

T.C.

DANIŞTAY

BEŞİNCİ DAİRE

Esas No : 2010/4406

Karar No : 2011/1696

Davacı : Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı

Vekili : Av.

Davalı : Sağlık Bakanlığı - ANKARA

Davanın Özeti : Davacı, Sağlık Bakanlığı'nın internet sitesinde 16.7.2010 tarihinde yayımlanan "Tam Gün Kanunu ile İlgili Basın Açıklaması" ile, 5947 sayılı Yasa ve bu Yasa 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 duyurulmasına ilişkin işlemin iptalini istemektedir.

Savunmanın Özeti : Öncelikle dava konusu işlemin kesin ve yürütülebilir nitelikte icrai bir işlem olmadığı, sadece bir duyurudan ibaret olduğu, bunun da idari davaya konu edilemeyeceği ve davanın incelenmeksizin reddi gerektiği, 1219 sayılı Kanun'un niteliği itibariyle

bir meslek Kanunu olduğu ve kamu personeli için statü hukuku ile getirilen sınırlamaları ortadan kaldırmayacağı, bu kanuna göre Türkiye'de kamu sektöründe istihdam edilen hekimlerin özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışabildiği ve muayenehane açabildiği, 1219 sayılı Kanunun genel olarak hekimlerin çalışma alanlarını düzenleyen bir norm olduğu, 1219 sayılı Kanunun hiçbir şekilde kamu alanını düzenlemediği, 21.1.2010 günlü, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12. maddesinin değiştirilerek kamuda kısmi çalışma imkanının engellendiği, kısmi çalışmaya izin veren 2368 sayılı Kanunun da yürürlükten kaldırıldığı, dolayısıyla 12. maddedeki düzenlemenin 2368 sayılı Kanun' un yerine geçen bir düzenleme olmadığı, 2368 sayılı Kanunun yürürlükten kalkmasıyla sağlık personelinin 657 sayılı Yasadaki genel hükümlere tabi bir duruma geldiği, serbest çalışabilecek kamu personelinin 657 sayılı Kanun hükümleri yönünden de kısıtlamalara tabi olduğu ve bu kısıtlamanın 657 sayılı Kanun' un 28. maddesinde açıkça hükme bağlandığı, bütün bu durum karşısında hekimlerin serbest çalışma imkanının kalmadığı, ayrıca 1219 sayılı Yasanın değiştirilen 12. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemelerin de hekimlerin serbest çalışmalarını hukuken engellediği ileri sürülerek yasal dayanağı bulunmayan davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi :

Düşüncesi : 21.1.2010 günlü, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmek suretiyle;

“Tabipler, diş 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 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.” hükmü getirilmiştir.

Ancak, bu maddenin ikinci fıkrasında yer alan, “**bentlerden yalnızca birindeki**” ibaresinin, Anayasa Mahkemesi'nin 16.7.2010 günlü E: 2010/29, K: 2010/90 sayılı kararıyla iptal edilmesi sonucu, bu fıkra ile getirilmiş olan kısıtlama ortadan kaldırılmıştır.

Öte yandan, maddenin üçüncü fıkrası ise ikinci fıkradan farklı bir konuyu düzenlemek suretiyle, tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilmelerine belli koşullar altında imkan vermekte ve ikinci fıkradaki kısıtlamaya bir ölçüde esneklik sağlamakta ise de bu esnekliğin sınırlarını “ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşu” olarak belirlemektedir.

Sonuç olarak, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle değişik 12. maddesi bir bütün halinde değerlendirildiğinde; bu maddenin ikinci fıkrasında yer alan “ **bentlerden yalnızca birindeki**” ibaresinin Anayasa Mahkemesi'nin sözü edilen kararıyla iptal edilmesi sonucu, ikinci fıkrada belirlenen kamu kurum ve kuruluşları yanında sağlık kurum ve kuruluşlarında da olanaklı hale getirildiğinden söz edebilmek, üçüncü fıkradaki “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.” ibaresi durduğu sürece hukuken olanaklı değildir. Dolayısıyla maddenin bütünlüğü esas alındığında, üçüncü fıkradaki sözkonusu bu ibare

yerini koruduğu sürece , Anayasa Mahkemesi' nce iptal edilen ibareye bağlı olarak yaratılmış olan çalışma serbestisine her durumda engel oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu duyuruda hukuka ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık görülmediğinden, davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı :

Düşüncesi : Dava; Sağlık Bakanlığı'nın internet sitesinde 16.7.2010 tarihinde yayımlanan "Tam Gün Kanunu ile ilgili Basın Açıklaması" ile 5947 sayılı Yasa ve bu Yasa 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 başlayacağını duyurulmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı idarenin dava konusu edilen duyurunun idari davaya konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem olmadığı yolundaki usule ilişkin itirazları yerinde bulunmamıştır.

Öte yandan, 1219 sayılı Yasanın 5497 sayılı Yasanın 7. maddesi ile değiştirilen 12. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresinin iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesinin 4.12.2010 tarih ve 27775 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 16.7.2010 günlü, E:2010/29, K:2010/90 sayılı kararında, aynı maddenin 3. fıkrasında yer alan ve hekimlerin ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışabileceğine ilişkin hüküm yönünden de Anayasal denetim yapılmasına karşın 2949 sayılı Kanununun 29/2. maddesine dayanarak re'sen iptal edilmemesi nedeniyle davacı Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı'nın 1219 sayılı Yasanın 5497 sayılı Yasanın 7. maddesi ile değişik 12. maddesinin 3. fıkrasında yer alan " hekimler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilirler." hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki iddiası ciddi görülmemiştir.

30.1.2010 günlü, 27478 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Üniversite Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile değişik 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un

12 nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında, "Tabipler, diş 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 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." hükmüne yer verilmiş; 5947 sayılı Yasa'nın 19. maddesinin (a) fıkrası ile de, 31.12.1980 günlü, 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun yürürlükten kaldırılmış, böylece kamuda görev yapan hekimlerin çalışma rejimi 1219 sayılı Yasada 5947 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucu

yeniden düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 16.7.2010 günlü, E:2010/29, K:2010/90 sayılı kararıyla; 1219 sayılı Yasa'nın 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle değişik 2. fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "...bentlerden yalnızca birindeki..." ibaresinin iptaline karar verilerek, bu ibarenin uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğün durdurulmasına karar verilmiştir.

Bu itibarla, 2368 sayılı Yasanın kaldırılmış olmasının, kamuda görevli doktorların muayenehane açmalarının yasal dayanağının ortadan kaldırılması biçiminde yorumlanamayacağı açıktır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra gerek üniversite öğretim elemanları, gerekse diğer kamu kurumlarında görev yapan doktorların özel muayenehane açma konusunda aynı hukuki düzenlemelere tabi buldukları kuşkusuzdur.

Buna göre, kamu görevlisi olan hekimlere serbest çalışma yasağı getiren 1219 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin değişik ikinci fıkrasında yer alan hükmün Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi ile kamu görevlisi olan hekimlerin, 12. maddenin ikinci fıkrasında yer alan bentlerden yalnızca birisine dahil olan kurumlarda çalışma zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. Anayasa Mahkemesince anılan ikinci fıkrada yer alan "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresinin Anayasa aykırı bulunarak iptal edilmesi sonucunda, kamuda görev yapan bir hekiminin 12. maddenin ikinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerine dahil birimlerde de çalışabileceği, bu kapsamda, kamuda tam gün esasına göre istihdam edilirken, sekiz saatlik çalışma bittikten sonra özel muayenehane de açabileceği açıktır.

Bu durumda, 1219 sayılı Yasanın 5497 sayılı Yasanın 7. maddesi ile değiştirilen 12. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresinin iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesinin 4.12.2010 tarih ve 27775 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 16.7.2010 günlü, E:2010/29, K:2010/90 sayılı kararında ikinci fıkra bentlerinin kararda yer alan gerekçeler doğrultusunda yeniden düzenlenmek üzere iptaline ilişkin bir hükme yer verilmediği gibi, istisna düzenlemesi içeren bir hükmün gerekliliğinin de belirtilmemesi ve 1219 sayılı Yasanın 5497 sayılı Yasanın 7. maddesi ile değiştirilen 12. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresinin uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğün durdurulmasına karar verilmiş olması karşısında kamu görevlisi olan hekimlerin serbest çalışmasına ilişkin 5947 sayılı Yasa ile getirilen yasağın anılan iptal kararı ile ortadan kalkmış olması nedeniyle, kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açmaları ve özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığı ve uygulamanın 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren başlayacağını duyurulmasına ilişkin işlemde 1219 sayılı Yasanın 12. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne uygunluk bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, davanın kabulü ile dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce dosyanın tekemmül ettiği ve davacı tarafından duruşma isteğinden vazgeçildiği görüldüğünden davacının ikinci kez yönelttiği yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeksizin işin gereği düşünüldü:

Dava, Sağlık Bakanlığı'nın internet sitesinde 16.7.2010 tarihinde yayımlanan "Tam Gün Kanunu ile İlgili Basın Açıklaması" ile 5947 sayılı Yasa ve bu Yasa hakkındaki Anayasa Mahkemesi' nin (16.7.2010 günlü,E: 2010/29 K: 2010/90 sayılı) 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 duyurulmasına ilişkin işlemin; 1219 sayılı Kanunun değişik 12. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "**bentlerden yalnızca birindeki**" ibaresinin Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla iptal edilmesi sonucu kamuda çalışan tabiplerin özel çalışma yasağının da ortadan kalktığı, Anayasa Mahkemesi' nin bu kararını uygulamakla yükümlü olan davalı idarenin aksine bir davranışla Anayasanın 138. maddesinde yer alan hükümlere uymadığını, Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı sonrasında öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan tüm doktorların özel muayenehane açmalarına ve burada çalışmalarına engel kalmadığı, hekimlerin mesleklerini bu yönde sürdürmelerinin 657 sayılı Kanunun 28. maddesinde yer alan ticaret yasağı kapsamında değerlendirilmesinin hukuken mümkün olmadığı ileri sürülerek iptali istemiyle açılmıştır.

Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı; Danıştay Genel Yazı İşleri Müdürlüğü kaydına 10.3.2011 tarihinde giren aynı tarihli dilekçe ile 1219 sayılı Yasanın 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle değişik üçüncü fıkrasında yer alan "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 Anayasanın 11., 13., 17., 49. ve 56. maddelerine aykırılık taşıdığı ve bu nedenle de iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi' ne başvurulmasının gerektiğini ileri sürmüştür.

Başkan ... ile Üye ... "İptali istenen işlemin Tam Gün Kanunu ile İlgili Basın Açıklaması olup, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliğini taşımadığı; 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin yürürlük tarihi 30 Temmuz 2010 tarihi olduğundan, dava konusu işlemin tesisi tarihinde henüz söz konusu Yasa'nın uygulanmasından ve bu konuda yetkili makam tarafından kurulmuş bir düzenlemenin varlığından da söz edilemeyeceği; sonuç olarak, basın açıklamasının iptal davasına konu olabilecek icrai bir işlem niteliğini taşımadığı " yolundaki karşı oyuna karşılık;

Sağlık Bakanlığı, söz konusu Anayasa Mahkemesi kararının sadece üniversite öğretim elemanlarına bu hakkı tanıdığını, kamuda görev yapan doktorların özel muayenehane açmalarının mümkün olmadığını ve bu yasağın 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren başlayacağını, dava konusu işlemler Bakanlığın internet sitesinde duyurmuş olup kamu gücü ve erkinin, üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığı gerekmez, doğrudan doğruya hukuki sonuç doğuran ve etkisini gösteren işlemlerinin, yürütülebilir nitelikte işlemler olduğunun kabulü gerektiğinden, 5947 sayılı Yasa hükümlerini Anayasa Mahkemesi'nin kısmen iptal kararı ışığında yeniden yorumlayıp açıklayan, kamuda görev yapan doktorların özel

muayenehane açıp açamayacakları konusundaki duraksamaların giderilmesini amaçlayan, Yasa'nın 7. maddesinin yürürlüğe gireceği 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren Bakanlık uygulamasının ne olacağını nihai olarak belirleyen ve Bakan tarafından yazılı ve görsel basında yapılan açıklamalarla da sürekli teyit edilen kamu personelinin özel muayenehane açma yasağına ilişkin dava konusu işlemin; tüm ülke düzeyinde görev yapan kamu görevlisi hekimler için uyulması zorunlu bir işlem olarak yaptırım unsurunu içinde barındırdığı, Anayasa Mahkemesi kararını da yorumlayarak mevcut hukuki durumun sona ereceği tarihi bildirdiği ve bu tarihten sonraki uygulamayı belirlediği; Anayasa Mahkemesi kararını da gözönüne alarak 5947 sayılı Yasa'nın uygulanması konusunda yeni değerlendirme öğeleri getiren, bir başka anlatımla, içinde yaptırım tehdidi bulundurarak emredici ve zorlayıcı nitelik taşıyan düzenleyici bir işlem niteliğinde bulunması nedeniyle iptal davasına konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olduğu sonucuna varılmıştır.

Davacının Anayasaya aykırılık iddiası incelendiğinde;

1219 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin değişik üçüncü fıkrasında yer alan **"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"**

ilişkin tümcesinin Anayasaya aykırı olduğu iddiası yerinde görülmemekle işin esasına geçildi.

Anayasa Mahkemesi, 21.1.2010 günlü, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan " ... **aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki ...** "

ibaresinin iptal istemine yönelik olarak vermiş olduğu kararında;

"Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında "Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler" denilerek devlete, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama, kişilerin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi verilmiştir.

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.

Kişinin sahip olduğu hak ve hürriyetler önem dereceleri göz önünde bulundurularak Anayasa'da yer almıştır. Bu bağlamda hekimlik, Anayasanın 17. maddesinde yer alan ve bireyin en önemli

hakkı olan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile doğrudan ilgili bir meslektir. Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşım bu hizmetlerden yararlanabilmeleridir. Devlet için bir görev ve kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesine bu haktan yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemeler Anayasa'ya aykırı düşer.

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. ... " denilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 17 ve 56 ncı maddelerinde düzenlenen yaşam ve sağlık hakkını dikkate alarak, yasakoyucunun hekimlerin çalışma koşullarını düzenleyebileceğini, bu konuda kamu kaynaklarının yerinde sarfı amacıyla kısıtlamalar yapılabileceğini, ancak hekimlerin kolay ulaşılacak biçimde mesleklerini icra edebilmelerinin 56. madde gereği olduğunu ve bu nedenle de hekimlerin mesleklerini icra konusunda diğer kamu görevlilerinden ayrı konumda bulduklarının kabulü gerektiğini vurgulamış ve hekimlerin bu konuları nedeniyle, mesleklerinin icrasında kısıtlamalar getirilmesinin ve onlara ulaşmayı zorlaştırıcı

düzenlemelerin Anayasaya uygun olmadığı hükmüne varmıştır.

Mahkeme, hekimlerin, 1219 sayılı Kanun' un 21.1.2010 günlü, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle değişik 12. maddesinin ikinci fıkrasındaki bentlerden yalnızca birinde sayılan kurum ve kuruluşlarda çalışmalarını ve serbest mesleklerini de yapabilmeleri konusundaki kısıtlayıcı düzenlemeyi iptal etmiştir. Böylece hekimlerin özel muayenehane açabilmelerinin yanı sıra, kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında aynı zamanda çalışabilmeleri olanaklı hale gelmiştir.

2368 sayılı Yasayla kamuda çalışan hekimlerin mesleklerini serbest olarak icra etmeleri konusunda koşullu olarak imkan sağlanmış iken, 5947 sayılı Yasayla kaldırılan, kamuda çalışan hekimlerin muayenehane açma serbestisini, bu defa 1219 sayılı Yasanın 12. maddesinde yapılan değişiklikle sınırlandırarak yasaklayan ibare iptal edildiğinden, maddeyle getirilen kamuda veya SGK ile anlaşması bulunan kurum ve kuruluşlarda çalışan hekimlerin özel muayenehane açmak suretiyle mesleklerini serbest olarak da yapmaları hususuna ilişkin yasak kalkmıştır. Maddedeki "**bentlerden yalnızca birindeki**" ibaresinin iptali ile kamuda çalışan hekimlerin özel muayenehane açmalarını yasaklayan bir hüküm kalmadığı gibi, hekimlerin, maddenin ikinci fıkrasının bentlerinde sayılan kurum ve kuruluşların hepsinde çalışmalarını ve özel muayenehane de açmaları hukuken olanaklı hale gelmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında bulunan "**ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir**"

ibaresi ise, iptal kararından önce ikinci fıkrada yer alan kısıtlamaya göre, belirtilen kurum ve kuruluşlardan ancak aynı bentte yer alanlarda çalışabilmeleri mümkün olan hekimlerin, bir bent içindeki ve dolayısıyla aynı konumda kabul edilmiş birden fazla kurum ve kuruluşta da çalışabilmelerini amaçlamaktadır.

Bu husus dikkate alındığında, bu hüküm iptal edilen ikinci fıkra ile aynı işlevi görmediği gibi; artık, iptal kararı dikkate alınarak ve kararın ortaya çıkardığı duruma göre anlamlandırılması ve uygulanması zorunlu hale gelmiş bir hükümdür.

Hekimlerin mesleklerini serbest olarak icra edebildikleri özel muayenehaneler sağlık kurum ve kuruluşu olmadığı için (c) bendi kapsamında sayılamayacağından, ikinci fıkranın iptalinden sonra özel muayenehane açarak serbest çalışma hakkına sahip bir hekimin, maddenin aldığı bu yeni şekle göre, aynı zamanda, yalnızca (a), yalnızca (b) ya da yalnızca (c) bendindeki sağlık kurum ve kuruluşlarının birden fazlasında da mesleğini icra edebilmesinin olanak dahilinde bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Aksine bir düşüncenin kabulü için Anayasa Mahkemesince maddeye ilişkin olarak verilen iptal kararı ile **hangi hükmün iptal edilmiş olduğu ve sonuç doğurmayacak bir iptal kararının neden verilmiş olabileceği** sorularının doyurucu gerekçelere dayalı biçimde cevaplandırılması zorunludur.

Bu duruma göre; dava konusu işlemdeki Anayasa Mahkemesinin anılan kararından sonra üniversite öğretim üyeleri dışında **kamuda çalışan doktorların "muayenehane açmalarının mümkün olmadığı"**na ilişkin tespitin hukuka uygun olmadığı;

buna karşın,

kamuda çalışan hekimlerin aynı zamanda

"özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığı"na ilişkin tespitin ise, 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin üçüncü fıkrasındaki kısıtlama nedeniyle hukuka aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin, **kamuda görevli hekimlerin muayenehane açamayacaklarına ilişkin bölümünün iptaline, davanın, kamuda görevli hekimlerin özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığına ilişkin bölümünün iptali istemine ilişkin kısmının ise reddine,** aşağıda dökümü yapılan 123,65 TL.- yargılama giderinin yarısı olan 61,825.-TL'nin davacı üzerinde bırakılmasına, diğer yarısı olan 61,825.-TL'nin ise davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 1.100.-TL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, yürütmenin durdurulması istemi aşmasında kullanılmayan 30.- TL posta ücreti ile artan 49.- TL posta ücreti ve 30,30.-TL yürütmenin durdurulması harcının isteği halinde davacıya iadesine, 6.4.2011 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

(X) KARŞI OY :

Anayasa Mahkemesi'nin 16.7.2010 günlü ve E:2010/29, K:2010/90 sayılı kararı ile 1219 sayılı Yasanın 12. maddesinin 5947 sayılı Yasanın 7. maddesi ile değişik ikinci fıkrasında yer alan "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresi iptal edilmiş, bu karar ile bentlerden yalnızca birisine dahil olan sağlık kurumu ve kuruluşlarında çalışma zorunluluğu ortadan kalkmış, kamuda görev yapan bir hekimin 12. maddenin ikinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerine dahil kurumlarda çalışması olanaklı hale gelmiş, kamuda sekiz saat çalışma sonrasında muayenehanede mesleğini serbest icra etme imkanı ortaya çıkmıştır.

1219 sayılı Yasanın 12. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak

kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilirler." yolundaki ibare ile hekimlerin aynı bent kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kuruluşlarında çalışmalarını amaçlanmış, bu ibare, ikinci fıkrayı kısıtlayıcı bir hüküm olarak öngörülmemiştir. Bir başka anlatımla, Anayasa Mahkemesi'nce ikinci fıkraya yönelik olarak verilen iptal kararının, aynı maddenin üçüncü fıkrası yönünden ortaya çıkardığı yeni bir anlam bulunmamaktadır.

Zira, üçüncü fıkra, yukarıda da değinildiği gibi farklı bir işlev görmekte olup, Anayasa Mahkemesince ikinci fıkrada yer alan "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresinin iptal edildiğinden bahisle, bu ibarenin uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç ve olanaksız zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için gerekçeli kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı güne kadar anılan ibarenin yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi de bu görüşümüzü doğrulamaktadır.

Belirtilen nedenlerle davalı idarece kurulan kamu kurum ve kuruluşlarında görevli hekimlerin muayenehane açamayacaklarına ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığına ilişkin işlemin iptali gerektiği görüşü ile karara katılmıyorum.

(XX) KARŞI OY :

Anayasa Mahkemesi'nce 1219 sayılı Yasa'nın 21.1.2010 günlü, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle değişik 12. maddesinin ikinci fıkrasındaki "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresi iptal edilmesine rağmen 12. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "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." hükmü iptal edilmemiştir. İlgili Kanunun 12. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan söz konusu hükmün, ikinci fıkrada hekimlerin çalışmasını da düzenlediğinden, ilgili kanunun 12. maddesinin tüm fıkraları ile birlikte değerlendirildiğinde, kamu görevlisi hekimlerin serbest çalışabilmesi hususunda ilgili yasadaki sınırlama halen devam etmektedir. Ayrıca ilgili yasa ve diğer yasalarda da açıkça kamu görevlisi hekimlerin serbest çalışabileceğine dair hüküm de bulunmadığından davanın reddi gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyorum.