyapı şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır; iktisadi altyapı, daha çok sanayi ve ticari faaliyetlerin gerçekleştirilmesinde rol oynayan ve buna destek olan karayolu, demiryolu, köprü, tünel, liman, havalimanı, enerji ve telekomünikasyon gibi hizmetlerdir, sosyal altyapı ise insanların temel ihtiyaçlarını karşılayacak temel hizmetlerin yerine getirilmesinde rol oynayan hastane, okul, konut, içme suyu, kanalizasyon, huzurevi ve hapishane gibi hizmetlerdir.³⁷

Diğer bir tanımda kamu özel ortaklığı modeli, *"Kamu özel ortaklığı usulü, kamu altyapı hizmetleri kapsamında projelerin gerçekleştirilmesi için geliştirilen, devlet ile özel sektör arasında uzun vadeli esnek bir sözleşme temeline dayanan ve kamu hizmetlerinin görülmesine ve/veya finansmanına devlet ile özel sektörün bir arada katılmasını öngören, finansman, altyapı ve hizmet sağlama için kullanılan bir kavramı ifade etmektedir."*³⁸ şeklinde de tabir edilmiştir.

Dar ve geniş anlamıyla yapılan diğer bir tanım ise şöyledir: *"Dar anlamda kamu özel ortaklığı, kamu hizmetlerine devlet tarafından özel sektörün de dahil edilmesi sürecidir. Geniş anlamda kamu özel ortaklığı ise kamusal mal ve hizmetlerin inşasında ve ifasında kamu ile özel sektör arasında imzalanan bir sözleşme vasıtasıyla, kamu hizmetinin sunumuna özel sektörün katılımına sağlayan, kamu hizmetlerinin finansmanlarında alternatif finansman yöntemleri sunan, riskleri kamu ve özel sektöre paylaştıran ve yap-işlet-devret, yap-işlet, yap-kirala-devret gibi modelleri de içerisinde alan şemsiye bir kavram olan idari sözleşmelerdir."*³⁹

³⁶ Gökyurt 13.

³⁷ Uğur Emek, "Türkiye'de Altyapı Hizmetlerinin Özel Sektöre Gördürülmesi: Neden, ne zaman, nasıl?," *İİFD*. 24-284 (2009): 15.

³⁸ Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021) c.II 335. Ertuğrul Acartürk, Sabiha Keskin, "Türkiye'de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı Modeli," *SDÜİİBFD*. 17-2 (2012): 28. Turgut Tan, "İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler," *AÜSBFD*. 50-3 (1995): 309.

³⁹ Mehmet Kadir Çakır, *6428 Sayılı Kanuna Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı ve Yeni Bir Model: Yap-Kirala-Devret*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016) 22.

Diğer bir tanımlama şu şekildedir: *"Kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde, kamusal mal ve hizmetlerin kamu tarafından özel sektörün katılımı ile yapıldığı, özel ortağın sözleşme konusu eseri meydana getirme riskini ve hazırda bulundurma veya hizmetin sunulmasını sağlama riskini taşıdığı ve diğer risklerde ise riskin o riski en iyi yönetecek tarafta bulunduğu esnek sözleşme modelleri ile kurulan sözleşmelerin tümü."*⁴⁰

Türk literatüründeki çeşitli tanımlamalardan sonra yüksek yargı makamı olan Anayasa Mahkemesi'nin tanımlamasına bakacak olursak; şehir hastanelerinin Kamu Özel Ortaklığı modelinde yapılması için yasal zemini oluştursan 6428 sayılı *"Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"* ile ilgili olarak bu kanunun iptali için açılan davada AYM şöyle tanımlamıştır:

*"Kanun'da öngörülen KÖİ modeli esas itibarıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının projelerinin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modelidir. KÖİ, idare ile bir özel hukuk kişisi arasında uzun süreliğine akdedilen, özel hukuk kişisi tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan tesisin inşası, bakımı, onarımı ve hizmete elverişli hâlde bulundurulmasını konu edinen ve bunun karşılığında kamu tüzel kişisinin sözleşme süresince özel kişiye her yıl kira karşılığı belli bir miktar paranın ödenmesi taahhüdünü içeren bir sözleşmeyi ifade etmektedir."*⁴¹

Çeşitli uluslararası kurum ve kuruluşların Kamu Özel Ortaklığı tanımlamalarını incelediğimizde karşımıza çıkan ilk önemli kurum Avrupa Komisyonu'dur. 2004 yılında Avrupa Komisyonu tarafından kamu hizmetinin görülmesinde idari sözleşmeler ve imtiyazlar içinde Kamu özel ortaklığının nasıl bir yere sahip olduğuna ilişkin yapılan çalışmada(*"Green Paper On Public Private Partnership And Community Law On Public Contracts And Consession"*) kamu özel

⁴⁰ Ahmet Teyit Keşli, *Kamu Özel Sektör İşbirliği(PPP) Projelerinin Hukuki Rejimi*. Doktora Tezi. (İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2009) 9.

⁴¹ AYM., T. 01.04.2015, E. 2013/50, K. 2015/38, R.G. 15/04/2015, sayı:29327, <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 14.08.2022)

ortaklığı kavramının tüm kesimler tarafından kabul görmüş, kesin bir tanımının olmadığına değinilmiş ve kamu otoritesi ile özel sektör arasındaki, bir kamu hizmeti için gereken altyapı tesisinin kurulması, inşa edilmesi bu tesisinin bakımını, onarımını ve yenilenmesini, aynı şekilde tesisin işletilmesini ve hizmeti sağlayacak bir ortak çalışmayı ifade ettiği belirtilmiştir.⁴² İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatına (OECD) göre kamu özel ortaklığı, "*Kamu ve özel sektör arasındaki uzun vadeli anlaşmalar olup, özel sektörün belirli bir sermaye ortaya koyarak risk ve sorumlulukları paylaşması ile hedeflenen kamu hizmetlerini finanse etmesi ve sağlamasıdır.*"⁴³ Asya kalkınma bankasının(Asian Development Bank) tanımında, özelleştirme ve kamu hizmetinin sunumunda özel sektör katılımı gibi kavramların da özelliklerini içerisine alan kamu özel ortaklığı kavramının, altyapı ve diğer kamu hizmetlerinin sağlanması noktasında kamu tüzel kişiliği ile özel sektör arasındaki ortaklığı ifade ettiği belirtilmiştir.⁴⁴

Bu açıklamalar ışığında kamu özel ortaklığı modelini şu şekilde tanımlamak mümkündür: Kamu özel ortaklığı, bir kamu hizmetinin sunulması için (hizmetin sunulması için gereken tesisin de kurulmasını içeren) kimi zaman tümüyle özel sektörün katılımıyla finanse edilen kimi zaman ise özel sektör kaynaklarının yanında kamu kaynaklarının da ortaya konulması yoluyla finanse edilen, genel olarak projeden kaynaklanabilecek risklerin kamu idaresinden alınarak kamu idaresi ve özel sektör arasında dağıtıldığı ve genel olarak kamu idaresinin denetimi ve gözetimi altında kamu hizmetini yerine getirecek olan özel sektöre proje kapsamında yapılan ödemelerle ilerleyen nispeten uzun süreli bir ilişkiye dayanan kamu ve özel sektör arasında ortaya çıkan bir işbirliği ve/veya ortaklığı modelidir.

⁴² Commission Of The European Communities, *Green Paper On Public Private Partnership And Community Law On Public Contracts And Concession*. (Brüksel: 2004) 3.

⁴³ OECD Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships, Mayıs 2012, OECD, <https://www.oecd.org/gov/budgeting/oecd-principles-for-public-governance-of-public-private-partnerships.htm> (Erişim Tarihi:16.08.2022) Aktaran: Reha Bayansar, *Türk Kamu Yönetimine Neoliberal Politikaların Etkisi: Kamu Özel Ortaklığı*. (Ankara: Gazi Kitabevi, 2020) 135.

⁴⁴ Asian Development Bank, *Public-Private Partnership Handbook*. (Philippines: 2008) 1.

D. Kamu Özel Ortaklığı'nın Tarihsel Gelişimi

Devlet kavramının ortaya çıktığı çağlardan bu yana halkın birtakım ihtiyaçlarının karşılanması için devlet yapılanmasının dışında kalan özel sektöre çeşitli işler verilmiş ve özel kişiler tarafından bu işler yerine getirilmiştir. Bu görevler tarihsel gelişim çerçevesinde çeşitli dönemlerde farklı eğilimler göstermiş, ne gibi kamu hizmetlerinin hangi yoğunlukta özel kişilerce görüleceği konusunda farklı organizasyonlar gerçekleştirilmiştir. Kamu ve özel sektör arasındaki işbirliğinin ilk çıkış noktası iki bin yıl öncesine Roma İmparatorluğu'na dayanabilir, Roma İmparatorluğu'nda şehirlerarası yol sistemi geliştirilmiş ve bir posta istasyonu ağı kurulmuştur, bu posta istasyonları özel kişiler tarafından beş yıllık bir süreyle sınırlı olarak belediyeler tarafından ihaleyle verilen, "*manceps*" olarak adlandırılan bir sözleşme kapsamında inşa edilmiş ve hizmet yürütülmüştür ayrıca Romalılar ülke içerisindeki limanları ve bölgeleri birbirine bağlayan bağlantı noktalarını da özel kişilere yaptırmış ve işletmesini de özel sektöre bırakmıştır.⁴⁵

Kamu özel ortaklığı kavramı yeni olsa da benzer uygulamaları imtiyaz adı altında önceye dayanır, 16. ve 17. yüzyıllarda Avrupa ülkelerinde kanal yapımı, posta dağıtımı, toplu taşıma, atık toplama, yol yapımı gibi kamu hizmetlerinin görülmesine ilişkin özel sektöre imtiyazlar verilmiştir.⁴⁶ 18. ve 19. yüzyıllarda Avrupa ve ABD'de yolların yapımı da dahil olmak üzere bir çok altyapı hizmetinin (demiryolları, elektrik dağıtımı, tramvaylar vb.) hem kurulmasında hem de işletilmesinde özel sektör etkin bir rol oynamıştır.⁴⁷ Ancak kamu hizmetinin yerine getirilmesinde özel sektörün payını git gide daha da arttırmaya yönelik çalışmalar 20. yüzyılda Avrupa'da meydana gelen savaşlarla büyük sekteye uğramış, savaşlar bu yöndeki gidişatı tersine çevirmiştir, öyle ki bu savaşlarla imtiyazlar önemi yitirmiş kamu hizmetinin yerine getirilmesinde devletin daha ön planda olmasının tercih edildiği gözlemlenmiştir.⁴⁸

⁴⁵ Uysal 22.

⁴⁶ Evren 35.

⁴⁷ Uysal 23.

⁴⁸ Mehmet Şahin, Özge Uysal, *Kamu Ekonomisi Perspektifinden Kamu-Özel Sektör Ortaklıkları* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2008) 5.

1900'lü yıllara geldiğimizde devletlerin, kamu hizmetini sunmaktan çok bu hizmeti organize etmek ve organize ettiği hizmeti bir denetleme mekanizması içinde kontrolünde tutmak şeklinde yaklaşım sergilediğini söylemek mümkündür ve büyük ölçüde bu yaklaşımın bir sonucu olarak da kamu özel işbirlikleri ortaya çıkmıştır.⁴⁹ Kamu özel ortaklığı modellerinin ilk uygulamaları ulusal çapta yüksek maliyetli enerji ve otoyol gibi projelerde söz konusu olmuşken sonraları yerel yönetimlerin faaliyet alanındaki kamu hizmetlerinin gördürülmesinde de kullanılmış ve uygulama alanı genişletilmiştir.⁵⁰

Kamu hizmetinin sunulmasında özel sektörün daha çok rol almasına yönelik düşüncelerin bir sonucu olarak ortaya çıkan kamu özel ortaklığı modeli 1980'lerden sonra ABD'de özellikle konut projelerinde kullanılmış, bu dönemlerde ise Türkiye'de yap-işlet-devret yapısı altında otoyol projeleri ve enerji tesislerinin inşa edilmesinde kullanılmıştır, bununla beraber günümüzde kamu özel ortaklığı projeleri başta ABD ve Avrupa ülkeleri olmak üzere Uzak Doğu, Afrika ve Avustralya ülkelerinde, her ülkenin ekonomik gelişmişlik seviyesine göre uygulama alanı bulmuştur ancak Avrupa'da kamu özel ortaklığı yatırımları 2008 yılından beri çeşitli değişimlere uğrasa da genel grafik bu projelerin azaldığı yönünde bir tablo ortaya koymaktadır.⁵¹

E. Kamu Hizmetinin Görülmesindeki Usuller ve Kamu Özel Ortaklığı

Kamu özel ortaklığı, proje alanlarına göre mal, hizmet alımı ve altyapı tesis yapımı gibi konuları içermekle beraber kamu alımları ve kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesinde farklı finansman modellerini barındıran bir şemsiye kavram olduğu için kamu özel ortaklığının farklı uygulamalarla ne gibi ortak veya farklı yönlerinin olduğunun incelenmesi gerekmektedir. Bu anlamda kamu özel ortaklığı kavramının kendisine benzeyen veya kendisiyle farklı özellikler barındıran diğer kavramlarla beraber ele alınması bize bu kavramın somutlaştırılması ve içselleştirilmesinde yardımcı olacaktır.

⁴⁹ Zeybek Cebeci 107.

⁵⁰ Selime Güzelsarı, "Kamu Yönetimi: Yapı-İşleyiş-Reform," *Kamu Özel Sektör Ortaklığı Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme*, ed. Barış Övgün (Ankara: KAYAUM. Yayınları, 2009) 43.

⁵¹ Uysal 25.

1. Özelleştirme

Özelleştirme, idarenin özelleştirmeye konu faaliyetten tamamen veya kısmen çekilmesi ve söz konusu faaliyetin özel sektör özgürlüğü kapsamında serbest bırakılması sonucunu doğurur, bu kapsamda idare, piyasadaki rekabet şartlarının sağlanması noktasında faaliyet üzerinde denetimini sürdürür.⁵² Diğer bir anlamıyla özelleştirme: *"Kamunun sahip olduğu ticari ve sınai teşebbüsler ile varlıkların mülkiyet, yönetim ve denetimini kısmen veya tamamen özel kişi ve kuruluşlara devredilmesidir."*⁵³

Türkiye’de özelleştirmenin tarihini incelediğimizde, *"24 Ocak 1980 Ekonomik Kararları"* olarak bilinen ve devletin ekonomide müdahaleci yaklaşımını sınırlayacağı bunun sonucu olarak serbest piyasa ekonomisi modelinin benimseneceği politikalarının uygulanacağı kararların alınması sonucunda gündeme gelmiştir.⁵⁴

Dar anlamda bakıldığında kamu özel işbirliği ile özelleştirme kavramları arasında ciddi farklılıklar mevcuttur. Buna rağmen geniş anlamda düşünüldüğü takdirde bu iki kavramın ortak yanlarının da olduğu söylenebilecektir. Bu iki kavram arasındaki farklılıklara değinecek olursak; ilk olarak bir görüşe göre, özelleştirmede kamunun katılımı söz konusu olmazken, kamu özel ortaklığı modelinde, idare projeye hissedar olarak, borç vererek veya işletici olarak katılabilmektedir. Özelleştirmede kamu kesimi, özelleştirilen hizmet sunulurken ki ürünlerin çeşidine ve durumuna karışmaz, kâr amacı güden özel sektörün bu amacını sınırlamaz ancak kamu özel ortaklığı modellerinin büyük çoğunluğunda özel sektörün söz konusu hizmette neyi, hangi koşullarda, hangi araçlarla, ne kadar üreteceği kamu tarafından belirlenmekte ve taraflar arasında yapılan sözleşmede bu hizmetin ücretlendirilmesi konusunda anlaşılmaktadır, özel sektör de bu anlaşılan sınırlarda kâr etme amacını en üst seviyeye

⁵² Bahar Bayazıt, *Kamu- Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı*. Doktora Tezi, (Ankara: İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, 2018) 107.

⁵³ Uysal 41.

⁵⁴ Ayhan Sarısu, *Kamu Özel İşbirlikleri*. (Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2009) 129.

taşımaya çalışmaktadır.⁵⁵ Özelleştirmenin bu farklılıklarının yanında, diğer bir farklılık kamu otoritesinin denetim faaliyeti kapsamında ortaya çıkmaktadır. Kamu özel ortaklığı projelerinde kamu kesiminin özel sektör üzerindeki denetimi önemli bir mekanizma olarak devam etmektedir, bu anlamda kamu idaresi denetim faaliyeti kapsamında kamu hizmetini yürüten özel sektöre yaptırım uygulayabilir, gerekli olan durumlarda söz konusu kamu hizmetinin yürütülmesindeki ortaklığı bitirebilir ve özel ortaklığı ortadan kaldırarak hizmeti bizzat kendisi verebilir. Bu durumun aksine özelleştirme kurumunda kamu idaresinin bu denli bir denetim mekanizması geliştirmesi mümkün değildir.⁵⁶

Başka bir farklılık ise geleneksel özelleştirme kavramında özel sektör ile kamu arasındaki ilişki kamu hizmetini yerine getiren bir tesisin satışı olarak gerçekleşmekle tek sefer olarak karşımıza çıkar ancak kamu özel ortaklığında kamu ile özel sektör daha ortada herhangi bir tesis yokken anlaşarak başlattığı ilişki tek seferlik olmayıp tesislerin inşasında başlar, söz konusu kamu hizmetinin yerine getirilmesi esnasında devam ederek ve son kerte de tesisin kamuya devredilmesine kadar sürer.⁵⁷

Bu farklılıklara rağmen özelleştirmeyi kamu hizmetinin sunulmasındaki değişimin sonucu odaklı düşünen görüşe göre kamu özel ortaklığı modeli geniş anlamda özelleştirme faaliyetleri içerisinde kaldığı ifade edilmiştir.⁵⁸ Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın kamu özel ortaklığı tanımı da bu paralelde olup şu şekildedir: "*Kamu özel işbirlikleri gelecekte yapılacak kamu yatırımlarının bugünden özelleştirilmesi.*"⁵⁹ Her ne kadar böyle bir görüş ortaya atılsa da özelleştirme modelinde kamu hizmetini yerine getiren tesisin özel sektöre devri söz konusu olduğundan bu durum kamu özel ortaklığını daha ilk bakışta özelleştirmeden farklı bir kurum olduğunu ortaya koymaktadır zira kamu özel ortaklığında kamu idaresi söz konusu hizmetten tamamen çekilmez, o hizmeti tamamen özel sektöre bırakmaz gerek

⁵⁵ OECD, *Public-Private Partnership: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*. (Paris: OECD Publishing, 2008) 19.

⁵⁶ Kim Éric Möric, *Les partenariats public-privé, Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire* (Bruxelles: Larcier, 2009) 23. Aktaran: Bayazıt 116.

⁵⁷ Yiğit Karahanoğulları, "Kamu Özel Ortaklığının Mali Değerlendirmesi," AÜSBFD. 67-2 (2012): 99.

⁵⁸ Koray Karasu, "Kamu Yönetimi: Yapı-İşleyiş-Reform," *Kamu-Özel Ortaklığı: Sözleşme Sisteminin Genelleşmesi*, ed..Barış Övgün (Ankara: KAYAUM. Yayınları, 2009) 80.

⁵⁹ Özelleştirme İdaresi Başkanlığı 2014-2018 Stratejik Plan, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/6/2019/03/2014-2018-stratejik-plani.pdf> sayfa:58.

hizmetin yerine getirilmesinde gerekse hizmetin yerine getirilmesinin denetlenmesinde kamu idaresi özel sektörle beraber ortaklaşa ve işbirliği içerisinde devam eden bir süreç söz konusudur.

2. İmtiyaz

Kamu hizmeti imtiyaz usulü, özel hukuk kişinin kanundan veya idarenin koyduğu kurallardan kaynaklanan yetkiler çerçevesinde bir kamu hizmeti kurup onu kendi kâr ve zararına işletmesi şeklinde gerçekleştireceği bir faaliyet kapsamında kamu otoritesi ile anlaşarak onunla yaptığı sözleşme sonucunda karşımıza çıkan bir usuldür. İmtiyaz usulünde kamu idaresi, kendisinde bulunan bir kamu hizmetinin kurulması ve yerine getirilmesi yetkisini imtiyaz verdiği kişiye devrederek bu kişinin söz konusu kamu hizmetini kendi kâr ve zararına olacak şekilde kurmasını ve işletmesini sağlamaktadır.⁶⁰ İmtiyaz usulünde idare tarafından konulan şartlar doğrultusunda ve idarenin sağlayacağı menfaatler ile yetkiler karşılığında kamu hizmetinin gördürülmesi için özel hukuk kişisi kamu hizmetini kurup işletebileceği gibi hali hazırda işlemekte olan bir kamu hizmetinin sadece işletilmesini de devralabilir, tüm bu durumlarda kamu hizmetinin görülmesi için gereken sermaye, hizmetin görüldüğü esnada ortaya çıkabilecek zarar ve ziyan ile kazançlar özel hukuk kişisine aittir.⁶¹ İmtiyaz sözleşmesinin temel özelliklerini şu şekilde belirtmiştir: *"Konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması ve idarenin hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması, imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin yasa ile verilen yetkiye göre bir tarife üzerinden tahsil edilecek olması ve bu hizmet devrinin, uzun ve belli bir süre için yapılması, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin temel özelliklerindendir."*⁶²

⁶⁰ Gözler, c.II 407.

⁶¹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 569.

⁶² Danıştay 10. D., T. 06.02.2002, E. 1999/2407, K. 2002/347, <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 02.10.2022)

İmtiyaz usulünün kamu özel ortaklığı usulünden ayrılan ilk unsuru, imtiyaz usulünde özel sektör bu hizmetini kendi kâr ve zararına olacak şekilde yerine getirir ve bu sebeple söz konusu kamu hizmetinin yerine getirilmesinin sonucunda ortaya çıkan kâr ve zararların idarenin üzerinde herhangi bir sonuç doğurması beklenemez.⁶³ Bunun aksine kamu özel ortaklığı projelerindeki diğer aşamalarda olduğu gibi kamu hizmetinin yerine getirilmesi aşamasında da özel sektörün kendi başına bırakılması söz konusu değildir, burada özel sektörün hizmeti işletirken, kamu idaresi ile işbirliği içerisinde olması sebebiyle, ortaya çıkan kâr ve özellikle zararlarda kamu idaresinin desteğini alabilmektedir. Öyle ki kamu özel ortaklığı projelerinde idare, özel sektörle yaptığı sözleşme çerçevesinde, sözleşmede belirtilen koşullarda belirli ödemeler yapar.⁶⁴

Diğer bir farklılık arz eden durum ise; imtiyaz usulünde özel sektör tarafından kurulup işletilen tesis veya kamu idaresi tarafından işletilmekte olup da sonradan özel sektör tarafından işletilmeye başlanmasından sonraki süreçte bu tesisler imtiyaz sözleşmesi gereğince sözleşmede belirtilen süre sonunda satın alma ile kamu sektörüne geçer veya süre beklenmeden kamulaştırma işlemi ile söz konusu tesis idareye geçer ancak kamu özel ortaklığı projesi kapsamında özel sektör tarafından işletilen tesisler sözleşme kapsamındaki özel sektöre işletmesi için tanınan sürenin sonunda kendiliğinden bir bedel ödenmeksizin kamu sektörüne devredilir.⁶⁵

3. Ortak Girişim (Joint Venture)

Hukukumuzda *Ortak Girişim* olarak adlandırılan Joint venture "iktisaden ve hukuken birbirinden bağımsız tüzel kişiliği bulunan ya da bulunmayan kişi veya kuruluşların, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık kurmaksızın, kâr elde etmek amacıyla tek bir işin ya da süreklilik arz eden bir faaliyetin gerçekleştirilmesini müştereken taahhüt ettikleri ve işin yapılmasından müteselsilen sorumlu oldukları bir sözleşmedir."⁶⁶ şeklinde tanımlanmıştır. Tanımlamadan da anlaşılacağı üzere joint

⁶³ Gözler, c.II 425.

⁶⁴ Gözler, c.II 418. Boz 297.

⁶⁵ Turgut Tan, "Kamu Hizmeti İmtiyazından 'Yap- İşlet- Devret' Modeline," *AÜSBFD*. 47-3 (1992): 319.

⁶⁶ F. Betül Çakır Çelebi, "Joint Venture'ın Hukuki Niteliği," *YBHD*. 2017/2 (2017): 102.

venture'ın en önemli unsuru tarafların ana amacı olan kâr etmedir, joint venture'dan söz edilebilmesi için mutlaka iki tarafın da kâr amacının bulunması gereklidir.

Kamu özel ortaklığı projelerinde ortaklığın bir tarafı özel kişi veya kuruluş iken bir taraf muhakkak kamu kesimidir, buna karşılık joint venture projelerinde böyle bir durum söz konusu değildir. Bununla beraber joint venture projelerinde her iki tarafların da sergilediği iş birliğinin ana amacı ticari faaliyet kapsamında kâr elde etmek olmasına rağmen kamu özel ortaklığı projelerindeki sözleşmenin bir tarafı olan kamu kesiminin ana amacı kamu hizmetinin en yararlı ve en verimli şekilde yerine getirilmesidir.

4. Yap-İşlet-Devret Modeli

Yap işlet devret modeli, kamu özel işbirliği modelinde olduğu gibi kamu hizmetinin özel hukuk kişisine, özel hukuka tabi olarak, gördürülmesi usullerinden birisidir ve hukukumuzda 40 yılı aşan süredir kullanılmaktadır.⁶⁷

Yap işlet devret modeli, kamu hizmetinin veya bir bayındırlık işinin sermayesi özel sektör tarafından karşılanmak suretiyle kurulması ve daha sonra özel sektörün bu ortaya koyduğu masrafları geri alacak şekilde, kârını da elde etmek amaçlı bu kamu hizmetini işletmesi ve ardından kararlaştırılan sürenin sonunda kurulan tesisin bedelsiz olarak ilgili kamu idaresine devrini sağlayan bir modeldir.⁶⁸

Kamu özel ortaklığı modelinin, yap-işlet-devret modeliyle benzeyen yanları olmakla beraber temel bir takım farklı yanları mevcuttur. Bu anlamda yap-işlet-devret modelinde kamu hizmeti özel sektör tarafından üstlenilmekte ancak kamu özel işbirliği modelinde kamu hizmetinin yerine getirilmesini özel sektör değil devlet üstlenmektedir, örneğin kamu özel ortaklığı ile yapılan şehir hastanelerinde, özel sektör sağlık tesisini inşa ederek hizmete hazır hâle getirmekte ve sözleşmede

⁶⁷ Cebeci 94.

⁶⁸ Lütfi Duran, "Yap-İşlet-Devret," AÜSBFD. 46-1 (1991): 150.

kararlaştırılan miktar kadar devletten kira adı altında her yıl ödeme almakla beraber burada sağlık kamu hizmetini özel sektör değil devlet üstlenmektedir.⁶⁹

Yap işlet devret modelinde finansman kullanıcılar odaklı elde edilmektedir ancak yukarıda da bahsedildiği gibi kamu özel ortaklığı modelinde ise bundan farklı bir şekilde finansman elde edilir burada özel sektör idare odaklı gelir elde etmektedir, idare işbirliği kapsamında özel sektör tarafından yapılan tesis için sözleşmedeki hükümler çerçevesinde bu tesisi yapan özel hukuk kişisine kira ödemesi yapar.⁷⁰

Bir diğer farklı nokta ise, kamu özel ortaklığı modelinde, kamu hizmetinin devlet tarafından üstlenilmesi özelliğine bağlı olarak; yap işlet devret modelinde olanın tersine, kamu idaresi, hizmetin yerine getirilmesinin kendi belirlediği esaslara göre yapılmasını gözetir bu kapsamda idare tarafından bir denetim mekanizması ortaya çıkar ve özel sektörün sorumluluğu her aşamada kendisini gösterir.⁷¹

5. Emanet Usulü

Emanet usulü öğretilde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Bunlardan bazılarına bakacak olursak: Öğretilde DURAN, emanet usulünü "*Emanet, Kamu İdareleri ile İdarî kamu kurumlarının kendi personel, para, araç ve gereçleri ile doğrudan doğruya kamu hizmeti görmesi usulüdür.*" biçiminde tanımlamıştır.⁷²

GÖZÜBÜYÜK, "*Bir kamu tüzel kişinin kendi örgüt, araç, gereç, personel ve malvarlığı ile kamu hizmetini doğrudan doğruya yürütmesidir.*" biçiminde,⁷³

GÜNDAY, "*Emanet usulü, kamu hizmetlerinin kamu kesiminde yer alan tüzel kişilere gördürülmesi usulüdür. Bir başka anlatımla emanet, bir kamu hizmetinin Devlet veya öteki kamu tüzel kişileri tarafından doğrudan doğruya ve kendi*

⁶⁹ Çakır 48.

⁷⁰ Hansu 46.

⁷¹ Boz 301.

⁷² Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*. (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1982) 328.

⁷³ A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*. (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014) 238.

örgütleriyle ve hizmete tahsis ettikleri aynı ve şahsî vasıtalarla gördürülme usulüdür." biçiminde⁷⁴

GÖZLER ise emanet usulünü yukarıdaki tanımlamaları kamu idaresi- kamu kurumu ayrımı yapılmadığı için yanlış bulduğunu dile getirerek emanet usulünün sadece ve sadece kamu idarelerinin, yani, devletin, il özel idaresinin, belediyenin ve köyün bir kamu hizmetini doğrudan doğruya yürütmesi şeklinde tanımlamıştır.⁷⁵

Emanet usulünün, yukarıdaki tanımlamalar doğrultusunda kamu özel ortaklığı modelinden ayrılan özelliklerine baktığımızda, emanet usulünde kamu hizmeti doğrudan kamu idaresi tarafından işletilirken kamu özel ortaklığı modelinde bazı kamu hizmetleri, sözleşmede belirlenen yıllarla sınırlı olmak üzere özel sektör tarafından işletilir. Emanet usulünde kamu hizmeti, hizmeti işleten kamu idaresinin personeli tarafından yürütülür ancak kamu özel ortaklığı modeline şehir hastaneleri özelinde baktığımızda sağlık kamu hizmetini yerine getiren hekim ve hemşire gibi çekirdek grubu oluşturan personel dışında idarenin personeli yoktur, burada taşeron bir firmaya bağlı çalışanlar mevcuttur. Yine emanet usulüyle yerine getirilen kamu hizmetinin kurulması ve bu hizmetin yerine getirilmesi aşamalarındaki gelir ve giderler tamamıyla kamu idaresinin bütçesine ait iken kamu özel ortaklığı projelerinde kamu hizmetinin kurulmasında, tesisin yapılacağı taşınmazı kamu idaresi sağlar ve bu sağlanan taşınmaz üzerine tesisi özel sektör inşa eder, burada görüldüğü üzere tek aktör kamu idaresi değildir iki tarafın da ekonomik anlamda sorumlulukları mevcuttur. Bu durum kamu hizmetinin yürütülmesi aşamasında da kendisini risklerin paylaşılması noktasında gösterir.

6. Müşterek Emanet Usulü

Müşterek emanet, kamu özel ortaklığında olduğu gibi kamu idaresi ile özel kişi arasında yapılan sözleşme neticesinde meydana gelir ancak müşterek emanet usulünde özel sektör açısından hizmetin gerçekleştirilmesi sonucunda ortaya çıkacak hasıllara

⁷⁴ Metin Günday, *İdare Hukuku*. (Ankara: İmaj Yayıncılık, 2011) 343.

⁷⁵ Gözler, c.II 393.

endeksli bir gelir mevcuttur ve hizmetin yerine getirilmesinde meydana gelen kâr ve zarar kamu idaresine ait olmak üzere hizmet kamu idaresi hesabına özel kişi tarafından işletilir.⁷⁶

Kamu özel ortaklığı modelinin, müşterek emanet usulünden ne gibi farkları olduğunu incelediğimizde şunları görmekteyiz, ilk olarak kamu özel ortaklığı modelinde kamu hizmetini oluşturan tesisin inşasını özel sektör yapar. Müşterek emanet usulünde hizmetin kurulmasındaki sermaye kamu idaresi tarafından temin edilir ve tesisat daima kamu idaresinin mülkiyetinde kalır.⁷⁷ Kamu özel ortaklığı modelinde özel sektörün ana gelir kaynağı kendisine sözleşme çerçevesinde kamu idaresinin kira adı altında yaptığı düzenli ödemeler iken müşterek emanet usulünde özel kişi, sunulan hizmet karşılığında elde edilen hasılat üzerinden bir yüzde olarak gelir elde eder.

7. İltizam

İltizam usulü, özel kişi ile kamu sektörü arasında imzalanan bir sözleşme neticesinde, özel kişi tarafından kamu idaresine belirli bir ücret ödenerek söz konusu kamu hizmetini özel kişinin kendi kâr ve zararına olacak şekilde işletmesidir, burada özel kişi kamu hizmetini işletme yetkisini kamu idaresine ödeyeceği ücret neticesinde alır.⁷⁸

Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere kamu özel ortaklığı modeli, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi usullerinden biri olan iltizam usulünden tamamen ayrı bir modeldir. Öncelikle iltizam usulünde özel kişinin nasıl gelir elde ettiğine baktığımızda; özel kişi yürüttüğü hizmet neticesinde bu hizmeti kullananlardan bir ücret alır burada özel kişinin kullanıcılardan aldığı ücretin yine özel kişinin idareye ödediği ücret ile arasında oluşan fark özel kişinin gelirini oluşturur ancak kamu özel ortaklığı modelinde bundan bambaşka bir gelir şekli mevcuttur. Öte yandan iltizam usulünde kamu hizmetinin yerine getirilmesi için gerekli olan tesis

⁷⁶ Gözler, c.II 410.

⁷⁷ Gözler, c.II 411.

⁷⁸ Gözler, c.II 408.

idare tarafından kurulur bu sebeple iltizam usulünde hizmeti yerine getiren özel kişi kamu özel ortaklığı modelindeki özel kişiden farklı olarak yatırım harcaması yapmaz.⁷⁹ Yine temel bir fark olarak iltizam usulünde özel kişi kamu idaresine götürü usulü bir bedel öder ve hizmetin sağlanmasında ortaya çıkan kâr ve zarar özel kişiye aittir⁸⁰, kamu özel ortaklığı modelinde özel kişinin bu şekilde bir bedel ödemesi söz konusu olmamakla beraber yukarıdaki başlıklarda anlatıldığı üzere kamu özel ortaklığı modelinde bir risk paylaşımı mevcut olduğundan ortaya çıkan kâr ve zarar özel kişiye aittir şeklinde bir genelleme yapılamaz.

8. İşletme Hakkı Devri

İşletme hakkı, var olan bir işletmeyi ekonomik kazanç elde etmek için işletme ve çalıştırma hakkı olarak tanımlanmakla beraber işletmenin mevcut olmaması durumunda da bir şeyin maddi değerlerinden faydalanma hakkını da içerisinde barındırmaktadır, örneğin, Anayasa'nın 168. maddesine göre tabii servetler ve kaynakların aranması ve *işletilmesi hakkı* devlete aittir ayrıca 169. maddeye göre devlet ormanları kanuna göre devletçe yönetilir ve *işletilir*.⁸¹

İşletme hakkı devri modeli, devlet ile diğer kamu tüzel kişiliklerin bünyesindeki işletmelerin, mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla, belirli bir bedel karşılığında ve belirli bir süreliğine işletilmesi için özel hukuk kişisine devredilmesidir.⁸²

Anayasa Mahkemesi, 4628 sayılı "*Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunu'nun*"⁸³ geçici 4. ve geçici 5. maddesini Anayasa'ya aykırılığı sebebiyle iptal ettiği kararında işletme hakkı devri modelini şu

⁷⁹ Yıldırım, Yasin ve diğerleri 570.

⁸⁰ Yıldırım, Yasin ve diğerleri 571.

⁸¹ Taner Ayanoğlu, "İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri," *İÜHFM*, 65-1 (2007): 5.

⁸² Ümit Akın, "Elektrik Üretim, İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri," *Danıştay Dergisi*, Sayı:102 (2000): 31. Ayanoğlu 13.

⁸³ Kararın verildiği tarihte 4628 Sayılı Kanunun ismi "*Elektrik Piyasası Kanunu*" iken bu isim 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Kanunun 30 uncu maddesiyle "*Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun*" olarak değiştirilmiştir.

şekilde tanımlamıştır: "İşletme hakkının devri modeli ile özel kişi ya da şirketlerin kurulu olan tesisleri belli bir bedel karşılığında devir alması, kâr elde etmek için işletmesi ve sözleşmelerde belirlenen süre sonunda idareye geri vermesi sağlanmaktadır. İşletme hakkının devri sisteminde kamuya ait olan tesisler kamuya ait olmaya devam etmekte, ancak tesislerin bakım ve onarım işleri işletme hakkını devralan şirkete ait olmakta ve bu işlerin belirlenen esaslara göre yerine getirilmesi gerekmektedir." ⁸⁴

Bu açıklamalar doğrultusunda kamu özel ortaklığı modeli ile işletme hakkı devri modelinin arasındaki fark şu şekilde açıklanabilir: Kamu özel ortaklığı modelinde özel sektör, hizmetin sunulacağı tesisi inşa etme veya var olan tesisi yenileme işini gerçekleştirerek tesisin işletilmesinde belirli görevler üstlenmektedir. Buna karşılık işletme hakkı devri modelinde tesis inşa etme veya yenileme unsuru olmaksızın özel sektöre mevcutta var olan bir tesisin işletme hakkı devredilmektedir.

9. Görevlendirme Usulü

Yukarıda bahsedilen kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürüldüğü klasik usullerin yanında özellikle 1980 yılından sonraki dönemlerde liberal ekonomi modelinin uygulanmasıyla özel hukuk kişilerine gördürülen hizmetlerin çeşitliliği artmış bu anlamda görevlendirme gibi farklı usullerde uygulanmıştır.⁸⁵ Söz konusu usulleri uygulamadaki örnekleri üzerinden inceleyip karşılaştırma yapmak daha isabetli olacaktır.

a- Elektrik Üretimi ve Dağıtımında Görevlendirme – 3096 Sayılı Kanun

4.12.1984 tarihli ve 3096 sayılı "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı Ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun"

⁸⁴ AYM., T. 13.02.2002, E. 2001/293, K. 2002/28, R.G. 18/04/2002, sayı:24730, <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:01.09.2023).

⁸⁵ Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Çakır ve Okay Tekinsoy 579.

ile Türkiye Elektrik Kurumu dışında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren yerli ve yabancı sermaye şirketlerinin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesi düzenlenmiştir. Kanuna göre, birisi "*üretim tesisi kurma ve işletme sözleşmesi*" diğeri "*işletme hakkı verilmesi sözleşmesi*" olmak üzere idare ile özel kesim arasında iki çeşit görevlendirme sözleşmesi imzalanmaktadır.⁸⁶ Bu kapsamda görevlendirme sözleşmesinin süresi en fazla 99 yıl olabilir ve belirlenen süre sonunda tüm tesisler, taşınır ve taşınmaz mallar her türlü borç ve taahhütten ari olarak bedelsiz şekilde idareye geçer.⁸⁷

Elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticaretine ilişkin 4.12.1984 tarihli yasaya dayanılarak yapılan görevlendirme sözleşmeleri Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları⁸⁸ gereğince imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmiş ve bu sözleşmelerin Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi gerekirken Danıştay'ın incelemesinden geçirilmeksizin yapılması hukuka aykırı görülerek iptal edilmiş ve sonrasında yaşanan sorunları aşmak için Bakanlar Kurulu, "*Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi Hakkında Kararı*" ve söz konusu kararın uygulama tebliğini yürürlüğe koymuş ancak Danıştay bu kararı ve uygulama yönetmeliğini de hukuka aykırı bularak yürütmesini durdurmuş, ardından 16.07.1997 tarih ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması Ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun çıkarılmıştır.⁸⁹ Son olarak 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı kanunla elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ile ticaretinin 3996 sayılı kanun kapsamında yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilmesi düzenlenmiş ve 01.07.2006 tarihli ve 5537 sayılı kanun ile de elektrik üretimi alanında yapılacak yap-işlet-devret sözleşmeleri özel hukuk kurallarına tabi hale getirilmiştir.⁹⁰

⁸⁶ Gözübüyük ve Tan 619.

⁸⁷ Gözler, C. II 454.

⁸⁸ **Danıştay 1. D.**, T. 24.09.1992, E. 1992/232, K. 1992/294, <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 02.09.2023), **Danıştay 10. D.**, T. 29.04.1993, E. 1991/1, K. 1993/1752, Danıştay Dergisi 1994 Sayı:88 463-466. **AYM.**, T. 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, R.G. 24/01/1995, sayı:22181, <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:02.09.2022).

⁸⁹ Gözübüyük ve Tan 619-620.

⁹⁰ Gözler C. II 458.

b- Otoyol Yapımı ve İşletilmesinde Görevlendirme – 3465 Sayılı Kanun

28.05.1988 tarih ve 3465 sayılı *"Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı Ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun"* ile özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren sermaye şirketlerinin, otoyollar ve bunların üzerinde yolculukla ilgili tüm tesislerin yapımı, bakımı ve işletilmesi hususlarında idare tarafından en fazla 49 yıllığına sözleşmeyle görevlendirilmesi düzenlenmiştir.⁹¹ Görevlendirme süresinin bitiminde *"otoyol ile bütün tesisleri ve müstemilatı, her türlü borç ve taahhütten ari ve kullanılabilir durumda Karayolları Genel Müdürlüğü'ne kendiliğinden ve bedelsiz olarak geçecektir."*⁹²

3465 sayılı kanun kapsamında yapılan sözleşmeler de birçok yönden imtiyaz sözleşmelerinin unsurlarını barındırır, söz konusu sözleşmeler idare hukuku kurallarına tabidir ve sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanacak uyuşmazlıklar idari yargı kolunda çözümlenecektir.⁹³

Görevlendirme usulüne ilişkin verdiğimiz örneklerden yola çıkarak bu usulde hizmetin yapımı, bakımı ve işletilmesi unsurlarında sadece özel sektörün görevlendirildiği sonucuna varmak mümkündür. Bu sebeple görevlendirme usulünde bir işbirliği olmadan özel sektörün kendi araçlarıyla, belirlenen kurallar çerçevesinde, hizmeti kurması ve işletmesi söz konusudur. Ancak kamu özel ortaklığı usulünde en önemli unsur işbirliği unsurudur. Bu modelde kamu hizmeti tek bir tarafın faaliyeti ile sınırlı olmayıp yapılan sözleşme doğrultusunda özel sektör ile idarenin belirli konularda görev paylaşımı içerisinde faaliyet göstermesi söz konusudur.

⁹¹ Gözler C. II 459.

⁹² Gözübüyük ve Tan 620.

⁹³ Gözler C. II 459.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU ÖZEL ORTAKLIĞI MODELİNDE

ŞEHİR HASTANELERİ

I. TÜRKİYE SAĞLIK SİSTEMİNİN GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE GÖRÜNÜMÜ

Türkiye sağlık sisteminin geçmişine baktığımızda cumhuriyet öncesinde Osmanlıdan önce Selçuklu dönemine uzanmaktadır. Tarihi Selçuklu döneminde, sağlık sistemi oluşturulup dönemin şartlarına göre iyice bir hizmet ortaya konmuş, bu dönemde sağlık hizmeti vakıflar aracılığıyla sunulmuştur ve bu durum Osmanlı İmparatorluğu'nun ilk dönemlerine kadar bu şekilde devam etmiştir.⁹⁴ Osmanlı İmparatorluğu'nun devam eden dönemlerinde sağlık hizmeti daha çok saraya ve orduya sunulan bir hizmet olarak teşkilatlandırılmıştır zira imparatorluğun idari yapısı saray merkezli olmakla beraber askeriyeye yöneliktir. İmparatorluğun bu dönemlerinde sağlık hizmetini düzenleyen resmi kurum "*Reisul Etibba*"⁹⁵ dır. Bu kurum hastanelerde hizmet verecek tabip, cerrah ve diğer sağlık personellerinin görevlendirme işlemlerini yürütmekteydi.⁹⁶ Askeriye ve saray mensubu dışında kalan diğer kişiler genel olarak merkez ve sayısı az olan büyük kentlerle sınırlı olacak şekilde serbest çalışan tabip ve cerrahlardan hizmet almaktaydı. Sağlık hizmetlerinin devletlerin yerine getirmesi gereken bir kamu hizmeti olarak sayılması 19. yy sonlarına rastlamış bu dönemlerde saray ve askeriye sınıfına odaklı olan sağlık hizmeti bu sınıflar dışında kalan kişiler arasında yaygınlaştırılmaya başlanmış bu kişilere de sağlık hizmetinin sunulması için adımlar atılmıştır.⁹⁷ Bu kapsamda Reisul Etibba

⁹⁴ Şeyda Çavmak, Doğançan Çaymak, *Dergipark*, 21 Mart 2023 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/340272>

⁹⁵ Reisul Etibba, Hekim Baş anlamına gelmektedir.

⁹⁶ Necati Çavdar, Erol Karcı, "XIX. Yüzyıl Osmanlı Sağlık Teşkilatlanmasına Dair Bibliyografik Bir Deneme," *Turkish Studies-International Periodical For the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic* 9/4 (2014): 255.

⁹⁷ Nusret H. Fişek, *Halk Sağlığına Giriş*. (Ankara: Hacettepe Üniversitesi – Dünya Sağlık Örgütü Hizmet Araştırma ve Araştırmacı Yetiştirme Merkezi Yayını, 1983) 155.

kurumu kaldırılarak, bu kurumda yürütülen iş ve işlemler "*Tıbbiye Nezaretine*" aktarılmış, sağlık sisteminin hukuki temelleri "*Sıhhiye Müfettişlikleri*" ve "*Memleket Tabiplikleri'nin*" kurulmasıyla oluşturulmuştur.⁹⁸ Dönemin şartlarına göre modern ve belirli kurallara tabi olarak Türkiye sınırları içerisinde kurulan ilk hastane, 1898 tarihinde açılmış olan Gülhane Askeri Hastanesi'dir, burada yurt dışından gelen bilim insanları öncülüğünde verilen tıp eğitimi Anadolu coğrafyasında yetişen tabipler için büyük bir dönem noktası oluşturmuştur. Bu döneme kadar bizde verilen eğitimler daha çok teorik alana sıkışmışken burada verilen eğitimler batılı ülkelerde sistematikleşmiş olan ancak bizim coğrafyamızda bilinmeyen, teorik alandan çıkıp, teoriden pratiğe geçiş noktaları barındıran bir eğitim yapısına sahipti, bu sayede batılı ülkeler tarafından uzun süre önce keşfedilip uygulamada kullanılan pek çok tıbbi bilginin bilinmediği burada eğitim alan tabipler tarafından gösterilmiştir.⁹⁹

Cumhuriyet dönemini incelediğimizde, meclisin açılmasının ardından atılan ilk adımlardan biri olarak 3 Mayıs 1920'de Sağlık Bakanlığı'nın 3 Sayılı Kanun ile kurulduğunu görürüz. Bu dönemde sağlık sistemi üzerinde mevzuat çalışmaları devam etmiş, savaşın ardından ortaya çıkan sorunlar, koruyucu sağlık hizmetleri gibi konulara öncelik verilmiş; bu noktada koruyucu sağlık hizmetleri devletin yerine getirmesi gereken bir yükümlülük olarak kabul edilmesine karşın tedavi sürecini ilgilendiren sağlık hizmetleri ise yerel yönetimlerin sorumluluğuna dahil edilmiştir.¹⁰⁰ 1961 Anayasası dönemine kadar geçen sürede 1945 yılında İşçi Sigortaları Kurumu kurulmuştur. Bu kurum günümüze kadar büyüyüp gelişmiş ve Sosyal Sigortalar Kurumu ortaya çıkmıştır, 1950 yılında Emekli Sandığı Kanunu oluşturulmuş yine bu yıllarda sağlık meslek birlikleri faaliyetine başlamıştır. 1961 Anayasası ile sağlık hizmetinin vatandaşlara sunulması noktasında devlete tam bir sorumluluk yüklenmiştir, izleyen dönemlerdeki ana amaç yönetilenlerin sağlık seviyelerinin artırılması olmuş bu sebeple halk sağlığı hizmetlerinin gelişmesi ve tüm yurttaki etkin bir hizmetin sunulabilmesi için 224 sayılı kanun çıkarılmıştır. 1980'li yıllarda sağlık sistemi üzerinde kapsamlı olarak reform çalışması yapılmak istenmiş, günümüze kadar uzanan bu çalışmalar istenilen sonucu vermemiştir, son olarak sağlık sistemindeki

⁹⁸ Fişek 156.

⁹⁹ Ahmet Başustaoğlu, *Bir Nefes Sıhhat – Tevfik Sağlam'ın Yaşamı*. (İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2016) 273.

¹⁰⁰ Fırat Kara, İlkey Öztürk, "Birinci Basamak Sağlık Hizmetlerinin Karşılaştırmalı Analizi (Benchmarking): Türkiye ve İspanya Örneği," BKTĐ 5/1 (2021): 9.

reform 2003 yılında "*Sağlıkta Dönüşüm Programı*" adı ile başlatılmış 1980'li yıllardan bu yana uygulamaya geçirilmek istenen reformlar hayata geçirilmeye başlanmıştır.¹⁰¹

II. SAĞLIK HİZMETİNDE ŞEHİR HASTANELERİNE İLİŞKİN MEVZUAT

A. Kamu Özel Ortaklığı'nda Şehir Hastanelerinin Mevzuat Altyapısı

Ülkemizde kamu özel ortaklığı modeli ile sağlık hizmetinin sunulmasının tercih edilmesi kamu yatırımları için yeterli finansman bulunamayacağı ancak bu model uygulanırsa daha kısa sürede daha nitelikli hizmet verilebileceği düşüncesi idi. Sağlıkta dönüşüm programının bir parçası olan şehir hastaneleri, bu modelin yasal düzenlemelerinde ilk olarak "*Entegre Sağlık Kampüsü*" olarak geçmekteydi.¹⁰²

İlk olarak 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 3 Temmuz 2005'te TBMM'de kabul edilip 15 Temmuz 2005'te Resmi Gazete'de yayımlanan bir madde eklendi.¹⁰³ Bu maddenin genel çerçevesi bir özel şirketin Sağlık Bakanlığı'na temin edilen hazine arazisi üzerine sınırlı süreliğine ve belirli bir bedel karşılığında sağlık tesisi yapabilmesini düzenlemekteydi. Söz konusu düzenlemedeki sağlık tesisinin ismi sonradan değişerek "*Şehir Hastanesi*" ismini almıştır. Şehir hastanelerinin kurucu metni diyebileceğimiz bu madde şehir hastanelerinin hangi usullerden geçerek, hangi şartlar altında yapılabileceğinden bu projeye özgü haklar ve yükümlülükleri gibi ciddi düzenlemeler içeren bir madde özelliğini taşımaktadır.

" EK MADDE 7. – Yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesisleri, Sağlık Bakanlığınca verilecek ön

¹⁰¹ Kara, Öztürk, *BKTD* 10.

¹⁰² Toker 35.

¹⁰³ 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa 5396 sayılı Kanunla eklenen ek 7 nci madde.

proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırkdokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabilir."

"Bu amaçla Maliye Bakanlığınca, gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine Hazineye ait taşınmazlar bedelsiz devredilebilir. Bu taşınmazların sözleşme süresince amacı dışında kullanılamayacağına, Maliye ve Sağlık bakanlıklarından izin alınmaksızın devredilemeyeceğine dair tapu kütüğüne şerh konulur."

"Kira bedeli ve kiralama süresinin tespitinde; taşınmazın gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine ait olup olmadığı, bedelsiz Hazine taşınmazı devredilip devredilmediği, yatırımın maliyeti, tıbbî donanımın bu kişiler tarafından sağlanıp sağlanmayacağı, kiralama konusu taşınmaz ve üzerindeki sağlık tesislerinde tıbbî hizmetler dışındaki hizmetlerin ve alanların işletilmesinin kiralayana verilip verilmeyeceği hususları dikkate alınır."

" Bu şekilde yapılacak kiralama işlemlerine ait kira bedelleri Sağlık Bakanlığına bağlı Döner Sermaye İşletmelerince ödenir."

" Sağlık Bakanlığının kullanımında bulunan sağlık tesislerinin, öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar doğrultusunda yenilenmesi; tesislerdeki tıbbî hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında, sözleşmeyle gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılabilir."

" Bu madde kapsamında yapılacak yatırımlarla ilgili olarak, otuzaltı aylık süreyi geçmemek ve sözleşmede belirlenecek inşaat yapım süresi ile sınırlı olmak kaydıyla, Sağlık Bakanlığı ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri arasında yapılacak her türlü iş ve işlemler ile düzenlenecek kağıtlar, 1.7.1964 tarihli ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa göre alınan damga vergisi ile 2.7.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu uyarınca alınan harçlardan müstesnadır."

"Bu maddeye göre yapılacak iş ve işlemler, 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tâbi değildir."

" Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usûller ile ihale yöntemi; gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinde aranılacak nitelikler, sözleşmelerin kapsamı ve konuya ilişkin diğer hususlar Maliye Bakanlığı, Sağlık

Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı ve Hazine müsteşarlıklarınca müştereken hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulur."

Madde incelendiğinde neden şehir hastanelerinin kurucu metni tanımlaması yapıldığı daha rahat anlaşılacaktır zira Sağlık Bakanlığı'nın 49 yıllığına hazine arazisi tahsis etmesi, tesislerin kurulmasıyla ilgili tüm işlemlerin Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu'nun dışında tutulması, Sağlık Bakanlığı'nın tesisi kuran özel şirkete kira ödemesi yapacağı ve bu ödemenin ne kadar süreceği ile ödemenin hangi organlar tarafından yapılacağı, tesisi kuran özel şirketin bir takım vergilerden muaf tutulacağı gibi ana konular bu madde ile düzenlenmiş ve bu madde seyreden düzenlemelerin kaynağını oluşturmuştur.

Söz konusu ek maddeden sonra 2006/10655 Karar Sayılı 22 Temmuz 2006 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan ***"Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması İle Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet Ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik"*** isimli 54 maddeden oluşan düzenleme getirildi. Bu yönetmelik de yukarıda izah edilen ek kanun kadar önemli bir düzenlemedir zira bu yönetmelik kurucu metin olan ek madde 7'nin detaylı açıklamalarını içermektedir. Örneğin, tesis inşası için ihalelerin hangi koşullarda ve ne şekilde yapılacağı gibi ihale sürecini ilgilendiren bununla beraber sözleşmelerin ne gibi başlıklar içermesi gerektiği konularını içeren ayrıntılı bir içeriğe sahiptir.

Yönetmeliğin ardından 3 Haziran 2007'de kabul edilip 9 Haziran 2007 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5683 sayılı ***"Sağlık Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"*** ile Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı kurulmuştur. Bu kanuna göre Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığının görevi yukarıda izah ettiğimiz, modele ilişkin ilk düzenleme olan, 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Temel Sağlık Hizmetleri Kanununa eklenen 7. maddede öngörülen iş ve işlemleri yapmaktır. Böylelikle şehir hastanelerinin kurulması için gerekli olan yasal düzenlemeler 2005, 2006 ve 2007'de hayata geçirildi. Bu yasal düzenlemelerin ardından mevcut ilkeleri sağlamlaştıracak çeşitli kanunlar yürürlüğe kondu, bunlardan bahsetmek gerekirse; 31 Mart 2012'de kabul edilip 4 Nisan 2012 tarihli 28254 Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ***"6288 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu ile Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap İşlet"***

Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunda ve Kamu İhale Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile şehir hastanesi tesislerini meydana getirecek şirketlere Katma Değer Vergisi muafiyeti getirildi. Bunun ardından EK Madde 7'nin müstakil olarak düzenlemesi yapıldı ve burada genel çerçevesi verilen iş ve işlemlerin ayrıntılı açıklamalarının verildiği 6428 sayılı "***Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun***" yürürlüğe girdi. 6428 sayılı kanunun 12. maddesi ile *Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu* 'nun ek 7. maddesi yürürlükten kaldırdı ve mevzuatta ek 7. maddeye yapılan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır hükmü getirildi. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bu kanundan 6428 sayılı yasa olarak bahsedilecektir.

Son kapsamlı düzenleme ise dayanağını 6428 sayılı kanundan alan Bakanlar Kurulu'nun 21/3/2014 tarihli kararı sonrasında 09/05/2014 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan "***Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği***" olmuştur. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bu yönetmelikten uygulama yönetmeliği olarak bahsedilecektir.

III. ŞEHİR HASTANELERİ PERSONELİNİN HUKUKİ REJİMİ

A. Genel Olarak

2003 yılında yayınlanan "*Sağlıkta Dönüşüm Programı*"¹⁰⁴ ile klasik sistemden ayrılmanın hedeflendiği belirtilmiş sağlık hizmetinin teşkilatlanmasında ve sunulmasında önemli değişikliklerin hayata geçirilmesi planlanmıştır. Programın bu anlamdaki en önemli değişiklik hedefi Sağlık Bakanlığı'nın "*plânlayıcı ve denetleyici*"

¹⁰⁴ Sağlıkta Dönüşüm Programı, Aralık 2003. <https://www.saglik.gov.tr/TR,11415/saglikta-donusum-programi.html> (Erişim Tarihi: 17.08.2023)

rolünün öne çıkarılarak sağlık hizmetinin yerine getirilmesinde sözleşmeli personel ve hizmet alımı uygulamalarının hayata geçirilmesidir.¹⁰⁵

Kamu hizmetinin yürütüldüğü şehir hastanelerinde sistemin klasik kamu hastanelerindeki usullerden ayrıldığı nokta sadece sağlık tesisinin kurulması ve hizmetin sunulması değildir. Şehir hastanelerindeki sağlık hizmetinin sunulmasındaki dönüşüm idarenin istihdam ettiği personelin çalıştırılma rejimindeki ilkelerde de kendisini göstermiştir.¹⁰⁶

B. Personelin Hukuki Rejiminde Özellik Arz Eden Durumlar

Şehir hastanelerindeki personelin hukuki rejimi hizmetin sunulmasındaki ikili ayrımda özellik arz etmektedir. Sağlık Hizmetinin sunulmasında çekirdek hizmetler olarak adlandırılan tıbbi-klinik hizmetleri yerine getiren personel (doktor, hemşire, ebe, diş hekimi...) ve tıbbi destek hizmetleri (laboratuvar, tıbbi görüntüleme, rehabilitasyon, dezenfeksiyon...) ile diğer destek hizmetlerini (güvenlik, hasta refakati, yemekhane, genel temizlik...) yerine getiren personel rol oynamaktadır.¹⁰⁷ Çekirdek hizmetleri yerine getiren personel klasik usuldeki uygulamaya göre istihdam edilirken tıbbi destek hizmetleri ve diğer destek hizmetlerini yerine getiren personel proje şirketi tarafından istihdam edilmektedir bu anlamda tıbbi destek ve diğer destek hizmet grubundaki personelin istihdamı çekirdek hizmet grubundaki personelden ayrılmaktadır.¹⁰⁸

Şehir hastanelerinde tıbbi klinik hizmet grubu olarak adlandırılan çekirdek hizmet grubunu yerine getiren personel Sağlık Bakanlığı tarafından istihdam edilmektedir ve bu grubu oluşturan personelin faaliyet alanı genellikle tıbbi müdahaleye dayalı işlemlerdir. Bu gruptaki personelin istidamı ile özlük hakları klasik

¹⁰⁵ İpek Özkal Sayan ve Aziz Küçük, “ Türkiye’de Kamu Personeli İstihdamında Dönüşüm: Sağlık Bakanlığı Örneği,” *AÜSBFD*. 67-1 (2012): 172-174.

¹⁰⁶ Koray Karasu, “ Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu-Özel Ortaklığı,” *AÜSBFD*. 66-3 (2011): 237.

¹⁰⁷ Bu hizmet gruplarının sağlık tesisi içerisinde hangi alanda görevlendirildikleri ve neyi ifade ettikleri ile nasıl sınıflandırıldıkları ilerleyen bölümlerde detaylı olarak anlatılacaktır.

¹⁰⁸ Yunus Emre Aydın, *Kamu-Özel İşbirliği Modelinin Sağlık Kamu Hizmetine Etkileri*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. (İstanbul: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2021) 44.

olarak sağlık hizmetinin yrtldğı kamu hastanelerindeki personel ile aynıdır. Bu konudaki genel uygulama şu şekildedir: 657 sayılı DMK' nın 36. maddesindeki sınıflardan genel sağlık hizmetleri, yardımcı sağlık hizmetleri, genel idare hizmetleri ve teknik hizmetler sınıflarına dahil olan sağlık personelinin ilgili sınıflardan 657 sayılı DMK' nın 4/A, 4/B ve 4/C maddelerine göre istihdamı gerçekleştirilmektedir. Genel uygulamadaki bu durum yanında 657 sayılı DMK' na eklenen özel düzenlemeler ile diğer müstakil düzenlemeler çerçevesinde sözleşmeli sağlık personeli istihdamı söz konusudur. Müstakil yasal düzenlemelere örnek vermek gerekirse; 4924 sayılı *"Eleman Temininde Güçlük ekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli alıştırılması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişlik Yapılması Hakkında Kanun"* dan alınan yetkiyle Sağlık Bakanlığı tarafından şehir hastanelerindeki tıbbi klinik hizmet grubunda çalıştırılmak üzere sözleşmeli personel de istihdam edebilecektir.¹⁰⁹

4924 sayılı *"Eleman Temininde Güçlük ekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli alıştırılması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişlik Yapılması Hakkında Kanun"* un 11. maddesinde " Bu kapsamda eleman temininde güçlük çekilen yerler hariç olmak üzere tıbbi sağlık hizmetleri personelinin bedeli döner sermaye gelirinden ödenmek şartıyla hizmet alımı yöntemiyle istihdam edilmesi" şeklinde 657 sayılı DMK' nın 36. maddesine eklenmek üzere bir düzenleme yapılmıştır. Bu genel düzenlemenin şehir hastanelerine yansımısını incelediğimizde, bu düzenlemenin şehir hastaneleri personelinin çekirdek hizmet grubu yani tıbbi klinik hizmet grubu dışında kalan tıbbi destek hizmetleri ile diğer destek hizmetlerini yerine getiren sağlık personeline uygulandığı söylenebilir zira çekirdek hizmetleri yerine getiren personeli Sağlık Bakanlığı'nın kendisi istihdam eder burada bir hizmet alımı söz konusu değildir ama tıbbi destek ve diğer destek hizmetlerini yerine getiren

¹⁰⁹ 4924 sayılı Kanun Madde 1/1: "Bu Kanunun amacı; eleman temininde güçlük çekilen yerlerde ve hizmet dallarında sağlık hizmetlerinin etkili ve verimli bir şekilde yürütülebilmesini temin etmek üzere, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları tarafından hizmet akdi ile sözleşmeli olarak istihdam edilecek ve işçi sayılmayan sağlık personelinin hizmet şartlarını, niteliklerini, işe alınma ve içine son verilme hallerini, görev ve yetkilerini, hak, yükümlülük ve sorumluluklarını, ücret ve diğer ödemeleri ile özlük işlerini düzenlemektir."

4924 sayılı Kanun Madde 3/1: "Bakanlık, bu Kanunun 1 inci maddesi gereğince hazırlanan Cumhuriyetbaşkanı kararında belirtilen hizmet birimlerinde ve ekli (1) sayılı cetvelde gösterilen pozisyon unvanlarıyla sınırlı olmak kaydıyla, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın, Maliye Bakanlığı tarafından vize edilmiş pozisyonlarda Bakan onayı ile sözleşmeli personel istihdam edebilir."

personelin istihdamı proje şirketine bırakılarak taşeron firmalar tarafından hizmet alımı şeklinde gerçekleştirilmektedir.

Şehir hastanelerinde genel düzenlemeye tabi olarak uygulanabilecek diğer bir istihdam şekli ise *"Vekil Personel"* istihdamıdır. Vekil personel istihdamı, *"Kamusal hizmetlerin sürekliliği ilkesi çerçevesinde devlet faaliyetlerinin aksamamasının önüne geçilmesi için sürekli ve geçici olarak boşalan kadrolara üçüncü kişilerin vekil olarak atanmasıdır."*¹¹⁰ Vekil personel istihdamına ilişkin yasal düzenleme 657 sayılı DMK'nın 86. maddesinde; *"Memurların kanuni izin, geçici görev, disiplin cezası uygulaması veya görevden uzaklaştırma nedenleriyle işlerinden geçici olarak ayrılmaları halinde yerlerine kurum içinden veya diğer kurumlardan veya açıktan vekil atanabilir. Bir görevin memurlar eliyle vekaleten yürütülmesi halinde aylıksız vekalet asıldır. Ancak, ilköğretmenliği (Yaz tatili hariç), **tabiplik, dış tabipliği, eczacılık, köy ve beldelerdeki ebelik ve hemşirelik**, mühendis ve mimarlık, veterinerlik, vaizlik, Kur'an kursu öğreticiliği, imam-hatiplik ve müezzin-kayyımlığa ait boş kadrolara Maliye Bakanlığının izni (mahallî idarelerde izin şartı aranmaz) ile, açıktan vekil atanabilir."* şeklinde yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre kamu hastanelerinde sürekli veya geçici süreli boşalan kadrolara kanundaki düzenleme esas alınarak vekil personel ataması gerçekleştirilebilmektedir. Aynı düzenleme sebebiyle vekil personel istihdamı klasik kamu hastanelerinde olduğu gibi şehir hastanelerinde de söz konusu olabilecektir. Düzenlemeye göre şehir hastanelerindeki vekil personel istihdamı şehir hastanelerinin köy ve beldelerde olmaması sebebiyle sadece hekim, diş hekimi ve eczacı sağlık personeli gruplarında gerçekleştirilebilecektir.

Personel istihdamının şehir hastanelerine özgü özellik arz ettiği durumlara baktığımızda, hastane işletmesinde proje şirketine bırakılan işletmelerdeki personel ve yine proje şirketi tarafından görevlendirilen tıbbi destek hizmetleri ile diğer destek hizmetlerindeki personelin istihdamı göze çarpmaktadır. Proje şirketi, hastane işletmesi, tıbbi destek ve diğer destek hizmetlerinde klasik kamu hastanelerinden farklı olarak personel istihdam etmektedir. Proje şirketi söz konusu personelleri 6098 sayılı TBK ve 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri ile ilgili yasal düzenlemeler çerçevesinde özel hukuk hükümlerine tabi olarak istihdam eder. Proje şirketi özel hukuk

¹¹⁰ Özkal Sayan ve Küçük 193.

hükümlerine göre istihdam ettiği bu personeli yasal düzenlemelere ve idare ile imzaladığı ana sözleşmeye uygun olarak çalıştırma yükümlülüğü altındadır, bu anlamda idarenin proje şirketi üzerinde denetim yetkisi söz konusudur.¹¹¹

IV. ŞEHİR HASTANELERİNDE SAĞLIK HİZMETİNİN SUNULMASINDA ORTAYA ÇIKACAK ZARARLARDAN SORUMLULUK

A. Genel Olarak

Sağlık hizmetinin geleneksel yöntem ile sunulmasından farklı olarak özel sektörün katkısıyla sunulduğu şehir hastaneleri projelerinde hizmetten faydalananların uğrayacağı zararlarda idarenin sorumluluğunun ne durumda olduğunun incelenmesi gerekmektedir.

İdarenin kamu hizmetini yerine getirdiği faaliyetlerinden doğacak sorumluluğu Anayasa'nın cumhuriyetin nitelikleri arasında saydığı "*Hukuk Devleti*" ilkesinin gerekleri arasındadır. Bu konudaki diğer anayasal düzenlemelere baktığımızda 125. maddede "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*" ve 129/5. maddede ise, "*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.*" şeklinde düzenlemelerin olduğunu görmekteyiz. Yapılan bu düzenlemelerden idarenin hizmeti sunarken, hizmetten yararlananların uğradığı zararlardan sorumlu olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu anayasal düzenlemelerin yanında idarenin sorumluluğu, idare hukuku kural ve prensiplerine uygun düştüğü ölçüde, özel hukuk alanındaki sorumluluk prensiplerinden faydalanılarak oluşturulan içtihatlar sayesinde geliştirilmiştir.¹¹²

¹¹¹ Aydın 48.

¹¹² Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular*. (Ankara: TODAİE Yayınları, 1974) 9.

Şehir hastanelerinde kamu özel ortaklığı sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olarak belirlenmesiyle sözleşmenin adli yargı alanına taşınması ve hizmetin özel hukuk kişinin desteğiyle sunulması, sunulan hizmetin kamu hizmeti niteliğini değiştirmemekle idarenin sorumluluğunu kısmi de olsa ortadan kaldırmaz, sağlık hizmetinin asıl sahibi idaredir, bu sebeple sağlık hizmetinin sunulmasında doğacak zararlardan idarenin sorumluluğu kamu hizmetinin sunulmasındaki genel prensipler kapsamında söz konusu olacaktır.¹¹³ Şehir hastanelerindeki kamu özel ortaklığı sözleşmesinin özel hukuk hükümlerine tabi kılınması, idare ile proje şirketi arasındaki sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan zarar ve uyuşmazlıklarda adli yargı kolunun görevli olması durumunu ortaya çıkararak bu konuda etkisini göstermektedir.¹¹⁴

B. Hizmetin Sunulmasında Ortaya Çıkan Zararlardan Sorumluluk

Üçüncü bölümde detaylı olarak ele aldığımız şehir hastaneleri sözleşmelerinin konusu, idarenin tıbbi klinik hizmetleri üstlendiği, özel sektörün ise tıbbi destek hizmetleri ve destek hizmetlerini üstlendiği faaliyetlerin bir işbirliği çerçevesinde sunulmasıdır.

Anayasa'nın 56. maddesi devlete, sağlıklı yaşam hakkının gereklerinin yerine getirilebilmesi için sağlık kuruluşlarını plânlama ve bunların hizmet vermesini düzenleme görevi yüklemiştir. Madde hükmü devamında ise devletin bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirmesinden bahsetmiştir. İşte şehir hastanelerinde idarenin sorumluluğunun ilk boyutunu sağlık hizmetini çağın standartlarına uygun şekilde ve personel ile tıbbi cihazların yeterli seviyede olması oluşturur. İdarenin sorumluluğunun ikinci boyutuna baktığımızda, özel sektör tarafından yerine getirilen sağlık tesisinin inşası ve yenilenmesi, tıbbi destek hizmetleri ile destek hizmetlerinin

¹¹³ Ezgi Palas Dağlı, *Kamu Özel İşbirliği Modeli ve İdarenin Sorumluluğu*. Doktora Tezi (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, 2022) 206.

¹¹⁴ Palas Dağlı 20.

gereği gibi yerine getirilmesinde Anayasa'nın 56. Maddesine göre denetim ve gözetim yükümlülüğü karşımıza çıkmaktadır. Şehir hastanelerinde idarenin sorumluluğunun temelini bu iki husus oluşturur.

Şehir hastanelerinde idarenin yerine getirdiği tıbbi klinik hizmetlerden faydalanacak kişilerin uğrayacakları zararlar; *"hizmetin kötü işlemesi"*, *"hizmetin geç işlemesi"*, *"hizmetin hiç işlememesi"* durumlarında söz konusu olabileceği gibi istisnai olarak *"kusursuz sorumluluk"* durumunda da söz konusu olabilir.¹¹⁵ Bu durumlarda idarenin doğrudan doğruya sorumluluğu olmakta ve idarenin sorumluluğunun genel esasları doğrultusunda zararın tazmini idari yargıda istenir.

Özel sektörün yerine getirdiği hizmetler bakımından 6428 sayılı yasanın 4. maddesinde: *"Yüklenici, sözleşme süresince üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan sorumludur."* şeklinde bir genel düzenleme mevcuttur. Ancak bu düzenleme özel sektörün yerine getirdiği hizmette ortaya çıkacak zararlarda idarenin sorumluluğunu kaldırmamaktadır, idarenin Anayasa'nın 56. Maddesine göre denetim ve gözetim sorumluluğu devam etmektedir. 6428 sayılı yasanın 4. maddesindeki söz konusu düzenleme idare ile özel sektör arasında sorumluluk ve risk paylaşımında anlam ifade etmektedir, bu anlamda idarenin, özel sektörün yerine getirdiği hizmetten kaynaklı zararlarda tazmin yükümlülüğü altına girdiği durumlarda, idare tazmin ettiği miktarı bu hükme dayanarak özel sektöre rücu edebilecektir.¹¹⁶

Son olarak özel sektörün sunduğu hizmetlerden dolayı hizmetten faydalanan kişinin zarar görmesi durumunda, ilgili kişi tarafından zararın tazmini için doğrudan özel sektör temsilcisini muhatap alıp özel hukuk hükümlerine göre dava açıp açamayacağı hususuna değinmek gerekirse, örneğin, laboratuvarı kişilerden alınan örneklerin karıştırılarak yanlış tahlil sonucunun çıkması sebebiyle yanlış tedavi uygulanan hastanın zarar görmesi durumunda acaba zarar gören hasta bu laboratuvarı işleten özel sektörü doğrudan muhatap alarak adli yargı kolunda tazminat davası açabilecek midir? Şehir hastanelerinde özel sektöre gördürülen tıbbi destek ve destek hizmetlerinin mahiyeti itibarıyla bir kamu hizmeti olması ve zarar gören kişi ile özel

¹¹⁵ Konuyla ilgili detaylı açıklamalar ve örnekler için bkz. Palas Dağlı 235-236.

¹¹⁶ Fatih Gökyurt, *İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri*. Doktora Tezi (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017) 149.

sektör arasında akdi bir ilişkinin bulunmaması sebebiyle doğrudan özel sektörün muhatap alınarak tazminat davası açılması mümkün olmayacaktır ancak zarar gören kişi ile özel sektör arasında akdi ilişki olmamasına rağmen "*suç niteliği taşıyan fiil*", "*kötü niyetli davranışlar*", "*ağır kusur hali*" ve "*yargı kurallarına uymama*" gibi kişisel kusurun söz konusu olduğu durumlarda zarar gören doğrudan zararı meydana getirene karşı haksız fiilden kaynaklı dava açabilecektir.¹¹⁷

V. SAĞLIK HİZMETİNDE KAMU ÖZEL ORTAKLIĞI MODELİNİN GEREKLİLİĞİ – MODELDE ORTAYA ÇIKACAK ZARARLAR BAĞLAMINDA ELEŞTİRİLER

A. Şehir Hastanelerinde İngiltere Uygulaması

Önceki bölümlerde açıklandığı üzere kamu özel ortaklığı modeli ile kurulan şehir hastanelerinin ilk uygulaması İngiltere’de 1990’lı yılların başında hayata geçirilmiştir. O dönemlerde gittikçe talebi halk tarafından artan sağlık kamu hizmetinin geliştirilmesi ve iyileştirilmesi için ülkeyi yöneten İngiliz bürokratlar özel sektörün bu işe katılmasını ve ömrünü tamamlamış hastanelerin yenilenmesindeki yatırımları özel sektörün katılımıyla yapmak istemekteydi. Fakat 1992 yılında İngiltere’de yürürlüğe giren Maastricht Anlaşması kamu borçlanması ile alakalı bir takım kısıtlamalar getirmişti, söz konusu anlaşmadaki kısıtlamalardan kaçınmak bu anlamda tepki çekmemek için kamu özel ortaklığı modelinin ilk ismi olarak *Public Finance Initiative* ortaya çıktı.¹¹⁸ İngiltere’de 1992 yılında, bizim şuan kamu özel ortaklığı olarak bildiğimiz Public Finance Initiative modelinin uygulandığı ilk alan sağlık hizmetleri alanı olmuştur. Burada hizmetin tamamen kamu otoritesi tarafından verilmesi hali ile kamu özel ortaklığı modelinde kısmen özel sektör tarafından

¹¹⁷ Aydın 93.

¹¹⁸ Çiğdem Toker, *Şehir Hastaneleri Milletin Cebinden Kamu-Özel İşbirliği*. (İstanbul: Tekin Yayınevi, 2022) 34.

verilmesi kıyaslandığında kamu özel ortaklığı modelinde sermaye, inşaat, işletme ve hizmet maliyetlerinin daha pahalı olduğu görülmüştür.¹¹⁹

İngiliz Tabipleri Birliği sağlık hizmetinin bu modelle yerine getirilmesinin kamunun olması gerekenden daha fazla harcama yapması gerekeceğinden modelin Ulusal Sağlık Sistemi için yük oluşturacağını dile getirmiş ve bu sistemin hayata geçirilmemesi gerektiğini savunmuştur. Zaman içerisinde durum İngiliz Tabipleri Birliği'nin öngördüğü gibi gelişmiş kamu özel ortaklığı modeli ile hizmete açılan hastaneler finansal sıkıntılar yaşamış aralarında finansmanın kötüye gitmesi sebebiyle iflas aşamasına gelmiştir. Bu tür olumsuz durumlarla gündeme gelen hastanelerin sağlık hizmetini yerine getirebilmesi için hastaneyi yöneten özel sektöre kamu tarafından planlanan ödemelerine ek olarak fazladan ödeme yapılması gerektiği tespit edilmiştir.^{120 121}

Bu kapsamda kökünü İngiltere'den aldığımız kamu özel ortaklığı modeli ile inşa ettiğimiz ve hizmete açtığımız ayrıca inşası devam eden şehir hastanelerinde, özel sektörün finansal sorun yaşaması durumunda diğer bir anlatımla iflas süreci gündeme geldiğinde kamuya daha fazla ekonomik yük ve ilgili hastanelerin yapımının aksamasından dolayı projenin gerçekleşmemesi gibi mağduriyetler gündeme gelebilecektir.

B. Modelin Sağlık Turizmine Etkisi

Kamu özel ortaklığı modeli ile hayata geçirilen şehir hastaneleri projelerinin önemli bir amacının da ülkemiz sağlık turizmine katkı sunmak olduğu söylenebilir.¹²² Bu anlamda modelde özel sektörün desteğinin alınarak sağlık hizmetinin

¹¹⁹ Kayıhan Pala, "Sağlık Alanında Kamu Özel-Ortaklığı: Birleşik Krallık Deneyimi," *Türkiye'de Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı Şehir Hastaneleri*, ed. Kayıhan Pala, TTB Şehir Hastaneleri İzleme Grubu (İstanbul: İletişim Yayınları, 2021) 135.

¹²⁰ Pala 136.

¹²¹ Finansal Sorun Yaşayan PFI Hastaneleri: Dartford and Gravesham NHS Trust, Sherwood Forest Hospitals NHS Foundation Trust, South London Healthcare NHS Trust, Norfolk and Norwich University Hospitals NHS Foundation Trust, Barking, Havering and Redbridge University Hospitals NHS Trust, Peterborough and Stamford Hospitals NHS Foundation Trust ve St Helens and Knowsley Hospitals NHS Trust.

¹²² Çiğdem Albayrak, *Şehir Hastanelerinin Sağlık Turizmine Etkisinin SWOT Analizi İle Değerlendirilmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. (İstanbul: İstanbul Aydın Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020) 15.

sunulmasında yüksek teknolojinin kullanılmasıyla hizmetin kalitesinin artacak olması ve bununla beraber şehir hastanelerinde hasta yatak odalarının, içerisinde lavabo, duş ve tuvalet barındıran bir veya iki kişilik olarak hizmetten yararlanacakların konforunu arttıracak şekilde tasarlanması, bu iyileştirmelerin yanında "klinik otel", "konuk evi", "yürüyen bantlı koridorlar", "helikopter pistleri", "hasta refakati", "iletişim hizmetleri", "banka ATM'leri", "yaşlı bakımevleri", "farklı dinlere mensup kişilere ibadet alanları" gibi yurt dışından hasta transferini arttıracak unsurların yer aldığı hizmetlerin verilmesi sağlık turizminin önemsendiğinin işaretleri arasındadır.

Hayata geçirilen şehir hastanelerinde *Sağlık Turizmi* adıyla bir birim kurulmuş¹²³ ve tesisin bir bölümünün sağlık turizmi için ayrılarak, sağlık hizmetinde hastane ve personel eksikliğinden kaynaklı sorun yaşayan ülke vatandaşlarının şehir hastanelerini tercih etmelerinin hedeflendiği bakanlık yetkililerince dile getirilmiştir.¹²⁴

Ülkemizde gerçekleşen sağlık turizmi faaliyetlerinde bu alana özgü uzman, uluslararası mevzuatı bilen, yabancı dil çeşitliliği olan yöneticilerin olmaması ayrıca ülkemizde sağlık turizmi alanında hizmet veren kamu ve özel hastane ile kliniklerin ortak bir mekanizma ile yönetilmemesi her kesimin kendine özgü uygulama geliştirmesi ve sağlık personelinin hasta ve hasta yakınlarıyla verimli, etkin biçimde iletişim kuracak seviyede yabancı dile sahip olmaması literatürde ülkemiz sağlık turizmine getirilen eleştiriler arasındadır.¹²⁵ Bu noktada şehir hastanelerinde sağlık turizmine tesis edilen alanların oluşturulması, her şehir hastanesinde ayrı bir birim olarak örgütlenmesi ve bu birimlere özgü sağlık ekiplerinin kurulması literatürde dile getirilen, uygulamada ortaya çıkan sorunları azaltarak ülkemiz sağlık turizmine katkı sağlayacaktır.

¹²³ Örnekler için bkz: <https://ankarasehir.saglik.gov.tr/TR-316274/saglik-turizmi-birimi.html> - <https://adanasehir.saglik.gov.tr/TR-615895/saglik-turizmi.html> - <https://bursasehir.saglik.gov.tr/TR-604904/saglik-turizmi.html>

¹²⁴ "Şehir Hastanelerinin Bir Kısmı Sağlık Turizmi İçin Kullanılacak!" Sağlık Bakanlığı Müsteşarı, Haberin Giriş Tarihi:1.5.2018, saat 14:58 - Güncelleme Tarihi: 1.5.2018, saat 16:19 - <https://www.haberturk.com/sehir-hastanelerinin-bir-kismi-saglik-turizmi-icin-kullanilacak-1944267> (Erişim Tarihi:25.08.2023)

¹²⁵ Albayrak 97.

C. Benzer Usuller Karşısında Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Gerekliliği

Şehir Hastanelerinin inşasında kullanılan kamu özel ortaklığı modeli, idarenin ihtiyaç duyduğu tesisin özel sektör tarafından finanse edilerek tasarlanıp yapılması, belirli bir süre için idarenin kullanımına bırakılması ve tesis üzerindeki bazı hizmetlerin yüklenici tarafından verilebilmesi, sözleşme süresi sonunda tüm tesislerin idareye devri esası üzerine kuruludur. 1994 yılında 3996 sayılı kanun ile düzenlenen yap-işlet-devret modelini inceldiğimizde, bir takım temel farklılıklar olmasına karşın¹²⁶ bu model ile yapılan projelerde de kamu, özel sektör ile bir hizmetin kurulup belirli bir süre yerine getirmesi ve belirlenen sürenin sonunda da bunu kendisine devretmesi noktasında sözleşme ilişkisi içine girmektedir. Bu sebeple yap-işlet-devret usulü niteliği itibarıyla içeriğinde kamu özel ortaklığı modelini barındırır. Hal böyleyken yıllardan beri birçok kamu hizmetinin yerine getirilmesinde kullanılmış ve halen kullanılma seçeneği mevcutken şehir hastanelerinin hayata geçirilmesinde kamu özel ortaklığı modelinin gerekliliğinin tartışılması gerekmektedir.

Kamu hizmeti için gereken tesisin yapılması ve işletilmesinin belirli süre ile özel sektöre bırakıldığı yap işlet devret gibi devlet ile özel şirketlerin işbirliği yaptığı projeleri daha iyi anlayabilmemiz için öncelikle ülkemizde bu tip etkinliklerin özel sektöre gördürülmesinin tarihçesini incelemekte fayda vardır. Özel sektörün kamusal hizmetlerde etkin şekilde kullanılmaya başlandığı dönemler Türkiye’de Turgut Özal dönemine rastlamaktadır. Bu dönemde özelleştirme kavramı üzerinde durulmuştur. Burada özelleştirme kavramı iki boyutuyla karşımıza çıkmaktadır; ilki, kamu hizmetini yerine getiren devlete ait kuruluşların özel kurumlara satılması ikincisi ise kamu hizmetinin sunulmasına yönelik tesislerin kurulması ve işletilmesi faaliyetlerinin devlet yerine özel sektörün yerine getirmesi şeklindedir.¹²⁷

Özelleştirme kavramının ikinci boyutuna giren kısımla alakalı olarak 1984 yılında 3096 sayılı "*Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı Ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun*"

¹²⁶ Bkz.: yuk. 21.

¹²⁷ Sedat Çal, ‘‘Kamu Özel Ortaklığı ve Kamu Hizmetlerinin Metalaştırılması,’’ *Türkiye’de Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı Şehir Hastaneleri*, ed. Kayıhan Pala, TTB Şehir Hastaneleri İzleme Grubu (İstanbul: İletişim Yayınları, 2021) 39.

yürürlüğe kondu ve o döneme kadar elektrik sağlama hizmeti devletin yerine getirdiği bir hizmet iken ,söz konusu düzenleme incelendiğinde görülecektir ki, artık elektrik sağlama hizmetini sadece devlet yerine getirmeyecek özel sektör de bu hizmeti sağlayabilecek bu noktada özel sektör de yeni tesisler kurma ve işletme bağlamında söz sahibi olabilecektir. Bu kanuna göre özel sektör, elektrik sağlama hizmetini yerine getirebilecek tesisi kurup belirli bir süre işletecek süre sonunda da bu işletmeyi devlete devredecek. Bu yönüyle söz konusu yasa daha önceden de kullanılan imtiyaz sözleşmelerinin içeriğini barındırdığı ve Danıştay'ın incelemesinden geçmeden yürürlüğe konduğu, imtiyaz sözleşmelerinin de imzalanmadan önce Danıştay'ın denetiminden geçirilmesi gerekliliği sebebiyle düzenlemede iptallerle karşılaşıldı. Gelineen noktada 3096 sayılı yasanın getirdiği problemlerden sıyrılmak için bu yasa paralelinde 3996 sayılı "**Yap İşlet Devret**" modelini düzenleyen "**Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun**" çıkarıldı. 3996 sayılı yap işlet devret yasasına göre özel sektör ile yapılacak sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu hüküm altına alındı.¹²⁸

3996 sayılı "**Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun**" un tanımlar başlığını taşıyan 3. Maddesi yap işlet devret modelini şöyle tanımlamaktadır: "*Yap-işlet-Devret Modeli: İleri teknoloji veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini ifade eder.*"

Diğer bir tanımlama ise şöyledir: "*Kamu kurum ve kuruluşları tarafından yaptırılması planlanmış, belirli faydası ve ona dayalı olarak belirli bir getirisi olan bazı yatırım ve hizmetlerin, projenin gerçekleştirilmesi için kurulacak bir sermaye şirketi tarafından sermaye ve finansman temini suretiyle yaptırılması, belirli bir süre işletilmesi ve bu işletme süreci süresinde projeden elde edilen gelirle sağlanan*

¹²⁸ Sedat Çal, *Kamu Hizmetlerinin Özel Sektör Tarafından Finansmanı Ve İşletilmesi Bağlamında İmtiyaz Ve Kamu Hizmeti Kavramlarının 1999 Yılı Anayasa Değişiklikleri Çerçevesindeki Değişimi Ve Dönüşümü*. Doktora Tezi, (Ankara: Ankara Üniversitesi, 2007) 361.

kredilerin, makul temettüsü ile sermayenin geri ödenmesi ve işletme süresinin sonunda ait olduğu kamu kurum ve kuruluşuna bedelsiz devredilmesi yöntemidir."¹²⁹

Bu tanımlamalardan yola çıkarsak şehir hastaneleri projelerinin daha önceden uygulamaları çokça olan ve halen uygulama olanağı bulunan yap işlet devret modeli ile yapılması olanaklı iken neden kamu özel ortaklığı modeli tercih edildiğini ilk bakışta anlamak mümkün değildir. Nitekim, 6428 sayılı "**Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**" un genel gerekçesi ve madde gerekçeleri incelendiğinde neden bu modelin kullanılması gerektiğine dair şu hususlara değinilmiştir:

"Sağlık hizmetinin ertelenemez, bekletilemez, vazgeçilemez ve ikame edilemez niteliği ve yatırıma ayrılabilen kaynaklar göz önüne alındığında, sağlık hizmetlerinin kaliteli şekilde sürdürülebilmesi için finansman ihtiyaçlarının alternatif kaynaklardan karşılanması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede, alternatif yeni finansman modelleri geliştirilmektedir."

"Kamu ve özel sektörün altyapı ve hizmet sunumu için ortak yatırım yapması esasına dayanan "kamu özel işbirliği yatırım modeli" bu alternatiflerden birisidir. Bu şekilde sağlık yatırımları için özel girişimcilerden kaynak sağlanması mümkün olmaktadır."

"Tasarı ile; kaliteli, verimli ve etkili sağlık hizmeti sunumu için ihtiyaç duyulan tesislerin, kamu özel işbirliği modellerinden birisi olan "yap-kirala-devret finansal modeli" ile yaptırılması ve modernize edilmesi amaçlanmaktadır. Bu model içerisinde yüklenici tarafından yapılan tesisler kırkdokuz yıla kadar kiralanmakta ve süre sonunda çalışır vaziyette Sağlık Bakanlığına devredilmektedir."

"Kamu özel işbirliği modelinde, yatırım ve hizmetlerin maliyet, risk ve kazanımlarının kamu ve özel sektör arasında paylaşılması hedeflenmektedir. Sözleşme türüne göre farklılık gösteren modeller, kamu özel işbirliğini gerçekleştirmek için bir

¹²⁹ Zeki Demirci, *Yap-İşlet-Devret ve Hidroelektrik Projeler*. (İstanbul: Doğu İnşaat Grubu Yayınları, 2000) 1.

projenin tasarımı, finansmanı, yapımı ve işletilmesi ile mevcut bir yatırımın yenilenmesi, geliştirilmesi, bakım ve onarımının yapılması ve işletilmesine özel sektör katılımının sağlanması genel mantığı üzerine inşa edilmektedir. Tasarıda esas alınan kamu özel işbirliği modeli, idarenin ihtiyaç duyduğu tesisin özel sektör tarafından finanse edilerek tasarlanması, yapılması, belirli bir süre için idarenin kullanımına bırakılması ve tesis üzerindeki bazı hizmetlerin yüklenici tarafından verilebilmesi, sözleşme süresi sonunda tüm tesislerin idareye devri esası üzerine kuruludur."

*"Bu modelde kamu ve özel sektör, kendilerine mahsus üstün özellikleriyle birbirini tamamlamakta ve ortaya çıkan bu yapının sağladığı güçle kamu hizmetlerinin sunulmasındaki ekonomik zorluklar aşıl原因 olarak kamu yararı sağlanmaktadır. Kamu özel işbirliği modeli, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yayma, hizmeti kısa dönemde sunma fırsatı tanımakta; finansal risk, bakım ve onarım maliyetleri ise özel sektörde kalmaktadır."*¹³⁰

Genel gerekçenin içeriğinde şehir hastanelerinde kamu özel ortaklığı modelinin seçilmesinde dayandırılan noktalar bunlardan ibarettir. Yasa koyucunun buradaki amacının ilk olarak sağlık hizmetini etkin ve verimli bir şekilde sunulması için yapılacak yatırımlarda eksik olan kaynakların özel girişimcilerden sağlanarak giderilebilmesi olduğunu görmekteyiz. İkinci olarak ise, hem maliyet ve risk kazanımlarının kamu ile özel sektör arasında paylaşılması hem de sağlık hizmetinin yerine getirilmesi için kurulan tesisin ortaya çıkaracağı yüksek maliyetli yatırımı uzun vadede ortaya koyma imkânı sağlanmasının yanında hizmeti yerine getirecek tesisin kısa vadede ortaya çıkmasının söz konusu olmasıdır. Ana amaç ise en az maliyetle en yüksek verimin bu modelle alınacağını iddia edilmesidir. Buraya kadar olan kısımda imtiyaz ve yap işlet devret sözleşmeleri varken neden bu modelin uygulanmak istenildiğine dair herhangi bir açıklama yapılmamış; yapılan açıklamalar kamu özel ortaklığı modelinin olumlu yanlarının ortaya konularak kazanımlarından bahsedilmesinden ileri gidememiştir. 6428 sayılı yasanın komisyon raporu ve kanun

¹³⁰ “6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Genel Gerekçesi,” Mart 2013, TBMM, 15.04.2023 <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bf-2613-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6428#step-2>.

tasarısının tartışıldığı genel kurul tutanağı incelendiğinde yine yukarıda yapılan açıklamalara paralel bir takım açıklamalar yapıldığını görmekteyiz.^{131 132} Tüm bu sebeplerle, özel sektörün desteği alınarak yapılmak istenen bir sağlık kamu hizmeti yatırımının imtiyaz ve yap-işlet-devret gibi modellerin devre dışı bırakılarak yap-kirala-devret adı altında kamu özel ortaklığı modelinin uygulanması diğer modellere göre daha fazla hangi kamu yararı görülerek seçildiği yasa koyucu tarafından ortaya konulamamıştır.

Özel sektör ülkemizde uzun senelerdir muayenehane veya hastaneler olmak üzere ücret olarak istenilen miktarın karşılanması durumunda sağlık alanında ilgili kurumlardan aldığı ruhsat ile hizmet vermektedir. Bu sistemde istenilen ücreti karşılamayacak durumda olan vatandaşlar için 2000’li yılların başında Sosyal Güvenlik Kurumu, tamamen olmamak kaydıyla kendi belirlediği bedel üzerinden, söz konusu ücreti ödeyerek dar gelirli vatandaşların da özel sektörün sunduğu sağlık hizmetinden faydalanmasını sağlamıştır. Her ne kadar özel sektörün uzun yıllardır Sağlık Bakanlığı’ndan aldığı ruhsat ile sağlık hizmetini yerine getiriyor olması; bu noktada hizmeti sağlarken belirli bir bedel talep etmesi bu bedelin ödenmesi için devlet kurumları da kendi belirlediği miktar üzerinden ödenen ücrete destek olması söz konusu olsa da devlet anayasal olarak sağlık kamu hizmetini sunmakla görevlidir ve devletin, sosyal hukuk devleti ilkeleri gereği sağlık hizmetini etkin biçimde sunmak için hastaneler inşa etmesi, içerisine gerekli teknolojik malzemeleri yerleştirmesi ve bunları işler durumda tutması gerekmektedir.¹³³

Yukarıda şehir hastanelerinin kurulmasını düzenleyen 6428 sayılı yasanın gerekçesine değinilmişti. Şehir hastanelerinin hangi gerekçe ile kamu özel ortaklığı modeli ile yapılması gerektiğini açıklayan maddeleri anımsadığımızda sağlık hizmetinin sunulabilmesi için gerekli hastanelerin yapılması, hizmetin sunulabilmesi

¹³¹ “6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu,” Şubat 2013, TBMM, 15.04.2023 <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bf-2613-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6428#step-4>.

¹³² “6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun,” 19 Şubat 2013 Tarihli 67. Birleşim Genel Kurul Tutanağı, TBMM, 15.04.2023 <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bf-2613-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6428#step-5>.

¹³³ Çal 43.

için gerekli araç ve gereçlerin temini ile bunların bakımı, işler durumda tutulması için gereken finansmanın özel sektör kaynaklarından karşılanması gerektiğinden söz edilmişti. Burada bahsedilen gerekçeler zaten 3996 sayılı Yap İşlet Devret yasasına baktığımızda yap-işlet-devret modelinin çıkarılma sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yasanın çıkarılma sebebinin yasanın *Amaç* başlıklı 1. Maddesindeki *"yüksek yatırım tutarı ve ileri teknoloji gerektiren işler yap işlet devret modeli ile yapılır"* hükmüyle rahatlıkla anlamak mümkündür. Bu gerekçelerle kamu özel ortaklığı modeli ile şehir hastaneleri gibi kamuyu uzun yıllar borç altına sokacak bir yapıyı devreye sokmak yerine sağlık hizmetinin sunumunda özel sektör ile yapılacak işbirliğinde yap işlet devret modelinin kullanılması mümkündür.

D. Modelde Ortaya Çıkabilecek Zararlar Bağlamında Eleştiriler

Kamu özel ortaklığı modelinin uygulanmasındaki ana gerekçe yüksek maliyetin ortaya çıkması ve bunun finansmanı noktasında devlet kaynaklarının yetersiz kalması sebebiyle özel sektörün finansman gücün yararlanmaktır. Ancak işin aslına baktığımızda kamu özel ortaklığı modelinde kamunun finansman noktasında özel sektörün avantajından yararlanıldığı gerekçesinin aksine bir durum söz konusudur. Şöyle ki; Özel sektör yapacağı yatırım için gerekli olan finansmanın %80'lik kısmını dış kaynaktan kredi kullanarak sağlamıştır.¹³⁴ Sağlık Bakanlığı'nın aşağıda açıklanan iki başlık altında yapmayı taahhüt ettiği ödemeler aslında özel sektörün dış kaynaktan sağladığı borçlanarak elde edilen finansmanın karşılığıdır, bu noktada devlet bakanlık bütçesinden özel sektöre ödeme yapacak özel sektör de dış kaynaklara ödeme yapacak ve böylece sistem tamamlanarak özel sektör dış kaynaktaki borcunu kapatarak bakanlığın verdiği doluluk garantisi ile de kâr elde edecek, bu noktada hiç özel sektöre gerek kalmadan aynı mali kaynaklardan devletin borçlanması mümkün iken bu modelde kamu yararının olmadığı rahatlıkla söylenebilecektir. Sağlık Bakanlığı'nın tarafı olduğu şehir hastaneleri sözleşmeleri 25 yıllıktır, bakanlık bu süre içerisinde sağlık alanında yatırım yapan özel sektöre taksitlerle ödeme yapma taahhüdü vermiştir ve bu ödemeler 6428 sayılı yasaya göre kamu hastaneleri döner sermayelerinden yapılacağı hüküm altına alınmıştı ancak uygulamada ödemeler Sağlık Bakanlığı bütçesinden karşılanmaktadır, özel sektöre yılda dört defa ve her defasında

¹³⁴ Toker 59.

Kullanım Bedeli ve Hizmet Bedeli olmak üzere iki başlıkta ödeme yapılmaktadır, *kullanım bedeli* başlığı tesisin bakımı ve tesis içindeki ana tıbbi cihazlardaki bakım ve onarımı ile kira bedelini; *hizmet bedeli* ise otopark, ilaçlama, güvenlik, çamaşır, yemek, görüntüleme, atık gibi tıbbi destek ve destek hizmetlerini kapsamaktadır.¹³⁵

Ayrıca kullanım bedeli, sağlık tesisini kuran özel sektöre Türk Lirası ile ödenmektedir. Yukarıda izah ettiğimiz üzere özel sektörün sağladığı finansman büyük oranda dış kaynaklıdır ve bu da söz konusu borcun döviz kuru kaynaklı olması demektir. Döviz kuru ile borçlanan şirket kendisine yapılan ödemenin Türk Lirası olması karşısında kur riski almıştır, bu riske karşı yapılan düzenleme ile idare söz konusu kur riskini kendi üzerine almıştır,¹³⁶¹³⁷ böylelikle şirkete ödemeyi yapacak olan idarenin bu riski üstlenmesi ortaya çıkabilecek kur dalgalanmalarında olağanüstü finansal yükün altına girmesiyle sonuçlanabilecek ve bu noktada kamu zararı doğabilecektir.

Bir diğer önemli nokta ise özel sektör ile idare arasında çıkacak uyuşmazlık durumunda uygulanabilecek hükümlerdir. 6428 sayılı yasanın 4. maddesinin 11. fıkrası şu hükme yer veriyor:

"Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında doğabilecek hukuki ihtilaflarda Türk hukuku uygulanır ve ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri görevli ve yetkilidir. Ancak, taraflar ihtilafların esasına Türk hukukunun uygulanması (...)¹³⁸ kaydıyla ihtilafların 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler."

¹³⁵ Toker 61.

¹³⁶ M. Coşkun Cangöz, Uğur Emek ve Nurhan Uyduranoğlu Karaca, *TÜRKİYE'DE KAMU-ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELİ UYGULAMASI: Etkin Risk Paylaşımına Yönelik Bir Model Önerisi*. (Ankara: TEPAV Elektronik Yayınları, 2021) 124.

¹³⁷ "Kullanım bedeli görevli şirketlere her bir takvim yılında, üçer aylık dönemlerde (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim ayları) ödenmekte ve her ödeme döneminde (örneğin 1. Çeyrek için Nisan) önceki son ayın (örneğin Mart) TÜFE ve Yİ-ÜFE endeksi ortalamasının ihale tarihinden bir önceki aydaki TÜFE ve Yİ-ÜFE endeksinin ortalamasına göre artışı oranı hesaplanarak kullanım bedeli güncellenmektedir. **Hesaplama döneminde kur artışı enflasyondan daha yüksek gerçekleşmişse kullanım bedeli ayrıca aradaki fark oranında artırılmaktadır.**"

¹³⁸ 27/3/2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanunun 3 üncü maddesiyle bu fıkarda yer alan "ve davanın Türkiye'de görülmesi" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

Madde metninden anlaşılacağı üzere ilk düzenlemede uyuşmazlık durumunda işin esasına Türk hukuku uygulanarak ve yargılamanın Türkiye’de yapılması kaydıyla yabancı tahkime başvurulması hüküm altına alınmışken 2015 yılındaki değişiklikle davanın Türkiye’de değil yurtdışında tahkime gidilerek görülebilenmesi esası getirilmiştir. Bu değişiklikte yabancı tahkime gidildiği zaman işin esasına Türk hukukunun uygulanacağının madde metninden çıkarılmamış olması ilk bakışta lehimize olan bir düzenleme olarak gözükse de düzenlemeyi hukuki çerçevede ele aldığımızda tahkim usulü ile örtüşmediği anlaşılacaktır. Şöyle ki; özel sektör ile kamu idaresi arasındaki özel hukuk ilişkisinde tahkim, irade serbestisini ifade etmesi gereken bir usuldür. Tahkimin irade serbestisine dayanması hem hakemlerin hem yargılama usulünün hem de işin esasına uygulanacak hukukun seçilmesi anlamına gelmektedir ki söz konusu düzenlemeyle bunun sınırlandırması tahkim usulünde irade serbestisi ile örtüşmez. Düzenlemenin geldiği son noktada kamu yararının gözetildiğini söylemek mümkün değildir. Çünkü şehir hastanesini kuran özel sektörün sağladığı finansmanın yüksek oranda yabancı kaynaklı olması veya özel sektörün yabancı ortaklarının varlığı gibi sebeplerle yabancı tahkime gidilebilmesi bu düzenleme ile mümkün hale gelmiştir. Bu konuda Sedat ÇAL, uygulamada ortaya çıkan olumsuz bir örneğe değinmiş ve bu gibi durumların şehir hastaneleri projelerinde de yaşanmaması için kamu çıkarının gözetilmesi gerektiğini söylemiştir.^{139 140}

¹³⁹ Sedat Çal, ‘‘Kamu Özel Ortaklığı ve Kamu Hizmetlerinin Metalaştırılması,’’ *Türkiye’de Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı Şehir Hastaneleri*, ed. Kayıhan Pala, TTB Şehir Hastaneleri İzleme Grubu (İstanbul: İletişim Yayınları, 2021) 50.

¹⁴⁰ BOTAS’ın petrol pompalama istasyonu yapılmasına yönelik bir sözleşmeyi biri Türk bir yabancı iki şirketten oluşan bir ortak girişimle imzalaması sırasında, hem uygulanacak hukuk hem de tahkim yeri yabancı ülke olarak belirlenmiştir. Bu sözleşmeye yönelik ortaya çıkan bir uyuşmazlık, İngiltere’de bir yabancı tahkim yerinde İngiliz hukuku uygulanarak görülmüş ve BOTAS açısından yaklaşık 100 milyon ABD dolarlık bir hüsrarla sonuçlanmıştır. Bu davada yabancı ortak hissesini Türk özel şirketine devretmiş ve sonuçta birisi Türk kamu şirketi diğeri Türk özel şirketi olarak iki Türk şirketi Türkiye’deki bir inşaat işi kapsamında aralarındaki uyuşmazlığı İngiliz hukukuna göre İngiltere’deki bir tahkim yerine götürmek durumunda kalmışlardır. Oysa burada konu Türkiye’deki bir inşaat işini yapacak bir Türk özel şirketi ile bir Türk kamu şirketinin imzaladığı sözleşmeye ilişkin uyuşmazlıktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ŞEHİR HASTANELERİNİN HUKUKİ REJİMİ

I. İHALE AŞAMASI

A. Genel Olarak

İdare, özel sektör ile gerçekleştireceği iş, işlem ve eylemlerde kural olarak sözleşme yapmak zorundadır, yapılan sözleşmenin idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi niteliği taşımasından bağımsız olarak idare sözleşme yaparken diğer işlemlerinde olduğu gibi özel hukuk kişisinden ayrılarak birtakım sınırlandırmalarla karşılaşır. Bu sınırlandırma, idarenin sözleşme yaparken sözleşme yapacağı kişiyi bir özel hukuk kişisi gibi irade serbestisi içinde seçmemesi, kamu yararı prensibini gözeterek yapılacak, iş, işlem ve eylem için en uygun kişiyi seçmesi anlamına gelmektedir, uygun kişinin seçilmesi süreci de idare hukukunda *kamu ihalesi* olarak adlandırılan bir süreçle mümkün olmaktadır.¹⁴¹ Kamu ihalesi, idarenin, belirli bir ihtiyacın karşılanması kapsamında mal ve hizmet ihtiyacının karşılanması amacıyla özel hukuk gerçek veya tüzel kişisiyle yapacağı bir sözleşme öncesinde tek taraflı irade açıklamasıyla yaptığı birtakım idari işlemlerden oluşan idari usulü ifade eder.¹⁴²

Kamu ihalesi sürecinden sonra imzalanan sözleşmeler şehir hastanesi projelerinde olduğu gibi özel hukuka tabi sözleşmeler de olsa sözleşme öncesindeki bu süreçte idarenin tek yanlı irade açıklamalarıyla gerçekleştirdiği işlemler idare hukuku kurallarına tabi birer idari işlemlerdir.¹⁴³ Bu sebeple kamu ihalesi süreci sonunda imzalanan sözleşmeler ister idari sözleşme isterse özel hukuk sözleşmesi niteliğine sahip olsun bu süreçte taraflar arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar idari yargı kolunda çözümlenecek; bu kapsamda süreçte muhatabının hakkını ihlal eden tüm idari işlemler idari yargı yerlerinde dava konusu edilebilecektir.

¹⁴¹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023) 533; Ramazan Yıldırım, Serkan Çınarlı, *Türk İdare Hukuku Dersleri* (Ankara: Astana Yayınları, 2018) c.I 373.

¹⁴² Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 536; Kalabalık 215.

¹⁴³ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 536.

İdare hukukunda kamu ihale mevzuatına baktığımızda iki temel yasa göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki, 2886 sayılı "*Devlet İhale Kanunu*" dur, kanunun birinci maddesine göre kanun kapsamına giren kurumlar genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, özel idare ve belediyelerdir. Yine 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun birinci maddesinde bu kanunun kapsamına giren iş ve işlemler "*alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri*" olarak belirtilmiştir. Bu iş ve işlemlerin kamunun harcama yapmasını gerektirmeyen işlemlerden olması sebebiyle 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu idareye gelir sağlayıcı konuları içeren ihalelere uygulanmaktadır.¹⁴⁴ Kamu ihalelerine ilişkin ikinci temel yasa ise 4734 sayılı *Kamu İhale Kanunu*¹⁴⁵'dur. Söz konusu kanunun amacı "*kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek*" olarak birinci maddede açıklanmış, takip eden maddede ise bu kanun kapsamına giren kurumlar ve kuruluşlar sayılmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun kapsamına giren iş ve işlemler, ikinci maddede sayılan idarelerin mal ya da hizmet alımları ve yapım işlerinin ihaleleri ve bu idarelerin başka kişilerden yapacağı taşınmaz mal kiralalamalarıdır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, idarenin kullanımında bulunan kaynaklardan karşılanan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri gibi idarenin kamu harcaması yapması gereken, işlerin ihalelerine uygulanır.¹⁴⁶

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na ilişkin açıklamalarımızı özetlemek gerekirse, Devlet İhale Kanunu, ilgili idarelerin devlet hazinesinin gelir elde etmesi sonucunu doğuran mal ve hizmet satımı, trampa, kiraya verme, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi gibi iş ve işlemlerdeki ihalelerin yürütülmesinde uygulanırken; Kamu İhale Kanunu, ilgili idarelerin devlet hazinesinden kamu adına harcama yapılmasını gerektiren mal ve hizmet alımı, yapım, kiralama, taşıma gibi iş ve işlemlerdeki ihalelerin yürütülmesinde uygulanır.

¹⁴⁴ Atay 301; Yıldırım, Çınarlı 374; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 534.

¹⁴⁵ Bu kanun kapsamındaki mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihalelerin düzenlenmesi ve uygulanmasına ilişkin esas ve usuller ayrı olarak 05/01/2002 tarih 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile düzenlenmiştir.

¹⁴⁶ Atay 302; Yıldırım, Çınarlı 374; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 534.

B. Sözleşme Öncesi İhale Aşaması

Şehir hastanelerinde uygulama sözleşmesinin hangi özel sektör temsilcisi ile yapılacağı belirleneceği aşama olan sözleşme öncesi ihale aşamasındaki iş ve işlemler 6428 sayılı yasanın "*Uygulanmayacak Hükümler*" başlıklı 11. maddesinde yapılan, "*Bu Kanun hükümlerine göre yapılacak iş ve işlemler, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kanuna tabi değildir.*" şeklindeki düzenleme gereğince 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamlarının dışına çıkarılmıştır. Bu anlamda 6428 sayılı yasada şehir hastaneleri modelinde uygulanacak ihale usulü özel olarak düzenlemiştir.¹⁴⁷

İdarelerin sözleşme öncesi ihale aşamasında yaptığı tüm işlemler ile aldığı tüm kararlar, ihale usulünün 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na mı, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na mı yoksa kendi özel ihale usulünü düzenleyen kanuna mı tabi diye bakılmaksızın idari yargı denetimine tabidir.¹⁴⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi, ihalelerinde 2886 sayılı yasa ve 4734 sayılı yasaya tabi olmayan Tedaş'ın şehir elektrik şebekesi tesisi ihalesinin iptali istemiyle açılan davada, uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğini belirttiği kararı şu şekildedir: "*TEDAŞ bir kamu kurumudur. TEDAŞ'ın ihaleleri Yönetim Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Satın Alma ve İhale Yönetmeliği ile Teklif İsteme Şartnamesi hükümlerine tabi bulunmaktadır. Kurumun aldığı ihale kararı ve buna bağlı olarak yapılan diğer düzenlemeler, yönetmelik ve şartnamenin bir uygulaması olup, kamu hizmetine ilişkin olarak tesis edilen ve aynı zamanda kesin ve yürütülmesi zorunlu olan işlemlerdir. Bunların iptaline yönelik istem idari yargının görev alanına girmektedir.*"¹⁴⁹

¹⁴⁷ İhale aşamasının kendi kanununa tabi olduğu durum için diğer bir örnek: Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'nın yapacağı arsa satışları 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu Kapsamında değildir. Toplu Konut İdaresi Başkanlığı, arsa satış ihalelerini 1164 sayılı Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun madde 6'da yer alan "*arsa alım ve satımı ... 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi değildir,*" hükmü uyarınca kendi mevzuatı çerçevesinde yapmaktadır.

¹⁴⁸ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 535.

¹⁴⁹ UM, T.03.02.1997, E. 1997/4, K. 1997/3, <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 29.05.2023).

Şehir hastaneleri projelerindeki ihale usulünde idare, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile ihale hukukuna ilişkin getirilen şeffaflık ve saydamlık özelliklerini barındıran açıklık, rekabet, tarafsızlık, güvenilirlik, gizlilik ve gerekçe gibi ilkelere uymak zorundadır.¹⁵⁰ Keza bu durum 6428 sayılı yasanın *İhale İlke, Usul ve Esasları* başlığını taşıyan 3. maddesinde yapılan *"İhalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, kaynakların verimli kullanılmasını, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasını sağlamak esastır."* şeklindeki düzenlemeyle hükme bağlanmıştır.

6428 sayılı yasanın 3. maddesinde şehir hastanelerinde sağlık tesislerinin yapılması ve yenilenmesi işlerindeki ihalelerde uygulanacak usuller belirlenmiştir. İlgili düzenlemede, tesisin yapımı ve yenilenmesi işlerinde *açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü veya pazarlık usullerinden birinin* uygulanabileceğini hüküm altına alınmıştır.¹⁵¹

Gerek 6428 sayılı yasada gerekse *"Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği"*nde yukarıda sayılan ihale usullerinden hangilerinin modelde öncelikli olarak uygulanacağı belirtilmemiştir. Pazarlık usulünün belirli koşullar altında uygulanabildiği bunun yanında şehir hastanesi projelerinin kapsamının genişliği ve önemi dikkate alındığında isteklilerin çeşitli kriterlere ve ön yeterliliklere göre seçilmesi modelin doğası gereğidir, *"bu sebeple belli istekliler arasında ihale usulü "* şehir hastaneleri projelerinde daha çok tercih edilmektedir.¹⁵² Uygulamada ortaya çıkan bu durum aslında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 20. Maddesindeki, *"Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerinin yarısını aşan yapım işi ihaleleri bu usule (Belli istekliler arasında ihale usulüne) göre yaptırılabilir."* şeklinde yapılan düzenleme ile karşımıza çıkmaktadır.

¹⁵⁰ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 534.

¹⁵¹ Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği'nin 5/1-c maddesi: *Açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Pazarlık usulü ile ihale bu Yönetmelikte belirtilen özel hallerde uygulanır.*

¹⁵² Uysal 167.

Açık ihale usulü, 6428 sayılı yasanın 3/6. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: *"Açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebildiği ihaledir. Açık ihale usulünde, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen ve idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığı incelenmek ve uygun olmadığı belirlenen isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılmak suretiyle ihale sonuçlandırılır."* İlgili düzenlemeden anlaşılabacağı üzere açık ihale usulü, tüm isteklilerin ihaleye katılmasına imkân sağlayan bir usuldür. Düzenlemeden çıkaracağımız diğer sonuç ise isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen mali ve teknik yeterlik kriterlerinin idare tarafından belirlenecek olmasıdır. Bu kapsamda isteklilerin ihaleye katılabilmesinin en önemli şartı, idare tarafından belirlenen mali ve teknik kriterlere uygun olmalarıdır. Öğretide, söz konusu düzenlemenin isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen teknik ve mali kriterlerin, hangi ölçütler esas alınarak belirleneceğinin kanunla sınırlandırması yapılmadan ve çerçevesi çizilmeden bu konuda tüm yetkinin idareye verilmesinin ihaleye katılacak olan istekliler açısından hukuki belirlilik sağlamayacak olması ve bir grup isteklilere özel ihale kriterlerinin belirlenmesi sonuçları ile karşı karşıya kalınabileceği değerlendirilmiştir ve bu durumun açık ihale usulünde rekabetin sağlanması ilkesi ile çeliştiği dile getirilmiştir.¹⁵³ 6428 sayılı yasanın 3/6 maddesinde geçen *"idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile"* ibaresi Anayasa'ya aykırılığı öne sürülerek ibarenin iptali ile yürürlükten kaldırılması istemiyle AYM'de dava açılmış, AYM yaptığı değerlendirmede söz konusu ibarenin aşağıdaki kararında Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir.¹⁵⁴

¹⁵³ Evren 530.

¹⁵⁴ *"Kamu ihalelerinde uygulanacak usul ve esasların kanunla belirleneceğine ilişkin bir anayasal hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, kanun koyucunun Kanun kapsamındaki tesislerin yenileme veya yapım işlerinin ihalelerinde uygulanacak açık ihale usulünde isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen mali ve teknik yeterlik kriterlerini tespiti hususunda yürütmeye düzenleme yetkisi tanınması yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı görülemez. Kaldı ki idare tarafından tespit edilmesi öngörülen ve isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen mali ve teknik yeterlik kriterleri, teknik ayrıntıları içeren ve uzmanlık gerektiren hususlar olup bunların ayrıntılı bir şekilde mutlaka kanunda yer alması imkânının bulunmadığı da açıktır. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin önemli bir unsuru olan belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmelerini gerektirmekte olup hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal dayanağının bulunması ve erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması gibi gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir*

Belli istekliler arasında ihale usulü, 6428 sayı yasanın 7. Maddesinde düzenlenmiş ve ilgili maddede usulün hangi esaslara göre yapılacağı sayılmıştır. Madde düzenlemesine göre bu ihale usulünde istekliler, ancak yapılan ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda davet edilmeleri halinde ihaleye katılıp teklif verebilecektir.

Pazarlık usulü, 6428 sayılı yasanın 8. maddesinde düzenlenmiştir. Uygulama Yönetmeliği'nin 5/1-c maddesi gereğince yapılacak olan ihalelerde temel ihale usulü açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulüdür, pazarlık usulü ancak yasada ve yönetmelikte belirtilen hallerde uygulanabilir. Gerek 6428 sayılı yasa madde 8 gerekse Uygula Yönetmeliği madde 19/2'ye göre pazarlık usulünün uygulanabilmesi aşağıdaki şartlarda mümkün olabilecektir:

"a) Açık veya belli istekliler arasında yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması"

"b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması sebebiyle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması"

"c) İhale konusu işin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin belirlenememesi"

"ç) Bu Kanun kapsamında yüklenicinin namı hesabına yaptırılacak tamamlamaya yönelik işler "

"d) Öngörülen maliyeti 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde belirlenen eşik değerin altı katına kadar olan işler"

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21. maddesini incelediğimizde, şehir hastaneleri ihalelerinde pazarlık usulünün uygulanabileceği koşulları düzenleyen yukarıdaki hükümlerin 4734 sayılı yasanın 21. maddesinden yola çıkılarak düzenlendiğini söylemek mümkündür. Görüldüğü üzere şehir hastaneleri projelerinde

işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır. Bu itibarla, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen mali ve teknik yeterlik kriterlerinin idari düzenleyici işlemlerle tespit edilmesi belirsizliğe yol açmayacağından hukuk devleti ilkesine aykırılık söz konusu değildir." **AYM., T. 01.04.2015, E. 2013/50, K. 2015/38, R.G. 15/04/2015, sayı:29327, <https://www.kazanci.com.tr/>** (Erişim Tarihi:30.05.2023).

pazarlık usulünün belirli şartlar altında istisnai olarak uygulanması düzenlenmiştir ancak madde metninde yer alan b bendindeki "*Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması sebebiyle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması*" ve c bendinde yer alan "*İhale konusu işin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin belirlenememesi*" şeklindeki düzenlemeler, pazarlık usulünün istisnai olarak uygulanması durumunu ortadan kaldırdığı, idarenin, özellikle c bendini gerekçe göstererek pazarlık usulünü istisnai nitelikten çıkararak asıl usul haline getirerek rekabet ilkesini ihlal edeceği bu durumun da idarede keyfiyete yol açarak kamu yararı ilkesiyle çelişeceği değerlendirilmesi yapılarak öğretide eleştiri konusu olmuştur.¹⁵⁵ Bahsi geçen 6428 sayılı yasanın 8. maddesi b ve c bentlerinin bizce de yukarıda dile getirilen sebeplerle rekabet ilkesini ihlal etmesine rağmen bu bentlerin Anayasa'ya aykırılığı öne sürülerek 8. madde b ve c bentlerinin iptali ile yürürlükten kaldırılması istemiyle AYM'de açılan davada, AYM yaptığı değerlendirmede söz konusu bentlerin aşağıdaki kararında Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Zeybek Cebeci 112; Evren 531.

¹⁵⁶ "*Kamu ihalelerinde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, kaynakların verimli kullanılmasının sağlanması kamu yararının ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu ilkelerin gözetilmesi kaydıyla, mal ve hizmet alımlarında hangi ihale usulünün uygulanacağını belirlenmesi kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucunun, tüm mal ve hizmet alımları için tek bir ihale usulünü benimsemesi zorunlu olmayıp çeşitli kamu hizmetlerinin görülmesinde ihtiyaç duyulan farklı nitelikteki mal ve hizmetler yönünden durumun gerektirdiği ölçüde farklılaşan ihale usulleri belirleyebilir.*

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

Kanun kapsamında yapılacak ihalelerin Kanun'da belirtilen hâllerle sınırlı olmak üzere temel usuller olan açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü yerine pazarlık usulü ile yapılabilmesine imkân tanınması bir takım zorunluluklardan kaynaklanmakta olup belirtilen şartların gerçekleşmesi hâlinde işin ivedilikle yapılması ve kamu hizmetinde devamlılığın sağlanması imkânı getirmektedir. Kanun koyucunun, işin ivedilikle yapılmasını mümkün kılmak ve idarelere hareket alanı tanıyarak kamu hizmetinde devamlılığın sağlanmasına imkân tanımak amacıyla, doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması sebebiyle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması ve ihale konusu işin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin belirlenememesi hâllerinde, bu Kanun kapsamındaki tesislerin yenileme veya yapım işlerinin ihalesinin pazarlık usulü ile yapılabilmesini öngörmesinde kamu yararı dışında bir amacın güdüldüğü söylenemeyeceğinden kuralda hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır." AYM., T. 01.04.2015, E. 2013/50, K. 2015/38, R.G. 15/04/2015, sayı:29327, <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:30.05.2023).

6428 sayılı yasada ve yasanın uygulama yönetmeliğinde ihale aşamasındaki hukuka aykırı iş ve işlemler için ayrıca bir yaptırım ve buna ilişkin bir başvuru yolu öngörülmemiştir.¹⁵⁷ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda ihale aşamasındaki hukuka aykırı işlemler için şikayet ve itirazın şikayet gibi başvuru yolları öngörülmüştür ancak 6428 sayılı yasada ve bu yasanın uygulama yönetmeliğinde ihale aşamasına ilişkin bu gibi hakkında hüküm bulunmayan hallerde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun veya 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanmasına dair bir hüküm de bulunmamaktadır.¹⁵⁸ Bu sebeple bizimde katıldığımız görüş olarak, öğretide ÇAKIR, bu durumda idarenin ihale aşamasındaki, ihaleden yasaklama kararları hariç, hukuka aykırı eylemlerine karşı istekliler tarafından başvurulacak tek yolun 30 gün içerisinde idari yargıda ivedi yargılama usulüne tabi olacak bir dava açmak olduğunu ifade etmektedir.¹⁵⁹ Bunun gerekçesini ise, 08.06.2014 tarih 6545 sayılı kanunla 2577 sayılı İYUK'a eklenen 20/A maddesi uyarınca, *"ihaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemlerinin"* ivedi yargılama usulüne tabi olduğunu ve ivedi yargılama usulünün uygulandığı durumlarda İYUK'un *"üst makamlara başvurma"* başlıklı 11. madde hükmünün uygulanmayacağı kuralına dayandırmaktadır.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Zeybek Cebeci 113.

¹⁵⁸ Uysal 173-174.

¹⁵⁹ Çakır, *Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi*. 457.

¹⁶⁰ Çakır, *Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi* 457.

II. SÖZLEŞME AŞAMASI

A. Sözleşmenin Genel Yapısı, Tanımı ve Konusu

1. Sözleşmenin Genel Yapısı ve Tanımı

Kamu özel ortaklığı modeliyle kurulan şehir hastaneleri sözleşmeleri tesisi kuracak olan özel sektör ile idare arasında imzalanır ve modelin uygulanmasına dair hükümler içerir. İdare ile özel sektör arasında imzalanan sözleşme çerçevesinde idarenin özel sektöre tahsis ettiği arazi üzerinde hastane tesisinin özel sektör tarafından inşası bununla beraber mekanik, elektronik ve güvenlik gibi sistemlerin kurulması ile hizmetin gereği gibi yerine getirilebilmesi için tüm tıbbi ekipmanların hazır edilmesi tıbbi hizmetler dışında kalan hizmetler ve tesis içerisindeki ticari faaliyetlerin özel sektör tarafından yürütülmesi ve nihayetinde belirlenen süre sonrasında tesisin idareye devri gibi konular ele alınmaktadır.¹⁶¹

AYM, 6428 sayılı yasanın iptali istemiyle açılan davada şehir hastanelerindeki kamu özel ortaklığı sözleşmesinin ana hatlarını şu şekilde tanımlamıştır: *"KÖİ, idare ile bir özel hukuk kişisi arasında uzun süreliğine akdedilen, özel hukuk kişisi tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan tesisin inşası, bakımı, onarımı ve hizmete elverişli hâlde bulundurulmasını konu edinen ve bunun karşılığında kamu tüzel kişisinin sözleşme süresince özel kişiye her yıl kira karşılığı belli bir miktar paranın ödenmesi taahhüdünü içeren bir sözleşmeyi ifade etmektedir."*¹⁶²

Sağlık alanındaki Kamu Özel Ortaklığı modeline ilişkin ilk düzenleme olan 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen ek madde 7'de sözleşmenin genel çerçevesi çizilmiş ancak bir tanım yapılmamıştır. Burada detaylı tanımlama ek madde 7'nin genişletilmiş ve detaylandırılmış hali olan 6428 sayılı kanunun *amaç, kapsam ve tanımlar* başlığını taşıyan 1. maddesinde yapılmıştır. 6428 sayılı yasanın

¹⁶¹ Serhan Göktürk, *Bir Kamu Özel İşbirliği Modeli Olarak Yap-Kirala-Devret Sözleşmesi*. Yüksek Lisans Tezi (Ankara: Çankaya Üniversitesi, 2019) 29.

¹⁶² AYM., T. 01.04.2015, E. 2013/50, K. 2015/38, R.G. 15/04/2015, sayı:29327, <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:05.05.2023).

1/2 – ö maddesinde sözleşme; *"Yapım işlerinde özel amaçlı şirketle idare arasında; yenileme işleri ile bu Kanun çerçevesinde ihtiyaç duyulan araştırma, geliştirme, danışmanlık hizmetleri veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi için yüklenici ile idare arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılan sözleşme ve eklerini, ifade eder."* şeklinde tanımlanmıştır. Yasada idare ile özel sektör arasında imzalanan bu sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır.

Mevzuatta yapılan tanımlamalara uygun olarak şehir hastaneleri modelindeki sözleşmeyi tanımlamak gerekirse, özel sektörün finansmanını sağlayarak sağlık kamu hizmetinin yerine getirilmesi için gerekli olan tesisi kurması ile hizmetin gereklerine uygun olarak donatması, bu tesisi idareye kiralaması ve çekirdek hizmet dışındaki yan hizmetlerin sağlanması için özel sektörün idare ile imzaladığı bir özel hukuk sözleşmesidir.

Çalışmamızın devamında Kamu Özel Ortaklığı modeli ile kurulan Şehir hastaneleri sözleşmeleri, yukarıda kapsamlarını açıkladığımız 6428 sayılı *"Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"* ve *"Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği"* çerçevesinde incelenecektir.

2. Sözleşmenin Konusu

Kamu Özel Ortaklığı sözleşmelerinin konusu esasen altyapı hizmetlerinin yerine getirilmesidir. Yurt içi ve yurt dışındaki kamu özel ortaklığı sözleşmelerinde ortak olan husus özel sektörün hizmetin yerine getirilmesi için gerekli yatırımı yapması ve onun bakımı ile yükümlü olmasıdır. Şehir hastaneleri sözleşmelerinin konusu idare ile özel sektör arasında risk paylaşına dayanan, hizmetin yerine getirilmesindeki farklı konularda belirli kurallar ölçüsünde sağlık kamu hizmetinin ifa

edilmesidir.¹⁶³ Bu sözleşme ile şehir hastaneleri yatırımının finansmanı, tesislerinin kurulması, sağlık tesisinin içerisindeki malzemelerle hizmete hazır hale getirilmesi ile bakımı ve işletilmesi amaçlanmaktadır.

Şehir hastaneleri sözleşmelerinde ana konu altyapı hizmetinin yapımı olmakla beraber bu noktada bir diğer önemli konu tesisin yenilenmesidir. Tesisin yenilenmesi konusu 6428 sayılı yasanın 1. maddesinde yerini bulmuştur. 6428 sayılı yasanın 1/2-v maddesine göre yenileme ve yapım işlemleri; *"Mevcut tesislerin yenilenme zarureti ortaya çıktığı durumlarda Bakanlıkça öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar çerçevesinde yenilenmesi ile Yüksek Planlama Kurulunca yapılmasına karar verilen tesisin yapım işlerinin sözleşme hükümlerine göre yapımı ve söz konusu tesisin bünyesinde yer alan malzeme, teçhizat ve varsa ihale dokümanında belirtilen tıbbi donanım da dâhil olmak üzere yüklenici tarafından üstlenilen bütün donanımın temini işlerini, ifade eder."* şeklinde tanımlanmıştır.

Sözleşmenin bir diğer önemli konusu ise sağlık hizmetinin sunulmasında hizmetin çekirdek hizmet(tıbbi-klinik hizmetler) ve çekirdek olmayan yan hizmetler(destek hizmetler) olarak ikiye ayrılarak sunulmasıdır, bu durum, kamu özel ortaklığı modeli ile ifa edilen kamu hizmetinin yap-işlet-devret gibi diğer modellerden ayrıldığı en önemli özelliğidir. Şehir hastaneleri modelinde çekirdek hizmet idare tarafından yerine getirilirken yan hizmetlerin yerine getirilmesi özel sektöre bırakılmıştır.¹⁶⁴

B. Sözleşmenin Tarafları

Kamu özel ortaklığı modeli ile yapılan şehir hastaneleri sözleşmelerinde tarafları, kamu tüzel kişiliğini temsil eden *kamu idaresi* ve özel sektör temsilcilerinden meydana gelen *proje şirketi* oluşturur.

¹⁶³ Palas Dağı 66.

¹⁶⁴ Karahanoğulları, *AÜSBFD* 183.

6428 sayılı yasanın *amaç, kapsam ve tanımlar* başlığını taşıyan 1. maddesinde kamu idaresi; *"Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatlarının ilgili birimi ile taşra teşkilatlarına ait sağlık kurum ve kuruluşlarını, ifade eder."* şeklinde tanımlanmıştır. Sağlık Bakanlığı'nın sözleşmedeki rolüne baktığımızda üç ana başlık karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, sağlık tesisinin yapılacağı arazinin mülkiyetine sahip olan taraftır, ikincisi, çekirdek hizmetler olan tıbbi-klinik hizmetlerinden sorumlu olan taraftır ve üçüncüsü ise sözleşmede belirlenen süre sonucunda sağlık tesisinin bütün olarak kendisine devredileceği taraftır. Sağlık Bakanlığı'nın sözleşmedeki rolündeki bir diğer önemli unsur ise eylem ve işlemlerinde kamu gücü ayrıcalıklarını kullanma yetkisine sahip olmasına rağmen kamu özel ortaklığı sözleşmesine özgü olarak özel hukuk kişisi olan diğer taraf ile aynı yetkilere sahip olmasıdır.¹⁶⁵ Sağlık Bakanlığı teşkilatına bağlı olan Kamu Özel İşbirliği Daire Başkanlığı, sözleşmenin inşası ve yürütülmesinde önemli rol oynamaktadır.¹⁶⁶

Proje şirketi, modele sermayesiyle finansman sağlayan bir veya birden çok yatırımcı firmadan oluşabilen, inşa sürecinde ilgilileri organize eden, alanında belirli bir saygınlık seviyesine ulaşmış tecrübeli yapısıyla sözleşmenin diğer tarafı olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁶⁷ 6428 sayılı yasada proje şirketi olarak bahsettiğimiz tarafın yüklenici olarak tanımlandığını görmekteyiz. Yasada yüklenici, *"üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekli ile özel amaçlı şirket "* şeklinde ifade edilmekte olup, aynı yasada istekli ve özel amaçlı şirketin açıklaması yapılmıştır, bu kapsamda istekli; *"idarenin açtığı ihaleye teklif veren gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri ya da bunların oluşturduğu ortak girişimleri"* ifade eder denilmekle, özel amaçlı şirket ise *"ihale sonucunda idare ile imzalanacak sözleşmenin tarafı olan, faaliyet alanı sözleşme konusu ile sınırlı bulunan ve üzerine ihale bırakılan yüklenici tarafından kurulan anonim şirketi"* ifade eder denmiştir. Durumu izah etme gerekirse mevzuata göre proje şirketinin meydana gelişi şu şekildedir; şehir hastanesi yapımı için ihaleye çıkan idare, istekliler arasından en az maliyetle en yüksek faydayı sağlayacak teklifi veren istekliye ihaleyi vermektedir. Bu noktada 6428 sayılı yasanın isteklilde aradığı şart sözleşmeye

¹⁶⁵ Dilek Karagöz, *Sağlık Sektöründe Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri*. Yüksek Lisans Tezi (Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2019) 43.

¹⁶⁶ Çakır 112.

¹⁶⁷ Karagöz 44.

konu projenin gerçekleştirilmesi özel amacını taşıyan bir anonim şirket kurmasıdır. Bu şartlar altında kurulan proje şirketi sözleşmenin tarafı olarak vücut bulmaktadır.

Yukarıdaki açıklamadan şu sonucu çıkarmak mümkündür: projeyi meydana getirmek için ihaleye katılan istekliler sermaye şirketi veya bu şirketlerin oluşturdukları konsorsiyum olabilecekken, sözleşmeyi imzalayabilmek için sadece tesisi kurup işletme özel amacı taşıyan şirketin yapısı, anonim şirket olmak zorundadır. Tamamlanan Şehir Hastaneleri'ndeki proje şirketlerinden örnek vermek gerekirse:¹⁶⁸

- Adana, Yozgat, Elazığ, Bursa ve Başakşehir Çam&Sakura Şehir Hastaneleri - **Rönesans**
- Mersin ve Ankara Bilkent Şehir Hastaneleri - **IC İçtaş**
- Isparta, Eskişehir ve Tekirdağ Şehir Hastaneleri - **Akfen**
- Kayseri, Manisa ve Konya Şehir Hastaneleri - **YDA**
- Ankara Etlik Şehir Hastanesi - **Türkerler-Astaldi**

C. Sözleşmenin Unsurları

6428 sayılı kanun çerçevesinde şehir hastanelerinin inşası için akdedilen kamu özel ortaklığı sözleşmesi özel hukuk kurallarına tabidir. Bu sebeple sözleşmenin tarafları, 6428 sayılı yasa ve bu yasanın uygulama yönetmeliğinin belirlediği esaslara sadık kalmak şartıyla söz konusu sözleşmeyi istekleri doğrultusunda düzenleyebilirler. Bu noktada bizim inceleme konusu yapacağımız unsurlar 6428 sayılı yasa ve bu yasanın uygulama yönetmeliğinin belirlediği asli unsurlar üzerinden olacaktır. Mevzuatın sözleşmeye ilişkin düzenlemeleri incelendiğinde, idarenin , proje şirketine tesisi üzerinde meydana getireceği bir arazi tahsis ettiği, mülkiyetin idarede kaldığı arazi üzerinde proje şirketinin hizmetin gereklerine uygun olarak tesisi inşa ettiği, tesis içerisindeki tıbbi-klinik hizmetler dışında kalan hizmetlerin şirket tarafından yerine getirildiği tüm bu mekanizma içerisinde idarenin, proje şirketine bu hizmetleri karşılığında kira bedeli ödediği ve nihayetinde sözleşmede belirlenen süre sonucunda

¹⁶⁸ Toker 246.

proje şirketinin tesisi bedelsiz olarak idareye devrettiği gibi asli unsurların sözleşmede karşımıza çıktığı söylenebilecektir.

1. Tesisin İnşası- Yapım Unsuru

Tesisin inşası, yapım unsuru kamu özel ortaklığı sözleşmesinin önemli unsurlarından birisidir. 6428 sayılı yasada meydana getirilen eser bir tesis olarak tanımlanmış ve sözleşme hükümlerine göre *"yüklenici tarafından yapılan ve Bakanlığın ve bağlı kuruluşlarının kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle tanımlanan görev ve yetkileri ile ilgili iş ve işlemlerini yerine getirmek için kullanacağı bina ve yapıları ifade edecek şekilde"* detaylandırılmıştır. Özetle şehir hastaneleri projelerinde meydana getirilen eseri, sözleşme çerçevesince yapılan tesis ile ticari hizmet alanları şeklinde nitelendirmek mümkündür. Yapım unsurunun içeriğini bir eserin meydana getirilmesi oluşturmakla beraber meydana getirilen eserin bakımı ve onarılması da bu unsurun konusudur.

6428 sayılı yasanın sözleşme başlığını taşıyan 4. maddesi idare ile özel sektörün yapacağı sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olacağını düzenlemiştir. Burada sağlık tesisini yani eseri meydana getirme borcu, özel sektör ile idare arasında yapılan sözleşme ile proje şirketine yükletilmiş ve proje şirketi de belirli bir bedel karşılığında eseri meydana getirmeyi üstlenmiştir. Bu sebeple şehir hastaneleri projesinde özel sektör ile idare arasında 6098 sayılı TBK m.470' de düzenlenen Eser Sözleşmesi benzeri bir hukuki ilişki vardır ve TBK'nın eser sözleşmesi hükümleri işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde proje tarafları arasında uygulama alanı bulabilecektir.^{169 170}

Uygulama yönetmeliğinin 53. maddesi eserin meydana getirileceği arazinin proje şirketine hangi statüde tesis edileceğini düzenlemiştir, yönetmeliğin *"Üst hakkı*

¹⁶⁹ Keşli 120.

¹⁷⁰ Aynı yöndeki görüş için bkz. Karagöz 28. *"KÖİ sözleşmeleri, her ne kadar kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinden olmasa da kanunda düzenlenen sözleşme tipleri ile aynı karakteristiği taşıyan unsurlar içerdiğinden uygun düştüğü ölçüde tipik sözleşmelere ilişkin düzenlemeler KÖİ sözleşmelerinin ilgili unsurlarına uygulanabilmektedir. Bu kapsamda tipik bir sözleşme olan eser sözleşmesi hükümlerinin KÖİ sözleşmesinin ilgili kısımlarına uygulanabileceği düşünülmektedir."*

tesisi ve yer teslimi" başlığını taşıyan maddesi şu şekildedir: "Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlardan, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunup tescili mümkün olan yerlerden, bu Yönetmelik kapsamında üzerinde tesis yapılmasına Bakanlıkça karar verilen ve Maliye Bakanlığınca da uygun görülenler üzerinde, yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere sözleşme süresi boyunca özel amaçlı şirket lehine bedelsiz olarak bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilir."

Proje şirketinin tesisi inşa etmesi için Hazine üzerine kayıtlı olan taşınmazda sözleşmede süresi belirlenebilecek olup sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmeyecek şekilde proje şirketine bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilir.¹⁷¹ Bu kapsamda söz konusu üst hakkı, Hazinenin mülkiyetindeki taşınmazda yüklenici lehine bedelsiz olarak tesis edilecektir.

2. Kira Unsuru

Kamu özel işbirliği ile inşa edilen şehir hastanelerinin ayırt edici özelliği sözleşmenin diğer tarafı olan özel sektörün sağladığı finansmanın geri ödemesinin kaynağıdır. Şöyle ki; Yap-işlet-devret modelinde özel sektöre yapılan bir kira ödemesi söz konusu değildir çünkü bu modelde özel sektör temel hizmeti tamamen üstlenir ve üstlendiği bu hizmetin karşılığı olarak kullanıcılarından bir bedel tahsil eder böylece ortaya koyduğu finansmanın karşılığını alır, ancak şehir hastanelerinde tıbbi klinik sağlık hizmetleri dediğimiz temel hizmeti proje şirketi değil idare yürütür, idare, temel sağlık hizmetini özel sektör tarafından kurulan tesisi kullanarak yerine getirmesi neticesinde özel sektöre kira ödemesi yapar.¹⁷² 6428 sayılı yasa kamu özel işbirliğinde finansmanın sağlanmasında proje şirketine %20 öz kaynak sınırı getirmiştir, bu sebeple geriye kalan kısım için proje şirketi uluslararası kuruluşlardan kredi sağlayarak söz konusu finansmanı oluşturacaktır. İşte şehir hastanelerinde kira unsuru, hem kredilerle meydana getirilen finansmanın geri ödeme kaynağını oluşturmakta hem de özel sektörün kârını oluşturmaktadır.

¹⁷¹ Çakır 107.

¹⁷² Güzin Pekgüçlü Karabulut, *Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi* (Ankara: Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007) 160.

TBK’da düzenlenen kira sözleşmesinin şehir hastanesi sözleşmelerinin kira konusunu içeren bölümlerine uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceği düşünülmektedir.¹⁷³ TBK 299. maddesindeki kira sözleşmesi düzenlemesi sözleşmeyi; *"Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir."* şeklinde tanımlanmıştır. Şehir hastaneleri projesinde çekirdek hizmet dediğimiz tıbbi-klinik sağlık hizmetlerini idare, özel sektörün inşa ettiği tesisi kullanarak yerine getirir, yan hizmetler ise özel sektöre bırakılmıştır. İdare çekirdek hizmetleri sunarken kullandığı tesis için özel sektöre kullanım bedeli adı altında kira bedeli öder, bu noktada idare kiracı özel sektör ise kiraya veren taraftır. Yukarıda açıklandığı üzere kiraya veren konumunda olan özel sektörün sağladığı finansmanın geri ödemesi ve kâr elde etmesi büyük ölçüde kendisine yapılan kira ödemelerine bağlıdır.

Şehir hastanesi sözleşmesi, kira sözleşmesi niteliği taşımasıyla beraber idarenin kira karşılığında kullandığı tesisten bir bedel elde ettiği gerekçesiyle bu sözleşmenin ürün kirası sözleşmesinin özelliklerine de haiz olduğu görüşü öğretide yer almaktadır.¹⁷⁴ Ürün kirası sözleşmesi; TBK m. 357’de; *"kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşme"* şeklinde tanımlanmıştır.

3. Hizmet ve İşletme Unsuru

Şehir hastaneleri sözleşmelerindeki işletme unsuru, modelin yap-işlet-devret sözleşmelerinden farklı olduğu noktalardan birisidir. Modelde, yap-işlet-devret modelinden farklı olarak temel hizmet alanı olarak nitelendirdiğimiz tıbbi-klinik hizmetler kamu idaresi tarafından yürütülmekte olup özel sektöre devredilmemektedir; oysaki yap-işlet-devret modelinde temel hizmet faaliyetleri kamu tarafından özel sektöre devredilmektedir ve temel hizmeti özel sektör yürütmektedir. Şehir hastanesi modelinde tıbbi-klinik sağlık hizmetlerinden oluşan temel hizmetleri yürüten kamu

¹⁷³ Karagöz 29.

¹⁷⁴ Petek Barkan Tereyağoglu, *Sağlık Tesisi Projeleri Bakımından Yap-Kirala-Devret Modeli ve Finansman Sağlayanların Müdahale Hakkı*. Yüksek Lisans Tezi (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021) 46.

idaresi kendisinin yürüttüğü bu hizmete katkı sağlayacak destek hizmetlerinin sunulması ve işletilmesini özel sektöre bırakmıştır. Sözleşme çerçevesinde tıbbi-klinik hizmetler, idare tarafından istihdam edilen doktor, hemşire ve diğer personeller tarafından yerine getirilmesi gereken tüm tıbbi hizmetleri kapsamaktadır.

Özel sektör sunduğu bu hizmetlerin bedelini sağlık tesisini kullananlardan değil idareden almaktadır. İdare¹⁷⁵, proje şirketine yılda dört defa ve her defasında iki başlık altında olacak şekilde hizmet bedeli ödemesi yapmaktadır. Bunlardan birincisi "**Kullanım Bedeli (Kira + Bakım/onarım)**" başlığını taşımakta ve "**P1 Hizmet**" adını almaktadır. *P1 hizmetler* tesisin kullanımıyla ilgili elektrik, bina, ısıtma-soğutma, asansör, olağanüstü bakım-onarım, ana tıbbi cihazlar ve peyzaj hizmetleri gibi hizmetleri kapsamaktadır. İkincisi ise "**Hizmet Bedeli (Tıbbi destek hizmetleri + Destek)**" başlığını taşımakta olup "**P2 Hizmet**" adını almaktadır. Bu başlıktaki hizmetler de otopark, güvenlik, ilaçlama, çamaşır, yemek, görüntüleme, atık gibi hizmetleri kapsamaktadır.¹⁷⁶ Şehir hastanelerindeki proje şirketi tarafından sunulan *tıbbi destek hizmetleri ve destek hizmetlerini* biraz daha detaylandırarak olursak *tıbbi destek hizmetleri* başlığı altındaki hizmetler şunlardır: Laboratuvar, tıbbi görüntüleme, sterilizasyon ve dezenfektasyon ile rehabilitasyon hizmetleri. *Destek hizmetleri* ise, bina ve arazi hizmetleri, bakım ve onarım hizmeti, mefruşat hizmeti, hastane bilgi yönetim sistemi uygulama ve işletme hizmeti, hasta yönlendirme ve refakat hizmeti, resepsiyon ve taşıma hizmetleri, otopark hizmetleri, malzeme yönetim hizmetleri gibi hizmetleri kapsamaktadır.¹⁷⁷

Şehir hastanelerinde idarenin yerine getirdiği temel hizmetlerin yanında sunduğu destek hizmetlerine ek olarak proje şirketinin sağlık tesisindeki ticari hizmet alanlarının işletilmesi yetkisinin de olabileceğini 6428 sayılı yasadan anlayabilmekteyiz. Bu anlamda ticari hizmet alanlarını meydana getirme ve bu alanları işletme yetkisine sahip olan proje şirketi gelirini, destek hizmetlerindeki durumdan farklı olarak, bu ticari alanı kullanan hasta veya hasta yakınlarından sağlayacaktır. Ancak Şehir Hastaneleri sözleşmelerinin ticari sır niteliğinde bilgiler barındırması

¹⁷⁵ T.C. Sağlık Bakanlığı.

¹⁷⁶ Uğur Emek, "Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Sözleşmeleri: Beklenti ve Gerçekleşme," *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 7-1 (2017): 152, Toker 60.

¹⁷⁷ Göktürk 43.

gerekçe gösterilerek içeriğinin paylaşılmaması söz konusu ticari alanların hangi şartlar altında ve ne şekilde proje şirketinin işletmesine bırakıldığı sorularını cevapsız bırakmaktadır.

4. Finansman Unsuru

Sağlık kamu hizmetinin sunulmasında şehir hastaneleri modelinde kamu özel ortaklığının tercih edilmesinin sebebi bu modelde sağlık tesisinin kurulması için gerekli olan finansmanın sağlanması şeklindedir. Bu sebeple şehir hastaneleri sözleşmelerinin ana unsurunu finansman oluşturur. Öğretide finansman kavramı, "*Bir işletmenin gereksinim duyduğu işletme veya yatırım sermayesinin para veya para benzeri araçlarla karşılanmasıdır.*" şeklinde tanımlanmıştır.¹⁷⁸ 6428 sayılı yasa ve uygulama yönetmeliğinin 66. maddesi sağlık tesisinin kurulması için gerekli olan finansmanın sağlanmasında proje şirketini sorumlu tutmuştur. Bu kapsamda idare sağlık tesisi kurmak için gerekli olan finansman yükünü özel sektöre yüklemiştir. Özel sektör de ,yukarıda detaylıca açıklandığı üzere, sağlık tesisindeki yan hizmetleri sunarak ve tesisteki ticari alanları işleterek gelir elde etmektedir. İşte özel sektör sağladığı finansmanın geri ödemesini elde ettiği bu gelirler sayesinde gerçekleştirmektedir.

Finansmanın sağlanmasındaki koşullara bakacak olursak; uygulama yönetmeliğinin 54.maddesi ile sağlanacak olan finansmanın en az %20'sinin proje şirketinin özkaynaklarından oluşması şartı düzenlenmiştir. Uygulamadaki örneklerde %20'si özkaynaklarla oluşturulan finansmanın geriye kalan %80'ni kredilerle sağlanmaktadır.

D. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Şehir hastanelerinde uygulanan kamu özel ortaklığı modelindeki sözleşme ilk bakışta bir idari sözleşmeye benzetilebilir zira sözleşmenin taraflarından biri kamu

¹⁷⁸ Pekgüçlü Karabulut 63.

tüzel kişiliğine sahiptir ve bu kamu tüzel kişiliğinin özel kesimde olmayan yetkileri söz konusudur. Bununla beraber sözleşmenin konusu bir kamu hizmetinin sunumuna ilişkin olup sözleşmede özel hukuku aşan hükümler de mevcuttur.¹⁷⁹ Örneğin şehir hastanesi sözleşmesinde özel sektörün yükümlülüklerine uygun olarak işlemleri gerçekleştirip gerçekleştirmediğini denetleme yetkisi yasa ile idareye tanınmıştır. Bu anlamda 6428 sayılı yasanın 4/4. maddesine göre proje şirketi idarenin kamu gücü ayrıcalığı taşıyan genel kabul görmüş denetim ilke ve esaslarına göre sorumludur. Ayrıca aynı yasanın *İstisnalar* başlığını taşıyan 9. maddesine göre; *"Bu kanun kapsamında yapılacak yatırımlarla ilgili olarak yatırım dönemiyle sınırlı olmak kaydıyla, idare ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri arasında yapılacak her türlü iş ve işlemler ile düzenlenecek kâğıtlar, 1/7/1964 tarihli ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa göre alınan damga vergisi ile 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu uyarınca alınan harçlardan müstesnadır."*

Ancak, yasa koyucu Anayasa'nın 47. maddesinden aldığı yetki ile şehir hastaneleri sözleşmelerinin hukuki rejimini özel hukuka tabi olarak belirlemiştir. 6428 sayılı yasanın 4/1 maddesindeki ilgili düzenleme şu şekildedir: ***"Sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olup süresi, tesisin özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere idarece belirlenir."*** 6428 sayılı yasayla yapılan şehir hastanesi sözleşmelerinin özel hukuka tabi olduğu ve bunun bir özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı düzenlemesi hakkında Anayasa'nın 47. Maddesine aykırılık teşkil etmesi gerekçesiyle iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi de aşağıda belirtilen gerekçelendirmelerle ilgili kamu hizmetine dair sözleşmenin hukuki mahiyetinin belirlenmesinde yasa koyucunun takdir yetkisinin bulunduğu ve bu yetki kapsamında gerçekleştirilen düzenlemenin Anayasa'nın 47. Maddesine aykırı olmadığı değerlendirmesini yapmıştır.

AYM'nin ilgili değerlendirmesi şu şekildedir: *"Anayasa değişikliğinin gerekçesi ile değişikliğe yol açan olgular (Anayasa Mahkemesi kararları) dikkate alındığında, Anayasa'nın 47. maddesine eklenen dördüncü fıkra ile amaçlanan hususun, geleneksel olarak kamu hukuku kurallarına tabi olduğu kabul edilen idari sözleşmelerle (özellikle imtiyaz sözleşmesiyle) özel kesime gördürülen kamu*

¹⁷⁹ Mehmet Fatih Gürkan, Selman Sacit Boz, "Sağlık Kamu Hizmetinin Görülmesinde Kamu Özel Ortaklığı," *Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt:1 -Sayı:2 (2013): 93.

*hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerle de gördürülebilmese imkân sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Değişiklikle, kanun koyucunun takdir yetkisinin kapsamı genişletilmiş ve kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından görülmesini sağlayan sözleşmelerin, çıkarılacak bir kanun ile kanun koyucunun iradesine bağlı olarak özel hukuk kapsamında da yapılabilmesi mümkün kılınmıştır. Dolayısıyla Anayasa'nın 47. maddesine eklenen bu fıkradan sonra, kanun koyucunun, imtiyaz sözleşmesinin unsurlarını taşısa dahi herhangi bir sözleşmeyi özel hukuk hükümleri kapsamına alması ve geleneksel olarak kamu hukuku kurallarına tabi sözleşmelerle yürütülen kamu hizmetlerini özel hukuk sözleşmeleri aracılığıyla özel kesime gördürülmesi yolunda düzenleme yapması olanaklı hâle gelmiştir."*¹⁸⁰

Görüldüğü üzere şehir hastanelerinin ana mevzuatını oluşturan yasayla yapılan düzenlemede söz konusu sözleşmenin hukuki rejimi özel hukuka tabi kılınmış bu anlamda sözleşme bir özel hukuk sözleşmesi kabul edilmiştir. Uyuşmazlıklarda başvurulacak yargı koluna baktığımızda, idari sözleşmelerin söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda çözüm yolu idari yargı kolunda aranırken özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözüm yolu ise adli yargı kolunda aranır.¹⁸¹ Bu sebeple şehir hastaneleri sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargı mahkemelerinde çözümlenecektir. Burada şu ayrımı yapmak icap edecektir: İdareye özel hukuk hükümlerini aşacak yetki ve ayrıcalık tanınması ile tanınan bu yetki ve ayrıcalıklar kullanılarak yapılan sözleşmenin imzalanma aşamasından önce gerçekleştirilmesi gereken, sözleşmeden ayrılabilen, idari usuller kullanılarak yapılan icrai nitelikteki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümü için kural olarak idari yargıya başvurmak gerekecektir.¹⁸² Bu anlamda sözleşmenin imzalanma aşamasından önce yapılan ve sözleşmeden ayrılabilen işlemler icrai niteliğe haiz değilse söz konusu işlemler özel hukuk hükümleriyle adli yargıya tabi olacaktır.¹⁸³

6428 sayılı yasa çerçevesinde imzalanan sözleşmelerin uygulanmasında ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda başka bir çözüm yolu olarak yasanın 4/11. maddesinde yapılan "Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında doğabilecek hukuki

¹⁸⁰ AYM., T. 01/04/2015, E. 2013/50, K. 2015/38, R.G. 15/04/2015, sayı:29327, <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:14.05.2023).

¹⁸¹ Çakır 105.

¹⁸² Gürkan, Boz 95.

¹⁸³ Gözübüyük, Tan c.I, 420.

ihtilaflarda Türk hukuku uygulanır ve ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri görevli ve yetkilidir. Ancak, taraflar ihtilafların esasına Türk hukukunun uygulanması kaydıyla ihtilafların 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler." şeklindeki düzenlemeyle uyuşmazlığın esasına kendi mevzuatımızın uygulanması şartıyla uluslararası tahkim de görevlendirilmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere şehir hastaneleri sözleşmeleri idari sözleşmenin izlerini taşısa da 6428 sayılı yasa ile sözleşme özel hukuk alanına çekilmiştir. İşte sözleşmenin idari sözleşme izleri taşıması sebebiyle uygulama aşamasında ortaya çıkacak uyuşmazlıklar her ne kadar adli yargı kolunda çözüme kavuşacak olsa da uyuşmazlığın çözüme kavuşacağı yolda idare hukuku kurallarının gözetilmesi gerekebilecektir.¹⁸⁴

E. Tarafların Yükümlülükleri

1. Özel Sektörün Yükümlülükleri

a- Finansman Yükümlülüğü

6428 sayılı yasanın 4/2. maddesindeki; *"Tesisin ve ticari hizmet alanlarının 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 yüklenici sorumludur."* ve yasanın uygulama yönetmeliğinin 54/1. maddesindeki; *"Yüklenici, İhale konusu tesisin yenileme veya yapım işlerine ait toplam sabit yatırım tutarı ile hizmetlerin verilmesine ilişkin gerekli tüm finansmanı sözleşmede belirtilen şekilde ve sürede sağlamak, finansman maliyetleri de dahil olmak üzere süresinde geri ödemekle yükümlüdür."* düzenlemeler gereğince sağlık kamu hizmetinin kamu özel ortaklığı modeli ile meydana getirildiği sistemde sağlık tesisinin kurulmasında gerekli olan sermaye için finansmanın

¹⁸⁴ Ayhan Tekinsoy, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* cilt:55 – sayı:2 (2006): 191.

oluşturulması özel sektöre yükletilmiştir ve bu sebeple söz konusu finansmanı özel sektör temin etmektedir. Özel sektör sağladığı finansmanın karşılığını tesisin işletilmesindeki tıbbi destek hizmetleri ve diğer destek hizmetlerini yerine getirerek ayrıca tesisi idareye kiralayarak almaktadır.

Sağlık tesisini meydana getiren model, 6428 sayılı yasada ve uygulama yönetmeliğinde belirtilmiş olmasa da yüksek yargı kararlarında yapılan değerlendirmeler gereğince özel bir finansman modelidir.¹⁸⁵

Şehir hastanesi projeleri büyük miktarda finansman kaynağı gerektirdiği için tesisi inşa eden proje şirketi genellikle finansmanın büyük bir bölümünü yabancı kredi kurumlarından yabancı para birimi ile kredi kullanarak sağlamaktadır.¹⁸⁶ Modelde ödemelerin Türk Lirası üzerinden yapılması döviz ile geri ödeme yapan proje şirketleri için kur riski anlamına gelmektedir. Bu anlamda idare, proje şirketinin yabancı para birimi ile finansman sağlaması hususunu gözeterek yaptığı ödemelerde kur farkını üstlenmiştir. Kanaatimizce, kur dalgalanmalarının ülkemiz açısından olumsuz seyrettiği şu dönemlerde bu riskin proje şirketinin üzerinden alınarak tamamının kamu üzerine bırakılması kamu özel ortaklığı modelinin yapı taşlarından olan risklerin paylaşılması ilkesi ile bağdaşmamakla beraber ciddi kamu zararına yol açabilecektir. İlgili düzenleme 6428 sayılı yasanın 5. maddesinde yerini bulmaktadır.¹⁸⁷

Mevzuattaki düzenlemeyle, proje şirketinin belirli miktarda bir öz kaynağa sahip olması şartı konularak söz konusu finansmanın sağlanmasında kullanılan krediye sınırlama getirilmiştir. Öz kaynak, *"hissedarların sermaye olarak işletmeye yatırdıkları varlıklar ile işletmenin dağıtılmayan kârları toplamından oluşan sermaye, diğer bir deyişle şirket varlıkları toplam değerinden borçların düşürülmesiyle hesaplanan net varlıklar"* anlamına gelmektedir.¹⁸⁸ 6428 sayılı yasanın 6. maddesi ve

¹⁸⁵ AYM., T. 01/04/2015, E. 2013/50, K. 2015/38, R.G. 15/04/2015, sayı:29327, <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi:14.05.2023).

¹⁸⁶ Palas Dağı 107.

¹⁸⁷ 6428 Sayılı Kanunun 5. Maddesi: "... Yüklenici tarafından yabancı para birimi ile kredi temin edilmesi ve kullanım bedelinin yeniden belirleneceği tarihteki ilgili döviz kurundaki değişimin Üretici Fiyat Endeksi ile Tüketici Fiyat Endeksi toplamının yarısı oranından yüksek veya düşük olması hâlinde, idare tarafından yönetmelikle belirlenen esaslar çerçevesinde hesaplanacak düzeltme katsayısı marifetiyle kur farkı hesaplanır ve yabancı para birimi ile borçlanma oranında kullanım bedeline eklenir veya kullanım bedelinden çıkarılır."

¹⁸⁸ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, www.sozluk.gov.tr (Erişim Tarihi:14/05/2023)

uygulama yönetmeliğinin 54. maddesi gereğince proje şirketinin sahip olması gereken özkaynak oranı, yatırım dönemi süresince sözleşmede belirtilen dönemsel yatırım tutarının %20'sinden az olamaz.

b- Tesisi Meydana Getirme Yükümlülüğü

Özel sektörün tesisin inşasındaki yükümlülüklerinden tesisin yapımında ve yenilenmesinde kullanılan malzemelerin ve tesisteki tıbbi donanımın sağlanmasındaki rolüne değinmekte fayda vardır. Örneğin, idare hukukunun temel prensiplerinden olan gelişmelere adaptasyon prensibi çerçevesinde hastanenin gelişen teknolojiye uyumu için tıbbi-klinik hizmette kullanılmak üzere yapay zekâya sahip bir cihaz alınacağını varsaydığımızda acaba bu cihazı idare mi yoksa proje şirketi mi alacaktır?

6428 sayılı yasanın 1/2 -v maddesi, tesisi oluşturan malzemelerin ve tıbbi donanımın teminine ilişkin düzenlemiş; yenileme ve yapım işlerinden *"Mevcut tesislerin yenilenme zarureti ortaya çıktığı durumlarda Bakanlıkça öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar çerçevesinde yenilenmesi ile Yüksek Planlama Kurulunca yapılmasına karar verilen tesisin yapım işlerinin sözleşme hükümlerine göre yapımı ve söz konusu tesisin bünyesinde yer alan malzeme, teçhizat ve varsa ihale dokümanında belirtilen tıbbi donanım da dâhil olmak üzere yüklenici tarafından üstlenilen bütün donanımın temini işlerini..."* anlamamız gerektiğini belirtmiştir. Daha özel bir düzenleme yasanın uygulama yönetmeliğinin 6/2. maddesinde, *"Yapım işlerinde, ihtiyari hizmetlerin sunulması ve ticari hizmet alanlarının işletilmesi yükleniciye bırakılabilir ve varsa ihale dokümanında belirtilen tıbbi donanım da dahil olmak üzere bütün donanım ile mefruşatın yüklenici tarafından sağlanması öngörülebilir."* şeklinde yapılmıştır.

Söz konusu düzenlemeler ışığında tesisin yapımı ve yenilenmesi için gerekli malzemelerin yüklenici tarafından sağlanmasının icap ettiğini söyleyebiliriz. Tıbbi donanımın yüklenici tarafından sağlanması yükümlülüğü ise ancak sözleşmede öngörülmüşse söz konusu olacaktır. Bu sebeple sözleşmedeki düzenleme ile tıbbi donanımın idarece veya kararlaştırılan üçüncü kişilerce sağlanması mümkün olabilecektir. Bu anlamda tıbbi cihazların yenilenmesi ve teknolojik gelişmelere

uyarlanması da sözleşmede donanımı temin edecek tarafın sorumluluğunda olabileceken bu konuda da sözleşmede ayrıca düzenleme yapılarak donanımın yenilenmesi ve teknolojik gelişmelere uyarlanması hususunda yüklenici şirket, idare veya üçüncü kişilerden biri yetkilendirilebilecektir. İşte yukarıda gündeme getirdiğimiz sorunun cevabı da yapılan bu düzenleme ekseninde şekillenecektir, bu sebeple sözleşmede tıbbi donanım teknolojik gelişmelere uyarlanması kimin üzerine yükletilmişse bu anlamda sorumlu kişi o olacaktır.

Şehir hastaneleri modelinde proje şirketinin finansman sağladıktan sonraki en önemli görevi sağlık tesisini inşa etmesidir. Bu çerçevede tesisi meydana getirme yükümlülüğü, modelin gereklerini sağlayan sağlık tesisinin proje şirketi tarafından inşa edilmesi anlamına gelmektedir.¹⁸⁹ İnşa edilecek tesis 6428 sayılı yasanın 1 /2 –s maddesinde; *"Sözleşme hükümlerine göre yüklenici tarafından yapılan ve Bakanlığın ve bağlı kuruluşlarının kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle tanımlanan görev ve yetkileri ile ilgili iş ve işlemlerini yerine getirmek için kullanacağı bina ve yapıları ifade eder."* şeklinde tanımlanmış. Tesis yapımı ise 1 /2 -v maddesinde; *"Mevcut tesislerin yenilenme zarureti ortaya çıktığı durumlarda Bakanlıkça öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar çerçevesinde yenilenmesi ile Yüksek Planlama Kurulunca yapılmasına karar verilen tesisin yapım işlerinin sözleşme hükümlerine göre yapımı ve söz konusu tesisin bünyesinde yer alan malzeme, teçhizat ve varsa ihale dokümanında belirtilen tıbbi donanım da dâhil olmak üzere yüklenici tarafından üstlenilen bütün donanımın temini işlerini ifade eder."* şeklinde tanımlanmıştır.

Şehir hastaneleri sözleşmesinde sağlık tesisinin inşasına ilişkin bölümün, TBK’da düzenlenen eser sözleşmesinin niteliklerini taşıdığını yukarıdaki bölümlerde dile getirmiştik. Bu anlamda eser sözleşmesi hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde şehir hastaneleri sözleşmesindeki tesisin inşasını düzenleyen hükümlerine uygulanması söz konusu olacaktır.¹⁹⁰ TBK’nın 470. maddesinde düzenlenen eser sözleşmesi, *"Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir."* şeklinde tanımlanmıştır. Şehir hastaneleri projesinde yüklenici konumunda olan proje şirketi sağlık tesisini inşa etmeyi, iş sahibi

¹⁸⁹ Keşli 120.

¹⁹⁰ Karagöz 45.

konumunda olan idare ise meydana getirilen tesise karşılık proje şirketine bedel ödemeyi üstlenmektedir. Projedeki durumun eser sözleşmesinden farkı, proje şirketinin, sözleşmedeki eser meydana getirme yükümlülüğü finansmanın sağlanarak eserin inşa edilmesiyle son bulmamasıdır. Eser meydana getirildikten sonra yüklenici tesisi kiralayarak ve tesisteki destek hizmetlerini yerine getirerek ayrıca ticari alanları işleterek gelir elde eder, bu ilişkiler neticesinde yüklenicinin idareyle arasında oluşan ve devam eden bir ilişki söz konusu olur.¹⁹¹

6428 sayılı yasanın uygulama yönetmeliğinin 5/d maddesindeki; *"Yapım ihalelerinde ihtiyari hizmetler de yükleniciye verilebilir ve bu husus ihale dokümanında belirtilir. Yapım ihalesinin içerisinde ihale edilmediği hallerde bu hizmetlerin alımı kamu ihale mevzuatına göre yapılır."* şeklindeki düzenleme ve aynı yönetmeliğin 6/2. maddesindeki; *"Yapım işlerinde, ihtiyari hizmetlerin sunulması ve ticari hizmet alanlarının işletilmesi yükleniciye bırakılabilir ve varsa ihale dokümanında belirtilen tıbbi donanım da dahil olmak üzere bütün donanım ile mefruşatın yüklenici tarafından sağlanması öngörülebilir. Bu durumda bedelin hesabı, yükleniciye bırakılan hizmetler ve ticari alanlar ile yüklenici tarafından sağlanan donanımlar ve mefruşat dikkate alınarak yapılır."* düzenlemesi kapsamında ihtiyari hizmetlerin sunulması, ticari hizmet alanlarının işletilmesi ve tıbbi donanımlar da dahil olmak üzere tüm donanımların yüklenici tarafından sağlanması hususu yapım işi kapsamına alınıp bunların sorumluluğu özel sektöre yükletilebilecektir.

Proje şirketinin tesisi meydana getirme yükümlülüğünü alt yükleniciler aracılığıyla gerçekleştirmesi de mümkündür ancak alt yüklenicilerin projedeki yapım işlerine dahil edilebilmesi alt yükleniciye yaptırılacak işin özelliği ve ilgili hususların sözleşmede belirtilmesiyle mümkün olacaktır.¹⁹² Ayrıca uygulama yönetmeliğinin 13. maddesinde yapılan, *"İhale konusu işte alt yüklenici çalıştırılmasına izin verilip verilmeyeceği ile işin özelliği nedeniyle alt yüklenicilere yaptırılacak işlerin ve alt yükleniciler ile yapılacak sözleşmenin idarenin onayına sunulacağı ihale dokümanında belirtilir. İşlerin alt yüklenicilere yaptırılması, yüklenicinin bu işle ilgili sorumluluğunu ortadan kaldırmaz."* şeklindeki düzenlemeyle alt yükleniciye gördürülecek yapım işlerinin ve bu hususu kapsayacak sözleşmenin idarenin onayına

¹⁹¹ Pekgüçlü Karabulut 246.

¹⁹² Palas Dağlı 119.

sunulması işlemine tabi olduğu hüküm altına alınmış, alt yüklenicilere gördürülen işlerde proje şirketinin de sorumluluğunun devam ettiğine dikkat çekilmiştir.

c- Destek Hizmetleri Sunma Yükümlülüğü

Kamu Özel Ortaklığı modeli ile yapılan şehir hastanelerinde önceki bölümlerde sıkça bahsettiğimiz şekilde hizmetin yerine getirildiği tesiste idarenin ve özel sektörün farklı görevleri mevcuttur. Tesisteki sağlık hizmetinin sunumunda özel sektör, tıbbi-klinik hizmetler dediğimiz çekirdek hizmetlerin dışında kalan ve sözleşmede kararlaştırılan tıbbi destek ve diğer destek hizmetlerini yürütmekle yükümlüdür. İdare, çekirdek hizmeti sunmak için özel sektöre ödediği kira bedelinin yanında bu destek hizmetleri için de ayrıca ödeme yapar.¹⁹³ P1 ve P2 hizmetler olarak adlandırılan bu destek hizmetlerin kapsamı şu şekildedir: P1 hizmetler tesisin kullanımında ortaya çıkan hizmetlerdir, bunlar: *"bina, elektrik, asansör, soğutma, olağanüstü bakım-onarım, peyzaj ve ana tıbbi cihazlar"* olarak örneklendirilebilir. P2 hizmetlere ise; *"ilaçlama, otopark, temizlik, bilgi yönetimi, güvenlik, resepsiyon, yardım, taşıma, çamaşır, yemek, laboratuvar, görüntüleme, sterilizasyon, dezenfektasyon, rehabilitasyon ve atık hizmetleri"* gibi hizmetler örnek verilebilir.¹⁹⁴

d- Tesisin Bakımı, Onarımı ve Yenilenmesi Yükümlülüğü

Şehir hastaneleri projesinde sağlık tesisinin meydana getirilmesiyle tarafların iki yeni rolü oluşur; özel sektör, bir yandan çekirdek hizmetleri sunan idareye tesisi kiraya verir, diğer yandan tıbbi destek hizmetler ile destek hizmetleri yerine getirerek ve ticari alanları işleterek gelir elde eder. Tesisi bu suretle sözleşmede belirlenen süre boyunca işleten özel sektörün yapım yükümlülüğü başlığına dahil olan bir diğer konu ise tesislerin bakım ve onarımıdır. Bu husus 6428 sayılı yasanın 4/2. maddesinde açıkça dile getirilmiştir. Söz konusu sorumluluğunu yerine getirilmediği durumda yasanın 4/7. maddesi uyarınca yükleniciye durum ihtar edilerek süre verilir, sürenin

¹⁹³ Bkz.: yuk. 60.

¹⁹⁴ Emek, Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Sözleşmeleri: Beklenti ve Gerçekleşme 152.

sonunda bakım, onarım veya yenileme hizmeti yerine getirilmemişse iş idare tarafından yaptırılarak bedeli ödenir. Daha sonra bu bedel yükleniciye yapılacak ödemelerden mahsup edilir.

Tesisteki yenileme yükümlülüğünde ise bakım ve onarım yükümlülüğünden farklı olarak; yüklenici yenileme işlemini idare tarafından kendisine verilecek bir karşılık neticesinde gerçekleştirir. 6428 sayılı yasanın 2/2. maddesine bu hususu şöyle düzenlemiştir: *"Bakanlık ve bağlı kuruluşları, öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar doğrultusunda kullanımlarında bulunan tesislerin yenilenmesi işlerini, tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması ve/veya ticari hizmet alanlarının işletilmesi ve/veya bedelinin ödenmesi karşılığında yaptırabilir."*

e- Araştırma – Geliştirme ve Danışmanlık Hizmetlerinin Sunulması Yükümlülüğü

Proje şirketinin yerine getirmesi gereken borçlardan biri de sağlık hizmetinin sunulduğu şehir hastaneleri projelerinde araştırma – geliştirme ve danışmanlık hizmetlerinin sunumudur. Söz konusu hizmetleri 6428 sayılı yasanın uygulama yönetmeliğinin 4/e maddesinde, *"danışmanlık/hizmet alımı"* başlığında; *"Bu Yönetmelik kapsamında yapılacak işlerle ilgili olarak araştırma-geliştirme, proje yapımı ve uygulama, işletme, hukuk, teknoloji ve benzeri konularda alınacak değerlendirme ve müşavirlik hizmetleri"* şeklinde açıklanmıştır.

Araştırma – geliştirme ve danışmanlık faaliyetleri kapsamında proje şirketi ile idare arasında ayrı bir sözleşme yapılması gerektiği hususu 6428 sayılı yasanın 1 /2 - ö maddesinde düzenlenmiş, söz konusu düzenlemede ilgili sözleşme; *"Yapım işlerinde özel amaçlı şirketle idare arasında; yenileme işleri ile bu Kanun çerçevesinde ihtiyaç duyulan araştırma, geliştirme, danışmanlık hizmetleri veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi için yüklenici ile idare arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılan sözleşme ve eklerini ifade eder."* şeklinde tanımlanmıştır. Yine bu faaliyetler kapsamında hizmet alımı yapacak olan idarenin söz konusu hizmetleri 6428 sayılı yasa kapsamındaki ihale usulleriyle özel hukuk kişisine gördürülebileceği 6428 sayılı yasanın 2/3. maddesinde yer alan; *"Bu Kanun*

çerçevesinde yapılacak olan işlere yönelik araştırma, geliştirme, proje ve danışmanlık hizmetleri bu Kanunda yer alan ihale usulleri ile temin edilebilir." şeklindeki düzenlemeyle hüküm altına alınmıştır.

f- Devir Yükümlülüğü

Şehir hastaneleri projesinde sağlık tesisinin meydana getirilmesiyle tarafların iki yeni rolü doğacağından bahsetmiştik, bu kapsamda ,sözleşmede belirlenen süre boyunca, idare tesiste kiracı statüsünde tıbbi-klinik hizmet diye adlandırdığımız çekirdek hizmetleri yerine getirir; proje şirketi ise tıbbi destek ve diğer destek hizmetleri ile ticari alanların işletilmesi faaliyetlerini yerine getirir. Tesis sözleşmede belirtilen süre boyunca idareye kiralayan ve diğer hizmetleri yerine getirmek için tesisi işleten özel sektör bu sürenin sonunda tesisin tümünü idareye devretmekle yükümlüdür. İlgili düzenleme 6428 sayılı yasanın 7. maddesinde; *"Bu Kanuna göre idare ile yüklenici arasında imzalanan yapım sözleşmesi süresi sonunda yerleşke, her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer."* şeklinde yapılmıştır.

İlgili düzenlemeden çıkarılması gereken iki sonuç bulunmaktadır; bunlardan ilki, sözleşmede belirtilen sürenin sonunda tesisin idareye devri hususunun, devir için herhangi bir hukuki işleme gerek kalmadan kendiliğinden meydana gelen bir mekanizmaya sahip olmasıdır. İkinci husus ise, proje şirketi tesisi her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda devredecektir ayrıca söz konusu şartlar altında gerçekleşen devirde proje şirketinin herhangi bir bedel talep etme hakkı da olmayacaktır. 7. madde düzenlemesinin devamında şu hususlara değinilmiştir: Tesisin sözleşme süresi sonunda yukarıda belirtilen niteliklerde olup olmadığına dair mevcut durumu değerlendirir bir durum tespit tutanağı oluşturulması için idarece bir heyet görevlendirilir, heyet herhangi bir eksik veya arıza tespit ederse bunların giderilmesi için yükleniciye süre verilir ve bu süre sonucunda da eksiklik ve arıza giderilmezse belirlenen eksik ve arızaların giderilmesi için gereken parasal değer varsa yükleniciye yapılacak ödemelerden mahsup edilir ve/veya teminatından karşılanır. Bu suretle de karşılanamaması hâlinde ise yükleniciye tazmin ettirilir. Örneğin, tesisteki tıbbi donanımların finansal kiralama yöntemiyle temin edilmesi ve

devir esnasında buna ilişkin ödenmeyen bedellerin olması durumu ya da mülkiyeti muhafaza kaydıyla alınan malzemelerin ödemesinin devir esnasında devam etmesi gibi durumlar söz konusu olabilecektir, bu gibi durumların olmaması için özel sektörün tesisi devri yükümlülüğünün kapsamına devredilecek tesisin borç ve taahhütlerden arı olması yükümlülüğü de dahil edilmiştir.¹⁹⁵

2. İdarenin Yetkileri ve Yükümlülükleri

a- Gözetim ve Denetim Yetkisi

Bu başlık altında iki farklı denetim mekanizmasından bahsedilecektir. İlk olarak idarenin 6428 sayılı yasadan ve sözleşmeden aldığı denetim yetkisinin kapsamı ve bu denetimin nasıl yerine getirildiği hususlarına, ikinci olarak ise Sayıştay'ın kamu özel ortaklığı projesi olarak şehir hastaneleri üzerindeki denetiminin olup olmadığı ve söz konusu denetimin hangi konular üzerinde yoğunlaştığı ile yapılan denetimler sonucunda ortaya çıkan tespitlerin neler olduğu hususlarına değinilecektir.

Şehir hastaneleri projelerinde idarenin denetimi konusu 6428 sayılı yasanın 4/4. maddesinde; *"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."* şeklinde düzenlenmiştir. Düzenleme kapsamında idarenin denetim yetkisi, modelin sözleşmesinde kararlaştırılan borçların, ihale dökümüne ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilip getirilmediğini ortaya koymaktadır. Model sözleşmesinde kararlaştırılan borçlar tesisin inşasını, bakım-onarım ve yenilenmesini, çekirdek hizmet dışında kalan hizmetlerin yerine getirilmesini ve ticari alanların işletilmesini kapsamaktadır. İdare, proje şirketi üzerindeki denetim yetkisini kullanırken; proje şirketinin sözleşmeye aykırılık teşkil eden eylemi ile karşılaştığında 6428 sayılı yasanın 4/7. maddesi gereğince yaptırım yetkisine sahip olacaktır.

¹⁹⁵ Pekgüçlü Karabulut 413, Karagöz 67.

İdarenin denetim yetkisini düzenleyen 6428 sayılı yasanın 4/4. maddesine göre idare, proje şirketinin faaliyetlerini kendi denetleyebileceği gibi bu kapsamda denetleme işlemini yerine getirmesi için bir yüklenici de kullanabilir.¹⁹⁶ Ancak bu konuda öğretide yapılan değerlendirmeye göre, denetimin idarenin kullanabileceği bir kamu gücü ayrıcalığı yetkisi olduğundan bu yetkiyi idarenin bizzat kendisinin yerine getirmesi gerekli görülmüş aksi halde idare ile kamu hizmeti arasındaki bağın zayıflayacağı hususuna dikkat çekilmiştir.¹⁹⁷

Şehir hastanelerinde, idare, denetim yetkisini çoğu zaman danışmalık şirketi aracılığıyla kullanmaktadır. Bu denetimi idare adına yerine getiren danışmanlık şirketi, proje şirketi faaliyetlerinin denetimini yapar, bu denetim sonucu mali değerlendirmelerin de bulunduğu bir rapor hazırlayarak idareye sunar ve ilgili raporların belirli aralıklarla idareye sunulmasıyla proje şirketinin sözleşmeden doğan borçlarını gereği gibi ifa edip etmediği idarece tespit edilir.¹⁹⁸

Şehir hastaneleri modelindeki proje yapısı diğer kamu özel işbirliği projelerinde olduğu gibi devletin tüm gelir, gider ve varlıklarını denetlemekle görevli olan Sayıştay tarafından denetime tabi tutulmaktadır ve bu anlamda Sayıştay, kamu özel ortaklığı projelerini tahsis edilen kaynaklar, koşullu yükümlülükler, öngörülen maliyetler ile hedeflenen çıktılar gibi konuları içeren bir denetime tabi tutmaktadır, ifa edilen denetimler neticesinde ortaya çıkan raporlar TBMM'ye sunulur ve kamuoyuna açıklanır.¹⁹⁹

Şehir hastanelerine ilişkin yapılan denetimler sonucu ortaya çıkan tespitler Sayıştay'ın Sağlık Bakanlığı Denetim Raporu'nda yayımlanmaktadır. Bu kapsamda Sayıştay'ın ilgili raporlardaki şehir hastanelerine ilişkin tespitlerini incelediğimizde, projenin hazırlık ve planlama aşamasına; projenin ihale ve sözleşme süreçleri ile risk paylaşımına; projedeki uygulama aşaması, yükümlülükler ve yaptırımlara; projedeki

¹⁹⁶ Barkan Tereyağolu 72.

¹⁹⁷ Evren 144.

¹⁹⁸ Palas Dağlı 176.

¹⁹⁹ Nükrettin Parlak, Hacı Ömer Köse, Metin Toprak "Kamu-Özel İşbirliği Modeli ve Türkiye Uygulamaları: Sayıştay Raporları Işığında Uygulama Sonuçlarının Değerlendirilmesi," *Sayıştay Dergisi* cilt:31 – sayı:119 (2020): 24.

kayıt ve muhasebeleştirme işlemlerine; projedeki kontrol, değerlendirme ve hesap verme süreçlerine ilişkin değerlendirmeler yapıldığını görmekteyiz.²⁰⁰

b- Hazine Arazisi Temin Etme Yükümlülüğü

Proje şirketinin sağlık tesisi inşası idarenin kendisine bedelsiz olarak temin ettiği hazineye ait arazi üzerinde gerçekleşmektedir.²⁰¹ Bu durum 6428 sayılı yasanın 1. maddesinde tesisin, "*Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması*" şeklinde düzenlenmiş, uygulama yönetmeliğinin 53. maddesindeki "*Üst hakkı tesisi ve yer teslimi*" başlığı altında konuya ilişkin düzenlemenin detaylarına yer verilmiştir. Yasaya göre modelde proje şirketinin sağlık tesisi inşa etmesi için hazine arazisinin temin edilmesi arazi üzerinde proje şirketi lehine bir üst hakkı kurulması şeklinde gerçekleşir. Bu suretle özel sektöre hazineye ait bir arazi üzerinde inşaat yapma hakkını sağlayan üst hakkının tesisiyle sadece sözleşmesel değil aynı bir hak kapsamında da güvence sağlanmaktadır.²⁰²

Üst hakkı, bir kişiye, kendi mülkiyeti üzerinde olmayan arazinin üstünde veya altında inşaat yapma yetkisinin verildiği bir irtifak hakkıdır, kişi aldığı yetkiyle başkasına ait arazinin altında veya üstünde bir inşaat yaparak veya daha önceden kurulmuş bir inşaatı muhafaza ederek ona malik olma yetkisi verir.²⁰³ 6428 sayılı yasanın ilgili maddesinde üst hakkının hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazları

²⁰⁰ 2018 ve 2019 Yılı Sağlık Bakanlığı Sayıştay Denetim Raporlarındaki ilgili tespit, bulgu ve değerlendirmeler için bkz. Parlak, Köse, Toprak 28-34.

²⁰¹ Uygulama Yönetmeliği'nin 53/1. Maddesindeki düzenleme "... yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere sözleşme süresi boyunca özel amaçlı şirket lehine **bedelsiz olarak** bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilir..." şeklindedir.

²⁰² İlkay Sinem Kubilay, *Kamu Özel İşbirliği Projelerinde Üst Hakkı: Şehir Hastanesi Örneği*. Yüksek Lisans Tezi. (Ankara: Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2019) 86.

²⁰³ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016) 866.

üzerinde kurulması gerektiği düzenlenmiş, uygulama yönetmeliğinin 53/1-b maddesinde ise üst hakkı verilmek suretiyle tesis edilecek arazi biraz daha detaylandırılarak tesis edilecek arazinin "*Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunup tescili mümkün olan yerlerden*" olması gerekliliği düzenlenmiş bu sebeple söz konusu arazinin kamuya ait olmasının yanında tescili mümkün niteliğe sahip olması da aranmıştır.

c- Kullanım ve Hizmet Bedeli Ödeme Yükümlülüğü

Sağlık hizmetinin çalışmamızda ele aldığımız modelle yerine getirildiği sistemde finansmanın ve çekirdek hizmet dışında kalan tıbbi destek ile diğer destek hizmetlerinin sağlanması özel sektörün sorumluluğundadır. İdare, özel sektörün kurduğu sağlık tesisini çekirdek hizmetler olan tıbbi klinik hizmetleri sunmak için kiralar. Kira bedeli de dahil olmak üzere, idare tarafından , özel sektöre projenin başında sağladığı finansman ile proje uygulamasında yerine getirdiği hizmetlerin bedeli olarak "*Kullanım Bedeli (Kira + Bakım/onarım-[P1])*" ve "*Hizmet Bedeli (Tıbbi destek hizmetleri + Destek-[P2])*" başlıklarında yılda dört defa ödeme yapılır.²⁰⁴

P1 hizmet grubundaki hizmetler karşılığında ödenen bedel Sağlık Bakanlığı'na tahsis edilen bütçeden karşılanmaktadır, *kullanım bedelini* ihaleyi kazanan proje şirketinin verdiği teklif oluşturur, kullanım bedelinde uygulama aşamasında iki şekilde değişiklik oluşabilir; *kullanım bedelindeki* değişikliğin ilki proje şirketinin yerine getirmesi gereken hizmetlerde yaşanabilecek gecikmelere, bu hizmetlerde ortaya çıkabilecek hata ve olumsuzluklara uygulanacak cezaya göre kendisini gösterir, ikincisi ise Türk Lirası olarak belirlenen bedel, proje şirketinin finansmanı sağlamak için gerçekleştirdiği uluslararası anlaşmalarda kullanılan döviz cinsi ve Yurt İçi Üretici Fiyatları Endeksindeki değişiklikler neticesinde yapılan güncelleme şeklinde kendisini gösterir.²⁰⁵ P2 hizmet grubuna giren hizmetler karşılığında ödenen bedel hastanelerin döner sermayesinden sağlanmaktadır. Bu başlıktaki hizmetlerin kapsamı ile tutarı her on yılda bir piyasa testiyle güncellenmektedir ayrıca P2 hizmet grubundaki miktara bağlı olan hizmetler için yıllık bir kullanım miktarı belirlenir ve uygulamada ortaya

²⁰⁴ Bkz.: yuk. 60, Bkz.: yuk. 69.

²⁰⁵ Uğur Emek, "Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Sözleşmeleri: Beklenti ve Gerçekleşme," 152.

çıkan kullanım miktarı belirlenen miktardan fazla olursa, oluşan fazlalık kadar proje şirketine ayrıca ödeme yapılır, ortaya çıkan aksama, eksiklik gibi olumsuz durumlar için de P1 hizmet grubunda olduğu gibi bu grup için de özel sektöre cezai müeyyideler uygulanır.²⁰⁶ Miktarla bağlı olan hizmetlere, "sterilizasyon ve dezenfeksiyon hizmetleri, tam ve/veya yarı otomatik sistem merkezi kemoterapi ilaç hazırlama, tam ve/veya yarı otomatik sistem merkezi Total Parenteral Nutrition hazırlama hizmetleri, laboratuvar, görüntüleme, fizik tedavi ve rehabilitasyon hizmetleri" gibi hizmetleri örnek göstermek mümkündür.²⁰⁷

d- Hazine Garantisi

Çalışmamızın yukarıdaki bölümlerinde bahsettiğimiz üzere, şehir hastanesi projesi, yüksek mali kaynak gerektirmesi özelliği ile ön plana çıkmaktadır. Projenin kamu özel ortaklığı modeliyle hayata geçirilmesinin en temel gerekçesi projenin bu özelliğidir. Söz konusu kaynağın büyüklüğü sebebiyle özel sektör kendi sermayesine destek olacak farklı finansman arayışlarına girmektedir, özel sektörün kendi sermayesi dışında kalan kısım için borç altına girmesinde proje uygulaması esnasında gelir getirici faaliyetler sonucunda kâr elde etmesinin yanında hazine garantilerinin de bulunması önem arz etmektedir çünkü tüm yükü kendi üzerinde hissetmesi böyle bir borç riskini almaması sonucunu doğurabilecektir.²⁰⁸

Şehir hastanelerindeki hazine garantisi iki başlıkta kendisini göstermektedir, bunlardan ilki, özel sektörün finansman sağlamak için kullandığı kredi borçlarının üstlenilmesidir. Söz konusu garanti borç üstlenim garantisi veya kredi garantisi olarak adlandırılmaktadır ve 21 Şubat 2013 tarihinde 6428 sayılı yasayla kabul edilip **4749 sayılı "Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun"** a eklenen 8/A maddesi kapsamındaki kurallara tabidir.²⁰⁹ Borç üstlenilmesi noktasında hazine garantisinin verilmesini, kamu özel ortaklığı projesini bir risk paylaşımı modeli olduğunu düşündüğümüzde, fayda sağlayacak bir kurum olarak nitelendirmek mümkün ise de Hazine Müsteşarlığı Tarafından Gerçekleştirilecek Borç Üstlenimi

²⁰⁶ Uğur Emek, "Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Sözleşmeleri: Beklenti ve Gerçekleşme," 152.

²⁰⁷ Toker 64.

²⁰⁸ Çakır 121.

²⁰⁹ Palas Dağlı 160.

Hakkında Yönetmelik m. 4/2'ye göre borç üstlenimi, ana kredi tutarının sözleşmenin şirket kusuru sebebiyle feshi halinde %85'ini sözleşmenin şirket kusuru dışındaki nedenlerle feshi halinde %100'ünü kapsayacak şekilde verildiği dikkate alındığında modelin kullanılma sebebi olan risklerin paylaşılması ilkesiyle çeliştiği görülmüş, bu kapsamda finansmanı sağlayan borcun geri ödenmesinde ortaya çıkabilecek sorunlarda riskin büyük oranda kamu üzerinde bırakıldığı bir uygulama söz konusu olduğundan büyük oranda kamu zararının ortaya çıkabileceği bir uygulama ile karşı karşıya kalınmıştır.

Hazine garantisi konusundaki ikinci başlık ise kamuoyunda şehir hastanesi projeleri ile alakalı sıkça anılan hasta garantisidir. Mevzuatı ve öğretiyi taradığımızda hasta garantisi adı altında bir üstlenimin olmadığını söylemek mümkündür ancak miktara bağlı olan hizmetler için belirli oranda doluluk garantisi verildiği Sayıştay'ın 2019 yılındaki Sağlık Bakanlığı Denetim Raporu'nda ortaya çıkmıştır. Şöyle ki; Sağlık Bakanlığı 2019 Yılı Sayıştay Denetim Raporu'nun "*BULGU 20: Şehir Hastanelerinin Miktarla Bağlı Hizmet Ödemeleri İçin Görevli Şirket ile Yapılması Gereken Yıl Sonu Mahsuplaşmanın Yapılmaması*" başlığında ilgili konuya ilişkin tespitler, idarenin şehir hastanesi sözleşmelerindeki doluluk garantisi taahhüdünü içeren "Tarafların Hak ve Yükümlülükleri" başlıklı 7'nci maddesinin 7.12'nci fıkrası açıklanmak suretiyle yapılmıştır. Böylece ticari sır gerekçesiyle kamuoyuyla paylaşılmayan şehir hastaneleri sözleşmelerinin bir maddesini Sayıştay denetim raporunda kamuoyuyla paylaşmıştır. Sayıştay'ın 20 numaralı bulgusu içerisinde yer alan şehir hastaneleri sözleşmesinin "Tarafların Hak ve Yükümlülükleri" başlığını taşıyan 7. Maddesinin 7.12'nci fıkrası şu şekildedir:

*"İdare, Şirket'e Ek 18'de (Ödeme Mekanizması) düzenlendiği şekilde İşletme Dönemi boyunca Miktarla Bağlı Hizmetler için Ek 18 (Ödeme Mekanizması) içerisinde yer alan Ek B'nin Miktarla Bağlı Hizmetler başlıklı Bölüm B'de liste halinde belirtilen **yıllık %70 (yüzde yetmiş) doluluk oranına göre hesaplanan aylık miktarların ödenmesini ilgili ayda gerçekleşen hasta yatak doluluk oranına bakılmaksızın garanti etmektedir.** İdare, garanti edilen miktarların aşılması halinde aşılan miktarlara ait ödemenin tamamını yapacağını kabul ve taahhüt eder. Ancak, söz konusu garanti uyarınca, İdare tarafından garanti edilen tutara ulaşmak üzere Şirket'e aylık bazda yapılan ilave ödemelerin yıllık toplamı, İdare tarafından garanti*

edilen yıllık miktarın aşılması durumunda, aşan miktar, ilgili İşletme Yılı sonunda sunulan Miktara Bağlı Hizmetler'in yıllık toplam bedelinden kesilecektir.

*Her halükarda, kesinti yapılan meblağlardan sonra kalan miktar garanti edilen (Ek 18 (Ödeme Mekanizması) içerisinde yer alan Ek A'nın Miktara Bağlı Hizmetler başlıklı Bölüm B'de belirtilen aylık ve yıllık meblağın altında olamaz. Bahse konu hesaplama her bir İşletme Yılı'nın son ayında yapılacaktır."*²¹⁰ Sözleşme maddesine göre miktara bağlı olan hizmetler için idare belirli oranda doluluk garantisi vermektedir. Sözleşme maddesinden çıkarabileceğimiz diğer bir sonuç ise şudur; miktara bağlı hizmetlerin aylık gerçekleşme oranı garanti edilen orandan yüksek ise idare gerçekleşen oran üzerinden bedel ödeyecektir ancak söz konusu hizmetin aylık gerçekleşme oranı garanti miktarının altında ise idare gerçekleşen miktar kadar değil garanti ettiği miktar üzerinden bedel ödemesi yapacaktır. Takdir edersiniz ki sözleşmede özel sektöre verilen doluluk oranının gerçekleşmesi için sağlık tesisine hasta vatandaşların gelmesi gerekmektedir bu sebeple sözleşmede miktara bağlı hizmetler için idare tarafından verilen doluluk garantisinin aynı zamanda hasta garantisi olduğu ortadadır.

Şehir hastaneleri projelerinde borç üstlenimi ve doluluk garantisi olarak karşımıza çıkan hazine garantilerinde dikkat edilmesi gereken husus, buradaki risklerin taraflara eşit şekilde gerekirse kamunun lehine olacak şekilde yüklenmesidir. Bu anlamda kamu özel ortaklığı modeli ile yapılan şehir hastaneleri projelerinde süreci kamuya faydalı yönetmenin koşulu özel sektörün yüksek finansman borcu yükünü hafifletecek garantilerin kamu yararının gözetilerek verilmesidir. Bu çerçevede devletin, daha önce uygulanan uluslararası benzer alanlardaki örnek projeleri dikkatle incelemesi oradaki hata ve eksiklikleri değerlendirmesi gerekli olup ulusal anlamda da alanında uzman kişilerin oluşturduğu kurulların kurularak, bu kurullar tarafından pozitif bilimin gereklerine uygun analizlerin yapılması ve buradan çıkan sonuçlara göre sürecin yürütülmesi gerekmektedir aksi halde verilen garantiler sonucunda kamu gereğinden fazla mali yüke maruz kalacak ve neticede ortaya çıkacak olumsuzluklardan sağlık kamu hizmetinin aksaması sonucu doğabilecektir.

²¹⁰ Sağlık Bakanlığı 2019 Yılı Sayıştay Denetim Raporu, sayfa:92. T.C. Sayıştay Başkanlığı. <https://www.sayistay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 27.05.2023)

III. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

6428 sayılı yasaya göre kamu özel ortaklığı modeli ile yapılan şehir hastaneleri projelerinde sözleşme, belirlenen sürenin sonunda kendiliğinden sona erebileceği gibi belirlenen süreden önce de tarafların anlaşması, sözleşmenin haklı nedenle feshi veya sözleşmenin mücbir nedenle feshi gibi sebeplerle de sona erebilecektir. Bu sona erme hallerinden herhangi birinin gerçekleşmesi halinde özel sektörün işletmesine bırakılan tıbbi klinik sağlık hizmetleri dışında kalan sağlık hizmetleri ve ticari hizmet alanları sona erme tarihinden itibaren bir işleme gerek kalmaksızın idarenin tasarrufuna geçer.²¹¹ Hizmet alanlarının ve tesisteki teçhizatların özel sektör tarafından hangi nitelikte devredileceği 6428 sayılı yasanın 7. maddesinde *"Bu Kanuna göre idare ile yüklenici arasında imzalanan yapım sözleşmesi süresi sonunda yerleşke, her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer."* şeklinde açıklanmıştır.

Uygulama yönetmeliği madde 64/1'deki düzenlemeye göre sözleşmenin normal şekilde süresi sonunda sona ermesi ve sözleşmenin feshi gibi olağanüstü şekilde sona ermesi hallerinde *"yüklenicinin, idarenin iznini almaksızın tesislerdeki tesisatı bozmasını yerinden kaldırmasını; tesise ait ihzarat ve diğer malzeme, araç ve makinelerinden herhangi birini başka bir yere götürmesini, herhangi bir şekilde başkasına devretmesini veya tesiste değişiklik yapmasını"* engellemek için gerekli gördüğünde idare tesise el koyarak yükleniciyi tesisten uzaklaştırabilir.

A. Sözleşmede Belirlenen Sürenin Sona Ermesi

Sağlık kamu hizmetinin şehir hastaneleri modeliyle yerine getirildiği sistemde, idare ile yüklenici arasındaki sözleşme bir süre belirlenerek kurulur ki; bu süre

²¹¹ Çakır 456.

sonunda sağlık tesisinin tamamı herhangi bir işleme gerek kalmadan bedelsiz olarak idareye geçer ve böylece sözleşme kendiliğinden sona ermiş olur. 6428 sayılı yasanın "sözleşme" başlığını taşıyan 4/1 maddesine göre projedeki süre, *"tesisın özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere idarece belirlenir."* Bir sağlık tesisinin sadece yenileme işlemine uygulanacak kamu özel ortaklığı projesinde ise bu süre uygulama yönetmeliğinin 50/2 maddesine göre işın özellikleri dikkate alınarak en fazla onbeş yıl olacak şekilde idarece belirlenecektir.

Burada cevaplanması gereken bir soru belirlenen süre sonunda özel sektör lehine bir süre uzatımı halinin söz konusu olup olmadığıdır. Bu noktada uygulama yönetmeliğini incelediğimizde, yönetmeliğın 21/2-y maddesi ihale belgelerinden olan idari şartnamede süre uzatımı verilebilecek hâllerin ve şartların yer almasını düzenlemiş, aynı yönetmeliğın 49/1-z maddesi ise idare ile özel sektör arasında imzalanan sözleşmede yer alacak hususlar arasında süre uzatımı verilebilecek hâllerin ve şartların neler olduğunun belirtilmesini hüküm altına almıştır. Yönetmeliğın ilgili maddelerinden anlamaktayız ki sözleşmede belirtilen sürenin sonunda bir tek ihtimal olarak idarenin sağlık tesisini devralması ile karşılaşılıyor; idari şartnamede ve proje sözleşmesinde belirtilen hâl ve şartlarda proje şirketinin sözleşmede belirtilen hizmetleri yerine getirebilmesi için başta kararlaştırılan süre uzatılabilir. Süre uzatımı konusunu ilgilendiren bir diğerk durum ise 6428 sayı yasanın 4/9. Maddesinde yer alan *"Mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini artırmamak kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir."* şeklindeki düzenlemedir. İlgili düzenlemeye göre olağanüstü hâl veya mücbir sebeplerin varlığı halinde Sağlık Bakanlığı'nın da onayıyla sözleşme süresinin uzatımı söz konusu olabilecektir.²¹²

²¹² Palas Dağlı 192.

B. Tarafların Karşılıklı Anlaşması

Şehir hastaneleri sözleşmelerinin, belirlenen süre sona erdiğinde tarafların mevzuatta düzenlenen yükümlülüklerini yerine getirmek suretiyle sonlanması esas olandır. Bununla beraber şehir hastaneleri sözleşmesini belirlenen süreden önce sonlandırılması hali olarak çeşitli düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemelerden biri tarafların anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmesidir. Tarafların anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmesi uygulama yönetmeliğinin 63. Maddesinde *"Mücbir sebep hallerinin ortaya çıkması veya yüklenici ile idarenin karşılıklı anlaşması halinde sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin hususlar sözleşmede belirlenir. Sözleşmenin sona erdirilmesi halinde, Maliye Bakanlığınca yüklenici lehine üst hakkı tesis edilen taşınmaz ile üzerinde bulunan yapı, tesis ve müstemilat sağlam ve işler durumda bedelsiz olarak Hazineye geçer."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda sözleşmenin karşılıklı anlaşarak sona ermesi hallerinin ve sonuçlarının sözleşmede düzenlenmesi hüküm altına alınmıştır.

Şehir hastaneleri projelerinde, projenin büyüklüğü ile önemi ve kamu yararı ilkesi göz önüne alınarak işin başında, sözleşmenin sona ermesi için bir plân ve program belirlenir. Bu plân ve program dahilinde yukarıda açıklandığı üzere otuz yılı aşmayacak şekilde bir süre belirlenir. Tarafların anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmesi halinde bu plân ve programın dışına çıkmış olacaktır, sözleşmenin sağlık kamu hizmetini ilgilendiren konusu dikkate alındığında, belirlenen süreden önce anlaşarak sözleşmenin sona erdirilmesi kamu hizmetinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyebileceğinden bu yolun en son çare olarak düşünülüp ancak kamu yararının gerektirdiği durumlarda bu yola başvurmak gerektiğini düşünmekteyiz.

C. Tek Taraflı İrade Beyanı Neticesinde Fesih

Şehir hastaneleri modelinde sözleşme, yukarıda izah edilen belirlenen süre sonunda veya tarafların karşılıklı anlaşmalarıyla gerçekleşen sona erme hallerine ek olarak, modelde, 6428 sayılı yasa ve uygulama yönetmeliğinde düzenlenen hükümlerdeki koşulların mevcudiyeti söz konusu olduğunda sözleşmenin, gerek idare

gerekse özel sektörün kusurundan kaynaklanan sebeplerle tek taraflı irade açıklamasıyla feshedilerek de sona ermesi mümkündür.

Sözleşmenin feshedilerek sona ermesi hali yukarıda açıkladığımız işin başında yapılan plân ve programın dışında bir sona erme hali olduğundan, idare ve özel sektörün karşılaştığı sorun için sözleşmeyi sonlandırmadan tarafların haklarına halel getirmeyen farklı çözüm yollarına başvurabildiği ölçüde fesih yolunun son çare olarak düşünülmesi kamu yararı açısından daha isabetli olacaktır.

6428 sayılı yasanın 4. maddesine göre idare, *"yüklenicinin yapım sözleşmesi imzalandıktan sonra sabit yatırım dönemi"* ile *"yapım sözleşmesinin işletme döneminde"* sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi durumunda ve *"yenileme, araştırma-geliştirme, danışmalık ve hizmet alım sözleşmelerinde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi"* durumlarında tek taraflı fesih yetkisini kullanabilmektedir.

6428 sayılı yasanın 4/6. maddesine göre sabit yatırım döneminde idarenin sözleşmeyi feshedebilmesi *"yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi"* şartının mevcudiyeti halinde söz konusu olur ve bu durumda idare yasada belirlenen prosedürleri uygulayarak sözleşmeyi feshetme yoluna gidebilir, söz konusu prosedürler şu şekildedir: İdare, yapılacak işin mahiyetine göre belirlediği süre içerisinde, yükleniciye, yerine getiremediği taahhütlerin gereğini yapması için noter kanalıyla bir ihtar evrakı gönderir ve bu durumu projenin ulusal ve uluslararası finansman kaynaklarına da bildirir. İdare tarafından verilecek süre, yükleniciye gecikmeden kaynaklanacak ceza şartın uygulanmasını engellemez ve sözleşme süresini etkilemez. Verilen süre sonucunda yüklenici taahhütlerini yerine getirmemişse, idare ilk önce projenin finansman sağlayıcı kuruluşlarıyla görüşerek taahhüdünü yerine getiremeyen yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitmek suretiyle projenin devamını sağlamaya çalışır, bu durum mümkün olmazsa idare sözleşmeyi fesheder. Belirtmek gerekir ki, yüklenicinin sabit yatırım dönemindeki taahhütlerini yerine getiremediği durumlar sözleşmede belirlenen derhâl fesih hâlleri kapsamına giren bir durumsa idare tarafından yukarıda açıkladığımız usule uyulmaksızın sözleşme derhâl feshedilir.

İşletme döneminde sözleşmenin idare tarafından feshedilebilmesi için yine 6428 sayılı yasanın 4/7. maddesi "*yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi*" şartını aramış ve fesih için izlenecek prosedürü açıklamıştır. Buna göre, idare, sabit yatırım döneminde olduğu gibi yapılacak işin mahiyetine göre belirlediği süre içerisinde, yükleniciye, yerine getiremediği taahhütlerin gereğini yapması için noter kanalıyla bir ihtar evrakı gönderir ve bu durumu projenin ulusal ve uluslararası finansman kaynaklarına da bildirir. Yine sabit yatırım döneminde olduğu gibi idare tarafından verilecek süre, yükleniciye gecikmeden kaynaklanacak ceza şartın uygulanmasını engellemez ve sözleşme süresini etkilemez. Verilen süre sonucunda yüklenici taahhütlerini yerine getirmemişse, yerine getirilmeyen işler idare tarafından pazarlık usulü ile yüklenicinin nam ve hesabına yaptırılır ve idarece bu iş için ödenmiş olan bedel yükleniciye ödenecek bedelden mahsup edilir. İşletme dönemindeki yüklenicinin taahhütlerini yerine getirememesi ortaya "*sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hale gelmesi*" durumunu çıkarmışsa bu defa en hızlı vasıtalarla durum yükleniciye bildirilir ancak süre verilmez "*sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hale gelmesi*" ne sebep olan iş derhal idarece pazarlık usulü ile yüklenici nam ve hesabına yaptırılır. Sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâllerinin hangi durumlar olduğu uygulama yönetmeliğinin 57/3. maddesinde sayılmıştır.²¹³ Yüklenicinin işletme dönemindeki taahhütlerine yerine getiremediği durumların

²¹³ 21.03.2014 tarih 2014/682 numaralı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği Madde 57: **(3) Sağlık hizmetlerinin sürdürülemezliği halleri şunlardır:**

- a)** Sağlık tesisinde tıbbi gaz sistemleri (oksijen, azot, hava, vakum ve atık) ve sterilizasyon şartlarını sağlayacak havalandırma sisteminin çalışmaması veya uygun hava filtrasyonu ve uygun iklimlendirme ve hijyen şartlarının sağlanamaması.
- b)** Sterilizasyon ve dezenfeksiyon hizmetinin aksamaması nedeniyle ameliyat hizmetlerinin yapılamaz hale gelmesi, sterilizasyon ünitelerinde güvenlik önlemlerinin alınmaması.
- c)** Bakım ve onarım hizmetlerinin yapılmaması veya hasta asansörlerinin çalışmaması nedeniyle acil hizmetler, ameliyathane, yoğun bakım, poliklinik ve klinik hizmetlerin verilememesi.
- ç)** Acil hizmetlere yönelik görüntüleme, laboratuvar ve ameliyat gibi hizmetlerin verilememesi.
- d)** Jeneratörler ile kesintisiz güç kaynaklarının periyodik bakımlarının yapılmaması ve elektrik kesintisi halinde cihazların çalışmaması nedeniyle sunulan hizmetin kesintiye uğraması.
- e)** Cihaz bakım ve kalibrasyonlarının yapılmaması nedeniyle hasta güvenliğinin tehlikeye düşmesi.
- f)** Temizlik hizmetlerinin aksamaması, malzemelerin temin edilmemesi, temizlik kurallarına riayet edilmemesi sonucunda hastane enfeksiyon komitesi tarafından hizmetin sürdürülemezliği noktasında karar alınması.
- g)** Hastalar ve çalışanlar için radyasyon koruyucuların temin edilmemesi veya kullanılmaması.
- ğ)** Hasta ve çalışan güvenliğini tehdit eden sebeplerden dolayı sağlık hizmetlerinin sunulamaması.

meydana gelmesiyle kendisine verilecek performans notu düşürecektir ve sonuç olarak yüklenicinin bu gerekçelerle işletme döneminde sözleşmede belirlenen performans notunun altında puan alarak belirlenen puanın altında kalması halinde sözleşme idare tarafından feshedilir. Bu maddede yapılan düzenlemede de idarinin projenin finansman sağlayıcı kuruluşlarıyla görüşerek taahhüdünü yerine getiremeyen yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitmek suretiyle projenin devamını sağlama hakkı saklıdır.

6428 sayılı yasanın 4. maddesinde düzenlenen idarenin diğer fesih yetkisi ise *"yenileme, araştırma-geliştirme, danışmalık ve hizmet alım sözleşmelerinde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi"* sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Burada da idarenin fesih yetkisini hangi usulle kullanacağı madde 4/8’ de düzenlenmiştir. Buna göre, idare, sabit yatırım dönemi ve işletme döneminde olduğu gibi yapılacak işin mahiyetine göre belirlediği süre içerisinde, yükleniciye, yerine getiremediği taahhütlerin gereğini yapması için noter kanalıyla bir ihtar evrakı gönderir. Yine sabit yatırım döneminde ve işletme döneminde olduğu gibi idare tarafından verilecek süre, yükleniciye gecikmeden kaynaklanacak ceza şartın uygulanmasını engellemez ve sözleşme süresini etkilemez. Verilen süre sonucunda yüklenici taahhütlerini yerine getirmemişse sözleşme idare tarafından feshedilir. Belirtmek gerekir ki, *"yenileme, araştırma-geliştirme, danışmalık ve hizmet alım sözleşmelerinde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi"* durumu ortaya *"sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi"* durumunu çıkarmışsa yükleniciye bildirim yapılmaksızın sözleşme idare tarafından derhâl feshedilir.

Bu açıklamaların ardından şehir hastaneleri projelerinde idarenin, 6428 sayılı yasada düzenlenen yukarıda açıkladığımız yüklenicin kusuru nedenlerinden doğan fesih yetkilerinin haricinde idare hukuku prensipleri gereğince kamu yararı ilkesinin gerektirdiği durumlarda tek taraflı fesih yetkisi olup olmadığı konusuna değinecek olursak; belirtmek gerekir ki uygulama yönetmeliğinin 62/7. maddesinde geçen *"Sözleşmenin, yüklenicinin herhangi bir kusuru olmaksızın idare tarafından feshedilmesi veya idarenin kusurundan kaynaklanan nedenlerle sözleşmenin yüklenici tarafından feshi durumunda, yüklenicinin zararının ne şekilde ve ne ölçüde telafi edileceği sözleşme ile düzenlenir."* düzenlemesi bize gösteriyor ki idare, yüklenicinin

herhangi bir kusuru olmadan da sözleşmeyi feshedebilir. O halde şehir hastaneleri sözleşmelerinde, sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olmasına rağmen, biz gerek idare hukukunun temel prensipleri gereğince gerekse uygulama yönetmeliğinin 62/7. maddesi gereğince yüklenicinin zararının hangi şekilde ve ölçüde giderileceğinin sözleşmede belirtilmesiyle idarenin sözleşmeyi yüklenicinin kusuru olmaksızın feshedebileceğini, fesihteki ölçü ve sınırın kamu yararı ilkesi olacağını söylemek mümkün olacaktır.²¹⁴

Şehir hastaneleri modelinde idarenin tek taraflı fesih yetkisinin yanında özel sektörün de idarenin kusuru dolayısıyla tek taraflı fesih yetkisi mevcuttur. İlgili düzenleme uygulama yönetmeliğinin 62/7. maddesinde "*Sözleşmenin, yüklenicinin herhangi bir kusuru olmaksızın idare tarafından feshedilmesi veya **idarenin kusurundan kaynaklanan nedenlerle sözleşmenin yüklenici tarafından feshi durumunda**, yüklenicinin zararının ne şekilde ve ne ölçüde telafi edileceği sözleşme ile düzenlenir.*" şeklindedir. Şehir hastaneleri modeli mevzuatında yüklenicinin, idarenin kusuruna dayanarak sözleşmeyi feshetmesi durumuna ilişkin başkaca düzenleme bulunmamaktadır. Uygulama yönetmeliğinin 62/7. maddesi yüklenicinin fesih hakkını düzenlemiş ancak maddede fesih hakkının hangi durumlarda ortaya çıkacağı konusu düzenlenmemiştir, ilgili düzenlemede yüklenicinin fesih hakkı varlığının yanında idarenin kusurundan dolayı fesih halinde ortaya çıkacak zararların nasıl ve ne kadarının karşılanacağını sözleşmede düzenlenmesi gerekliliğine değinilmiştir. Gerek 6428 sayılı yasada gerekse uygulama yönetmeliğinde sözleşmenin idarenin kusuruna dayalı feshedilmesi durumlarını düzenleyen özel hükümler olmaması ve sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi niteliğine sahip olması sebebiyle yürürlükteki TBK'nın borca aykırılık hükümlerinin yüklenicinin, idarenin kusuruna dayanarak sözleşmeyi feshetmesine uygulanabileceği görüşü öğretide mevcuttur.²¹⁵

6428 sayılı yasanın 63. maddesi sözleşmenin mücbir sebeplerin ortaya çıkması hallerinde de sona erdirilebileceğini ve buna ilişkin hususların sözleşmede belirlenmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. Uygulamada mücbir sebeplerin ortaya çıktığı durumlarda yine yukarıda yaptığımız açıklamalar paralelinde sözleşmenin

²¹⁴ Palas Dağlı 198.

²¹⁵ Palas Dağlı 201.

sonlandırılmasının son çare olarak düşünülmesi gerekir keza 6428 sayılı yasanın 4/9. maddesi de buna imkân verecek şekilde mücbir sebeplerin varlığı halini sözleşmede değişiklik yapılabilecek nedenler arasında göstermiştir. Hangi durumların mücbir sebep olarak nitelendirileceği hususu uygulama yönetmeliğinin 59. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre mücbir sebep halleri, "*doğal afetler*" , "*kanuni grev*" , "*genel salgın hastalık*" , "*kısmi veya genel seferberlik ilanı veya savaş*" , "*ifayı imkansız kılan diğer hâller*" olarak düzenlenmiştir. Düzenlemenin devamında, sayılan mücbir sebep hallerinin idare tarafından kabul edilebilmesinin şartlarına değinilmiştir. Buna göre, yukarıda sayılan hâllerin mücbir sebep sayılabilmesi için, mücbir sebep teşkil eden durumun yüklenicinin kusurundan kaynaklı meydana gelmemiş olması ve bu durumun ortaya çıkması yüklenicinin taahhüdünü yerine getirememesi sonucunu doğurması gerekir. Bunlarla beraber yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan taahhüdü yerine getirememe hali yüklenicinin makul ve basiretli davranmasına rağmen üstesinden gelemeyecek nitelikte olmalıdır. Tüm bu şartların sağlanması halinde mücbir sebebi oluşturan eylemin ortaya çıktığı tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından mücbir sebep halinin belgelendirilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Kamu özel ortaklığı, bir kamu hizmetinin sunulması için (hizmetin sunulması için gereken tesisin de kurulmasını içeren) kimi zaman tümüyle özel sektörün katılımıyla finanse edilen kimi zaman ise özel sektör kaynaklarının yanında kamu kaynaklarının da ortaya konulması yoluyla finanse edilen, genel olarak projeden kaynaklanabilecek risklerin kamu idaresinden alınarak kamu idaresi ve özel sektör arasında dağıtıldığı ve genel olarak kamu idaresinin denetimi ve gözetimi altında kamu hizmetini yerine getirecek olan özel sektöre proje kapsamında yapılan ödemelerle ilerleyen nispeten uzun süreli bir ilişkiye dayanan kamu ve özel sektör arasında ortaya çıkan bir işbirliği ve/veya ortaklığı modelidir.

Kamu özel ortaklığı projelerindeki sözleşmenin bir tarafı olan kamu kesiminin ana amacı kamu hizmetinin en yararlı ve en verimli şekilde yerine getirilmesidir. Bu anlamda çalışmamızda vardığımız en önemli sonuç, şehir hastanelerinin oluşturulmasında model olarak kullanılan kamu özel ortaklığının yine sağlık alanında uygulandığı ve bu sebeple belirli tecrübelerin ortaya çıktığı uluslararası projelerden faydalanılarak söz konusu projelerdeki hataların tekrarlanmamasıyla kamu hizmetinin kesintiye uğramadan en yararlı ve verimli şekilde yerine getirilmesinin mümkün olacağıdır. Bu kapsamda çalışmamızda konunun İngiltere örneğine yer verilmiş olup buradaki sorunlara değinilmiştir.

Şehir hastaneleri sözleşmelerindeki işletme unsuru, modelin yap-işlet-devret sözleşmelerinden farklı olduğu noktalardan birisidir. Modelde, yap-işlet-devret modelinden farklı olarak temel hizmet alanı olarak nitelendirdiğimiz tıbbi-klinik hizmetler kamu idaresi tarafından yürütülmekte olup özel sektöre devredilmemektedir; oysaki yap-işlet-devret modelinde temel hizmet faaliyetleri kamu tarafından özel sektöre devredilmektedir ve temel hizmeti özel sektör yürütmektedir. Şehir hastanesi modelinde tıbbi-klinik sağlık hizmetlerinden oluşan temel hizmetleri yürüten kamu idaresi kendisinin yürüttüğü bu hizmete katkı sağlayacak destek hizmetlerinin sunulması ve işletilmesini özel sektöre bırakmıştır. Sözleşme çerçevesinde tıbbi-klinik hizmetler, idare tarafından istihdam edilen doktor, hemşire ve diğer personeller tarafından yerine getirilmesi gereken tüm tıbbi hizmetleri kapsamaktadır. Şehir hastaneleri projelerinde sağlık hizmetinin sunulmasının tamamen özel sektöre

bırakılmaması idarenin, hizmetin sunulmasında kontrolü kaybetmemesi durumunu ortaya çıkararak hizmetin gereği gibi yürütülmesini sağlayacaktır.

Geleneksek kamu hastanelerinde idarenin yine özel sektöre gördürdüğü örneğin temizlik, güvenlik ve yemekhane gibi hizmetlerin genellikle daha basit yapıdaki yerel firmalar tarafından sağlanması bu hizmette çalıştırılan personelin özlük haklarının tamamıyla yerine getirilememesi sonucunu ortaya çıkarmıştır. Şehir hastaneleri projelerinde tıbbi destek hizmetleri ile destek hizmetlerini yerine getiren personelin istihdamında, geleneksel kamu hastanelerinde farklı olarak, idarenin projenin başından sonuna kadar beraber olduğu daha kurumsal bir özel sektör yapısının rol oynaması çalıştırılan personelin özlük haklarını daha güvenceli hale getirebileceğini söyleyebiliriz.

Şehir hastanelerinin hayata geçirilmesinde amaçlanan önemli hususlardan birisi de ülkemiz sağlık turizmine olumlu katkılar sunmaktır. Bu anlamda hizmete açılan şehir hastanelerinde sağlık turizmi biriminin kurularak bu faaliyetler için tesis içerisinde ayrıca alanlar belirlenmesi sağlık turizminde olumlu sonuçlar almak için atılmış önemli adımlardır. Kurulan birimlerde uluslararası yasal düzenlemelere hakim nitelikli yönetici personel istihdam edilmesi ve diğer sağlık personelinin yeterli yabancı dile sahip olması hususlarının gözetilmesi halinde amaçlanan hedeflere ulaşılması daha kolay olacaktır.

Şehir hastaneleri projelerinde ihale aşaması ilgili yasal düzenleme ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamlarının dışında tutulmuştur. Ancak projedeki ihale sürecini incelediğimiz çalışmamızda görülmüştür ki, ihale aşamasına ilişkin 6428 sayılı yasadaki düzenlemeler 2886 sayılı kanun ile 4734 sayılı kanun paralelinde yapılmıştır ve bu düzenlemeler kendi içerisinde ihale usullerini sınırlı tutmuştur. Bu durum, projede daha az kamu harcaması yapılmasını engelleyebilir ve özel sektörü projeye katılmaktan alıkoyabilir. Modelin daha verimli uygulanabilmesi için kapsamlı bir düzenleme yapılmalı gerekirse tüm kamu özel ortaklığı projeleri için ortak bir yasal düzenleme yapılması suretiyle modelin barındırdığı kendisine has durumlar göz önüne alınarak ihale aşamasının usul ve esasları düzenlemelidir.

Son olarak şehir hastaneleri projelerine ilişkin bilimsel çalışmaların daha verimli olması bu anlamda uygulayıcılara daha anlamlı bir katkı sunması ancak idare ile özel sektör arasında imzalanan sözleşmelerin detaylı olarak incelenmesiyle mümkün olacaktır. Taraflar arasında imzalanan sözleşmede, yasal dayanağı oluşturulan özel sektörün borçlanarak sağladığı finansman için getirilen borç üstlenimi bu anlamda maruz kalınan kur riski, miktara bağlı hizmetler için yapılan garanti ödemeleri gibi projenin ana hatlarını oluşturan birçok konunun esaslarına yer verilmiştir. Özel olarak, projeye ilişkin yasal düzenlemelerle bir mevzuat oluşturulmuştur ancak projeye ilişkin yasal düzenlemeler genel çerçeveyi belirlemekten ileri gidememektedir çünkü karşımızda idare hukuku alanından çıkarılıp özel hukuk alanına dahil edilen bir sözleşme mevcuttur. Özel hukukta esas olan sözleşmedir ancak sözleşme metinleri, bu metinlerin ticari sır niteliğinde olması gerekçe gösterilerek kamuoyuyla paylaşılmamaktadır. Bu sebeple de konuyu ele alan araştırmacılar tarafından sözleşmelerin detaylı incelemesi yapılamamaktadır.

KAYNAKÇA

Acartürk, Ertuğrul, ve Sabiha Keskin. *Türkiye'de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı Modeli*. Isparta: Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 2012.

Akgüner, Tayfun. *İdare Hukuku*. İstanbul: DER Yayınları, 2021.

Akın, Ümit. «Elektrik Üretim, İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri.» *Danıştay Dergisi*, 2000: 29-46.

Akyılmaz , Bahtiyar, Murat Sezginer, ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.

Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer, ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Albayrak, Çiğdem. *Şehir Hastanelerinin Sağlık Turizmine Etkisinin SWOT Analizi İle Değerlendirilmesi*. İstanbul: İstanbul Aydın Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020.

Alyanak, Servet. *Avrupa Birliği Hukukunda Kamu Özel Sektör İşbirlikleri ve İmtiyaz İhaleleri İle Sözleşmeleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Asian Development Bank. *Public-Private Partnership Handbook*. Philippines: Asian Development Bank, 2008.

Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Ayanoğlu, Taner. «İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri.» *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2007: 3-38.

Aydın, Yunus Emre. *Kamu-Özel İşbirliği Modelinin Sağlık Kamu Hizmetine Etkileri*. İstanbul: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2021.

Barkan Tereyağolu, Petek. *Sağlık Tesisi Projeleri Bakımından Yap-Kirala-Devret Modeli ve Finansman Sağlayanların Müdahale Hakkı*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.

Başustaoğlu, Ahmet. *Bir Nefes Sıhhat - Tevfik Sağlam'ın Yaşamı*. İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2016.

Bayansar, Reha. *Türk Kamu Yönetimine Neoliberal Politikaların Etkisi: Kamu Özel Ortaklığı*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2020.

Bayazıt, Bahar. *Kamu- Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı*. Ankara : İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, 2018.

Boz, Selman Sacit. *Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli*. Malatya: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013.

Cangöz, M. Coşkun, Uğur Emek, ve Nurhan Uyduranoğlu Karaca. *TÜRKİYE'DE KAMU-ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELİ UYGULAMASI: Etkin Risk Paylaşımına Yönelik Bir Model Önerisi*. Ankara: TEPAV Elektronik Yayınları, 2021.

Commission Of The European Communities. *Green Paper On Public Private Partnership And Community Law On Public Contracts And Concessions*. Brüksel, 2004.

Çakır Çelebi, F. Betül. «Joint Venture'ın Hukuki Niteliği.» *YBHD*, 2017: 97-126.

Çakır, Hüseyin Melih. *Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.

—. *Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Çakır, Mehmet Kadir. *6428 Sayılı Kanuna Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı ve Yeni Bir Model: Yap-Kirala-Devret*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Çal, Sedat. *Kamu Hizmetlerinin Özel Sektör Tarafından Finansmanı Ve İşletilmesi Bağlamında İmtiyaz Ve Kamu Hizmeti Kavramlarının 1999 Yılı Anayasa Değişiklikleri Çerçevesindeki Değişimi Ve Dönüşümü*. Ankara: Ankara Üniversitesi, 2007.

Çal, Sedat. «Kamu Özel Ortaklığı ve Kamu Hizmetlerinin Metalaştırılması.» *Türkiye'de Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı Şehir Hastaneleri* içinde, yazar Kayıhan Pala ve TTB Şehir Hastaneleri İzleme Grubu, 35-55. İstanbul: İletişim Yayınları, 2021.

Çavdar, Necati, ve Erol Karcı. «XIX. Yüzyıl Osmanlı Sağlık Teşkilatlanmasına Dair Bibliyografik Bir Deneme .» *Turkish Studies-International Periodical For the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic*, 2014: 255-286.

Demirci, Zeki. *Yap-İşlet-Devret ve Hidroelektrik Projeler*. İstanbul: Doğu İnşaat Grubu Yayınları, 2000.

Duran, Lütfi. *İdare Hukuku Ders Notları*. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1982.

—. *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu : Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular*. Ankara: TODAİE, 1974.

Duran, Lütfi. «"Yap-İşlet-Devret".» *AÜSBFD*, 1991: 147-170.

Emek, Uğur. «Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Sözleşmeleri: Beklenti ve Gerçekleşme.» *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017: 139-168.

Emek, Uğur. «Türkiye'de Altyapı Hizmetlerinin Özel Sektöre Gördürülmesi: Neden, ne zaman, nasıl?» *İktisat İşletme ve Finans Dergisi* (İktisat İşletme ve Finans Dergisi), 2009: 9-45.

Emek, Uğur, ve Güray Küçükkocaoğlu. *Teoriden Uygulamaya Türkiye'de Kamu Özel İşbirlikleri*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2019.

Ersöz, Melis. *Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Işığında Publilc Private Partnership Uygulamaları*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

Evren, Çınar Can. *Kamu-Özel İşbirlikleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Fişek, Nusret H. *Halk Sağlığına Giriş*. Ankara: Hacettepe Üniversitesi - Dünya Sağlık Örgütü Hizmet Araştırma ve Araştırmacı Yetiştirme Merkezi Yayını, 1983.

Göktürk, Serhan. *Bir Kamu Özel İşbirliği Modeli Olarak Yap-Kirala-Devret Sözleşmesi*. Ankara: Çankaya Üniversitesi, 2019.

Gökyurt, Fatih. *İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.

Gözübüyük, A. Şeref. *Yönetim Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.

Gözübüyük, A. Şeref, ve Turgut Tan . *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.

Gülan, Aydın. *Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1987.

Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayıncılık, 2011.

Gürkan, Mehmet Fatih. *Eğitim Kamu Hizmetinin Görülmesinde Kamu Özel Ortaklığı*. Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

Gürkan, Mehmet Fatih, ve Selman Sacit Boz. «Sağlık Kamu Hizmetinin Görülmesinde Kamu Özel Ortaklığı.» *Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013: 77-117.

Güzelsarı, Selime. «Kamu Özel Sektör Ortaklığı Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme.» *Kamu Yönetimi-Yapı-İşleyiş-Reform* içinde, yazarı Barış Övgün, 43-77. Ankara: KAYAUM Yayınları, 2009.

Hansu, Esra. *Kamu Özel İşbirliği Kapsamında Üst Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Hızarcı Beşer, Berna . *Özelleştirmenin İkinci Dalgası " Kamu- Özel İşbirliği" Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Devletin Değişen Rolü*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2018.

Kalabalık, Halil. *İdare Hukuku Dersleri* . Ankara : Seçkin Yayıncılık, 2021.

Kara, Fırat, ve İlkay Öztürk. «Birinci Basamak Sağlık Hizmetlerinin Karşılaştırmalı Analizi (Benchmarking): Türkiye ve İspanya Örneği.» *Batı Karadeniz Tıp Dergisi*, 2021: 7-18.

Karagöz, Dilek. *Sağlık Sektöründe Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri*. Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi,, 2019.

Karahanoğulları, Onur. *Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz*. Ankara: Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 2011.

Karahanoğulları, Yiğit. «Kamu Özel Ortaklığının Mali Değerlendirmesi.» *AÜSBF*, 2012: 95-125.

Karasu, Koray. «Kamu Özel Ortaklığı: Sözleşme Sisteminin Genelleşmesi.» *Kamu Yönetimi: Yapı-İşleyiş- Reform* içinde, yazar Barış Övgün, 79-91. Ankara: KAYAUM Yayınevi, 2009.

Karasu, Koray. «Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu-Özel Ortaklığı.» *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2011: 217-262.

Keşli, Ahmet Teyit. *Kamu Özel Sektör İşbirliği(PPP) Projelerinin Hukuki Rejimi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.

Kubilay, İlkey Sinem. *Kamu Özel İşbirliği Projelerinde Üst Hakkı: Şehir Hastanesi Örneği*. Ankara: Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2019.

Möric, Kim Éric. *Les partenariats public-privé, Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*. Bruxelles: Larcier, 2009.

OECD. *Public-Private Partnership: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*. Paris: OECD Publishing, 2008.

Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi, ve Saibe Oktay Özdemir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.

Onar, Sıddık Sami . *İdare Hukukunun Umumi Esasları*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.

Özkal Sayan, İpek, ve Aziz Küçük. «Türkiye'de Kamu Personeli İstihdamında Dönüşüm: Sağlık Bakanlığı Örneği.» *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2012: 171-203.

Pala, Kayıhan, ve TTB Şehir Hastaneleri İzleme Grubu. «Sağlık Alanında Kamu-Özel Ortaklığı: Birleşik Krallık Deneyimi.» *Türkiye'de Sağlıkta Kamu-Özel Ortaklığı Şehir Hastaneleri* içinde, yazar Kayıhan Pala, 135. İstanbul: İletişim Yayınları, 2021.

Palas Dağlı, Ezgi. *Kamu Özel İşbirliği Modeli ve İdarenin Sorumluluğu*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, 2022.

Parlak, Nükrettin, Hacı Ömer Köse, ve Metin Toprak. «Kamu-Özel İşbirliği Modeli ve Türkiye Uygulamaları: Sayıştay Raporları Işığında Uygulama Sonuçlarının Değerlendirilmesi.» *Sayıştay Dergisi*, 2020: 9-39.

Pekgüçlü Karabulut, Güzin. *Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007.

Sarıs, Ayhan. *Kamu Özel İşbirlikleri*. Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2009.

Schaeffer, Peter V., ve Scott Loveridge. *Toward an Understanding of Types of Public-Private Cooperation*. Public Performance & Management Review, 2002.

Şahin, Mehmet, ve Özge Uysal. *Kamu Ekonomisi Perspektifinden Kamu-Özel Sektör Ortaklıkları*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2008.

Tan, Turgut. *İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1995.

Tan, Turgut. «Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret" Modeline.» *AÜSBFD*, 1992: 307-325.

Tan, Turgut, ve Bahar Bayazıt. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.

Tekinsoy, Ayhan. «İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu.» *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006: 181-227.

Toker, Çiğdem. *Şehir Hastaneleri Milletın Cebinden Kamu-Özel İşbirliği*. İstanbul: Tekin Yayınevi, 2022.

Ulusoy, Ali D. *Yeni Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

Ulusoy, Ali. *Kamu Hizmeti İncelemeleri*. İstanbul: Ülke Kitapları, 2004.

Uysal, Yusuf. *Kamu-Özel İşbirliği Modeli ve Şehir Hastaneleri*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2021.

Yıldırım, Ramazan, ve Serkan Çınarlı. *Türk İdare Hukuku Dersleri*. Ankara: Astana Yayınları, 2018.

Yıldırım, Turan, ve diğerleri. *İdare Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021.

Zeybek Cebeci, Ebru. *Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesine İlişkin Sözleşmeler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Çevrimiçi Kaynaklar

<https://www.kazanci.com.tr/>

<https://www.sayistay.gov.tr/>

www.sozluk.gov.tr

<https://www.oecd.org/gov/budgeting/oecd-principles-for-public-governance-of-public-private-partnerships.htm>

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/>. 6428 Sayılı Kanun Gerekçesi. 9 Mart 2013.

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bf-2613-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6428#step-2> (erişildi: Nisan 15, 2023).

—. 6428 Sayılı Kanunun Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu. 15 Şubat 2013.

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bf-2613-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6428#step-4> (erişildi: Nisan 15, 2023).

—. TBMM 67. Birleşim Genel Kurul Tutanağı. 19 Şubat 2013.

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bf-2613-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6428#step-5> (erişildi: Nisan 15, 2023).

T.C. Sağlık Bakanlığı. Adana Şehir Hastanesi. 19 Ocak 2022.

<https://adanasehir.saglik.gov.tr/TR-615895/saglik-turizmi.html> (erişildi: Ağustos 25, 2023).

—. Ankara Şehir Hastanesi. 21 Ekim 2022. <https://ankarasehir.saglik.gov.tr/TR-316274/saglik-turizmi-birimi.html> (erişildi: Ağustos 25, 2023).

—. *Bursa Şehir Hastanesi*. 3 Mart 2022. <https://bursasehir.saglik.gov.tr/TR-604904/saglik-turizmi.html> (erişildi: Ağustos 25, 2023).

<https://www.saglik.gov.tr/>. *Sağlıkta Dönüşüm Programı*. Aralık 2003. <https://www.saglik.gov.tr/TR,11415/saglikta-donusum-programi.html> (erişildi: Ağustos 17, 2023).

Habertürk. *Habertürk Sağlık*. 1 Mayıs 2018. <https://www.haberturk.com/sehir-hastanelerinin-bir-kismi-saglik-turizmi-icin-kullanilacak-1944267> (erişildi: Ağustos 25, 2023).

Çavmak, Şeyda, ve Doğancan Çavmak. *Dergipark*. 21 Mart 2023. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/340272> (erişildi: Mart 21, 2023).