

T.C.

DANIŞTAY

ONUNCU DAİRE

Esas No : 2011/7101

-7.4.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 4. maddesiyle değişik Ek-1 maddesinin 2 nolu fıkrasının ilk cümlesinin ; kadro dışı geçici çalışmayı bir tıp merkezi veya özel hastanede kadrolu çalışma şartına bağlaması ve kadrolu çalıştıkları bu yer dışında "en fazla iki" özel sağlık kuruluşunda daha kadro dışı geçici olarak çalışabilmesine olanak sağlaması nedenleriyle, tabiplik statüsünün tabibe verdiği mesleğinde çalışma hakkının 1219 sayılı Yasadaki sınırlamaların ötesinde engellediğinden hukuka aykırı olduğu; 1219 sayılı Yasa uyarınca tabiplik mesleğini icra etme hakkına sahip bir tabibin, anılan Yasanın 12.maddesindeki sınırlamalara bağlı kalmak suretiyle, bir veya birden fazla özel sağlık kuruluşunda sadece kısmi zamanlı olarak da çalışabileceği hk.

- 7.4.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 1. maddesiyle değişik 12/D maddesinin birinci fıkrasının (e) ve (f) bentlerinin; muayenehaneler

için aranılan fiziki şartların; hizmet gereği asgari standart boyutlarını aşar şekilde belirlenmiş olduğu, sağlık hizmetinin serbest sunumunun koşullarını ağırlaştırarak sunumunu ağır biçimde güçleştirecek şekilde asgari standart düzenlenemeyeceği; piyasa koşullarında serbest meslek icra eden doktorların ve hastaların, erişimi dikkate alarak tercihlerini belirleyebilecekleri, çalışma hakkı ve özel girişim özgürlüğüne yönetmelikle ağır müdahale boyutundaki bu düzenlemelerin, Anayasanın 48. maddesinin de ihlali anlamına geleceği gerekçesiyle yürütülmesinin durdurulması hk.

-Devlet Üniversitesi tıp fakültesinde öğretim üyesi olarak çalışan doktorların mesai dışında her hangi bir iş yapmalarını engelleyen Yönetmelik hükmünün Anayasa Mahkemesi kararına ve hukuka aykırı olduğu hk.

Davacı ve Yürütmenin Durdurulmasını İsteyen : Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi

Vekili :

Davalı : Sağlık Bakanlığı

Davanın Özeti : 7.4.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin; 1. maddesinin yargı kararlarına aykırı olması nedeniyle tamamının, 1. maddesiyle değiştirilen 12/D maddesinin 1. fıkrasının (a), (b), (d), (e), (f), (i) bentlerinin, 4.maddesiyle değiştirilen Yönetmeliğin Ek-1 maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinin, 5.maddesiyle değiştirilen Geçici 9.maddesinin ikinci fıkrasının ilk iki cümlesinin ve anılan maddeyle değiştirilen Geçici 9.maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendine eklenen cümlenin iptali ve yürütülmesinin durdurulması istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi :

Düşüncesi :- Muayenehane standardına ilişkin düzenlemelere yönelik olarak;

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uyarınca, Sağlık Bakanlığı, muayenehanelerin taşınması gereken asgari tesis, hizmet ve personel standartlarını belirleme konusunda düzenleme yapmaya yetkilidir. Ancak bu yetkisini kullanıp asgari standartları belirlerken, mevzuatta yer alan diğer yasa ve yönetmeliklerdeki gereklilikler ile, muayenehanede yürütülen işin niteliği ve hizmet gerekleriyle bağlı olduğu tartışmasıdır.

Düzenleyici işlemlerin taslak metinlerinin hazırlanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla 17.2.2006 tarih ve 26083 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 6.maddesinin 2 nolu fıkrasında, düzenleyici işlemlerin taslakları hakkında konuyla ilgili üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sivil toplum kuruluşlarının görüşlerinden de faydalanılacağı öngörülmüştür.

6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 1.maddesi uyarınca, Türkiye sınırları içerisinde meslek ve sanatlarını icraya yetkili olup da sanatını serbest olarak yapan veya meslek diplomasından istifade etmek suretiyle resmi veya özel görev yapan tabiplerin katıldığı Türk Tabipleri Birliğinin; tabipler arasında mesleki deontolojiyi ve dayanışmayı korumak, tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak ve meslek mensuplarının hak ve yararlarını korumak amacıyla kurulmuş kamu kurumu niteliğinde mesleki bir kuruluş olduğu, anılan Yasanın 4.maddesinde, Birliğin, üyesi olan doktorların hak ve menfaatlerini korumak ve bunları Devletin menfaati ile en iyi şekilde denkleştirmeye çalışmak; halk sağlığı ve tıp meslekleri ile ilgili meseleler için resmi makamlarla karşılıklı işbirliği yapmakla yükümlü olduğu, 28.maddesinde, Sanat icrası hakkındaki kanunların ve bunlarla ilgili mevzuatın gereği gibi uygulanmasına yardım etmek; meslekin haysiyetini ve meslektaşların hukuk ve menfaatlerini diğer makamlar nezdinde savunmak, 38.maddesinde; odaya girmeyen veya kanunun kendisine tahmil ettiği diğer vecibeleri yerine getirmeyenler hakkında inzibati ceza vermek görev ve sorumlulukları bulunduğu tartışmasıdır.

Davalı idare tarafından, Dairemizin yürütmenin durdurulması kararları üzerine oluşturulan komisyonda yer almak üzere, Anayasanın 135.maddesi uyarınca 6023 sayılı Yasayla kurulmuş ve yukarı belirtilen yetki ve görevlerle donatılmış kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan Türk Tabipleri Birliği'nden temsilci veya görüş istememesi ve uzman doktorların branşlar

İtibariyle kurmuş oldukları dernekler olan sivil toplum kuruluşlarından görüş almaması esaslı bir eksiklik olduğu gibi, sektör temsilcisi olarak Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinden üye istenilmiş olduğu, TOBB adına sektör temsilcisi olarak katılan üyenin özel bir hastanede yönetici olması ve özel hastanelerin de poliklinik bölümlerinde özel hasta muayenesi yapması nedeniyle, gerçekte muayenehane açarak doktorluk mesleğini ifa edenlerle rekabet içinde dahi bulunabilecek konumda olduğu, komisyona çağrılan üyelerden beş tanesinin branşlara ait meslek dernekleri ile meslek örgütünden görüş istenmesi gerektiğini ve/veya temsilcilerinin bulunmamasının eksiklik olduğunu belirtmesine karşın, doktorların meslek örgütünün ve derneklerinin görüşlerine başvurulmaması nedeniyle Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin ve yargı kararının gereğinin de tam olarak yerine getirilmediği sonucuna varılmaktadır.

Belirtilen nedenlerle, 7.4.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 1. maddesiyle değişik 12/D maddesinin birinci fıkrasındaki dava konusu düzenlemelere yönelik yürütmenin durdurulması isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

- Dava konusu Yönetmeliğin 4.maddesiyle değiştirilen Yönetmeliğin Ek-1 maddesinin 2 nolu fıkrasının ilk cümlesine yönelik olarak;

1219 sayılı Yasanın 12. maddesi uyarınca, tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, anılan maddenin ikinci fıkrasının her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla ve başka bir sınırlamaya da tabi olmadan, birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilme hakkına sahipken, dava konusu Yönetmeliğin 4.maddesiyle değiştirilen Ek madde 1 'in 2 nolu fıkrasıyla, tıp merkezi veya özel hastanelerde kadrolu olarak çalışan tabip, diş tabibi ve uzmanların, çalıştıkları bu yer dışında "en fazla iki" özel sağlık kuruluşunda daha kadro dışı geçici olarak çalışabilecekleri öngörülmek suretiyle yasada yer almayan bir sınırlamanın yönetmelikle getirilmesi; kadro dışı geçici çalışmanın bir tıp merkezi veya özel hastanede kadrolu çalışma şartına bağlanması boyutuyla da; tabiplik statüsünün tabibe verdiği mesleğinde çalışma hakkının 1219 sayılı Yasadaki sınırlamaların ötesinde engellenmesi nedeniyle de hukuka aykırı bulunmaktadır. Bu sebeple yürütmenin durdurulması isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

- Dava konusu Yönetmeliğin 5.maddesiyle değiştirilen Geçici 9.maddesinin ikinci fıkrasının ikinci paragrafının ilk iki cümlesine yönelik olarak;

Anayasanın 152. ve 153. maddeleri ve yerleşik yargı içtihatları uyarınca, bir yasa kuralının Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi halinde, idare ve yargı mercilerinin yüksek mahkemenin kararına ve hükme esas olan gerekçesine uygun karar vermek zorunda oldukları açıktır.

Anayasa Mahkemesinin 16.7.2010 günlü, E:2010/29, K:2010/90 sayılı kararının doğurduğu sonuçlara bakıldığında;

1- 1219 sayılı Yasanın 12. maddesi uyarınca, tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, anılan maddenin ikinci fıkrasının her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla ve başka bir sınırlamaya da tabi olmadan, birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilme hakkına sahiptir.

2- Öğretim elemanlarının üniversitelerde kısmi zamanlı statüde çalışmasının sona erdirilerek devamlı statüde görev yapmaları Anayasaya uygun bulunmuştur.

3- Üniversite öğretim üyeleri yönünden özel kanun olan 2547 sayılı Yasada düzenleme yapan ve üniversite öğretim görevlilerinin mesai sonrası başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başkaca herhangi bir iş göremeyecekleri, ek görev alamayacakları ve mesleklerini serbest olarak icra edemeyecekleri yolundaki yasaklayıcı hüküm Anayasaya aykırı bulunarak iptal edildiğinden, üniversitelerde görevli öğretim üyelerinin mesai sonrası çalışmalarına yasak getiren özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

4- Üniversiteler geniş anlamda kamu kurumu oldukları halde, Anayasa Mahkemesinin öğretim üyelerine ilişkin yukarıda belirtilen özel düzenlemedeki iptal kararı ve anılan kararın öğretim üyelerinin kamu görevlisi olmakla birlikte Anayasada genel sınıflandırma içinde ayrı bir yer verilerek kendilerine özgü önem ve değerde bir meslek sınıfı olduğu, bu konuları dikkate alındığında, öğretim üyelerini diğer kamu görevlileri gibi değerlendirip, mesai sonrası başka iş yapmalarına yasaklama getirilmesinin Anayasaya aykırı olduğudur.

Bu durumda, Anayasa Mahkemesinin öğretim üyelerine ilişkin yukarıda belirtilen iptal kararı ve anılan kararın öğretim üyelerinin kamu görevlisi olmakla birlikte Anayasada genel sınıflandırma içinde ayrı bir yer verilerek kendilerine özgü önem ve değerde bir meslek sınıfı olduğu, bu konuları dikkate alındığında, öğretim üyelerini diğer kamu görevlileri gibi değerlendirip, mesai sonrası başka iş yapmalarına yasaklama getirilmesinin Anayasaya aykırı olduğu yolundaki

gerekçesi nedeniyle, Devlete ait üniversitelerde çalışan öğretim üyelerinin 1219 sayılı Yasanın 12.maddesinin (a) bendi kapsamındaki sınırlamadan ayırık tutulması gerekeceği açıktır. Bu durumu gözetmeyen yönetmelik ve uygulama işleminde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Belirtilen nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27 nci maddesinde yürütmenin durdurulması için aranılan koşulların gerçekleştiği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

- Dava konusu diğer düzenlemelere yönelik olarak; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşulların bu aşamada gerçekleşmediği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı :

Düşüncesi :2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesi uyarınca yürütmenin durdurulması isteminin karara bağlanabilmesi için, davalı idarenin savunmasının alınması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince, davalı idarenin emsal nitelikli E:2011/6866 ve E:2011/1480 sayılı dava dosyalarına verdiği savunmalar dikkate alınarak, yürütmenin durdurulması istemi incelendi, gereği görüldü :

Dava, 7.4.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin; 1. maddesinin yargı kararlarına aykırı olması nedeniyle tamamının, 1. maddesiyle değiştirilen 12/D maddesinin 1. fıkrasının (a), (b), (d), (e), (f), (i) bentlerinin,

4.maddesiyle değiştirilen Yönetmeliğin Ek-1 maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinin, 5.maddesiyle değiştirilen Geçici 9.maddesinin ikinci fıkrasının ikinci paragrafının ilk iki cümlesinin ve anılan maddeyle değiştirilen Geçici 9.maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendine eklenen cümlelerin iptali ve yürütmelerinin durdurulması istemiyle açılmıştır.

Davanın durumu ve uyuşmazlığın hukuki niteliğine göre; 7.4.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 1. maddesiyle değiştirilen Yönetmeliğin 12/D maddesinin birinci fıkrasının; (a), (b), (d), (i) bentlerine, 5.maddesiyle değiştirilen Geçici 9.maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendine eklenen cümleye yönelik yürütmenin durdurulması istemine ilişkin olarak; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşulların bu aşamada gerçekleşmediği anlaşılmaktadır.

Dava konusu Yönetmeliğin 1. maddesiyle değişik 12/D maddesinin birinci fıkrasının (e) ve (f) bentlerinin incelenmesi:

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3. maddesinde, Sağlık hizmetleriyle ilgili temel esaslar sayılmış olup, anılan maddenin 1/(c) bendinde, bütün sağlık kurum ve kuruluşları ile sağlık personelinin ülke sathında dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılmasının esas olduğu, sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesinin bu esas içerisinde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca düzenleneceği, 1/(e) bendinde, tesis edilecek eğitim, denetim, değerlendirme ve oto kontrol sistemi ile sağlık kuruluşlarının tespit edilen standart ve esaslar içinde hizmet vermesinin sağlanacağı, 1/(i) bendinde, sağlık hizmetlerinin yurt çapında istenilen seviyeye ulaştırılması amacıyla; bakanlıklar seviyesinden en uçtaki hizmet birimine kadar kamu ve özel sağlık kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları arasında koordinasyon ve işbirliği yapılacağı, sağlık kurum ve kuruluşlarının coğrafik ve fonksiyonel hizmet alanlarının, verecekleri hizmetler, yönetim, hizmet ilişki ve bağlantıları gibi konularda tespit edilen esaslara uymak ve verilen görevleri yapmakla yükümlü oldukları belirtilmiştir. Anılan Yasanın 9.maddesinin 1/(c) bendinde de, bütün kamu ve özel sağlık kuruluşlarının tesis, hizmet, personel, kıstaslarını belirlemeye, sağlık kurum ve kuruluşlarını sınıflandırmaya ve sınıflarının değiştirilmesine, sağlık kuruluşlarının amaca uygun olarak teşkilatlanmalarına, sağlık hizmet zinciri oluşturulmasına, hizmet içi eğitim usul ve esasları ile sağlık kurum ve kuruluşlarının koordineli çalışma ve hizmet standartlarının tespiti ve denetimi ile bu Kanunla ilgili diğer hususların Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle tespit edileceği öngörülmüştür.

181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin; 2. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, herkesin hayatını beden, ruhen

ve sosyal bakımdan tam iyilik hali içinde sürdürmesini sağlamak için fert ve toplum sağlığını korumak ve bu amaçla ülkeyi kapsayan plan ve programlar yapmak, uygulamak ve uygulatmak, her türlü tedbiri almak, gerekli teşkilatı kurmak ve kurdurmak, 9. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde, sanatlarını serbest olarak icra eden tabip ve tababet mensuplarının hizmetlerinin ve işyerlerinin sağlık ve teknik denetimini yapmak, ücret tarifelerini tesbit etmek Sağlık Bakanlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır. Anılan Yasanın 31. maddesinde, Bakanlıkça verilecek önemli sağlık konuları hakkında görüş bildirmek ve tababet şubeleri sanatlarını ifadan doğan adli konularda görüş vermek üzere (11) üyeli bir Yüksek Sağlık Şurası kurulmuş olup, Bakanlığın, ülkenin sağlık ile ilgili konularında danışma fonksiyonu yapmak üzere Şûra'ya bağlı olarak danışma kurulları ve tababet şubeleri sanatlarını ifadan doğan adli konularda dosyaları inceleyip Şûra'ya sunmak üzere ihtisas komisyonları oluşturabileceği hükme bağlanmış, 43. maddesinde ise, Bakanlığın, kanunla yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve diğer idari metinlerle düzenlemekle görevli ve yetkili olduğu belirtilmiştir.

1219 sayılı Yasanın 1. ve 5. maddeleri uyarınca tabiplik yapma yetkisine sahip pratisyen doktorlar ile değişik uzmanlık dallarında uzmanlık yapmış olan uzman doktorlar tarafından açılabilen muayenehaneler; Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin 4/ğ maddesinde, anılan Yönetmeliğin kapsamında bulunan sağlık kuruluşu türleri arasında sayılmış , anılan Yönetmeliğin 7. maddesinin 25.9.2010 tarih ve 27710 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelikle değişik 2. fıkrasında, "bir tabip tarafından mesleğini serbest olarak icra etmek üzere müstakilen açılan, bu Yönetmelik ile belirlenen asgari şartları taşıyan ve bu Yönetmelikte tanımlanan tıbbi işlemlerin yapılabildiği sağlık kuruluşu" şeklinde tanımlanmıştır.

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, Sağlık Bakanlığı'nın, muayenehanelerin taşınması gereken asgari tesis, hizmet ve personel standartlarını belirleme konusunda düzenleme yapmaya yetkili olduğu sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, Sağlık Bakanlığı'nın da bu yetkisini kullanıp asgari standartları belirlerken, muayenehanede **yürütülen işin niteliği ve hizmet gerekleriyle bağlı olduğu** tartışmasızdır.

3.8.2010 tarih ve 27661 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 2. maddesi ile Yönetmeliğe eklenen 12/D maddesinin 1. fıkrasında getirilen düzenlemeler incelendiğinde; (a) bendinde, muayenehanede, 8 metrekare hekim çalışma alanı ve 8 metrekare hasta muayene alanı olmak üzere en az 16 metrekare kullanım alanına sahip hasta muayene odası ayrılması, hasta muayene odalarında hasta muayene masası, soyunma

bölümü ve lavabo bulunması, "Kadın hastalıkları ve doğum ile üroloji muayene odalarında ayrıca tuvaletin bulunması" gerektiği, (b) bendinde, kullanım alanı en az 20 metrekare olan hasta bekleme salonu, (c) bendinde, tuvalet, (d) bendinde, en az 10 metrekare kullanım alanına sahip pansuman ve acil müdahale bölümü/odası ile acil müdahaleler için gerekli olan acil seti, ve bu setin içindeambu, laringoskop, endotrakeal tüp bulundurulması gerektiği, (e) bendinde, giriş katta olmayan muayenehanelerin bulunduğu binada, hastanın tekerlekli sandalye ile girebilmesini sağlamak amacıyla, girişi en az 80 santimetre genişliğinde asansör olması, merdivenin gerektiğinde sedye ile hasta taşınmasına imkan sağlayacak şekilde, basamak yüksekliğinin 16-18 santimetre, basamak genişliğinin 30-33 santimetreyi sağlamak kaydıyla merdiven ve sahanlığın genişliği en az 1,30 metre olacağı ve merdiven basamak yüksekliği özürülülerin çıkışını zorlaştırmayacak şekilde düz bir satıhla bitirileceği, muayenehanenin girişi, zemin seviyesinde değilse %8 eğimli rampa yaptırılacağı, (f) bendinde, hasta kullanımına ait tüm kapıların sedye ve tekerlekli sandalye geçişine uygun olacak şekilde en az 110 santimetre genişliğinde olması gerektiği, (g) bendinde, aydınlatma ve ısıtma, (ğ) bendinde, muayenehanelerde en az bir sağlık personeli istihdam edileceği, (h) bendinde, kayıt ve bildirim, (ı) bendinde, atıklar, (i) bendinde, kadın hastalıkları ve doğum ile çocuk hastalıkları uzmanlarının muayenehanelerinde, içinde lavabosu bulunan asgari 5 metrekarelik bebek emzirme ve bakım odası bulunması gerektiğinin belirtildiği görülmekte olup; bu düzenlemelerde; kadın hastalıkları ve doğum ile üroloji muayene odalarında tuvalet bulunması ve kadın hastalıkları ve doğum ile çocuk hastalıkları uzmanlarının muayenehanelerinde bebek emzirme ve bakım odası öngörülmesi yolundaki iki özel belirleme dışında, bu dallarla birlikte diğer tüm dallardaki muayenehaneleri kapsayacak şekilde, zorunlu tek bir standart oluşturulduğu anlaşılmaktadır.

Anılan düzenlemelerin bazılarının iptali ve yürütmelerinin durdurulması istemiyle Dairemizin E:2010/11950, E:2010/11735 ve E:2010/11663 sayılı dosyasında açılan davalarda Dairemizce verilen 11.3.2011 ve 17.1.2011 tarihli kararlarla ; asgari fiziki ve tıbbi gerekliliklerin belirlenmesinin teknik bir konu olup, bu hususların belirlenmesinin bu konulardaki uzmanların görüşlerine başvurmayı gerektireceği, pratisyen veya çeşitli uzmanlık dallarında uzman olan doktorlar tarafından açılabilen muayenehanelerin taşınması gereken asgari fiziki ve tıbbi gerekliliklerin; oluşturulacak bilimsel kurullarda konunun uzmanlarının görüşü alınarak ve her bir uzmanlık dalı için o uzmanlık dalının ihtiyaç ve özelliklerine göre belirlenmesi gerektiği; yeterli çalışma yapılmadan ve uzmanlık alanları gözardı edilerek, bütün muayenehaneler için aynı standartların uyulması zorunlu asgari standart olarak konulmasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle 12/D maddesinin birinci fıkrasının; (a), (b), (d), (e), (f), (ğ) ve (i) bentlerindeki düzenlemelerin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Bunun üzerine, davalı idare tarafından, 11.2.2011 tarihli olur ile; Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdür Yardımcısı başkanlığında, bir hukuk müşaviri, bir mimar, Ankara' da bulunan eğitim ve araştırma hastanelerinden değişik branşlardan 14 uzman doktor ile Ankara, Hacettepe ve Gazi üniversitesinden değişik branşlardan 4 uzman doktor ve sektör temsilcisi olarak Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinden çağrılan bir doktor üyenin katılımıyla bilimsel

komisyon oluşturulmuş olup; yapılan çalışma sonrasında, Sağlık Bakanlığınca 7.4.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan değişiklikle, Yönetmeliğin 12/D maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (d), (e), (f) ve (i) bentleri yeniden düzenlenmiştir.

7.4.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan değişiklikle, Yönetmeliğin 12/D maddesinin birinci fıkrasına getirilen düzenlemeler incelendiğinde; (a) bendinde, muayenehanede, 8 metrekare hekim çalışma alanı ve 8 metrekare hasta muayene alanı olmak üzere en az 16 metrekare kullanım alanına sahip hasta muayene odası ayrılması şartı korunmakla birlikte, belirtilen bazı uzmanlık dalları için lavabo ve/veya tuvaletin bulunmasının gerekeceği ve gerekmeyeceği özel durumların belirtildiği, (b) bendinde, hasta bekleme salonunun kullanım alanının en az 12 metrekareye düşürüldüğü, (d) bendinde, pansuman odasının sadece cerrahi uzmanlık dallarında zorunlu hale getirildiği, (e) bendinde, asansör ve merdivenler ile %8 eğimli rampa şartlarının devam ettirildiği, (f) bendinde, muayene odası ve tuvalet kapıları için 110 santimetre şartının devam ettirildiği, (i) bendinde, kadın hastalıkları ve doğum ile çocuk hastalıkları uzmanlarının muayenehanelerinde, içinde lavabosu bulunan asgari 5 metrekarelik bebek emzirme ve bakım odası bulunması veya bu amaç için uygun araçla ayrılmış bölüm bulunmasının yeterli hale getirildiği, ayrıca yönetmelik maddesine (k) bendi eklenerek, tüm uzmanlık dallarındaki muayenehanelerde, acil müdahaleler için gerekli olan acil seti bulundurulacağı, acil setinde; ambu, laringoskop ve endotrakeal tüp bulundurulması gerektiğinin belirtildiği görülmektedir.

Muayenehanenin, bir tabip tarafından mesleğini serbest olarak icra etmek üzere açılan, tam gün çalışmanın zorunlu olmadığı, normal hasta muayenesi ve Yönetmelikte tanımlanan basit tıbbi işlemlerin yapılabilirdiği ayakta teşhis ve tedavi kuruluşu olduğu, 3.9.2010 tarihli Bakan onayı ile oluşturulan komisyon raporunda da belirtildiği gibi, sağlık hizmeti sunumunda ilk basamak düzeyinde değerlendirildiği ve daha önceleri genelgelerle, sonra ise, Yönetmelik ekinde yapılan düzenlemeyle, muayenehanelerde yapılabilecek tıbbi girişimsel işlemlerin minimum düzeyde tutulduğu, çalışma saatlerinin ve Yönetmelik ekindeki muayenehanelerde yapılabilecek tıbbi işlemler listesinde yer alan işlemlerden hangilerinin yapılacağına önceden idareye bildirildiği ve bunlar dışındaki işlemlerin yapılamadığı, genellikle acil ve sedye koşullarında başvurunun olmadığı, gerektiğinde ise, doktorun hastanın bulunduğu yere çağrılabilirdiği bir yer olduğu dikkate alındığında; asansör, merdiven ve kapılar için Yönetmelikte aranan fiziki şartların; hizmet gereği asgari standart boyutlarını aşar şekilde belirlenmiş olduğu sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, muayenehanelerde doktorluk mesleğinin serbest olarak icra edildiği, sağlık hizmetinin serbest sunumunun koşullarını ağırlaştırarak sunumunu ağır biçimde güçleştirecek şekilde asgari standart düzenlenemeyeceği; piyasa koşullarında serbest meslek icra eden doktorların ve hastaların, erişimi dikkate alarak tercihlerini belirleyebilecekleri de açıktır.

Çalışma hakkı ve özel girişim özgürlüğüne yönetmelikle ağır müdahale boyutundaki bu düzenlemeler Anayasanın 48. maddesinin de ihlali anlamına gelecektir.

Bu durumda, dava konusu Yönetmeliğin 1. maddesiyle değişik 12/D maddesinin birinci fıkrasının (e) ve (f) bentlerinde hizmet gereklerine ve hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Dava konusu Yönetmeliğin 4.maddesiyle değiştirilen Yönetmeliğin Ek-1 maddesinin 2 nolu fıkrasının ilk cümlesinin incelenmesi:

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3.maddesinde, sağlık hizmetleriyle ilgili temel esaslar sayılmış olup, anılan maddenin 1/(c) bendinde, bütün sağlık kurum ve kuruluşları ile sağlık personelinin ülke sathında dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılmasının esas olduğu, sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesinin bu esas içerisinde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca düzenleneceği, 1/ (e) bendinde, tesis edilecek eğitim, denetim, değerlendirme ve oto kontrol sistemi ile sağlık kuruluşlarının tespit edilen standart ve esaslar içinde hizmet vermesinin sağlanacağı, 1/(i) bendinde, sağlık hizmetlerinin yurt çapında istenilen seviyeye ulaştırılması amacıyla; bakanlıklar seviyesinden en uçtaki hizmet birimine kadar kamu ve özel sağlık kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları arasında koordinasyon ve işbirliği yapılacağı, sağlık kurum ve kuruluşlarının coğrafik ve fonksiyonel hizmet alanlarının, verecekleri hizmetler, yönetim, hizmet ilişki ve bağlantıları gibi konularda tespit edilen esaslara uymak ve verilen görevleri yapmakla yükümlü oldukları belirtilmiştir. Anılan Yasanın 9.maddesinin 1/ (c) bendinde de, bütün kamu ve özel sağlık kuruluşlarının tesis, hizmet, personel kıstaslarını belirlemeye, sağlık kurum ve kuruluşlarını sınıflandırmaya ve sınıflarının değiştirilmesine, sağlık kuruluşlarının amaca uygun olarak teşkilatlanmalarına, sağlık hizmet zinciri oluşturulmasına, hizmet içi eğitim usul ve esasları ile sağlık kurum ve kuruluşlarının koordineli çalışma ve hizmet standartlarının tespiti ve denetimi ile bu Kanunla ilgili diğer hususların Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle tespit edileceği öngörülmüştür.

181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin; 2.maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, herkesin hayatını beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam iyilik hali içinde sürdürmesini sağlamak için fert ve toplum sağlığını korumak ve bu amaçla ülkeyi kapsayan plan ve programlar yapmak, uygulamak ve uygulatmak, her türlü tedbiri almak, gerekli teşkilatı kurmak ve kurdurmak, 9.maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde, sanatlarını serbest olarak icra eden tabip ve tababet mensuplarının hizmetlerinin ve işyerlerinin sağlık ve teknik denetimini yapmak, ücret tarifelerini tesbit etmek

Sağlık Bakanlığının görevleri arasında sayılmıştır. Anılan Yasanın 43.maddesinde ise, Bakanlığın, kanunla yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve diğer idari metinlerle düzenlemekle görevli ve yetkili olduğu belirtilmiştir.

Öte yandan, 1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun' un 12.maddesinin 21.1.2010 tarih ve 5947 sayılı Kanununun 7. maddesiyle değişik ikinci ve üçüncü fıkralarında ; "Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, aşağıdaki ("bentlerden yalnızca birindeki" ibaresi Anayasa Mahkemesinin 16.7.2010 tarih ve E:2010/29 K:2010/90 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.) sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilir:

a) Kamu kurum ve kuruluşları.

b) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan vakıf üniversiteleri.

c) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan vakıf üniversiteleri, serbest meslek icrası.

Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir. Bu maddenin uygulanması bakımından Sosyal Güvenlik Kurumunca branş bazında sözleşme yapılan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversiteleri yalnızca sözleşme yaptıkları branşlarda (b) bendi kapsamında kabul edilir. Mesleğini serbest olarak icra edenler, hizmet bedeli hasta tarafından karşılanmak ve Sosyal Güvenlik Kurumundan talep edilmemek kaydıyla, (b) bendi kapsamında sayılan sağlık kuruluşlarında da hastalarının teşhis ve tedavisini yapabilir. Sözleşmeli statüde olanlar da dahil olmak üzere mahalli idareler ile kurum tabipliklerinde çalışan ve döner sermaye ek ödemesi almayan tabipler işyeri hekimliği yapabilir. Döner sermayeli sağlık kuruluşları ise kurumsal olarak işyeri hekimliği hizmeti verebilir. Bu maddenin uygulamasına ve işyeri hekimliğine ilişkin esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenir." hükümleri yer almaktadır.

6.1.2011 tarih ve 27807 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin; 16.maddesiyle değiştirilen Ek madde 1' in 2 nolu fıkrasında; " Tabip, dış tabibi ve uzmanlar, **kadro olarak**

çalıştıkları tıp merkezi veya özel hastane dışında

en fazla iki

özel sağlık kuruluşunda kadro dışı geçici çalışabilirler. Bu şekilde çalışılacak gün ve saatler personelin sözleşmelerinde açıkça belirtilir ve müdürlükçe çalışma belgesi düzenlenir. Bu şekilde çalışan tabibin/uzmanın, kadrolu olarak çalıştığı tıp merkezi/özel hastaneden ayrılması ve altmış gün içinde başka bir tıp merkezi/özel hastane kadrosuna başlayamaması halinde

kadro dışı geçici çalışma belgesi iptal

edilir." kurallarına yer verilmiş iken; 7.4.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 4. maddesiyle yapılan değişiklikle, ek 1 inci maddesinin başlığı "Sağlık kuruluşlarının kalite ve verimliliğini artırmak amacıyla izin verilebilecek hususlar" olarak değiştirilmiş, dava konusu ikinci fıkrasının ilk cümlesi "Tabip, dış tabibi ve uzmanlar, 1219 sayılı Kanunun 12 nci maddesine uygun olmak kaydıyla

kadrolu olarak

çalıştıkları tıp merkezi veya özel hastane dışında

en fazla iki

özel sağlık kuruluşunda kadro dışı geçici olarak çalışabilirler." şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

1219 sayılı Yasanın 12. maddesi uyarınca, tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, anılan maddenin ikinci fıkrasının her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla ve başka bir sınırlamaya da tabi olmadan, birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilme hakkına sahipken, dava konusu Yönetmelik hükmüyle, tıp merkezi veya özel hastanelerde kadrolu olarak çalışan tabip, dış tabibi ve uzmanların, kadrolu çalıştıkları bu yer dışında "en fazla iki" özel sağlık kuruluşunda daha kadro dışı geçici olarak çalışabilecekleri öngörülme suretiyle, yasada yer almayan bir sınırlamanın, hukuka aykırı olarak yönetmelikle getirildiği ve 4.4.2011 tarihli değişiklikle de sürdürüldüğü anlaşılmaktadır.

Davalı idarenin emsal nitelikli 2011/1480 esas sayılı dosyadaki savunmasında, bu maddedeki düzenlemede yer alan "kadro dışı geçici çalışmanın" daha önce yönetmelikle tanımlanmış olan "kısmi zamanlı çalışma" şekline tekabül ettiği ve bu fıkradaki düzenlemeyle belirli zaman diliminde kısmi zamanlı çalışmaya olanak sağlandığı belirtilmesine karşın; anılan fıkranın kadro dışı geçici çalışmayı bir tıp merkezi veya özel hastanede kadrolu çalışma şartına bağlaması ve tabibin kadrolu olarak çalıştığı tıp merkezi/özel hastaneden ayrılıp altmış gün içinde başka bir tıp merkezi/özel hastane kadrosuna başlayamaması halinde, kadro dışı geçici çalışma belgesinin iptal edilmesi boyutuyla da; tabiplik statüsünün tabibe verdiği mesleğinde çalışma hakkının 1219 sayılı Yasadaki sınırlamaların ötesinde engellenmesi nedeniyle de hukuka aykırı bulunmaktadır.

Zira, 1219 sayılı Yasa uyarınca tabiplik mesleğini icra etme hakkına sahip bir tabibin, 1219 sayılı Yasanın 12.maddesindeki sınırlamalara bağlı kalmak suretiyle, bir veya birden fazla özel sağlık kuruluşunda sadece kısmi zamanlı olarak çalışabileceği de açıktır.

Bu durumda, tabip ve uzmanların yasayla çizilen çalışma özgürlüğünün sınırını aşar şekilde sınırlama getiren dava konusu düzenlemede hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Dava konusu Yönetmeliğin 5.maddesiyle değiştirilen Geçici 9.maddesinin ikinci fıkrasının ikinci paragrafının ilk iki cümlesinin incelenmesine gelince;

181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin; 2.maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, herkesin hayatını bedenlen, ruhen ve sosyal bakımdan tam iyilik hali içinde sürdürmesini sağlamak için fert ve toplum sağlığını korumak ve bu amaçla ülkeyi kapsayan plan ve programlar yapmak, uygulamak ve uygulatmak, her türlü tedbiri almak, gerekli teşkilatı kurmak ve kurdurmak Sağlık Bakanlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır. Anılan KHK'nin 43.maddesinde ise, Bakanlığın, kanunla yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri; tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve diğer idari metinlerle düzenlemekle görevli ve yetkili olduğu belirtilmiştir.

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3.maddesinde, sağlık hizmetleriyle ilgili temel esaslar sayılmış olup, anılan maddenin 1/(c) bendinde, bütün sağlık kurum ve kuruluşları ile sağlık personelinin ülke sathında dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılmasının esas olduğu, sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesinin bu esas içerisinde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca düzenleneceği belirtilmiştir. Anılan Yasanın 9.maddesinin 1/ (c) bendinde de, bütün kamu ve özel sağlık kuruluşlarının tesis, hizmet, personel kıstaslarını belirlemeye, sağlık kurum ve kuruluşlarını sınıflandırmaya ve sınıflarının değiştirilmesine, sağlık kuruluşlarının amaca uygun olarak teşkilatlanmalarına, sağlık hizmet zinciri oluşturulmasına, hizmet içi eğitim usul ve esasları ile sağlık kurum ve kuruluşlarının koordineli çalışma ve hizmet standartlarının tespiti ve denetimi ile bu Kanunla ilgili diğer hususların Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle tespit edileceği öngörülmüştür.

6.1.2011 tarihli Yönetmelik değişikliği ile dava konusu Yönetmeliğin dayanakları arasına alınmış olan 1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun' un birinci faslında, hekimlik statüsünün kazanılmasına, mesleğin icra edilmesine ve sınırlarına ilişkin

hükümler yer almıştır.

Davalı idare tarafından, dava konusu Yönetmelik hükümlerinin, Anayasa Mahkemesinin 16.7.2010 günlü ve E:2010/29, K:2010/90 sayılı kararı ile Danıştay kararları gözetilerek ve 1219 sayılı Yasanın 12.maddesinin uygulanması amacıyla yapıldığı ileri sürüldüğünden, anılan kararların içeriği ile bu konudaki hukuki sürecin irdelenmesi gerekmektedir.

Yasa koyucu tarafından, kamu kesiminde çalışan sağlık personelinin tam gün çalışmasına yönelik olarak, 21.1.2010 tarih ve 5947 sayılı "Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" kabul edilmiş olup; bu kanunla yapılan düzenlemelerle, kamu görevlisi olan hekimlerin bu görevleri dışında herhangi bir yerde çalışması yasaklanmış ve üniversite öğretim elemanlarının çalışma sistemi ile ilgili olarak da 5947 sayılı Yasanın 3. maddesi ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 36. maddesi değiştirilerek, öğretim elemanlarının üniversitelerde kısmi statüde çalışmalarına son verilmiş ve bunların üniversitelerde devamlı statüde çalışacakları ve öğretim elemanlarının bu Yasa ile diğer yasalarda belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremeyecekleri, ek görev alamayacakları ve serbest meslek icra edemeyecekleri düzenlenmiştir.

Ayrıca, 5947 sayılı Yasanın çerçeve 6. maddesi ile 2547 sayılı Yasaya Geçici 57. madde eklenmiş olup, bu geçici madde ile, bu maddenin yayımlandığı tarihte kısmi statüde görev yapmakta olan öğretim üyelerinden, Yasanın yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde talepte bulunanların devamlı statüye geçirileceği, bu süre içinde talepte bulunmayanların istifa etmiş sayılacağı kurala bağlanmış; çerçeve 7. maddesi ile de, 1219 sayılı "Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun"un 12. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları değiştirilerek; tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların mesleklerini icra edebilme koşulları yeniden belirlenmiştir.

Öte yandan, kamu kesiminde kısmi statüde çalışma yöntemine son verilmiş olması nedeniyle, 5947 sayılı Yasa'nın 19. maddesinin (a) bendi ile 2368 sayılı "Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun" yürürlükten kaldırılmıştır.

Anılan Yasa 30.1.2010 günlü ve 27478 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olup; Yasanın 20. maddesinin (a) bendinde, bu Yasanın 3. maddesinin yayımı tarihinden bir yıl sonra; (b) bendinde ise, Yasanın 7. maddesinin yayımı tarihinden altı ay sonra yürürlüğe gireceği

belirtilmiştir.

5947 sayılı Yasanın bazı maddelerinin iptali ve yürürlüğün durdurulması istemiyle Anamuhalefet Partisi tarafından Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru, Anayasa Mahkemesince, 16.7.2010 tarihinde görüşülerek karara bağlanmış ve aynı gün kararın sonuçları konusunda kamuoyuna açıklama yapılmıştır.

Bunun üzerine, Sağlık Bakanlığı'nın internet sitesinde (daha sonra Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı tarafından Danıştay Beşinci Dairesinde dava konusu edilecek olan) 16.7.2010 tarihli "Tam Gün Kanunu ile İlgili Basın Açıklaması" başlıklı işlemle; Anayasa Mahkemesi' nin anılan kararından söz edilerek, üniversite öğretim üyelerinin yükseköğretim kurumları dışında çalışma yasağına ilişkin cümlelerin iptal edildiği; buna göre, üniversitelerde kısmi statüde çalışmanın sona ereceği; ancak, öğretim üyelerinin sekiz saatlik mesai saatlerinin bitiminde özel çalışabilecekleri; bu uygulamanın 30. Ocak 2011 tarihinde başlayacağı; üniversite öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açmaları ve özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığı ve bu uygulamanın da 30. Temmuz 2010 tarihinden itibaren başlayacağı duyurulmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin 22.7.2010 günlü ve 27649 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan yürürlüğün durdurulmasına ilişkin kararı ile; 5947 sayılı Yasanın 7. maddesiyle 1219 sayılı Yasanın 12. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "...bentlerden yalnızca birindeki..." ibaresinin, Anayasa Mahkemesi'nin 16.7.2010 günlü ve E:2010/29, K:2010/90 sayılı kararıyla iptal edildiği belirtilerek, bu ibarenin uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için gerekçeli kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı güne kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmiştir. Ardından Anayasa Mahkemesi'nin, 16.7.2010 günlü ve E:2010/29, K:2010/90 sayılı kararı, 4.12.2010 günlü ve 27775 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi ; 5947 sayılı Yasanın 3. maddesi ile 2547 sayılı Yasanın 36. maddesinin 1. fıkrasında yapılan değişiklikle "öğretim elemanlarının üniversitede devamlı statüde görev yapması ile ilgili hükmü, yani kısmi statüde çalışmanın kaldırılmasını Anayasa'ya aykırı bulmayarak, anılan 1. fıkra yönünden iptal istemini reddetmiştir. Ancak, maddenin, daimi statüde görev yapan öğretim elemanlarının, bu kanun ile diğer kanunlarda belirlenen görevler ile telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremeyecekleri, ek görev alamayacakları ve mesleklerini serbest olarak icra edemeyeceklerini düzenleyen ikinci fıkrasının birinci tümcesini;

"Anayasa'da üniversite, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirilip bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirilmiş, öğretim üyelerine de kamu görevlisi olmakla birlikte genel sınıflandırma içinde ayrı bir yer verilerek kendilerine özgü önem ve değerinde bir meslek sınıfı olduğu belirtilmiştir. Öğretim üyelerinin bu konuları dikkate alındığında bunları diğer kamu görevlileri gibi değerlendirmek mümkün değildir.

Yasakoyucu, yükseköğretimin Anayasa'da belirtilen ilkeler doğrultusunda geliştirilmesi, bu bağlamda sağlık sorunlarının çözüme kavuşturulması için öğretim elemanlarının unvan ve statülerine uygun bazı sınırlamalar getirerek çalışma koşullarını belirleyebilir. Ancak getirilen bu sınırlamalar, üniversitelerdeki bilim özgürlüğü ve bilimsel özerkliğin gereği olan her türlü bilimsel faaliyeti engelleyici nitelikte olamaz. İptali istenen düzenleme ile üniversitelerin bilim verilerini yaymak, ulusal alanda gelişime ve kalkınmaya destek olmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek gibi görevlerini yerine getirmesinin engellendiği, ayrıca, üniversitelerde görev yapan öğretim görevlileri, okutmanlar, öğretim yardımcıları ile akademik olarak belirli bir yetkinliğe sahip öğretim üyeleri arasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın mesai sonrası ücretsiz de olsa resmi veya özel herhangi bir iş yapmalarının yasaklandığı anlaşılmaktadır. Bu durumun Anayasa'nın 130. maddesi ile bağdaşmadığı açıktır." gerekçesiyle iptal etmiştir.

5947 sayılı Yasanın çerçeve 7. maddesi ile değiştirilen 1219 sayılı Yasanın 12. maddesinin 2. fıkrasının 1. tümcesindeki "...bentlerden yalnızca birindeki..." ibaresinin iptali istemine yönelik olarak da;

"...Sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. İnsanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan hekimin statüsünün de bu çerçevede değerlendirilerek diğer kamu görevlileri ile bu yönden farklılığının gözetilmesi gerekir.

Ayrıca bazı dallarda uzman olan hekimlerin sayıca az olması ve kamunun yanında özel sağlık kuruluşlarının da bu dallarda uzman hekimlere ihtiyaç duyması, bu hekimlerin mesleğini mesai saatleriyle sınırlı olmaksızın yaygın bir şekilde icra etmelerini gerekli kılabilir. Hekimlerin insan sağlığının gelişmesi ve yaşam haklarının korunması ile doğrudan ilgili olan bu konuları dikkate alınmaksızın çalışma koşullarının kuralda belirtildiği şekilde sınırlandırılması bireylerin yaşam hakkını zedeleyici nitelik taşımaktadır.

İptal konusu ibarede, tabiplerin, dış tabiplerinin ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, maddenin ikinci fıkrasında yer verilen bentlerden yalnız birinde yer alan kurumlarda mesleklerini icra edebilecekleri belirtilerek, herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin düzenleme yapılmasının, Anayasa'da güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırılık oluşturduğu sonucuna varıldı(ğı)..." gerekçesiyle, dava konusu "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresi Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerine aykırı bularak, 1219 sayılı Yasanın 12. maddesinin 2. fıkrasının 1. tümcesindeki "...bentlerden yalnızca birindeki..." ibaresini iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonraki haliyle, 1219 sayılı Yasanın 12.maddesinin 21.1.2010 tarih ve 5947 sayılı Kanununun 7. maddesiyle değişik ikinci ve üçüncü fıkralarında; "Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, aşağıdaki ("bentlerden yalnızca birindeki" ibaresi Anayasa Mahkemesinin 16.7.2010 tarih ve E:2010/29 K:2010/90 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.) sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilir:

a) Kamu kurum ve kuruluşları.

b) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan vakıf üniversiteleri.

c) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan vakıf üniversiteleri, serbest meslek icrası.

Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir. Bu maddenin uygulanması bakımından Sosyal Güvenlik Kurumunca branş bazında sözleşme yapılan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversiteleri yalnızca sözleşme yaptıkları branşlarda (b) bendi kapsamında kabul edilir. Mesleğini serbest olarak icra edenler, hizmet bedeli hasta tarafından karşılanmak ve Sosyal Güvenlik Kurumundan talep edilmemek kaydıyla, (b) bendi kapsamında sayılan sağlık kuruluşlarında da hastalarının teşhis ve tedavisini yapabilir. Sözleşmeli statüde olanlar da dahil olmak üzere mahalli idareler ile kurum

tabipliklerinde çalışan ve döner sermaye ek ödemesi almayan tabipler işyeri hekimliği yapabilir. Döner sermayeli sağlık kuruluşları ise kurumsal olarak işyeri hekimliği hizmeti verebilir. Bu maddenin uygulamasına ve işyeri hekimliğine ilişkin esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenir." hükümleri yer almaktadır.

Anayasanın 152. ve 153. maddelerinde belirtildiği ve yerleşik yargı içtihatlarında da vurgulandığı üzere, bir yasa kuralının Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi halinde, idare ve yargı mercilerinin yüksek mahkemenin kararına ve hükme esas olan gerekçesine uygun karar vermek zorunda oldukları açıktır.

Yukarıda belirtilen Yasal düzenlemeler ile Anayasa Mahkemesinin anılan kararının doğurduğu sonuçlara bakıldığında şu saptamaları yapmak mümkündür.

1- 1219 sayılı Yasanın 12. maddesi uyarınca, tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, anılan maddenin ikinci fıkrasının her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla ve başka bir sınırlamaya da tabi olmadan, birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilme hakkına sahiptir.

2- Öğretim elemanlarının üniversitelerde kısmi zamanlı statüde çalışmasını sona erdirerek, devamlı statüde görev yapmalarını düzenleyen yasa kuralı Anayasaya uygun bulunmuştur.

3- Üniversite öğretim üyeleri yönünden özel kanun olan 2547 sayılı Yasada düzenleme yapan ve üniversite öğretim görevlilerinin mesai sonrası başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başkaca herhangi bir iş göremeyecekleri, ek görev alamayacakları ve mesleklerini serbest olarak icra edemeyecekleri yolundaki yasaklayıcı hüküm Anayasaya aykırı bulunarak iptal edildiğinden, üniversitelerde görevli öğretim üyelerinin çalışma saatleri sonrası çalışmalarına yasak getiren özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

4- Üniversiteler geniş anlamda kamu kurumu oldukları halde, Anayasa Mahkemesinin, öğretim üyelerine ilişkin yukarıda belirtilen özel düzenlemedeki iptal kararının gerekçesinde de belirtildiği üzere; **öğretim üyeleri, kamu görevlisi olmakla birlikte, Anayasada genel sınıflandırma içinde ayrı bir yer verilerek kendilerine özgü önem ve değerinde bir meslek sınıfını oluşturmaktadır.**

Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gerekçesinde, öğretim üyelerinin; üniversitelerin yürüttükleri bilimsel çalışmaların gereği olarak sahip oldukları bilimsel ve idari özerkliğin doğal sonucu olarak, diğer kamu görevlilerinden farklı bir meslek sınıfı olarak nitelendirilmesi karşısında; yasama organı tarafından Anayasa Mahkemesinin anılan kararı doğrultusunda yeni bir düzenleme yapılmadığı sürece, diğer kamu görevlileri ile aynı kategoride değerlendirip, çalışma saatleri sonrasında başka iş yapmalarına yasaklama getirilmesine olanak bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Devlet üniversitesi tıp fakültelerinde öğretim üyesi sıfatıyla doktorluk yapanlar ile devlet hastanelerinde doktorluk yapanların aynı statüde değerlendirilmemesi gerekmektedir.

Bu itibarla, öğretim üyelerinin kamu görevlisi olmakla birlikte Anayasada genel sınıflandırma içinde ayrı bir yere sahip, kendilerine özgü önem ve değerde bir meslek sınıfı olduğu, bu konuları dikkate alındığında, öğretim üyelerini diğer kamu görevlileri gibi değerlendirip, mesai sonrası başka iş yapmalarına yasaklama getirilmesinin Anayasaya aykırı bulunduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararının; Devlete ait üniversitelere bağlı tıp fakültelerinde öğretim üyesi sıfatıyla çalışan doktorları, 1219 sayılı Yasanın 12.maddesinin (a) bendi kapsamı dışına çıkarmış bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesinin yukarıda irdemesi yapılan kararından sonra, davalı Sağlık Bakanlığınca da; Anayasa Mahkemesi kararının doğurduğu sonuç, Dairemizin yukarıda belirtilen şekildeki değerlendirmesine paralel olarak, (daha sonra Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı tarafından Danıştay Beşinci Dairesinde dava konusu edilecek olan) 16.7.2010 tarihli "Tam Gün Kanunu ile İlgili Basın Açıklaması" başlıklı işlemle; kamuda çalışan doktorlardan ayrı tutulan üniversite öğretim üyelerinin, sekiz saatlik mesai saatlerinin bitiminden sonra özel çalışabilecekleri, üniversite öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan tüm doktorların ise muayenehane açmaları ve özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığı duyurulmuştur.

Her ne kadar, davalı idarenin savunmasında, Bakanlığın anılan işlemine karşı Danıştay Beşinci Dairesinde açılan davada, İdari Dava Daireleri Kurulunca itiraz aşamasında verilen karar ile daha sonra Danıştay Beşinci Dairesince esastan verilen kararın gerekçeleri gözetilerek, dava konusu Yönetmelik düzenlemelerinin yapıldığı ve dava konusu Ankara Valiliği işleminin tesis edildiği belirtilmekte ise de; Danıştay Beşinci Dairesinde görülen davaya konu edilen işlem, zaten üniversitelerde çalışan tabipleri özel sektörde çalışma yasağının kapsamı dışında tuttuğundan, üniversitelerde görev yapan tabiplerin durumu anılan davanın konusunun dışındadır. Bu nedenle de, sözü edilen kararlarda üniversitelerde görev yapan tabiplere yönelik herhangi bir inceleme ve hüküm de bulunmamaktadır.

7.4.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin çerçeve 5. maddesiyle, ana Yönetmeliğin "Geçiş hükümleri" başlıklı geçici 9.maddesinin ikinci fıkrasının ikinci paragrafı; "2/5/2011 tarihine kadar 1219 sayılı Kanunun 12 nci maddesine uygunluk sağlayarak buna dair belgelerini müdürlüğe sunmaları halinde planlamadan istisna olarak sağlık kuruluşunda kadro dışı geçici çalışmalarına izin verilir. Bu süre içerisinde uygunluğunu sağlayamayanların çalışma belgeleri müdürlükçe iptal edilir. Bu çalışma izni tabip/uzmanlara yönelik bir hak olup sağlık kuruluşuna müktesep kadro hakkı vermez. Bu tabip/uzmanlar öncelikle sağlık kuruluşunun müktesep kadrosunda tabip/uzman bulunmaması halinde bu kadroya veya kadrolu çalışanın ayrılması durumunda ayrılanın yerine başlatılır. Bu şekilde çalışan tabip/uzmanın sağlık kuruluşundan ayrılarak başka bir sağlık kuruluşunda çalışmak istemesi halinde çalışma belgesi iptal edilir ve yeni başlayacakları sağlık kuruluşu için 9 uncu ve 17 nci maddeler kapsamında değerlendirilir." şeklinde değiştirilmiş olup; sağlık kuruluşunda kısmi zamanlı olarak çalışanların 2.5.2011 tarihine kadar 1219 sayılı Yasanın 12.maddesine uygunluk sağlamaları, aksi takdirde çalışma belgelerinin iptal edileceği öngörülmektedir.

Görüldüğü gibi, davalı Sağlık Bakanlığınca çıkartılan Yönetmelikte, yukarıda açıklanan Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrasında Devlet Üniversitesi tıp fakültesinde öğretim üyesi olarak çalışan doktorların kazandıkları farklı ve özel statü dikkate alınmamış; böylece Anayasa Mahkemesi kararına aykırı düzenleme yapılmıştır.

Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi kararına aykırı olarak düzenlenmiş olması nedeniyle dava konusu kısmında da hukuka ayarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde yürütmenin durdurulması için aranılan koşulların gerçekleştiği anlaşıldığından, istemin kabulü ile, 7.4.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin; **1. maddesiyle değişik 12/D maddesinin birinci fıkrasının (e) ve (f) bentlerinin ve 4.maddesiyle değiştirilen Yönetmeliğin Ek-1 maddesinin 2 nolu fıkrasının ilk cümlesinin yürütülmesinin durdurulmasına oybirliğiyle** ; **5.maddesiyle değiştirilen Geçici 9.maddesinin ikinci fıkrasının ikinci paragrafının ilk cümlesindeki ... ibarenin yürütülmesinin durdurulmasına**

oyçokluğuyla;

dava konusu diğer düzenlemelerin

yürütülmesinin durdurulması isteminin reddine oybirliğiyle

;

5.maddesiyle değiştirilen Geçici 9.maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendine eklenen cümleye yönelik yürütmenin durdurulması isteminin reddine

oybirliğiyle;

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, kararın tebliğini izleyen günden itibaren 7(Yedi) gün içinde İdari Dava Daireleri Kuruluna itiraz yolu açık olmak üzere, 5.7.2011 tarihinde karar verildi.

AZLIK OYU

1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un; 5. maddesinde, "Hususi muayenehane açmak veyahut evinde muayenehane tesis eylemek suretiyle sanatını icra eylemek isteyen her tabip hasta kabulüne başladığından itibaren en çok bir hafta içinde isim ve hüviyetini, diploma tarih ve numarasını ve muayenehane itihaz eylediği mahal ile mevcut ise ihtisas vesikalarını mahallin en büyük sıhhiye memuruna kaydettirmeğe ve muayenehanenin nakli halinde en az yirmi dört saat evvel keyfiyeti nakli ihbara mecburdur.", 8.maddesinde ise, "Türkiye'de icrayı tababet için bu kanunda gösterilen vasıfları haiz olanlar umumi surette hastalıkları tedavi hakkını haizdirler." hükümleri yer almaktadır.

Anılan yasa hükmü uyarınca, muayenehane açacak tabibin il sağlık müdürlüğüne durumu bildireceği öngörülmüş olup, tabibin muayenehane açması ve muayenehane olacak yer için başkaca bir şart ve izin alma uygulamasına yer verilmemiştir.

Ancak, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin hükümlerinin 1219 sayılı Yasanın yukarıda yer verilen hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde, Sağlık Bakanlığının muayenehanelerin taşıması gereken asgari standartları belirleme konusunda düzenleme yapmaya yetkili olduğu sonucuna varılmaktadır.

Bilindiği üzere, 3.8.2010 tarih ve 27661 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 2. maddesi ile Yönetmeliğe eklenen 12/D maddesinin 1. fıkrasında getirilen düzenlemelerin bazılarının iptali ve yürütmelerinin durdurulması istemiyle Dairemizin

E:2010/11950, E:2010/11735 ve E:2010/11663 sayılı dosyasında açılan davalarda Dairemizce verilen 11.3.2011 ve 17.1.2011 tarihli kararlarla ; asgari fiziki ve tıbbi gerekliliklerin belirlenmesinin teknik bir konu olup, bu hususların belirlenmesinin bu konulardaki uzmanların görüşlerine başvurmayı gerektireceği, pratisyen veya çeşitli uzmanlık dallarında uzman olan doktorlar tarafından açılabilen muayenehanelerin taşınması gereken asgari fiziki ve tıbbi gerekliliklerin; oluşturulacak bilimsel kurullarda konunun uzmanlarının görüşü alınarak ve her bir uzmanlık dalı için o uzmanlık dalının ihtiyaç ve özelliklerine göre belirlenmesi gerektiği; yeterli çalışma yapılmadan ve uzmanlık alanları gözardı edilerek, bütün muayenehaneler için aynı standartların uyulması zorunlu asgari standart olarak konulmasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle 12/D maddesinin birinci fıkrasının; (a), (b), (d), (e), (f), (ğ) ve (i) bentlerindeki düzenlemelerin yürütölmelerinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Bunun üzerine, davalı idare tarafından, 11.2.2011 tarihli olur ile; Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdür Yardımcısı başkanlığında, bir hukuk müşaviri, bir mimar, Ankara' da bulunan eğitim ve araştırma hastanelerinden değişik branşlardan 14 uzman doktor ile Ankara, Hacettepe ve Gazi üniversitesinden değişik branşlardan 4 uzman doktor ve sektör temsilcisi olarak Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinden sektör temsilcisi olarak çağrılan bir doktor üyenin katılımıyla bilimsel komisyon oluşturulmuş olup; yapılan çalışma sonrasında, Sağlık Bakanlığınca 7.4.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan değişiklikle, Yönetmeliğin 12/D maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (d), (e), (f) ve (i) bentleri yeniden düzenlenmiştir.

Düzenleyici işlemlerin taslak metinlerinin hazırlanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla 17.2.2006 tarih ve 26083 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan **Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin**

6.maddesinin 2 nolu fıkrasında, düzenleyici işlemlerin taslakları hakkında konuyla ilgili üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sivil toplum kuruluşlarının görüşlerinden de faydalanılacağı öngörülmüştür.

6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 1.maddesi uyarınca, Türkiye sınırları içerisinde meslek ve sanatlarını icraya yetkili olup da sanatını serbest olarak yapan veya meslek diplomasından istifade etmek suretiyle resmi veya özel görev yapan tabiplerin katıldığı Türk Tabipleri Birliğinin; tabipler arasında mesleki deontolojiyi ve dayanışmayı korumak, tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak ve meslek mensuplarının hak ve yararlarını korumak amacıyla kurulmuş kamu kurumu niteliğinde mesleki bir kuruluş olduğu, anılan Yasanın 4. maddesinde, Birliğin, üyesi olan doktorların hak ve menfaatlerini korumak ve bunları Devletin menfaati ile en iyi şekilde denkleştirmeye çalışmak; halk sağlığı ve tıp meslekleri ile ilgili meseleler için resmi makamlarla karşılıklı işbirliği yapmakla yükümlü olduğu, 28. maddesinde, Sanat icrası hakkındaki kanunların ve bunlarla ilgili mevzuatın gereği gibi uygulanmasına yardım etmek; meslekin haysiyetini ve meslektaşların hukuk ve

menfaatlerini diğer makamlar nezdinde savunmak, 38. maddesinde; odaya girmeyen veya kanunun kendisine tahmil ettiği diğer vecibeleri yerine getirmeyenler hakkında inzibati ceza vermek görev ve sorumlulukları bulunduğu tartışmasıdır.

Davalı idare tarafından, Dairemizin yürütmenin durdurulması kararları üzerine oluşturulan komisyonda yer almak üzere, Anayasanın 135. maddesi uyarınca 6023 sayılı Yasayla kurulmuş ve yukarı belirtilen yetki ve görevlerle donatılmış kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan Türk Tabipleri Birliği'nden temsilci veya görüş istememesi ve uzman doktorların branşlar itibarıyla kurmuş oldukları dernekler olan sivil toplum kuruluşlarından görüş almaması esaslı bir eksiklik olduğu gibi, sektör temsilcisi olarak Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinden üye istenilmiş olduğu, TOBB adına sektör temsilcisi olarak katılan üyenin özel bir hastanede yönetici olması ve özel hastanelerin de poliklinik bölümlerinde özel hasta muayenesi yapması nedeniyle, gerçekte muayenehane açarak doktorluk mesleğini ifa edenlerle rekabet içinde dahi bulunabilecek konumda olduğu, komisyona çağrılan üyelere beş tanesinin branşlara ait meslek dernekleri ile meslek örgütünden görüş istenmesi gerektiğini ve/veya temsilcilerinin bulunmamasının eksiklik olduğunu belirtmesine karşın, doktorların meslek örgütünün ve derneklerinin görüşlerine başvurulmaması nedeniyle Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin ve yargı kararının gereğinin de tam olarak yerine getirilmediği sonucuna varılmaktadır.

Belirtilen nedenlerle, 7.4.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 1. maddesiyle değişik 12/D maddesinin birinci fıkrasındaki dava konusu düzenlemelere yönelik yürütmenin durdurulması isteminin; (e) ve (f) bentleri de dahil olmak üzere yukarıda belirtilen gerekçeyle tamamen kabul edilerek yürütülmesinin durdurulması gerektiği oyu ile çoğunluk kararının aksi yöndeki bu kısmına karşıyım.

AZLIK OYU:

Olayda, uyuşmazlığın özü, 2547 sayılı Kanun'a tabi olarak devlet üniversitelerinde öğretim üyesi olarak görev yapan tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların 1219 sayılı Yasanın 12. maddesinin değişik ikinci fıkrasında yazılı sağlık kurum ve kuruluşlarının tamamında herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın çalışıp çalışamayacağını tespitine ilişkin bulunmaktadır.

Öncelikle, bu saptamanın yapılabilmesi için 2547 sayılı Kanun'a tabi olarak devlet üniversitelerinde öğretim üyesi olarak görev yapan tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların sağlık hizmeti sunmaya yönelik mesleklerini icra etmeleri sırasında uygulanması gereken mevzuat hükümlerinin belirlenmesi gerekmektedir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu; Devlet ve Vakıf Üniversitelerinde görev yapan tüm öğretim elemanları [öğretim üyeleri (profesör, doçent, yardımcı doçent), öğretim görevlileri, okutmanlar ile öğretim yardımcıları] için uygulanacak ortak kuralları düzenlemektedir.

Bilindiği üzere, öğretim üyeleri; Devlet ve Vakıf Üniversitelerinde bilimsel özerkliğe sahip yüksek düzeyde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık hizmeti sunma görevi sırasında 2547 sayılı Kanuna tabi olarak profesör, doçent, yardımcı doçent gibi ünvanlar altında görev yapmakta iken, bilim dalı uzmanlıklarına görede, mimar, mühendis, tabip vb. gibi ayrıca bir ünvana sahip olmaktadır.

İşte bu noktada, öğretim üyelerinin Üniversite bünyesinde eğitim öğretime yönelik faaliyetleri açısından 2547 sayılı Kanun'a, uzmanlıklarına yönelik faaliyetleri açısından da kendi uzmanlık dallar ile ilgili özel kanunlara tabi olduğunda kuşkuya yer bulunmamaktadır.

Nitekim, uzmanlığı mimarlık veya herhangi bir mühendislik olan bir öğretim üyesinin Üniversitedeki 2547 sayılı Yasada öngörülen faaliyetleri çerçevesinde 2547 sayılı Kanun hükümlerine tabi iken, şahsi uzmanlığına matuf faaliyetleri açısından 3458 sayılı Mühendislik ve Mimarlık Hakkında Kanun hükümlerine bağlı olmak durumundadır.

Yine 2547 sayılı Kanuna tabi hukukçu öğretim üyelerinin, avukatlık mesleğini icra etmek istemeleri durumunda 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümlerine tabi bulunmaktadır.

Bütün bu örneklemelerden de görüleceği üzere; 2547 sayılı Yasa hükümleri uyarınca herhangi bir devlet veya vakıf üniversitesinde görev yapan öğretim üyesi, uzmanlığının türüne göre ayrıca bir başka kanun hükmüne de tabi olabilmektedir.

Olayımızda, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na tabi olarak Devlet Üniversitesinde görev yapan davacı öğretim üyesinin, yalnızca üniversitedeki eğitim-öğretim faaliyetlerinin 2547 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde ele alınması, bu faaliyetleri dışında gerek üniversite bünyesinde gerekse dışarda icra ettiği tabiplik vazifesi esnasında 2547 sayılı Kanun'a değil, 1219 sayılı Kanun'a tabi olacağı sonucuna varılmaktadır.

Bu durumda da, 1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12. maddesinin 21.1.2010 tarih ve 5947 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle değişik ikinci fıkrasında yer alan bentlerden (a) bendi kapsamında görev yapan davacı öğretim üyesinin, anılan fıkranın (b) ve (c) bentlerinde yazılı sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleğini icra edemeyeceği açık bulunmaktadır.

Dolayısıyla, dava konusu Yönetmeliğin 5.maddesiyle değiştirilen Geçici 9. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci paragrafının ilk iki cümlesi yönünden; olayda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği sonucuna varıldığından, yürütmenin durdurulması isteminin reddi gerektiği görüşüyle çoğunluk kararının bu kısmına katılmıyorum.