

Davacı : Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı

Vekili : Av. Ziynet Özçelik - Av. Kürşat Bafra
Tunus Cad. No:21/3 Kavaklıdere - ANKARA

Davalı : Sağlık Bakanlığı

Vekilleri : Nazmiye Ünal (Huk. Müş.) - Gülseren Akkaya (Huk. Müş.)
Yasemin Erdoğan Atmaz (Hukuk Müşaviri)
Sevil Serin Cansız (Hukuk Müşaviri)

- Aynı Adreste -

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 Ek 1. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesinin, 5. maddesiyle değiştirilen Geçici 9. maddesinin 2. fıkrasının 2. paragrafının ilk iki cümlesinin, 5. maddesiyle değiştirilen Geçici 9. maddesinin 4. fıkrasının (a) bendine eklenen cümlelerin; Danıştay Onuncu Dairesi'nce yürütmesi durdurulan Yönetmelik maddelerinin aynen veya birkaç kelime değişikliği ile yeniden yayımlandığı ve dava konusu değişikliklerin yargı kararını etkisiz kılmaya yönelik olduğu, muayenehane açılmasının davalı idarece hukuka aykırı olarak zorlaştırılmaya çalışıldığı, dava konusu düzenlemelerin hizmetin gereklerine ve kamu yararına aykırı olduğu, söz konusu düzenlemelerin muayenehanelerin çoğunun kapatılması sonucunu ortaya çıkaracağı, belirlenen fiziki ve teknik koşulların bilimsel gerekliliklere aykırı olduğu, imar mevzuatında belirlenen ölçülerin aşan kriterlerin belirlendiği, hasta muayene odalarının ölçülerinin sağlık hizmeti sunulan uzmanlık alanına göre değiştiği, hastaların beklemesi için ayrı bir odaya ihtiyaç olmadığı, basamak yüksekliği, basamak genişliği, kapı genişliği gibi kriterlerin muayenehaneler için aranmaması gereken kriterler olduğu, bireysel olarak açılan laboratuvar ve müesseselerin kazanılmış haklarının dikkate alınmadığı, çalışma biçimlerinde kısıtlamalar getiren maddelerin Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasal normlara aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti

: 181 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve 3359 sayılı Kanunun verdiği yetkiler çerçevesinde, temel bir kamu hizmeti niteliği taşıyan sağlık hizmetinin görülmesi sırasında hizmetin gerektirdiği niteliklerin belirlenmesinde ve hizmetin buna göre yürütülerek denetlenmesinde Bakanlığın yetkili olduğu, Danıştay Onuncu Dairesinin kararları üzerine oluşturulan bilimsel komisyon tarafından kriterlerin değerlendirildiği ve bu doğrultuda düzenleme yapıldığı; kriterlerin, çağdaş standartlara uygun bir sağlık hizmeti için gerekli olduğu, söz konusu standartların özürliüler, hastalar ve durumu acilleşen kişiler göz önünde bulundurularak getirildiği, tüm hastaların acil müdahaleye ihtiyaç duyabileceği ve bu nedenle hastanın sedye ile transferine imkan sağlayacak fiziki şartların muayenehanelerde de bulunması gerektiği, hekimlerin diledikleri gibi özel sağlık kuruluşlarında kadro dışı geçici olarak çalışmalarının planlamayı etkisiz bırakacağı, kadroların ülke genelinde dengeli dağılımının amaçlandığı, yeterli ve gerekli sağlık personeli bulunmadan sağlık hizmetinin sunulamayacağı ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : A. Habip Yıldırım

Düşüncesi : 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 Ek 1. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesinin, 5. maddesiyle değiştirilen Geçici 9. maddesinin 2. fıkrasının 2. paragrafının ilk iki cümlesinin, 5. maddesiyle değiştirilen Geçici 9. maddesinin 4. fıkrasının (a) bendine eklenen cümlelerin iptali istemiyle açılmıştır.

Yönetmeliğin 1. maddesiyle değiştirilen Yönetmeliğin "Muayenehane Standardı ve Açılması" başlıklı 12/D maddesine yönelik olarak;

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 yapılabildiği ayakta teşhis ve tedavi kuruluştur olduğu, sağlık hizmeti sunumunda ilk basamak düzeyinde değerlendirildiği, Yönetmelik ekinde yapılan düzenlemeyle, muayenehanelerde yapılabilecek tıbbi işlemlerin minimum düzeyde tutulduğu, genellikle acil ve sedye koşullarında başvurunun olmadığı, gerektiğinde, doktorun hastanın bulunduğu yere çağırılabilirdiği bir yer olduğu dikkate alındığında; asansör, merdiven ve kapılar için Yönetmelikte aranılan fiziki şartların; hizmet gereği asgari standart boyutlarını aşar şekilde belirlenmiş olduğu sonucuna varıldığından, dava konusu Yönetmeliğin 12/D maddesinin birinci fıkrasının (e) ve (f) bentlerinin iptaline karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Yönetmeliğin 4. maddesiyle değiştirilen Yönetmeliğin Ek-1 maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesine yönelik olarak;

1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin üçüncü fıkrasının ilk cümlesi uyarınca, tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, anılan maddenin ikinci fıkrasının her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla ve başka bir sınırlama olmadan, birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilme hakkına sahipken, dava konusu Yönetmelik hükmü ile tıp merkezi veya özel hastanelerde kadrolu olarak çalışan tabip, dış tabibi veya uzmanların, kadrolu çalıştıkları bu yer dışında "en fazla iki" özel sağlık kuruluşunda kadro dışı geçici olarak çalışabilecekleri öngörülmek suretiyle 1219 sayılı Kanunda yer almayan bir sınırlamanın Yönetmelik ile getirildiği; ayrıca, dava konusu Yönetmelik maddesi ile Kanunda olmayan bir koşul getirilerek, bir sağlık kuruluşunda kadro dışı geçici çalışma, bir tıp merkezi veya özel hastanede kadrolu çalışma şartına bağlandığından dava konusu Yönetmelik hükmü hukuka aykırı bulunmaktadır. Bu nedenle iptali gerektiği düşünülmektedir.

Yönetmeliğin diğer madde ve düzenlemelerine ilişkin olarak ise davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Yakup Bal

Düşüncesi : Dava, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin 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 kararına aykırı olması nedeniyle tamamının, 1.maddesiyle değiştirilen 12/D maddesinin 1.fıkrasının (a),(b),(d),(e),(f),(i) bentlerinin, 4.maddesiyle değiştirilen Ek 1.maddesinin 2.fıkrasının ilk cümlesinin, 5.maddesiyle değiştirilen

Geçici 9.maddesinin 2.fıkrasının (c) bendinden sonra gelen parağrafın ilk iki cümlesinin, yine 5.maddesiyle eklenen Geçici 9.maddesinin 4.fıkrasının (a) bendinin son cümlesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin "Muayenehane standardı ve açılması" başlıklı 12/D maddesinin 1.fıkrası, 3.8.2011 tarih ve 28014 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 1.maddesi ile yeniden düzenlenmiştir.

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3.maddesinin 1/c, 1/e ve 1/i bendleri, 9.maddesinin 1/c bendi, 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2.maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi 9.maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi, 31.maddesi, 43.maddesi, hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden; Sağlık Bakanlığının, muayenehanelerin taşınması gereken asgari tesis, hizmet ve personel standartlarını belirleme konusunda düzenleme yapmaya yetkili olduğu sonucuna varılmaktadır.

Dava konusu Yönetmeliğin 4.maddesiyle değiştirilen Yönetmeliğin Ek1.maddesinin ikinci fıkrasına gelince; 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12.maddesinin 5947 sayılı Yasanın 7.maddesiyle değişik ikinci ve üçüncü fıkralarında tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabileceği öngörülmüştür.

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 öngörülmek suretiyle, yasada yer almayan bir sınırlama getirilmiştir.

Öte yandan, 650 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin 36.maddesiyle 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 12.maddesinin ikinci fıkrasına "uzman olanlar" ibaresinden sonra gelmek üzere " 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28.maddesi, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun ek 27.maddesi, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 36.maddesinin altıncı fıkrası ile 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanununun 32.maddesi saklı kalmak kaydıyla ibaresi, 38.maddesiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28.maddesinin birinci fıkrasına " memurlar, mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere, ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz;.....herhangi bir işyerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışamaz" ibaresi, 39 maddesiyle 926 sayılı Yasaya Ek 27.madde, 40. maddesiyle de 2447 sayılı Yükseköğretim Kanununun 36.maddesine fıkra eklenmiştir.

Anayasa Mahkemesi 18.7.2012 tarih ve E:2011/113,K:2012/108 sayılı kararıyla;1219 sayılı Yasanın 12.maddesinin ikinci fıkrasına 650 sayılı KHK'nin 36.maddesiyle eklenen ibarenin, 38, 39 ve 40.maddelerinin iptaline, iptal hükmünün kararın Resmi Gazetede Yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin 5.maddesiyle değiştirilen Geçici 9.maddesinin ikinci fıkrasının ikinci parağrafının ilk iki cümlesinde; 2.5.2011 tarihine kadar 1219 sayılı Kanunun 12.maddesine uygunluk sağlayarak buna dair belgelerini müdürlüğe sunmaları halinde planlamadan istisna

olarak sağlık kuruluşunda kadro dışı geçici çalışmalarına izin verileceği, bu süre içerisinde uygunluğunu sağlayamayanların çalışma belgelerinin müdürlükçe iptal edileceği, 4.fıkrasının (a) bendinin son cümlesinde ise faaliyetin durdurulduğu tarihten itibaren altı ay içerisinde bu yönetmeliğe uyum sağlayıp tekrar faaliyete geçmeyen laboratuvar ve müesseselerin ruhsatlarının iptal edileceği öngörülmüştür.

Bu durumda, 650 sayılı KHK'nin 36,38,39 ve 40.maddelerinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olması karşısında, davalı idare tarafından yeniden bir düzenleme yapılması gerekmekte olup, Yönetmeliğin 4. ve 5.maddelerinin dava konusu edilen kısımlarında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan 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.maddesinin dava konusu edilen bölümüne yönelik dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı, 4.ve 5.maddelerinin dava konusu edilen kısımlarının iptal edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbeşinci Dairesi'nce, duruşma için taraflara önceden bildirilmiş bulunan 25.12.2013 tarihinde davacı vekilleri Av. Ziyet Özçelik ve Av. Kürşat Bafra ile davalı idare vekilleri Nazmiye Ünal (Huk. Müş.), Gülseren Akkaya (Huk. Müş.), Yasemin Erdoğan Atmaz (Huk. Müş.) ve Sevil Serin Cansız'ın (Hukuk Müşaviri) ve davalı Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü Daire Başkanı Süleyman Hafız Kapan'ın geldiği, Danıştay Savcısı'nın hazır olduğu görülmekle açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi alındıktan sonra taraflara son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. Dava dosyası incelenerek işin gereği görüldü:

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin muayenehanelere ilişkin fiziki ve tıbbi gereklilikler öngören bazı maddeleri, 3.8.2011 günlü, 28014 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile yeniden düzenlenmekle birlikte, söz konusu değişikliğin Danıştay Onuncu Dairesi'nin Yönetmeliğin ilgili maddelerine yönelik yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararları üzerine ve yargı kararının uygulanması amacıyla yapıldığı anlaşıldığından, uyumsuzluğun esasına geçildi:

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 Ek 1. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesinin, 5. maddesiyle değiştirilen Geçici 9. maddesinin 2. fıkrasının 2. paragrafının ilk iki cümlesinin, 5. maddesiyle değiştirilen Geçici 9. maddesinin 4. fıkrasının (a) bendine eklenen cümlelerin iptali istemiyle açılmıştır.

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

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3. maddesinin 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 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 Kanunun 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 Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle tespit edileceği öngörülmüştür.

Dava konusu düzenleme tarihinde yürürlükte bulunan mülga 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,...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 Kanunun 31. maddesinde, Bakanlıkça verilecek önemli sağlık konuları hakkında görüş bildirmek ve tababet şubeleri sanatlarını ifadan doğan adli konularda görüş vermek üzere Yüksek Sağlık Şurası kurulmuş, 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 Kanunun 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, 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 yapılabilirdiği sağlık kuruluşu" şeklinde tanımlanmıştır.

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, Sağlık Bakanlığı, muayenehanelerin taşınması gereken asgari tesis, hizmet ve personel standartlarını belirleme konusunda düzenleme yapmaya yetkili olmakla birlikte, Sağlık Bakanlığı'nın bu yetkisini kullanarak asgari standartları belirlerken, muayenehanede yürütülen **işin niteliği ve hizmet gerekleriyle** bağlı olduğu tartışmasızdır.

03.08.2010 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 12/Ç maddesinde sonra gelmek üzere "Muayenehane Standartı ve Açılması" başlıklı 12/D maddesinin eklendiği; söz konusu maddenin birinci fıkrasının (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 içinde ambu, 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 özürliülerin çıkışını zorlaştırmayacak şekilde düz bir sırtla 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; 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 düzenlemenin bazı maddelerinin iptali ve yürütmelerinin durdurulması istemiyle Danıştay Onuncu Dairesi'nin E:2010/11950, E:2010/11735 ve E:2010/11663 sayılı dosyalarında açılan davalarda Danıştay Onuncu Dairesi'nce verilen ara kararlarda davalı idareden, dava konusu düzenlemelerin hangi kriterlere göre yapıldığı, herhangi bir bilimsel kurulun veya mesleki örgütün görüşüne başvurulup başvurulmadığı sorularak, buna ilişkin bilgi ve belgelerin gönderilmesinin istenildiği; davalı idarece verilen ara kararı cevabında, söz konusu kriterlerin özel hastaneler, tıp merkezleri, poliklinikler ve aile sağlığı merkezlerinde belirlenen standartlar dikkate alınarak Bakanlıkça belirlendiği, herhangi bir kurulun veya mesleki örgütün görüşüne başvurulmadığının belirtildiği; bunun üzerine Danıştay Onuncu Dairesi'nce verilen kararda; asgari fiziki ve tıbbi gerekliliklerin belirlenmesinin teknik bir konu olduğu, bu hususların belirlenmesinin bu konulardaki uzmanların görüşlerine başvurmayı gerektireceği, pratisyen veya çeşitli uzmanlık

T.C.
DANIŞTAY
ONBEŞİNCİ DAİRE

Esas No : 2013/5965
Karar No : 2013/12033

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 **yürütmelerinin durdurulduğu**; 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"** oluşturulduğu; anılan Komisyon tarafından hazırlanan raporda; "Yönetmeliğin 12/D maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi açısından sadece lavabonun önem arz ettiği, bazı branşlarda lavabonun bulunmasının çok önemli olmadığı ve psikiyatri gibi branşlarda lavabonun bulunmasının çok önemli olmayacağı, maddede yer alan diğer hususların ise uygun bulunduğu; (b) bendinde düzenlenen bekleme salonunun 12 m² olmasının yeterli olduğu; (d) bendinde sayılan acil setinde yer alacak malzemelerin bulundurulmasının önemli ve gerekli olduğu, ancak müstakil oda şartının bir çok branş için gerekli olmadığı, cerrahi branşlarda pansuman için ayrı bir oda olması şartının aranabileceği; (e) bendinde belirtilen asansör ve merdiven standartlarının en önemli aranması gereken hususlar olduğu, muayenehanelere başvuracak kişilerin hasta oldukları dikkate alınarak tümünün özürülü grubunda değerlendirilmesi ve tüm düzenlemelerin özürülükleri dikkate alınarak yapılması gerektiği, ancak uyum sağlaması gereken muayenehanelerde basamak genişlik ve yükseklik ölçülerinin aranmayabileceği; (f) bendinde belirtilen kapı genişliği standart ölçüsünün 110 cm olmakla birlikte apartmanlarda kapı standart ölçüsünün 90 cm olduğu, bu nedenle, 110 cm şartının giriş kapısı, muayenehane odası kapısı, özürülü tuvalet kapısı için aranması gerektiği, diğer kapıların 90 cm olabileceği; (i) bendine yönelik olarak ise kadın hastalıkları ve doğum branşı ile çocuk hastalıkları branşında, bebek emzirme odasının gerekli olduğu, diğer branşlar için gerekemeyebileceğinin" belirtildiği; Sağlık Bakanlığınca 7.4.2011 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan dava konusu değişiklikle, Yönetmeliğin 12/D maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (d), (e), (f) ve (i) bentlerinin yeniden düzenlendiği ve aynı fıkra "Acil seti" başlıklı (k) bendinin eklendiği anlaşılmaktadır.

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 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 bulunması şartının

T.C.
DANIŞTAY
ONBEŞİNCİ DAİRE

Esas No : 2013/5965
Karar No : 2013/12033

devam ettirildiği, ayrıca fıkraya (k) bendi eklenerek, tüm uzmanlık dallarındaki muayenehanelerde, acil müdahaleler için gerekli olan acil seti bulundurulacağı, acil setinde; ambu, laringoskop ve endotrakeal tüp bulundurulması gerektiğinin hüküm altına alındığı 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 yapılabildiği ayakta teşhis ve tedavi kuruluşu olduğu, sağlık hizmeti sunumunda ilk basamak düzeyinde değerlendirildiği ve daha önceleri genelgelerle, sonra ise, Yönetmelik ekinde yapılan düzenlemeyle, muayenehanelerde yapılabilecek tıbbi işlemlerin minimum düzeyde tutulduğu, genellikle acil ve sedye koşullarında başvurunun olmadığı, gerektiğinde ise, doktorun hastanın bulunduğu yere çağırılabilirdiği bir yer olduğu dikkate alındığında; asansör, merdiven ve kapılar için Yönetmelikte aranılan 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 açıktır.

Ayrıca, dava konusu düzenlemeler ile hekimlerin muayenehane açma hakkını düzenleyen 1219 sayılı Kanunun 5. maddesi de ihlal edilmiş olmaktadır.

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

Dava konusu Yönetmeliğin 1. maddesinin yargı kararlarına aykırı olması nedeniyle tamamı ile aynı madde ile değiştirilen Yönetmeliğin 12/D maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (d) ve (i) bentlerine yönelik iptal istemlerinin incelenmesi:

03.08.2010 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 birinci fıkrasının (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 içinde ambu, 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 özürhükümler çıkışını zorlaştırmayacak şekilde düz bir yatayla 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

T.C.
DANIŞTAY
ONBEŞİNCİ DAİRE

Esas No : 2013/5965

Karar No : 2013/12033

ve bakım odası bulunması gerektiği hüküm altına alınmışken, Danıştay Onuncu Dairesi'nin yukarıda belirtilen yürütmeyi durdurma kararları üzerine, davalı idarece bir komisyon oluşturulduğu; anılan Komisyonca hazırlanan raporda, "Yönetmeliğin 12/D maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi açısından sadece lavabonun önem arz ettiği, bazı branşlarda lavabonun bulunmasının çok önemli olmadığı ve psikiyatri gibi branşlarda lavabonun bulunmasının çok önemli olmayacağı, maddede yer alan diğer hususların ise uygun bulunduğu; (b) bendinde düzenlenen bekleme salonunun 12 m² olmasının yeterli olduğu; (d) bendinde sayılan acil setinde yer alacak malzemelerin bulundurulmasının önemli ve gerekli olduğu, ancak müstakil oda şartının bir çok branş için gerekli olmadığı, cerrahi branşlarda pansuman için ayrı bir oda olması şartının aranabileceği; (e) bendinde belirtilen asansör ve merdiven standartlarının en önemli aranması gereken hususlar olduğu, muayenehanelere başvuracak kişilerin hasta oldukları dikkate alınarak tümünün özürü grubunda değerlendirilmesi ve tüm düzenlemelerin özürüleri dikkate alarak yapılması gerektiği, ancak uyum sağlaması gereken muayenehanelerde basamak genişlik ve yükseklik ölçülerinin aranmayabileceği; (f) bendinde belirtilen kapı genişliği standart ölçüsünün 110 cm olmakla birlikte apartmanlarda kapı standart ölçüsünün 90 cm olduğu, bu nedenle, 110 cm şartının giriş kapısı, muayenehane odası kapısı, özürü tuvalet kapısı için aranması gerektiği, diğer kapıların 90 cm olabileceği; (i) bendine yönelik olarak ise **kadın hastalıkları ve doğum branşı ile çocuk hastalıkları branşında, bebek emzirme odasının gerekli olduğu, diğer branşlar için gerekmeyebileceği**" hususlarının tespit edildiği; davalı idare tarafından da Komisyonca hazırlanan raporda belirtilen hususlar dikkate alınarak 12/D maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (d) ve (i) bentlerinin dava konusu Yönetmelik ile yeniden düzenlendiği; ayrıca, aynı madde ile bu fıkraya (k) bendi eklenerek, "Acil seti: Tüm uzmanlık dallarındaki muayenehanelerde, acil müdahaleler için gerekli olan acil seti bulundurulur. Acil setinde; ambu, laringoskop ve endotrakeal tüp bulundurulması gerekir. İlaçlar, muayenehane içinde sürekli hazır bulundurulur ve kolay ulaşılabilir bir yerde olur." hükmünün getirildiği anlaşılmaktadır.

Buna göre, Danıştay Onuncu Dairesi'nin yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararı üzerine komisyon tarafından hazırlanan raporda belirtilen hususlar ile davalı idarece Yönetmelikte yapılan değişiklikler birlikte değerlendirildiğinde, dava konusu düzenlemede yargı kararına aykırılık olmadığı gibi belirtilen madde hükümlerinde hizmet gereklerine ve hukuka aykırı bir yön de bulunmamaktadır.

Yönetmeliğin 4. maddesiyle değiştirilen Yönetmeliğin Ek 1.maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinin incelenmesi:

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanunun dava konusu düzenleme tarihinde yürürlükte olan 12. maddesinde; "Sanatını icra etmek üzere bir mahalde kayıtlı olan herhangi bir tabibin bizzat dükkan ve mağaza açmak suretiyle her türlü ticareti yapması memnudur.

(Değişik 2. fıkra: 5947 sayılı Kanun/7. madde) Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, aşağıdaki...("bentlerden yalnızca birindeki" ibaresi Anayasa Mahkemesi'nin 16.07.2010 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 Kanunu ve kamu kuruluşları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan vakıf üniversiteleri,

T.C.
DANIŞTAY
ONBEŞİNCİ DAİRE

Esas No : 2013/5965
Karar No : 2013/12033

c) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurum 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... Bu maddenin uygulanmasına ve işyeri hekimliğine ilişkin esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenir." hükümleri yer almaktadır.

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin Ek-1 maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesi, "Tabip, dış tabibi ve uzmanlar, kadrolu olarak çalıştıkları tıp merkezi veya özel hastane dışında en fazla iki özel sağlık kuruluşunda kadro dışı geçici çalışabilirler." şeklindeyken, dava konusu Yönetmeliğin 4. maddesiyle değiştirilen Yönetmeliğin Ek-1 maddesinin 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."** şeklini almış ve böylece kadrolu olarak çalışılan tıp merkezi veya özel hastane dışında özel sağlık kuruluşunda kadro dışı geçici olarak çalışabilme (en fazla iki sağlık kuruluşunda), 1219 sayılı Kanuna uygun olma şartına bağlanmıştır.

Buna göre, 1219 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen 12. maddesinin üçüncü fıkrasının ilk cümlesi uyarınca, tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, anılan maddenin ikinci fıkrasının her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla ve başka bir sınırlama olmadan, birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilme hakkına sahip oldukları açıktır.

Dava konusu Yönetmelik hükmü ile tıp merkezi veya özel hastanelerde kadrolu olarak çalışan tabip, dış tabibi veya uzmanların, kadrolu çalıştıkları bu yer dışında **"en fazla iki"** özel sağlık kuruluşunda kadro dışı geçici olarak çalışabilecekleri öngörülme suretiyle 1219 sayılı Kanunda yer almayan bir sınırlamanın, hukuka aykırı olarak Yönetmelik ile getirildiği ve dava konusu Yönetmelik değişikliği ile de sürdürüldüğü anlaşılmaktadır.

Öte yandan, 1219 sayılı Kanun uyarınca tabiplik mesleğini icra etme hakkına sahip bir tabibin, 1219 sayılı Kanunun 12. maddesindeki sınırlamalara bağlı kalmak suretiyle, bir veya birden fazla özel sağlık kuruluşunda sadece kısmi zamanlı olarak çalışabilmesi de mümkün olup, dava konusu Yönetmelik maddesi ile Kanunda olmayan bir koşul getirilerek, bir sağlık kuruluşunda kadro dışı geçici çalışabilme, bir tıp merkezi veya özel hastanede kadrolu çalışma şartına bağlandığından, söz konusu madde ile tabiplik mesleğinin tabibe verdiği çalışma hakkının 1219 sayılı Kanunun 12. maddesindeki sınırlamaları aşar nitelikte engellendiği sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, tabip ve uzmanların Kanunla çizilen çalışma özgürlüğünün sınırlarını aşar nitelikte sınırlamalar getiren dava konusu Yönetmelik hükmünde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin 5. maddesiyle değiştirilen Geçici 9. maddesinin 2. fıkrasının 2. paragrafının ilk iki cümlesinin incelenmesi:

Danıştay 15. Daire Üyesi Dr. Tacettin Şimşek'in, 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresinin, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildiğinden hareketle, üçüncü fıkrada yer alan ve bentler arasında geçişi sınırlandıran; "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." hükmünün Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararını etkisiz kılacağı, bu nedenle, üçüncü fıkrada yer alan ve bentler arasında geçişi sınırlandıran; "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." hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması gerektiğine ilişkin görüşü yerinde görülmeyle işin esasına geçildi.

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin Geçici 9. maddesinde; "(1) 6/1/2011 tarihinden önce uygunluk belgesi/ruhsat alan sağlık kuruluşlarının tam zamanlı olmak kaydıyla tabip/uzman kadroları, sağlık kuruluşu kadrosu olarak kabul edilir. Kurulusta kısmî zamanlı çalışan tabip/uzmanlar kuruluş kadrosuna dahil edilmez.

(2) 6/1/2011 tarihi itibarıyla sağlık kuruluşunda kadrolu çalışmayan tabip/uzmanlardan;

a) Sağlık kuruluşunda kısmi zamanlı olarak çalışanlar,

b) 11/3/2009 tarihinden sonra bir sağlık kuruluşunda kadrosu olmadığı için görev yaptığı kuruluştaki kısmi zamanlı çalışma belgesi iptal edilenler,

c) Sadece muayenehane işletenler,

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, hükmü yer almış; davacı tarafından ise, dava konusu Yönetmeliğin 5. maddesiyle değiştirilen Geçici 9. maddesinin 2. fıkrasının 2. paragrafının, hekimlerin Anayasal bir hak olan çalışma haklarını engellediği ileri sürülmüştür.

Türkiye'de hekimlerin meslek uygulamaları ile ilgili yürürlükteki en temel Kanun, 1928 yılında çıkarılan 1219 sayılı "Tababet ve Şu'abatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun" olup 1219 sayılı Kanunda, hekimlik mesleğinin kazanılması, mesleğin icra edilme koşulları, meslek icrasının sınırları, muayenehane açmaya dair hükümler, tıpta uzmanlık gibi konular düzenlenmiştir.

Anılan Kanun çerçevesinde hekimlik yapma hak ve yetkisi kazanan mezunlar, 657 sayılı Kanun veya özel kanunlarına göre Sağlık Bakanlığına bağlı kamu kurum ve kuruluşlarında, üniversitelerde, Türk Silahlı Kuvvetlerinde, Gülhane Askeri Tıp Akademisinde, Adli Tıp Kurumunda, sağlık birimi bulunan diğer kamu kurum ve kuruluşlarında veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışabilmekte, ayrıca muayenehane açarak mesleklerini serbest olarak icra edebilmekteydiler.

1219 sayılı Kanunun 5. maddesinde, hekimlerin muayenehane açarak hasta görmesine ilişkin izin, 12. maddesinde ise hekimlerin uğraşamayacağı işler düzenlenmiştir. Kanunun 12. maddesinde; "Sanatını icra etmek üzere bir mahalde kayıtlı olan herhangi bir tabibin bizzat dükkan veya mağaza açmak suretiyle her türlü ticaret yapması memnudur. Kanuna tevkiyen mücade almak suretiyle hususi hastane açması veya aynı zamanda eczacılık diplomasını haiz olan bir tabibin icrayı tebabet hakkından feragat etmek ve iki yıl bir eczanede ameliyat görmüş olduğuna dair vesika ibraz eylemek şartıyla eczane açarak idare etmesi bu hükümden müstesnadır.

Bir tabibin, ikametgahı müstesna olmak üzere müteaddit yerlerde muayenehane açarak icrayı sanat etmesi memnudur." hükmü yer almıştır.

21.1.2010 tarih ve 5947 sayılı "Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile kamu görevlisi olan hekimlerin serbest çalışması ve üniversite öğretim elemanlarının çalışma sistemi ile ilgili yeni bir takım düzenlemeler getirilmiştir.

5947 sayılı Kanunun 7. maddesi ile 1219 sayılı "Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun"un 12. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları değiştirilmiştir. Bunun sonucunda 1219 sayılı Yasanın 12. maddesi;

"Sanatını icra etmek üzere bir mahalde kayıtlı olan herhangi bir tabibin bizzat dükkan ve mağaza açmak suretiyle her türlü ticareti yapması memnudur.

Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, **aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki** sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilir.

- a) Kamu kurum ve kuruluşları,
- b) Sosyal Güvenlik Kanunu ve kamu kuruluşları 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 Kurum 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 uygulanmasına ve işyeri hekimliğine ilişkin esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenir." şeklini almıştır.

1219 sayılı Kanunun 12. maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesine bakıldığında,

"...madde ile, hekimlerin hastalarını gereği gibi takip edebilmeleri ve geri ödeme kuruluşlarınca kullanılan kamu kaynaklarının yerinde harcanabilmesi için düzenleme yapılmıştır. Bilindiği gibi hasta-hekim ilişkisi muayene ile tamamlanmamaktadır. Hekimlerin düzenleme yapılmaksızın birçok yerde mesleklerini icra etmeleri hasta takibi yönünden risk oluşturabilmektedir. Diğer taraftan, kamu idareleri fiyatlar ve fark ücretini belirlemek suretiyle özel sağlık kurum ve kuruluşları ile sözleşme yapmaktadır. Bir hekimin sözleşmesi bulunan ve sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşlarında aynı anda çalışması, kamuda kısmî zamanlı çalışmanın sakıncalarını özel sektöre taşıyacak, kamu kaynaklarının özel sektörün çıkarları doğrultusunda kanalize edilmesi söz konusu olabilecektir. Bunlarla birlikte, anestezi uzmanlığı gibi bazı branşlar ile konsültasyon hizmetleri gibi konularda, hekim kaynağının en verimli şekilde istihdamını sağlamak amacı ile birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışmaya izin verilmelidir. İstismarı önlemek için aynı konumda olan sağlık kurum ve kuruluşlarında olmak şartıyla, birden fazla yerde çalışmaya ilişkin ayrıntılı düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır." şeklinde belirtilmiştir.

5947 sayılı Kanunun bazı maddelerinin iptali ve yürürlüğün durdurulması istemiyle Anamuhalefet Partisi tarafından Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin 22.7.2010 günlü, 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..." ibaresi, Anayasa Mahkemesi'nin 16.7.2010 günlü, E:2010/29, K:2010/90 sayılı kararıyla iptal edildiğinden, 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.

Anayasa Mahkemesi'nin, 16.7.2010 günlü, E:2010/29, K:2010/90 sayılı kararı, itiraza konu kararın verilmesinden sonra 4.12.2010 günlü, 27775 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi 1219 sayılı Kanunun değiştirilen 12. maddesinin ikinci fıkrasının birinci tümcesindeki "...aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki..." ibaresine yönelik iptal istemini incelerken;

"...1219 sayılı Kanunun 12. maddesi ile getirilen bu sisteme göre, tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, maddenin ikinci fıkrasındaki bentlerden yalnız birinde yer verilen kurumlarda mesleklerini icra edebilecektir. Buna göre bir tabip veya dış tabibi mesleğini; kamu kurum ve kuruluşlarında veya Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde ya da Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde ve muayenehane açarak serbest olarak yapabilecektir. Yasakoyucu bu düzenleme ile kamuda çalışan bir hekimin, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde çalışmasını yasakladığı gibi mesleğini serbest olarak icra eden bir hekimin de bu kurumlarda çalışmasına sınırlama getirmektedir. ...Yasakoyucu devlete verilen bu görevin gereği olarak, hasta-hekim ilişkisini düzenlemek, hekimlerin hastalarını gereği gibi takip edebilmeleri ve geri ödeme kuruluşlarınca kullanılan kamu kaynaklarının yerinde harcanabilmesi için gerekli gördüğü önlemleri almak amacıyla, hekimlerin çalışma koşullarını bazı kayıtlara tabi tutabilir.

T.C.
DANIŞTAY
ONBEŞİNCİ DAİRE

Esas No : 2013/5965
Karar No : 2013/12033

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 varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresi Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir." gerekçesiyle 5947 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değiştirilen 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin 2. fıkrasının 1. tümcesindeki "...bentlerden yalnızca birindeki..." ibaresini Anayasanın 17. ve 56. maddelerine aykırı bularak iptal etmiş, buna karşın tümcede yer alan ve iptali istenen "aşağıdaki" ibaresi yönünden ise iptal istemini reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararından sonra Sağlık Bakanlığı'nın internet sitesinde 16.7.2010 tarihinde "Tam Gün Kanunu ile İlgili Basın Açıklaması" yayınlanarak, 5947 sayılı Kanun ve bu Kanun hakkındaki Anayasa Mahkemesi kararına göre, üniversite öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açmaları ve özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığı ve bu uygulamanın 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren başlayacağını duyurulması üzerine anılan işlemin iptali istemiyle Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı tarafından açılan davada, Danıştay 5. Dairesi'nin E:2010/4406 sayılı kararı ile, "...5947 sayılı Kanunun 7. maddesinde yer alan "...bentlerden yalnızca birindeki..." ibaresinin Anayasa Mahkemesi'nce iptaliyle, kamu görevlisi doktorların, sekiz saatlik çalışma süreleri sona erdikten sonra, özel muayenehanede çalışmalarına engel oluşturan yasa hükmünün ortadan kalktığı..." gerekçesiyle "Tam Gün Kanunu ile İlgili Basın Açıklaması"nın yürütmesinin durdurulmasına karar verildiği; söz konusu karara yapılan itiraz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri'nin YD İtiraz No:2010/1116 sayılı dava dosyasında verilen 13.01.2011 tarihli kararında; "Anayasa Mahkemesinin 5947 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değiştirilen 1219 sayılı Yasanın 12. maddesinin ikinci fıkrasındaki "...bentlerden yalnızca birindeki..." ibaresinin iptaline dair kararı ve kararın gerekçesi çerçevesinde dava konusu uyuşmazlık incelendiğinde şu sonuçlara ulaşıldığı:

3-Anılan kararda, Anayasa'nın 56. maddesinin 3. fıkrasının devlete yüklediği görevin gereği olarak, hasta hekim ilişkisini düzenlemek, hekimlerin hastalarını gereği gibi takip edebilmeleri ve geri ödeme kuruluşlarınca kullanılan kaynakların yerinde harcanabilmesi için gerekli gördüğü önlemleri almak amacıyla, hekimlerin çalışma koşullarını bazı kayıtlara tabi

tutabileceği ifade edilmiştir.

Yüksek Mahkeme bu değerlendirmesi ile 1219 sayılı Yasadaki sınırlamayı ilkesel düzeyde Anayasaya aykırı görmemiş, bir anlamda hekimlerin çalışma koşullarının yeniden belirlenerek bazı sınırlandırmalar getirilebileceğini kabul etmiştir.

4-Sağlık hizmetlerinin yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklı olduğu, kişilerin ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşip bu hizmetlerden yararlanabilmesinin Devlet için bir görev ve kişiler içinde bir hak olduğu ve bu amacın gerçekleştirilmesinde bu haktan yararlanmayı zorlaştıracı ya da zayıflatıcı düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı düşeceği ifade edilmek suretiyle, 1219 sayılı Yasanın değiştirilen 12. maddesi ile getirilen düzenleme ile hekimlerin çalışma sistemine getirilen sınırlandırmayı meşru görmekle beraber bu sınırlandırmanın sınırı belirtilmiş ve sınırlandırmanın kişilerin sağlık hizmetlerine ulaşip bu hizmetlerden yararlanabilmesini güçleştirecek nitelikte olmaması gerektiğini vurgulamıştır.

5-Anayasa Mahkemesi, 5947 sayılı Yasanın 7. maddesi ile değiştirilen 1219 sayılı Yasanın 12. maddesinin 2. fıkrasındaki "...bentlerden yalnızca birindeki" ibaresini iptal etmiştir.

Yüksek Mahkeme anılan hükmü, Yasada herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin düzenleme yapılmış olması nedeniyle Anayasanın 17. ve 56. maddelerine aykırı bulmuştur.

İstisnadan ne anlaşılması gerektiğine de gerekçede yer verilmiş ve 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 kılabilceği, bu nedenle bazı dallarda sayıca az olan uzman hekimler yönünden istisnaya yer verilmemesinin Anayasaya aykırı görüldüğünü açıkça belirtmiştir. Dolayısıyla, **hekimlerin 12. maddenin ikinci fıkrasında yer verilen bentlerden yalnız birinde yer alan kurumlarda mesleklerini icra edebileceklerine dair getirilen düzenlemeyi özü itibarıyla Anayasaya aykırı bulmamıştır.** Anayasa Mahkemesinin ikinci fıkrada yer alan ibareyle ilgili iptal kararının gerekçesinden, konunun kamuda görev yapan hekimlerin serbest çalışma hakkı kapsamında değerlendirilmediği; konunun yaşam hakkı, sağlık hizmetlerine ulaşip bu hizmetlerden yararlanma hakkı ve bunların doğal uzantısı olan kişilerin hekime ulaşma hakkı kapsamında değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Kısacası Anayasa Mahkemesi ölçüt olarak kişilerin hekime ulaşma hakkını esas almış ve söz konusu düzenlemede uzman hekimin sayıca az bulunduğu dallar yönünden istisnaya yer verilmemesinin hekime ulaşma hakkını dolayısıyla da sağlık hizmetlerine ulaşmayı zorlaştıracı ya da zayıflatıcı nitelikte bulmuştur.

6- ... Öte yandan, 1219 sayılı Kanunun değiştirilen 12. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan **"Tabiplerin, dış tabiplerinin ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabileceği"**ne ilişkin ibareye karşı dava açılmamış olmakla beraber, Anayasa Mahkemesi de ikinci fıkrada yer alan ibarenin iptaline bağlı olarak üçüncü fıkrada yer alan bu ibareyi, **2949 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun"un 29. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne dayanarak iptal etmemiştir.**

Söz konusu ibare ikinci fıkraya açıkça gönderme yapmakta ve Anayasa Mahkemesince iptal edilen ibarenin anlamını aynen devam ettirmektedir.

T.C.
DANIŞTAY
ONBEŞİNCİ DAİRE

Esas No : 2013/5965
Karar No : 2013/12033

Anayasa Mahkemesinin kararında anılan 12. maddenin "Anlam ve Kapsamı" kısmında maddenin üçüncü fıkrası ile ilgili olarak, "...söz konusu üçüncü fıkra da hekimlerin, ikinci fıkra da yer verilen her bir bent kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabileceğinin belirtildiği, dolayısıyla birinci bent kapsamında bir hekimin, birden fazla kamu kurum ve kuruluşunda çalışma hakkına sahip olmakla birlikte diğer bentlerde yer alan kurumlarda çalışmasına sınırlama getirildiği, diğer taraftan özel muayenehanesinde çalışan bir hekimin, aynı zamanda SGK ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan bir vakıf üniversitesinde ve özel hastanede çalışma hakkına sahip iken kamu kurum ve kuruluşları ile SGK ve kamu kurumları ile anlaşması olan diğer sağlık kuruluşlarında, çalışmasının yasaklandığı" ifade edilmiştir. Ancak, ikinci fıkra da yer alan "...bentlerden yalnızca birindeki..." ibaresi iptal edilmiş olmasına karşın, üçüncü fıkra da yer alan hüküm, Anayasa Mahkemesince ikinci fıkradaki ibarenin iptaline bağlı olarak resen iptal edilmesi yoluna gidilmediği gibi üçüncü fıkra hükmünün getiriliş amacının farklı olduğu, bu nedenle ikinci fıkradaki "...bentlerden yalnızca birindeki..." ibaresinin iptal edilmesinin üçüncü fıkra hükmünün iptali sonucunu doğurmayacağı şeklinde bir açıklamaya da Anayasa Mahkemesi kararında yer verilmemiştir.

1219 sayılı Yasanın değiştirilen 12. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve Anayasa Mahkemesince de ikinci fıkradaki ibarenin iptaline bağlı olarak iptal edilmeyen "hekimler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir." hükmünün mevcut haliyle ikinci fıkranın iptal edilen ibaresiyle aynı işlevi göreceği açıktır.

Bu itibarla; Anayasa Mahkemesinin 2368 sayılı Yasa ve 1219 sayılı Yasa ile ilgili değerlendirmeleri, 1219 sayılı Yasanın değiştirilen 12. maddesi ile hekimlerin çalışma sisteminin yeniden düzenlenerek tam gün çalışma sisteminin getirilmesini ve buna bağlı olarak da bazı sınırlandırmalar getirilmesini özü itibarıyla Anayasaya aykırı bulmaması, ikinci fıkra da yer alan "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresinin iptalinin ise düzenleme yapılırken bazı istisnalara yer verilmemiş olması gerekçesine dayanması, ayrıca aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan ibarenin iptalinin istenmemesi ve Anayasa Mahkemesince de 2949 sayılı Kanunun 29. maddesinin ikinci fıkrasına dayanılarak resen iptal edilmemesi sonucu bu ibarenin iptal edilen ibare ile aynı işlevi görmesi hususu birlikte değerlendirildiğinde, ikinci fıkra da yer alan "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresinin iptal edilmesinin, Yasama organınca Anayasa Mahkemesi iptal kararı uyarınca yeni bir düzenleme yapılmaya kadar kamu görevlisi hekimlerin hiçbir ayırım gözetilmeksizin serbest çalışmasına getirilen yasağın kaldırılması sonucunu doğuracağından bahsedilemeyeceğinden, 1219 sayılı Yasanın 12. maddesi uyarınca anılan maddenin uygulanmasına ilişkin esasları belirlemekle yetkili kılınan ve genel olarak bu alanda düzenleme yetkisine sahip olan Sağlık Bakanlığı'nca, üniversite öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açmaları ve özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığı ve bu uygulamanın 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren başlayacağını duyurulmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir." gerekçesiyle Danıştay Beşinci Dairesi adına Danıştay Nöbetçi Dairesince verilen 17.8.2010 günlü, E:2010/4406 sayılı yürütmenin durdurulması kararının kaldırıldığı anlaşılmaktadır.

Buna göre, 5947 sayılı Kanunun 7. maddesi ile 1219 sayılı "Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun"un 12. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yapılan değişiklik ve değişikliğe ilişkin madde gerekçesi, konuya ilişkin yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun kararında varılan sonuçlar birlikte değerlendirildiğinde;

1- 1219 sayılı Kanunun 12. maddesi ile getirilen sisteme göre artık, tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin ikinci fıkrasındaki bentlerden yalnız birinde yer verilen kurumlarda (1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir.) mesleklerini icra edebilecektir. Buna göre bir tabip veya diş tabibi mesleğini; sadece kamu kurum ve kuruluşlarında veya sadece Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde ya da sadece Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde ve muayenehane açarak serbest olarak yapabilecektir. Yani, 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan a, b, ve c bentlerinde belirtilen sağlık kurum ve kuruluşları arasında meslek icrası açısından geçişin mümkün olmadığı, farklı bentlerde yer alan sağlık kuruluşlarında aynı zamanda çalışamayacağı sonucuna varılmıştır.

2- 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinde yer alan, "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." hükmü, yukarıda belirtilen 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan a, b, ve c bentlerinde belirtilen sağlık kurum ve kuruluşları arasında meslek icrası açısından geçişin mümkün olmadığına ilişkin Dairemizce varılan sonuç birlikte değerlendirildiğinde; bu hükmün gerek Özel Hastaneler Yönetmeliği gerekse Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte belirtilen ve çalışma belgesi düzenlenmesi şeklindeki sözleşmeye dayalı kadrolu/kısmi zamanlı çalışmadan farklı olarak sadece mesleğini serbest olarak icra edenlere hastaların **teşhis ve tedavisini** belirli şartlar dahilinde 12. maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinde yer alan sağlık kuruluşlarında yapabilme olanağı sağladığı; 12. maddenin üçüncü fıkrasının ilk cümlesinde, tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda **çalışabilecekleri** belirtilmekle birlikte; aynı fıkranın üçüncü cümlesinde, mesleğini serbest olarak icra edenlerin...(b) bendi kapsamında sayılan sağlık kuruluşlarında da hastalarının **teşhis ve tedavisini** yapabilecekleri hükmünün yer aldığı ve üçüncü cümlede belirtilen **teşhis ve tedavisini** yapabilirler hükmünün, 12. maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen sağlık kuruluşlarında kadrolu veya kısmi zamanlı çalışmaya imkan veren bir anlam içermediği; anılan hükmün sadece, mesleğini serbest olarak icra edenlerce muayene edilen, ancak muayenehanede yapılması tıbbi veya teknolojik açıdan mümkün olmayan veya riskli görülen bazı tıbbi müdahalelerin/işlemlerin (ameliyat vb.), hizmet bedeli hasta tarafından karşılanmak ve Sosyal Güvenlik Kurumundan talep edilmemek kaydıyla 12. maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen sağlık kuruluşlarında ilgili doktor tarafından yapılabilmesi açısından (mesleğini serbest olarak icra edenler ile Sosyal Güvenlik Kurumu ile anlaşması bulunan sağlık kuruluşu arasında kısmi veya kadrolu çalışmaya dayalı bir çalışma ilişkisi bulunmadan) getirilmiş bir hüküm olduğu sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan a, b, ve c bentlerinde belirtilen sağlık kurum ve kuruluşları arasında meslek icrası açısından geçişin mümkün olmadığı ve aynı anda farklı bentlerde yer alan sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışamayacağı açık olduğundan, bu hükmün uygulanabilmesine yönelik olarak düzenleme getiren dava konusu Yönetmelik maddesinde mevzuata aykırılık görülmemiştir.

Öte yandan, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3.maddesi ile 2547 sayılı Kanunun 36.maddesi değiştirilerek, öğretim elemanlarının, üniversitede devamlı statüde görev yapacağı, öğretim elemanlarının, bu Kanun ile diğer kanunlarda 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, serbest meslek icra edemeyecekleri hükmünün getirildiği, söz konusu değişikliğin iptali istemiyle açılan davada, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen 16.7.2010 tarih ve E:2010/29, K:2010/90 sayılı kararı ile, *"...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 iptaline karar verildiği; anılan karardan sonra 26.08.2011 tarih ve 28037 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 650 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 36.maddesi ile 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 12'nci maddesinin ikinci fıkrasına "uzman olanlar" ibaresinden sonra gelmek üzere "657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28'inci maddesi, 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanununun ek 27'nci maddesi, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 36'ncı maddesinin altıncı fıkrası ile 2955 sayılı Gülhane Askerî Tıp Akademisi Kanununun 32'nci maddesi saklı kalmak kaydıyla" ibaresinin eklendiği, söz konusu Kararnamenin 38.maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28'inci maddesinin birinci fıkrasına, "Memurlar, meslekî faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışamaz." hükmünün getirildiği, Kararnamenin 40.maddesi ile de, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 36'ncı maddesine fıkra eklenerek, Yükseköğretim kurumlarının kadrolarında bulunan öğretim elemanlarının, kanunlarda belirtilen hâller dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun

T.C.
DANIŞTAY
ONBEŞİNCİ DAİRE

Esas No : 2013/5965

Karar No : 2013/12033

28'inci maddesi hükmüne tâbi oldukları, ancak öğretim üyelerinin, yükseköğretim kurumlarında yalnızca eğitim ve araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve döner sermaye faaliyetleri kapsamında gelir elde edilen hizmetlerde çalışmamak kaydıyla mesai saatleri dışında yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde meslekî faaliyette bulunabilecekleri ve meslek veya sanatlarını serbest olarak icra edebileceklerinin düzenleme altına alındığı dikkate alındığında, **Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bahsedilen iptal kararı ile 650 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de yapılan düzenlemelerin Devlete ait üniversitelere bağlı tıp fakültelerinde öğretim üyesi sıfatıyla çalışan doktorları 1219 sayılı Kanunun 12.maddesinin (a) bendi kapsamı dışına çıkardığı sonucuna varılmıştır.**

Buna göre, dava konusu düzenleme tarihi itibarıyla, Devlete ait üniversitelere bağlı tıp fakültelerinde öğretim üyesi sıfatıyla çalışan doktorların mesai saatleri sonrası çalışmalarına yasak getiren 1219 sayılı Kanunun 12.maddesinde başka bir hüküm bulunmadığından, Devlete ait üniversitelere bağlı tıp fakültelerinde öğretim üyesi sıfatıyla çalışan doktorların dava konusu madde nedeniyle çalışmalarına engel bir durum olmadığı, bunlar açısından, dava konusu düzenlemede belirtilen 1219 sayılı Kanuna uygunluk sağlama (Anayasa Mahkemesi kararı uyarınca ve dava konusu düzenleme tarihi itibarıyla) yükümlülüğünün de bulunmadığı sonucuna varılmakta olup, bu nedenle, Devlete ait üniversitelere bağlı tıp fakültelerinde öğretim üyesi sıfatıyla çalışan doktorların kazandıkları farklı statünün dava konusu maddede ayrıca dikkate alınmaması bir iptal gerekçesi olarak görülmemiştir.

Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi kararı sonrasında Sağlık Bakanlığı'nın internet sitesinde 16.7.2010 tarihinde yayımlanan "Tam Gün Kanunu ile ilgili Basın Açıklaması"nda, 5947 sayılı Kanun ve bu Kanun hakkındaki Anayasa Mahkemesi kararına göre, üniversite öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açmaları ve özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığı ve uygulamanın 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren başlayacağı duyurulmuş, böylece, Sağlık Bakanlığı tarafından da, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bahsedilen kararı uyarınca Devlete ait üniversitelere bağlı tıp fakültelerinde öğretim üyesi sıfatıyla çalışan doktorlar, muayenehane açma ve özel sağlık kuruluşlarında çalışma bakımından kamuda çalışan doktorlardan farklı değerlendirilmişlerdir.

Dava konusu Yönetmeliğin 5. maddesiyle Yönetmeliğin Geçici 9. maddesinin 4. fıkrasının (a) bendine eklenen cümlelerin incelenmesi;

06.01.2011 tarih ve 27807 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 1.maddesi ile laboratuvar ve müesseselerin Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik kapsamına alındığı, ayrıca, Yönetmeliğin 4.maddesinde yapılan değişiklik ile laboratuvar ve müesseselerin de Yönetmelikte düzenlenen sağlık kuruluşları arasında sayıldığı, aynı Yönetmeliğin 19.maddesi ile Yönetmeliğe "Geçiş hükümleri" başlıklı Geçici 9.maddenin eklendiği, anılan maddenin 4.fıkrasının (a) bendinde, 6/1/2011 tarihinden önce müstakil olarak açılmış olan laboratuvar ve müesseselerin, en geç iki ay içerisinde bu Yönetmeliğe göre kuruluş ruhsatı ve mesul müdür belgesi almak için müdürlük aracılığıyla Bakanlığa müracaat edecekleri, Bakanlıkça bu kuruluşların birinci fıkraya göre kadroları belirlenerek kuruluş ruhsatı ve mesul müdür belgesinin düzenleneceği, iki ayın sonunda ruhsat ve mesul müdür belgesi müracaatında bulunmayan kuruluşların faaliyetinin müracaatta bulunana kadar valilikçe süresiz durdurulacağı hükmünün getirildiği; dava konusu Yönetmeliğin

5.maddesiyle de anılan maddeye "Faaliyetin durdurulduğu tarihten itibaren altı ay içerisinde bu Yönetmeliğe uyum sağlayıp tekrar faaliyete geçmeyen laboratuvar ve müesseselerin ruhsatları iptal edilir." hükmünün eklendiği anlaşılmaktadır.

Buna göre, Yönetmeliğin Geçici 9.maddesi ile 6/1/2011 tarihinden önce müstakil olarak açılmış olan laboratuvar ve müesseselere, Yönetmeliğe uyum sağlamaları için iki aylık sürenin verildiği, bu süre içerisinde ruhsat ve mesul müdür belgesi müracaatında bulunmayanların faaliyetlerinin durdurulacağının belirtildiği, dava konusu düzenleme ile de faaliyetin durdurulduğu tarihten itibaren altı aylık bir sürede Yönetmeliğe uyum sağlama zorunluluğunun getirildiği görülmekte olup, Yönetmeliğe uyum sağlama yükümlülükleri bulunmakla birlikte ruhsat ve mesul müdür belgesi müracaatında bulunmamaları nedeniyle faaliyeti durdurulan laboratuvar ve müesseselerin, bu tarihten itibaren altı ay içerisinde Yönetmeliğe uyum sağlamamaları halinde ruhsatlarının iptal edilmesini öngören dava konusu düzenlemede hizmetin gereklerine ve hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan 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 değiştirilen Yönetmeliğin "Muayenehane Standardı ve Açılması" başlıklı 12/D maddesinin birinci fıkrasının (e) ve (f) bentleri ile 4. maddesiyle değiştirilen Yönetmeliğin Ek 1. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinin oybirliğiyle **İPTALİNE**, Yönetmeliğin 1. maddesinin tamamı ile aynı madde ile değiştirilen Yönetmeliğin 12/D maddesinin birinci fıkrasının diğer bentlerine yönelik iptal isteminin oyçokluğuyla, dava konusu Yönetmeliğin 5. maddesiyle değiştirilen Geçici 9. maddesinin 2. fıkrasının 2. paragrafının ilk iki cümlesinin, 5. maddesiyle değiştirilen Geçici 9. maddesinin 4. fıkrasının (a) bendine eklenen cümlelerin iptali isteminin oybirliğiyle **REDDİNE**, dava kısmen iptal, kısmen ret şeklinde sonuçlandığından aşağıda dökümü yapılan 184,60 TL yargılama giderinin yarısı olan 92,30 TL'nin davacı üzerinde bırakılmasına, kararın verildiği tarihte yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenen 2.640 TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, yargılama giderinin kalan kısmı olan 92,30 TL ile kararın verildiği tarihte yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenen 2.640 TL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, artan posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, bu karara karşı tebliğ tarihini izleyen otuz (30) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu nezdinde temyiz isteminde bulunabileceğinin taraflara bildirilmesine 26.12.2013 tarihinde karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Kırdar	Dr. Tacettin	Süleyman	Süleyman Hilmi	Hannan
ÖZSOYLU	ŞİMŞEK	KURT	AYDIN	YILBAŞI
	(X)			

Yargılama Giderleri :	
Başvuru Harcı	: 28,20 TL
Karar Harcı	: 38,20 TL
YD Harcı	: 30,30 TL
Vekalet Harcı	: 2,90 TL
Posta Gideri	: 85,00 TL
TOPLAM	: 184,60 TL



KARŞI OY(X)

Dava konusu Yönetmeliğin 1. maddesiyle değişik 12/D maddesine ilişkin olarak:

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 tartışmasızdır.

Davalı idare tarafından, Danıştay Onuncu Dairesi'nin 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, 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 fıkrasının tamamının iptali gerektiği görüşü ile çoğunluk kararının redde ilişkin kısmına katılmıyorum.

Üye
Dr. Tacettin ŞİMŞEK

As'ı Gibidir