

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
YD İtiraz No : 2010/1116

İtiraz Eden (Davalı) : Sağlık Bakanlığı - ANKARA

Karşı Taraf (Davacı) : Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı-ANKARA

Vekili : Av.

İstemin Özeti : Danıştay Beşinci Dairesi adına Danıştay Nöbetçi Dairesince verilen yürütmenin

durdurulması isteminin kabulüne ilişkin 17.8.2010 günlü, E:2010/4406 sayılı karara, davalı idare itiraz etmekte ve kararın kaldırılmasını istemektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi ... Düşüncesi : 5947 sayılı Yasanın bazı maddelerinin iptali istemiyle yapılan başvuru üzerine Anayasa Mahkemesince verilen 22.7.2010 günlü, E:2010/29, K:2010/90 sayılı karar incelendiğinde; 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile değiştirilen 1219 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresinin iptaline ilişkin gerekçede kamu görevlisi hekimlerin serbest çalışmasına izin veren yasal düzenlemenin 2368 sayılı Yasanın 4. maddesi olduğunun anlaşıldığı, ancak bu Yasanın 5947 sayılı Yasanın 19/a maddesi ile yürürlükten kaldırıldığı, 1219 sayılı Yasanın ise kamu görevlisi hekimlere serbest çalışma izni veren bir düzenlemeyi içermediği değerlendirilmesine yer verildiği görülmektedir. Yine aynı kararda, yasa koyucunun hekimlerin çalışma düzenini belirleyebileceği ve bazı kayıtlara tabi tutarak sınırlama yapabileceği vurgulanarak 1219 sayılı Yasanın 12. maddesi ile hekimlerin serbest çalışmasına getirilen sınırlamanın ilkesel olarak meşru olduğu ve Anayasaya aykırı olmadığı belirtilmektedir.

Ancak, bazı dallarda uzman olan hekimlerin sayıca az olması ve kamunun yanında özel sağlık kuruluşlarının da bu hekimlere ihtiyaç duymasının, bu hekimlerin mesleğini mesai saatleriyle sınırlı olmaksızın yaygın bir şekilde icra etmelerini gerekli kılabileceği belirtilerek, düzenlemede bu yönden bir istisnaya yer verilmemesinin sağlık hizmetlerine ulaşmayı zorlaştıracığı gerekçesiyle 1219 sayılı Yasanın değiştirilen 12. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresi iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin anılan iptal gerekçesinden, söz konusu ibarenin kamu görevlisi hekimlerin serbest çalışma hakkı kapsamında değerlendirilerek Anayasaya aykırı olduğu için değil, bazı istisnalara yer verilmemesinin sonucunda kişilerin sağlık hizmetlerine ulaşmasını, dolayısıyla hekime ulaşma hakkını kısmen zorlaştıracak nitelikte bulunduğu için iptal edildiği anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte, 12. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, ikinci fıkranın her bir bendinde olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabileceğine" dair hükmün, hekimlerin serbest çalışmasına sınırlama (yasak) getirdiği kararda belirtilmiş olmasına karşın, Anayasa Mahkemesince 12. maddenin ikinci fıkrasında yer alan ibarenin iptaline bağlı olarak belirtilen hüküm iptal edilmemiştir.

Bunun sonucunda da, mevcut haliyle 12. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan sözkonusu hüküm, iptal edilen ikinci fıkradaki ibare ile aynı işlevi görmek ve kamu görevlisi hekimlerin serbest çalışmasına engel oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin konu ile ilgili belirtilen gerekçeleri ile 5947 sayılı Yasa'nın getiriliş amacı çerçevesinde dava konusu işlem değerlendirildiğinde, öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açmaları veya özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığı ve bu uygulamanın 30.7.2010 tarihinden itibaren başlayacağını duyulmasına dair dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu nedenle, davalı idarenin itirazının kabulü ile itiraz edilen Danıştay Beşinci Dairesi adına Danıştay Nöbetçi Dairesince verilen kararın kaldırılması ve olayda 2577 sayılı Yasanın 27/2. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmemesinden dolayı yürütmenin durdurulması isteminin reddi gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı ... Düşüncesi : İtiraz dilekçesinde ileri sürülen nedenler Danıştay Beşinci Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne ilişkin kararın kaldırılmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden, itirazın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

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 ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılmıştır.

Danıştay Beşinci Dairesi'nin 21.7.2010 günlü, E:2010/4406 sayılı kararıyla; Anayasa Mahkemesi'nin 16.7.2010 günlü, E:2010/29, K:2010/90 sayılı kararıyla, 5947 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değiştirilen 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesinin ikinci fıkrasının birinci tümcesinin iptal edildiği, aynı Yasanın 7. maddesiyle değişik 1219 sayılı Yasa'nın 2. fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "...bentlerden yalnızca birindeki..." ibaresinin de iptal edildiği, 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 verildiği; Anayasa Mahkemesi'nin anılan iptal kararıyla, öğretim elemanlarının üniversitede devamlı statüde görev yaparken aynı zamanda muayenehane açmalarını engelleyen Yasa hükmünün ortadan kaldırıldığı ve böylece sekiz saatlik mesaiden sonra serbest çalışmalarına olanak tanındığı; Sağlık Bakanlığının, 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 duyurduğu; dava konusu işlemin, tüm ülke düzeyinde görev yapan kamu görevlisi hekimler için uyulması zorunlu bir işlem olarak yaptırım unsurunu da içinde barındırdığı gibi 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 dava konusu "duyurunun" düzenleyici bir işlem niteliğinde bulunduğu ve sonuç olarak, iptal davasına konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olduğu sonucuna varıldığı; Sağlık Bakanlığı tarafından, Anayasa Mahkemesi'nin 16.7.2010 günlü, E:2010/29, K:2010/90 sayılı iptal kararının sadece üniversite öğretim elemanlarıyla sınırlı olarak serbest çalışma hakkı tanıdığının kabul edildiği; oysa, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının; tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, 1219 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin 2. fıkrasında yer alan bentlerden yalnızca birisine dahil olan kurumlarda çalışma zorunluluğunu ortadan kaldırdığı, bu hükmün iptal edilmesinin doğal sonucu olarak, kamuda görev yapan bir doktorun, 12. maddenin 2. fıkrasının (b) ve (c) bentlerine dahil birimlerde de çalışabileceği ve bu kapsamda, kamuda tam gün esasına göre istihdam edilirken, sekiz saatlik çalışma bittikten sonra özel muayenehane de açabileceği, 5947 sayılı Yasa'nın Üniversite öğretim elemanlarına muayenehane açma yasağı getiren 3. maddesinin iptal edilmiş olmasının da, aynı Yasa'nın 7. maddesindeki ibarenin iptalinin doğurduğu hukuki sonuçları açık bir biçimde desteklediği, üniversite öğretim üyelerinin muayenehane açma yasağı ortadan kaldırıldığında, özel muayenehane açma konusunda diğer doktorlar için hangi kurallar geçerli ise öğretim üyeleri için de aynı kuralların uygulanması gerektiğinin açık olduğu; 1219 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin doktorlara özel muayenehane açma yetkisi verdiği ve bu faaliyetin üniversiteler dahil kamuda görev yapan tüm doktorlar yönünden 657 sayılı Yasa'nın 28. maddesindeki ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı kapsamında değerlendirilmemesi nedeniyle, üniversite öğretim elemanlarında olduğu gibi, kamuda görev yapan diğer doktorlar yönünden de özel muayenehane açılmasını yasaklayıcı bir hükmün mevzuatımızda yer almadığı, her ne kadar 2368 sayılı Yasa, 5947 sayılı Yasa'nın 19. maddesi ile 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmış ise de, mülga 2368 sayılı Yasa'nın 4. maddesinde, "...özel kanunlarına göre meslek ve sanatlarını serbest olarak icra etme

hak ve yetkisine sahip olanlar"dan söz edildiği; dolayısıyla, doktorların çeşitli zam ve tazminatlardan yararlandırılmaması kaydıyla istekleri halinde çalışma saatleri dışında serbest olarak çalışmalarına olanak tanındığı; 2368 sayılı Yasa kaldırılırken, kamuda ya da özelde çalışma seçenekleri arasında tercih yapma zorunluluğunu getiren 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin bu düzenlemenin yerini aldığı; 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle getirilen tercih zorunluluğunun Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edildiği gözönüne alındığında, 2368 sayılı Yasanın kaldırılmış olmasının, kamuda görevli doktorların muayenehane açmalarının yasal dayanağının ortadan kaldırılması biçiminde yorumlanamayacağı; 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 bulunduklarının kuşkusuz olduğu; bu durumda, 5947 sayılı Yasa'nın 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 kaldırılmış olması; 1980 yılına kadar ki yasal düzenlemelerin aksine, kamu görevlisi doktorların aynı zamanda serbest olarak da çalışmalarını yasaklayan bir yasa hükmünün artık bulunmaması; üniversite öğretim elemanı doktorların mesleklerini serbest olarak yürütmelerini açıkça yasaklayan 5947 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi; kamuda görev yapan doktorların özel muayenehane açma konusunda üniversite öğretim elemanlarıyla aynı mevzuata (1219 sayılı Yasa'nın 5. ve 12. maddelerine) tabi olması ve bu faaliyetin 657 sayılı Yasa'nın 28. maddesinde yer alan ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetler kapsamında değerlendirilmemesi karşısında, dava konusu işlemler, 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açmaları ve özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığı ilan edilmesinde, 5947 sayılı Yasa hükümlerine, Anayasa Mahkemesi kararına ve hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin davalı idarenin savunması alınıp yeniden bir karar verilinceye kadar yürütmesi durdurulmuştur.

Davalı idarenin savunması alındıktan sonra ise, Danıştay Beşinci Dairesi adına Danıştay Nöbetçi Dairesinin 17.8.2010 günlü E:2010/4406 sayılı kararıyla; davalı idarenin savunma dilekçesinin içeriğinde yer alan bilgi ve açıklamaların yanında dava dilekçesinde yer alan bilgi ve belgeler ile ilgili mevzuat hükümlerinin ve hukukun genel ilkelerinin bir bütün halinde değerlendirilmesi sonucu ulaşılan hukuki tespitler karşısında; savunma dilekçesinde ileri sürülen hususların, Danıştay Beşinci Dairesince verilen 21.7.2010 günlü, E:2010/4406 sayılı "davalı idarenin savunması gelinceye kadar dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulması" yolundaki kararın hukuki gerekçesini ve sonucunu değiştirebilecek nitelikte görülmediği gerekçesiyle ile dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Davalı idare, öncelikle dava konusu işlemin idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülebilir nitelikte bir işlem olmadığını, bu nedenle davanın ilk aşamada ve usul yönünden reddi gerektiğini, ayrıca, Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesine bakıldığında bu kararın kamu görevlisi hekimlerin serbest çalışmalarına olanak tanımadığını, aksine Anayasa Mahkemesi kararında kamuda görevli hekimlerin serbest çalışabilmelerine olanak veren 2368 sayılı Yasanın yürürlükten kaldırıldığı, 1219 sayılı Yasanın ise bu olanağı veren bir yasal düzenleme olmadığı tespitinde bulunulduğunu, bununla birlikte 1219 sayılı Yasanın 5497 sayılı Yasanın 7. maddesi ile değiştirilen 12. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresinin iptal edildiğini, ancak aynı maddenin 3. fıkrasında yer alan ve "hekimlerin ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışabileceği" ne ilişkin hükmün ise iptal edilmediğini, bu hükmün kamuda görev yapan hekimlerin serbest çalışmasına yasal olarak engel oluşturduğunu, öte yandan, 657 sayılı Yasaya tabi olarak çalışan kamu görevlisi hekimlerin anılan Yasanın 28. maddesi uyarınca serbest çalışmalarının yasak olduğunu ileri sürmekte ve anılan kararın itirazın incelenerek kaldırılmasını istemektedir.

Başkanvekili ..., Altıncı Daire Başkanı ..., İkinci Daire Başkanı ..., Onbirinci Daire Başkanı ..., Onikinci Daire Başkanı ..., Sekizinci Daire Üyesi ..., İkinci Daire Üyesi ..., İkinci Daire Üyesi ..., Altıncı Daire Üyesi ..., Sekizinci Daire Üyesi ..., Onikinci Daire Üyesi ... ile Onüçüncü Daire Üyesi ...; "5497 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un bazı maddelerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine yapılan başvurunun Anayasa Mahkemesi'nce 16.7.2010 tarihinde görüşülerek iptal isteminin

karara bağlandığı ve 22.7.2010 günlü, 27649 sayılı Resmi Gazete'de 5947 sayılı Yasanın iptali istenilen maddelerine yönelik olarak yürürlüğün durdurulması istemi hakkındaki kararın yayımlandığı, Anayasa Mahkemesi'nin anılan Yasanın bazı maddelerinin iptaline, bazı maddelerine yönelik iptal isteminin ise reddine ilişkin esasa dair gerekçeli kararının ise itiraza konu edilen kararın verilmesinden sonra 4.12.2010 günlü, 27775 sayılı Resmi Gazete'de yayımlandığı, bu durumda, Danıştay Beşinci Dairesi adına Danıştay Nöbetçi Dairesince dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulması yolundaki itiraza konu kararın verildiği tarihte Anayasa Mahkemesinin 5947 sayılı Yasa ile ilgili vermiş olduğu kararın gerekçesinin henüz belli olmadığı, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin iptal kararının gerekçesini inceleme imkanı bulunmadan önce itiraz edilen kararın verilmesi, buna karşın Anayasanın 153. ve 154. maddeleri uyarınca mahkemelerin bir yasa kuralının Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi halinde yüksek mahkemenin kararına ve hükme esas olan gerekçesine uygun karar verilmesinin gerekmesi ve Anayasa Mahkemesince verilen kararın ve gerekçesinin dava konusu uyuşmazlığı doğrudan etkileyecek nitelikte olması nedeniyle Anayasa Mahkemesinin 5947 sayılı Yasanın bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada vermiş olduğu kararın gerekçesinin dikkate alınması suretiyle anılan karar çerçevesinde uyuşmazlık hakkında Danıştay Beşinci Dairesince bir değerlendirme yapılması gerektiği, bu amaçla davalı idarenin itirazının esastan incelenmeyerek belirtilen gerekçeyle itiraza konu kararın kaldırılması suretiyle dosyanın Dairesine gönderilmesi gerektiği" yolundaki oylarına karşılık; 5947 sayılı Yasanın bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi'nce verilen kararın gerekçesi itiraz aşamasında belli olduğundan, söz konusu kararın gerekçesi dikkate alınmak suretiyle Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından itirazın esastan incelenerek karara bağlanmasının gerek yöntem gerekse usul ekonomisi bakımından uygun olacağına, bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı ve bu kararın gerekçesi gözönünde bulundurularak davalı idare itirazının esastan incelenmesine oyçokluğu ile karar verilerek işin esasının incelenmesine geçildi.

Bir işlemin iptal davasına konu edilebilir nitelikte kesin ve yürütülebilir bir işlem olup olmadığının, işlemin ismine veya idarenin isimlendirmesine bakılarak değil, işlemin içeriğine bakılarak belirlenmesi gerekmektedir.

Danıştay Beşinci Dairesinin yukarıda açıklanan 21.7.2010 günlü, E:2010/4406 sayılı yürütmenin durdurulması isteminin davalı idarenin savunması alınincaya kadar kabulüne ilişkin kararında belirtildiği gibi, dava konusu işlemin Anayasa Mahkemesi kararının sadece üniversite öğretim elemanlarına çalışma olanağı tanıdığını, kamu görevi yapan hekimlerin özel muayenehane açmalarının veya özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığını ve bu yasağın 30.7.2010 tarihinden itibaren başlayacağını duyuran bir işlem olması nedeniyle ülke düzeyinde görev yapan kamu görevlisi tüm hekimler için yaptırım da içeren bir işlemdir.

Dolayısıyla kamuda çalışan hekimlerin hukuki durumlarını etkileyen, değiştiren nitelikte bulunan dava konusu "duyurunun" iptal davasına konu olabileceğinde duraksama bulunmadığından, davalı idarenin bu hususa yönelik iddialarında hukuki isabet görülmemiştir.

Davanın ve itirazın esasının incelenmesine gelince; konunun açıklığa kavuşturulabilmesi için hekimlerin çalışma sistemini düzenleyen mevzuatta dava konusu işlemin tesis edildiği tarihe kadar ne gibi değişiklikler olduğunun ve bu kapsamda dava konusu işlemin tesis edildiği andaki hukuksal durumun ortaya konulması gerekmektedir.

Türkiye'de hekimlerin meslek uygulamaları ile ilgili yürürlükteki en temel Yasa, 1928 yılında çıkarılan 1219 sayılı "Tababet ve Şu'abatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun"dur.

Bu Yasada, hekimlik mesleğinin kazanılması, mesleğin icra edilme koşulları, meslek icrasının sınırları, muayenehane açmaya dair hükümler, tıpta uzmanlık gibi konular düzenlenmiştir.

Anılan Yasa çerçevesinde hekimlik yapma hak ve yetkisi kazanan mezunlar, 657 sayılı Yasa veya özel yasalarına 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 edebilmektedirler.

1219 sayılı Yasanın 5. maddesinde, hekimlerin muayenehane açarak hasta görmesine ilişkin izin, 12. maddesinde ise hekimlerin uğraşamayacağı işler düzenlenmiştir. Yasanın 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.

Daha sonra 1961 yılında çıkarılan 224 sayılı "Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun" ile sağlık personelinin serbest çalışmasına sınırlama getirilmiştir.

224 sayılı Yasanın 3. maddesinde, sağlık hizmetlerinin sosyalleştiği bölge veya kurumlarda çalışan kamu sektörünün sağlık personelinin ücret mukabilinde veya herhangi bir şekilde menfaat sağlayarak serbest meslek icra edemeyecekleri; 4. maddesinde ise, kamu sektörüne dahil kurumlardan maaş ve ücret almayan hekimlerin mer'i yasaların hükümleri çerçevesinde mesleklerini serbestçe icra edebilecekleri düzenlenmiştir.

1965 yılında yürürlüğe giren 641 sayılı "209 sayılı Kanuna Bazı Maddeler Ekleneğine Ve Bazı Maddelerin Değiştirilmesine Dair Kanun" da Sağlık Bakanlığı'nca tayin edilecek döner sermayeli hastanelerde çalışacak tabip (asistanlar hariç), diş tabibi, eczacı ve diğer sağlık personeline her ay belli bir miktarda tazminat verileceği, ancak tazminatı alanların hariçte serbest olarak meslek ve sanatlarını icra edemeyecekleri, resmi ve özel herhangi bir müessesede maaşlı, ücretli veya sözleşmeli ek görev (baştıbaçlık görevi hariç) yapamayacakları öngörülmüştür.

Ardından yine 1965 yılında yürürlüğe giren 672 sayılı Yasa ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda yapılan değişiklik ile aynı düzenleme SSK hekimleri ve SSK Sağlık personeli için de getirilmiştir.

1978 yılında çıkarılan 2162 sayılı "Sağlık Personelinin Tam Gün Süre Çalışma Esaslarına Dair Kanun" ile kamuda çalışan hekimlerin serbest çalışmaları tümüyle yasaklanmıştır. Ayrıca 1219 sayılı Yasanın 13. maddesi 641 ve 672 sayılı Yasaların yukarıda bahsedilen hükümleri ve 224 sayılı Yasa sağlık personeliyle ilgili mali hükümleri 2162 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılmıştır.

2162 sayılı Yasa'nın üniversite personeli yönünden iptali istemiyle çeşitli üniversiteler tarafından Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulmuş, ancak Anayasa Mahkemesi'nin 27.2.1979 günlü, E:1978/61, K:1979/12 sayılı kararıyla, 2162 sayılı Yasa ile üniversite öğretim elemanlarına tam gün çalışma sistemi getirilmesinin Anayasa'da yer alan bilimsel özerklik ilkesine aykırı olmadığı, düzenlemenin yasa koyucunun takdir ve tercih yetkisi içinde kaldığı gerekçesiyle iptal istemleri reddedilmiştir.

1980 yılında çıkarılan 2368 sayılı "Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun" ile kamuda çalışan hekimlerin aynı zamanda serbest çalışmasını yasaklayan 2162 sayılı Yasa ve 224 sayılı Yasanın 3. maddesi yürürlükten kaldırılmış, kamuda çalışan hekimlerin yasada belirtilen zam ve tazminatlardan yararlanmamak kaydıyla serbest çalışabilecekleri düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, zaman içinde yapılan farklı yasal düzenlemeler ile bazen kamu görevlisi hekimlerin serbest çalışmasına izin verilmiş, bazen de bunun aksine kamu görevlisi hekimlerin serbest çalışması yasaklanmış veya sınırlandırılarak belli zam ve tazminatlardan yararlanmamak koşulu ile serbest çalışmalarına izin verilmiştir.

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 Yasanın 3. maddesi ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 36. maddesi değiştirilmiştir. Anılan maddede yapılan değişiklikle öğretim elemanlarının üniversitelerde kısmi statüde çalışmalarına son verilerek, bunların üniversitelerde devamlı statüde çalışacakları ve öğretim elemanlarının bu Yasa ile diğer yasalarda belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremeyecekleri, ek görev alamayacakları ve serbest meslek icra edemeyecekleri düzenlenmiştir. Ayrıca, 5947 sayılı Yasanın 6. maddesi ile 2547 sayılı Yasaya Geçici 57. madde eklenmiş olup, bu geçici madde ile, bu maddenin yayımlandığı tarihte kısmi statüde görev yapmakta olan öğretim üyelerinden, Yasanın yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde talepte bulunanların devamlı statüye geçirileceği, bu süre içinde talepte bulunmayanların istifa etmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır.

5947 sayılı Yasanın 7. maddesi ile de dava konusu işleme dayanak oluşturan 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.

(Değişik 2. fıkra: 5947 sayılı Kanun/7. madde) 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 Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan vakıf üniversiteleri, serbest merkez 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.

Ayrıca 5947 sayılı Yasa'nın 19. maddesinin (a) bendi ile 2368 sayılı "Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun" yürürlükten kaldırılmıştır. Anılan Yasa 30.1.2010 günlü, 27478 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olup, Yasanın 20. maddesinin (a) bendinde bu Yasanın 3. maddesinin yayımı tarihinden bir yıl sonra, (b) bendinde ise Yasanın 7. maddesinin yayımı tarihinden altı ay sonra yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

Kamuoyunda Tam Gün Yasası olarak bilinen 5947 sayılı Yasanın bazı maddelerinin iptali ve yürürlüğün durdurulması istemiyle Anamuhalefet Partisi tarafından Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur.

Bu başvuruda, dava konusu işleme dayanak oluşturan 1219 sayılı Yasanın 12. maddesinin 5947 sayılı Yasanın 7. maddesi ile değişik 2. fıkrasında yer alan "...aşağıdaki bentlerinden yalnızca birindeki..." ibaresinin iptali istenmiştir. Anılan ibarenin iptali isteminin gerekçesi ise; "Düzenleme ile hekimlere yönelik çalışma sınırlamaları getirilmiştir. Ancak, bu sınırlandırma hekimler bakımından kamu ve özel sağlık kuruluşlarında mesai saatlerinin dışında mesleklerini serbest olarak icra etme ve çalışma haklarının ölçüsüzce sınırlandırılması anlamındadır. Üstelik bu sınırlandırıcı düzenlemeler, eşitlik ilkesine aykırı biçimde kadroları farklı kurumlarda bulunan ancak aynı görevleri yapan hekimler bakımından farklılık göstermektedir. Tıp fakültelerinde kısmi çalışma statüsünde çalışanlar için tam gün statüsüne geçmek için bir yıllık süre tanınırken, diğer kamu sağlık kuruluşlarında çalışan hekimler için bu süre altı ay olarak belirlenmiştir. Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı olan bir düzenleme, hukukun üstünlüğünü ve dolayısıyla Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesini zedeler. Sağlık hakkı Anayasanın 17. maddesinde düzenlenen "...yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma....hakkı" ile çok sıkı bağlantı içindedir. Dolayısıyla devlet ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda "yaşama hakkını" ortadan kaldıran düzenlemeler yapmayacaktır. 7. maddesi ile 1219 sayılı Kanunun değiştirilen 12. maddesinin ikinci fıkrası, birinci cümlesi "...aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki..." tümcesi Anayasanın 2., 10., 13. ve 17. maddelerine aykırıdır." biçiminde ortaya konulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 5947 sayılı Yasanın bazı maddelerinin iptali ve yürürlüğün durdurulması istemini 16.7.2010 tarihinde görüşerek karara bağlamış ve aynı gün kararın sonuçları konusunda kamuoyuna açıklama yapılmıştır. Dava konusu işlem Anayasa Mahkemesi'nin bu açıklaması üzerine Sağlık Bakanlığı'na aynı gün tesis edilmiştir.

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.

Ardından 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 Mahkemesinin 5947 sayılı Yasa ile ilgili anılan kararının dava konusu uyumsuzlukla ilgili kısımları incelenecek olursa;

Anayasa Mahkemesi 5947 sayılı Yasanın 3. maddesi ile 2547 sayılı Yasanın 36. maddesinin 1. fıkrasında yapılan değişiklikle "öğretim elemanlarının üniversitede devamlı statüde görev yapması ile ilgili hükmü, yani kısmi statüde çalışmanın kaldırılmasını Anayasa'ya aykırı bulmamış, öğretim elemanlarının aynı zamanda kamu görevlisi olmaları nedeniyle bunların hangi statüde çalışacaklarının belirlenmesinin yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olduğunu belirterek anılan 1. fıkra yönünden iptal istemini reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi daimi statüde görev yapan öğretim elemanlarının, "2547 sayılı Yasa ile diğer yasalarda belirlenen görevler ile telif hakları hariç olmak üzere yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başkaca herhangi bir iş göremeyecekleri, ek görev alamayacakları ve mesleklerini serbest olarak icra edemeyecekleri" tümcesini ise Anayasanın 130. maddesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 5947 sayılı Yasanın 7. maddesi ile değiştirilen 1219 sayılı Yasanın dava konusu işleme dayanak oluşturan 12. maddesinin ikinci fıkrasındaki iptali istenen "...aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki..." ibaresinin Anayasaya aykırılığı savını incelemeye geçmeden önce anılan 12. maddenin "Anlam ve Kapsamı" ile ilgili olarak aşağıdaki belirlemelerde bulunmuştur.

"...Türkiye'de hekimlerin meslek uygulamaları ile ilgili yürürlükteki en temel kanun 1928 yılında çıkarılan 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'dur. Bu 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 Devlet Memurları Kanunu veya özel kanunlarına göre Sağlık Bakanlığına bağlı kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında, üniversitelerde, Türk Silahlı Kuvvetlerinde, Gülhane Askerî 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 da icra edebilmektedirler.

1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin son fıkrasında "bir tabibin, ikametgâhı müstesna olmak üzere mütâaddit yerlerde muayenehane açarak icrayı sanat etmesi memnudur." denilerek, hekimlerin ikametgâhlarında özel muayenehane açabileceği, 5. maddesinde ise, hekimlerin özel muayenehanelerinde veya evlerinde hasta bakabileceği belirtilmiştir. 1219 sayılı Yasa'nın 12. maddesi tıp fakültelerinden mezun olan ve hekimlik yapma hakkına sahip tüm hekimler için genel bir düzenleme niteliğindedir. Dolayısıyla bu maddedeki düzenleme, kamuda çalışan hekimlerin mesleklerini serbest olarak icra edebileceklerine dair bir izin içermemektedir. Kamuda çalışan hekimlerin mesleklerini serbest olarak icra etmelerine olanak tanıyan düzenleme 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanunun 4. maddesinde yer almaktaydı. Bu maddedeki düzenlemede, Yasa'nın 1. maddesi kapsamına giren personelden, özel kanunlarına göre meslek ve sanatlarını serbest olarak icra etme hak ve yetkisine sahip olanların istedikleri takdirde 1. maddede öngörülen tazminat hakkından yararlanmamak şartı ile mesai saatleri dışında serbest olarak çalışabilecekleri öngörülmüştü, Ancak 2368 sayılı Yasa, 5947 sayılı Yasa'nın 19. maddesinin (a) bendi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

İptal istemine konu ibare ve tümcenin yer aldığı 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesi, 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında değişiklik yapan ve hekimlerin çalışma koşullarını yeniden düzenleyen bir kuraldır. Bu kuralda hekimlerin çalışma koşulları ile ilgili getirilen en önemli değişiklik; kısmi zamanlı çalışmanın

kaldırılması, kamuda çalışan hekimlere tam gün çalışma koşulu getirilmesi ve mesleğini serbest olarak icra etmek isteyen hekimlerin kamu ile olan bağlarının kesilmesidir.

1219 sayılı Yasa'nın değiştirilen 12. maddesi ile getirilen yeni sisteme göre, tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, maddenin ikinci fıkrasında yer verilen bentlerden yalnız birinde yer alan kurumlarda mesleklerini icra edebileceklerdir. Buna göre bir tabip veya dış tabibi, mesleğini yalnız ayırım gözetilmeksizin tüm 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 icra edebilir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise hekimlerin, ikinci fıkrada yer verilen her bir bent kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla birinci bent kapsamında bir hekim, birden fazla kamu kurum ve kuruluşunda çalışma hakkına sahip olmakla birlikte diğer bentlerde yer alan kurumlarda çalışmasına sınırlama getirilmektedir. Diğer taraftan, özel muayenehanesinde çalışan bir hekim, aynı zamanda SGK ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan bir vakıf üniversitesinde ve özel hastanede çalışma hakkına sahipken, kamu kurum ve kuruluşları ile SGK ve kamu kurumları ile anlaşması olan diğer sağlık kuruluşlarında, çalışması yasaklanmaktadır.

Üçüncü fıkranın dördüncü ve beşinci tümcelerinde de mahalli idareler ile kurumlarda çalışan ve döner sermaye ek ödemesi almayan tabiplere, kurum hekimliği yapma olanağı getirilmekte ve döner sermayesi bulunan sağlık kuruluşlarına kurumsal olarak işyeri hekimliği hizmeti verme hakkı tanınmaktadır..."

Anayasa Mahkemesi 1219 sayılı Yasanın değiştirilen 12. maddesi ve yürürlükten kaldırılan 2368 sayılı Yasa ile ilgili yukarıda yer verilen belirlemelerin ardından 1219 sayılı Yasanın 12. maddesinin ikinci fıkrasının birinci tümcesindeki "...aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki..." ibaresine yönelik iptal istemini inceleyerek;

"...Dava dilekçesinde 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile 1219 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasında yer alan "aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki" ibaresinin, hekimlerin mesai saatlerinin dışında kamu ve özel sağlık kuruluşlarında mesleklerini serbest olarak icra etme ve çalışma haklarını ölçüsüzce sınırlandırdığı, bu sınırlamanın, kadroları farklı kurumlarda bulunan ancak aynı görevleri yapan hekimler bakımından farklılık gösterdiği belirtilerek, ibarenin Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 17. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 29. maddesine göre Anayasa Mahkemesi kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. Anayasa Mahkemesi taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle, kural Anayasa'nın 56. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Anayasanın 17. maddesinde herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Yasakoyucu, iptali istenen ibarenin yer aldığı maddede, kamu ve özel sağlık hizmetlerinin ayrı organize edilmesi temelinde, kamu ve özeldes mesleğini icra eden hekimler için yeni bir çalışma sistemi öngörerek, çalışma koşullarına bazı sınırlamalar getirmiş, ayrıca özel sağlık hizmeti sunumunun, kamu kurum ve kuruluşlarının kaynakları kullanılmadan gerçekleştirilmesi için de maddenin ikinci fıkrasının alt bentlerinde bazı kurallar belirlemiştir.

1219 sayılı Yasa'nın 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 edebileceklerdir. 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 yapabileceklerdir. 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. Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü

fıkrasında “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağığı içinde sürdürmesini sağılamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak, işbirliğini gerçekleştirerek amacıyla sağık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler” denilerek devlete, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama, kişilerin hayatını, beden ve ruh sağığı içinde sürdürmesini sağılama görevi verilmiştir. Yasakoyucu devlete verilen bu görevin gereğı olarak, hasta-hekim ilişkisini düzenlemek, hekimlerin hastalarını gereğı 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 olduğı 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 sağık hizmetlerine ulaşp bu hizmetlerden yararlanabilmeleridir. Devlet için bir görev ve kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesine bu haktan yararlanmayı zorlaştıracı ya da zayıflatıcı düzenlemeler Anayasa’ya aykırı düşer.

Sağık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağık hizmetinin temel hedefi olan insan sağığı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. İnsanın en temel hakkı olan sağıklı 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 sağık kuruluşlarının da bu dallarda uzman hekimlere ihtiyaç duyması, bu hekimlerin mesleğini mesai saatleriyle sınırlı olmaksızın yaygın bir şekilde icra etmelerini gerekli kılabılır. Hekimlerin insan sağığının gelişmesi ve yaşam haklarının korunması ile doğrudan ilgili olan bu konuları dikkate alınmaksızın çalışma koşullarının kuralda belirtildiğı 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 vermeksizin düzenleme yapılmasının, Anayasa’da güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırılık oluşturduğı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu “bentlerden yalnızca birindeki” ibaresi Anayasa’nın 17. ve 56. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.” gerekçesiyle 5947 sayılı Yasanın 7. maddesi ile değiştirilen 1219 sayılı Yasanın 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 bu iptal kararı sonucunda, 5947 sayılı Yasanın 7. maddesi ile değiştirilen 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 sağık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilir.

- a) Kamu kurum ve kuruluşları,
- b) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağık 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 sağık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan vakıf üniversiteleri serbest meslek icrası,

Tabipler, diş 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.” şeklini almıştır.

Anayasanın 152. ve 153. maddelerinde belirtildiğı ve birçok yargı kararında da vurgulandığı üzere, mahkemeler bir yasa kuralının Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi halinde yüksek mahkemenin kararına ve hükme esas olan gerekçesine uygun karar vermek zorundadırlar.

Bundan hareketle, Anayasa Mahkemesinin 5947 sayılı Yasanın 7. maddesi ile değıştirilen 1219 sayılı Yasanın 12. maddesinin ikinci fıkrasındaki "...bentlerden yalnızca birindeki..." ibaresinin iptaline dair yukarıda yer verilen kararı ve kararın gerekçesi çerçevesinde dava konusu uyumsuzluk incelendiğinde řu sonuçlara ulaşılmaktadır.

1- Anayasa Mahkemesi, Danıştay Beşinci Dairesince yapılan belirlemenin aksine 1219 sayılı Yasanın kamuda çalışan hekimlerin mesleklerini serbest olarak yürütmelerine dair bir izin içermediğini, kamuda çalışan hekimlerin mesleklerini serbest olarak yürütmelerine olanak tanıyan düzenlemenin 2368 sayılı Yasanın 4. maddesinde yer aldığını, ancak bu Yasanın da 5947 sayılı Yasanın 19. maddesinin (a) bendi ile yürürlükten kaldırıldığını ifade etmiştir. (Bu maddenin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmamıştır.)

Anayasa Mahkemesi bu değerlendirmesi ile yürürlükte olan 1219 sayılı Yasanın kamuda görevli hekimlerin serbest çalışmasına izin vermediğini ve 2368 sayılı Yasanın yürürlükten kaldırılması sonucunda ise serbest çalışmaya izin veren düzenlemenin artık bulunmadığını ortaya koymuştur.

2- Anayasa Mahkemesi, 5947 sayılı Yasanın 7. maddesi ile 1219 sayılı Yasanın 12. maddesinin 2. ve 3. fıkrasının değıştirildiğini, yapılan bu değişlikle hekimlerin çalışma koşullarının yeniden düzenlendiğini, bu düzenleme ile kısmi zamanlı çalışmanın kaldırıldığını, kamuda çalışan hekimlere tam gün çalışma koşulu getirildiğini ve mesleğini serbest olarak icra etmek isteyen hekimlerin kamu ile bağlarının kesildiğini belirtmektedir.

3- Anılan kararda, Anayasa'nın 56. maddesinin 3. fıkrasının devlete yüklediğı görevin gereğı olarak, hasta hekim ilişkisini düzenlemek, hekimlerin hastalarını gereğı gibi takip edebilmeleri ve geri ödeme kuruluşlarınca kullanılan kaynakların yerinde harcanabilmesi için gerekli gördüğü önlemleri almak amacıyla, hekimlerin çalışma koşullarını bazı kayıtlara tabi tutabileceğı 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 olduğı, kişilerin ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşp bu hizmetlerden yararlanabilmesinin Devlet için bir görev ve kişiler içinde bir hak olduğı ve bu amacın gerçekleştirilmesinde bu haktan yararlanmayı zorlaştıracı ya da zayıflatıcı düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı düşeceğı ifade edilmek suretiyle, 1219 sayılı Yasanın değıştirilen 12. maddesi ile getirilen düzenleme ile hekimlerin çalışma sistemine getirilen sınırlandırmayı meşru görmekle beraber bu sınırlandırmanın sınırı belirtilmiş ve yapılacak sınırlandırmanın kişilerin sağlık hizmetlerine ulaşp bu hizmetlerden yararlanabilmesini güçleştirecek nitelikte olmaması gerektiğini vurgulamıştır.

5- Anayasa Mahkemesi, 5947 sayılı Yasanın 7. maddesi ile değıştirilen 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 kılabileceği, bu nedenle bazı dallarda sayıca az olan uzman hekimler yönünden istisnaya yer verilmemesinin Anayasaya aykırı görüldüğünü açıkca 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 ulaşım 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 zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı nitelikte bulmuştur.

6- Anayasa Mahkemesi kararında, kamuda görev yapan hekimlerin aynı zamanda serbest çalışmasının engellenmesinin Anayasaya aykırı olduğuna dair bir belirleme veya gerekçe bulunmamaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere Yüksek Mahkeme konuyu kamu görevlisi hekimlere serbest çalışma yasağı getirilmesinin Anayasaya aykırılığı çerçevesinde değerlendirmemiştir. İptal kararı bu gerekçeye dayanmamaktadır.

Öte yandan, 1219 sayılı Yasanın 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 açıkca gönderme yapmakta ve Anayasa Mahkemesince iptal edilen ibarenin anlamını aynen devam ettirmektedir.

Anayasa Mahkemesinin kararında anılan 12. maddenin "Anlam ve Kapsamı" kısmında maddenin üçüncü fıkrası ile ilgili olarak, "...söz konusu üçüncü fıkrada hekimlerin, ikinci fıkrada 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 fıkrada yer alan "...bentlerden yalnızca birindeki..." ibaresi iptal edilmiş olmasına karşın, üçüncü fıkrada 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.

Diğer taraftan, itiraz edilen kararda belirtildiği üzere kamuda görev yapan hekimlerin özel muayenehane açmasının 657 sayılı Yasanın 28. maddesinde yer alan ticaret ve kazanç getirici diğer faaliyetler kapsamında değerlendirilmesi ise olanaklı değildir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi kararında da, hekimin statüsünün en temel insan hakkı olan yaşam hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, bu yönden değerlendirme yapıldığında da hekimlerin diğer kamu görevlilerden farklılığının bulunduğu belirtilmiştir.

Kamuda görev yapan hekimlerin serbest meslek faaliyetinin 657 sayılı Yasanın 28. maddesinde yer alan ticaret ve kazanç getirici faaliyetler kapsamında olduğu yasa koyucu tarafından kabul edilmiş olsaydı, kamu görevlisi hekimlerin serbest çalışmasını yasaklayan veya izin veren düzenlemelere gereksinim duyulmayacağı 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 fıkrada 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 fıkrada 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 olmadığının ve bu uygulamanın 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren başlayacağını duyurulmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin itirazının KABULÜNE, Danıştay Beşinci Dairesi adına Danıştay Nöbetçi Dairesince verilen 17.8.2010 günlü, E:2010/4406 sayılı yürütmenin durdurulması kararın kaldırılmasına, olayda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda 27/2. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği anlaşıldığından yürütmenin durdurulması isteminin reddine, 13.1.2011 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- 5947 sayılı "Üniversite Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un bazı maddelerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulmuş, Anayasa Mahkemesi bu iptal başvurusunu 16.7.2010 tarihinde görüşerek aynı gün kararın sonuçları ile ilgili kamuoyuna açıklama yapmıştır. Yapılan açıklamada 5947 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile değiştirilen 2547 sayılı Kanunun 36. maddesinin öğretim elemanlarına tam gün çalışma sistemi getiren 1. fıkrasının Anayasa aykırı olmadığı ve iptali isteminin reddedildiği, buna karşın anılan 36. maddenin üniversitelerde öğretim elemanlarına ücretli veya ücretsiz serbest çalışmayı yasaklayan 3. fıkrasının ise Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edildiği, ayrıca 5947 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değiştirilen 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve iptali istenen "aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki" ibaresinden, "bentlerden yalnızca birindeki", ibaresinin Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edildiği, kamuoyuna açıklanmıştır. Bu açıklamanın yapıldığı gün Sağlık Bakanlığı, henüz Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesi belli olmadan dava konusu işlemi tesis ederek, anılan iptal kararının sadece üniversite öğretim üyeleriyle sınırlı olarak serbest çalışma hakkı tanıdığını kabul etmek suretiyle, Anayasa Mahkemesi kararına göre, üniversite üyeleri dışında kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açmalarının ve özel sağlık kuruluşlarında çalışmasının mümkün olmadığını ve bu uygulamaya 30.7.2010 tarihinden itibaren başlanacağını kamuoyuna duyurmuştur.

22.7.2010 günlü, 27649 sayılı Resmi Gazete'de Anayasa Mahkemesinin yürürlüğün durdurulması ile ilgili kararı yayımlanmış ve bu kararda 5947 sayılı Kanunun 7. maddesiyle 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresi iptal edildiğinden, bu

ibarenin uygulamasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için gerekçeli kararın Resmi Gazete'de yayımlandığına güne kadar anılan ibarenin yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararı ise itiraz edilen kararın verilmesinden sonra 4.12.2010 günlü, 27775 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

5947 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasıyla getirilen düzenleme ile hekimlerin 12. maddenin, ikinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerine dahil sağlık kurum ve kuruluşlarından yalnızca bir bent kapsamında olanlarda çalışabileceği öngörülmüştür.

Dolayısıyla; kamuda görev yapan bir doktorun 12. maddenin ikinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerine dahil birimlerde çalışabilmesi yasaklanmıştır.

Öte yandan, anılan 12. maddenin değiştirilen üçüncü fıkrasında hekimlerin ikinci fıkrada yer alan her bir bent kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilecekleri belirtilmek suretiyle, aynı bent içinde birden fazla sağlık kuruluşunda çalışmanın serbest olduğu, farklı bentlerde yer alan birden fazla sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışmanın yasaklandığı belirtilmiştir.

Dolayısıyla, kamu görevlisi olan doktorlara serbest çalışma yasağı getiren düzenlemenin 1219 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan ve Anayasa Mahkemesince iptal edilen ibare olduğu açıktır.

5947 sayılı Kanunun TBMM'ne sevk edilen Kanun Tasarısının madde gerekçelerine bakıldığında söz konusu 7. maddenin gerekçesinin; *"1219 sayılı Yasanın 12. maddesinin ikinci fıkrası hekimlerin özel hastane veya diploması olması halinde eczane açabilmesini düzenlemektedir. Anılan Kanundan sonra yapılan düzenlemelerle uygulama kabiliyeti bulunmayan ikinci fıkra ile üçüncü fıkra yeniden düzenlenmiştir.*

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 oluşturmaktadır. 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 kısmi 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. İstisnayı önlemek için aynı konumda olan sağlık kurum ve kuruluşlarında olmak şartıyla birden fazla yerde çalışmaya ilişkin ayrıntılı düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Bu görev ve yetki Sağlık Bakanlığına verilmektedir." şeklinde ifade edildiği görülmektedir. Belirtilen gerekçeden de anlaşılacağı üzere, 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin değiştirilen 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." ibaresinin kamuda çalışan hekimlerin serbest çalışmasına yasak getiren bir düzenleme olmadığı, ikinci fıkradaki düzenlemeye bağlı olarak getirilen ve birden fazla bent kapsamında yer alan sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışması yasaklanan hekimlerin aynı bent kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kuruluşlarında çalışabileceğine ilişkin bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır.

Dolayısıyla, 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 hekimin 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.

Yukarıda açıklandığı üzere farklı bir amaçla getirilen üçüncü fıkrada yer alan hükmün ise Anayasa Mahkemesinin ikinci fıkra ile ilgili iptal hükmüne rağmen, iptal edilen ibare ile aynı işlevi göreceğinin kabulü hukuken olanaklı değildir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 22.7.2010 günlü, 27649 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan yürürlüğün durdurulması kararı ile, 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 görüşü doğrulamaktadır.

1219 sayılı Yasanın 12. maddesinin değiştirilen üçüncü fıkrasında yer alan hükmün iptal edilen ikinci fıkrada yer alan ibare ile aynı işlevi göreceği iddiası Anayasa Mahkemesince kabul edilmiş olsaydı, Yüksek Mahkemenin telafisi güç veya olanaksız zararların doğmaması için iptal edilen ikinci fıkradaki ibare yönünden yürürlüğün durdurulmasına karar vermeyeceği açıktır.

Bu nedenle, anılan üçüncü fıkra hükmüne getiriliş amacının dışında bir anlam yüklenerek Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına rağmen anılan hükmün kamuda çalışan hekimlerin serbest çalışmasına yasak getirdiğini ileri sürebilmek hukuken olanaklı değildir.

Anayasa Mahkemesi kararında, 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinde düzenlemenin kamuda çalışan hekimlerin mesleklerini serbest olarak icra edebilmesine dair bir izin içermediği, kamuda görev yapan hekimlerin mesleklerini serbest olarak icra edebilmesine olanak tanıyan düzenlemenin 2368 sayılı Kanunun 4. maddesinde yer aldığı belirtilmiş olmasına karşın, yine aynı kararda 5947 sayılı Kanunun 7. maddesinin 1219 sayılı kanunun 12. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında değişiklik yapan ve hekimlerin çalışma koşullarını yeniden belirleyen bir kural olduğu, bu kural ile getirilen en önemli değişikliğin ise kısmi zamanlı çalışmanın kaldırılması ve kamuda çalışan hekimlere tam gün çalışma koşulu getirerek, mesleğini serbest olarak icra etmek isteyen hekimlerin kamu ile bağlarının kesilmesi olduğu da belirtilmiştir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi 2368 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılmasından sonra kamuda görev yapan hekimlerin çalışma koşulları ile ilgili hususların 1219 sayılı Yasa ile düzenlendiğini ve bu Yasa'nın 12. maddesinin ikinci fıkrası ile hekimlerin serbest çalışmasına sınırlama getirildiğini kabul etmektedir.

Bu durumda, yukarıda da belirtildiği gibi, kamuda görev yapan hekimlerin mesai saatleri dışında 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin (b) ve (c) bentleri kapsamındaki yerlerde çalışmalarının tümüyle yasaklanması değil, kısmi zamanlı çalışmanın kaldırılması, başka bir ifade ile kamuda görevli hekimlerin serbest çalışmasına bu yönden bir sınırlama getirilmesi söz konusudur.

Bu bağlamda konu değerlendirildiğinde ve Anayasa Mahkemesince ikinci fıkrada yer alan ibare ile ilgili olarak; söz konusu ibarede tabielerin, dış tabielerinin ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların maddenin ikinci fıkrasında yer verilen bentlerden yalnızca 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 sürdürme ilkelerine aykırılık oluşturduğu sonucuna varıldığı gerekçesiyle 12. maddenin ikinci fıkrasında yer alan "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresinin Anayasanın 17. ve 56. maddelerine aykırı bularak iptal edildiği göz önünde bulundurulduğunda, kamu görevlisi olan hekimlerin serbest çalışmasına ilişkin 5947 sayılı Yasa ile getirilen yasağın anılan iptal kararından sonra da devam ettiğini söylemek mümkün görülmemektedir.

Bu nedenle; davalı idarenin itirazının yukarıda belirtmiş olduğumuz gerekçe eklenmek suretiyle reddi gerektiği oyuyla, karara karşıyız.