

"...

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

28.1.2005 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

'III. GEREKÇE

1) 24.11.2004 Tarih ve 5258 Sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3 üncü Maddesinin İkinci Fıkrasının Son Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5258 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında, sözleşmeli olarak çalışan aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının kurumlarında aylıksız veya ücretsiz izinli sayılacakları ve bunların kadroları ile ilişkilerinin devam edeceği hükme bağlanmıştır. Bu fıkradaki 'kurumlarından aylıksız veya ücretsiz izinli sayılırlar' ve 'kadroları ile ilişkileri devam eder' ifadeleri, bunların kadrolu sözleşmeli personel olduğunu göstermektedir. Çünkü yapılan düzenlemeye göre, bu personel, talepleri halinde eski görevlerine atanırlar ve sözleşmeli statüde geçen süreleri kazanılmış hak derece ve kademelerinde veya kıdemlerinde değerlendirilir. Sözleşmeli personel statüsünde çalışmakta iken aile hekimi ve aile sağlığı elemanı statüsüne geçenlerden önceki sözleşmeli personel statüsüne dönmek isteyenler, eski kurumlarındaki boş pozisyonlara öncelikle atanırlar ve bu madde kapsamındaki çalışmaları hizmet sürelerinde dikkate alınır.

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3 üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki bu düzenleme, sözleşmeli olarak çalıştırılacak aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının Anayasada tanımı yapılan memur ve diğer kamu görevlisi tanımına uygun kamu görevlileri olduğunu göstermektedir.

Ancak, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'da aile hekimi ve aile sağlığı elemanı olarak sözleşmeli personel statüsünde çalıştırılacak olanlar bunlardan ibaret değildir. Bu Kanun'un 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasının iptali istenen son cümlesinde, 'İhtiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları; Sağlık Bakanlığının önerisi, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabilir.' denilmiştir. Bu durumda, 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasının iptali istenen son cümlesi ile yapılan düzenleme ile, Devletin asli ve sürekli görevlerinden olduğu kuşkusuz olan aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının verdikleri hizmetlerin memur veya diğer kamu görevlisi olmayanlar tarafından da verilmesine olanak sağlanmış olmaktadır. Çünkü sözleşmeli olarak çalıştırılan aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının kendi kurumlarından aylıksız veya ücretsiz izinli sayılacakları ve bunların kadroları ile ilişkileri devam edeceği belirtilirken, kamu görevlisi olmayan aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının sözleşmeli çalıştırılmalarına ilişkin düzenlemede, bunların devlet memuru veya diğer kamu görevlisi olduklarını gösterecek hiçbir ibare ya da ifadeye yer verilmemiştir.

Bunların sözleşmeli olarak istihdam edilmeleri nedeniyle kadro, atama, terfi vb. gibi Devlet memuru veya diğer kamu görevlilerinin hak ve yükümlülükleri ile ilgili hiçbir düzenlemenin yapılmamış olması, bu şekilde sözleşmeli olarak istihdam edilenlerin Devlet memuru veya diğer kamu görevlisi olmadığını göstermektedir.

Genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde kadro esastır. 657 sayılı Yasa'ya göre memur; mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilendir.

Anayasa Mahkemesi'nin 2.2.1993 tarih ve E.1992/38, K.1993/5 sayılı kararının 'Karşıoy Yazısı'nda; 'diğer kamu görevlileri' için de, tıpkı memurlarda olduğu gibi atama işlemine gerek bulunduğunu, 'atama' nın hukuki açıdan 'şart işlem', yani atama işleminde memurun veya diğer kamu görevlilerinin rolünün, idareyle aralarındaki ilişkileri belirlenmiş bir statüye intisap etmekten ibaret olduğu, sözleşmeli istihdamında ise 'akdi' bir durumun söz konusu olduğunu ve atamadan tamamen ayrıldığı, sözleşmeli istihdamında kuralın, sözleşmelerin tarafları arasında özgür ve karşılıklı irade uyumunun bulunduğu açıklanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararındaki 'Karşıoy Yazısı'nda aynen şöyle denilmiştir:

"sözleşmeli personel, memur olmadığı gibi, asli ve sürekli görevleri yürüten 'diğer kamu görevlileri' de sayılmazlar. Anayasa Mahkemesinin bir kararında bu konu üzerinde durulmuş ve şöyle denilmiştir: Sözleşmeli personelin diğer kamu görevlileri' kapsamında sayılabileceğine ilişkin bir yorumu, Anayasanın 128 inci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen ve memurlara olduğu kadar, diğer kamu görevlileri için de uygulanması zorunlu atama koşuluyla bağdaştırma olanağı yoktur. Çünkü atama, gerek öğretide, gerek yargısal içtihatlarda birbiriyle uyumlu ve tutarlı biçimde bir şart işlem olarak nitelendirilmektedir. Şart işlemlerinin temel karakteristiğini, objektif hukuktan gelen bir güç ve yetkinin kullanılması oluşturmaktadır. İşin konusunu, objektif hukuk düzenlediği için tarafların iradesinin belirleme yetkisi yoktur. Atama işleminde memur ya da diğer kamu görevlilerinin rolü, karşılıklı hak ve yükümlülüklerin, yetki ve sorumlulukların kural işlemlerle önceden saptandığı, varolan ve doğmuş bir statüye intisap etmekten ibarettir. Örneğin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre memur olmak isteyen birey ya da bireyler, bu Yasa'daki memurluğa giriş koşullarının ya da öteki kurallarının dışında, kendileri için farklı uygulamalar yapılmasını ileri süremezler.

Sözleşmeli personel istihdamında ise akdi bir durum söz konusudur ve atamadan tamamen başkadır. Genelde sözleşmenin tarafları arasında özgür ve karşılıklı irade uyumu esastır. Sözleşme bireyin hak ve yetkilerini çalışacağı kurumla olan ilişkilerini gösterecek ve yönetecek bir takım hükümleri de içerir. Böylece taraflar için yeni hukuksal durumlar yaratır.

Şu halde, kamu iktisadi teşebbüslerinde çalıştırılan ve KHK.'de bir 'hizmet sözleşmesi' ne tabi olduğu belirlenen sözleşmeli personelin, Anayasanın 128 inci maddesinde yer alan ve atamaya tabi 'diğer kamu görevlileri' kapsamına dahil edilmelerine Anayasal olanak yoktur.' (R.G. 2.2.1993, s.29).

Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının yürüttüğü hizmetler, Devletin genel idare esaslarına göre yürüttüğü asli ve sürekli görevlerdendir. Anayasanın 125 inci maddesinin dördüncü fıkrasında geçen yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini öngören hükmündeki 'esasları' sözcüğü ile 128 inci maddesindeki 'genel idare esasları', kamu yönetimlerinin görevlerinin dayanaklarıdır. Devletin, Anayasanın 5 inci maddesiyle belirlenen temel amaç ve görevleriyle sonraki maddelerde gösterilen yükümlülüklerini yerine getirirken bu esaslara göre yürüttüğü kamu hizmetleriyle iktisadi devlet teşekküllerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin bu tür hizmetleri yapı ve ad değişikliklerinde de sürdürecekleri doğaldır. İdare; Anayasanın 123 üncü maddesine göre, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden ve yerinden yönetim esaslarına göre düzenlenir. İster merkezden yönetim esası, ister yerinden yönetim esası

uygulansın hepsi, genelde, idare çatısı altında toplanır, idarenin bütünlüğünü oluşturur; kamu hizmeti görürler.

Sağlık Bakanlığı, devlete verilen asli ve sürekli görevleri genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlüdür. 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesine göre, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, mevzuat ve sözleşme hükümlerine uygunluk ile diğer konularda Bakanlık, ilgili mülkî idare ve sağlık idaresinin denetimine tâbidir. Bu Bakanlığın yönetim ve denetiminde bulunan aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının yürüttüğü hizmetlerin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü hizmetlerinden olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Devletin asli ve sürekli görevlerinden olduğu şüphe götürmeyen aile hekimliği ve aile sağlığı hizmetinin memur veya diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi Anayasal zorunluluktur. Bu zorunluluğa karşın, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasının iptali istenen son cümlesi ile; kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanlarının sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere devlet memuru veya diğer kamu görevlisi statüsüne sahip olmadan çalıştırılabilmesi mümkün hale getirilmiştir. Böylece, aile hekimlerinin ve aile sağlığı elemanlarının bir kısmı, aile hekimliğine ilişkin hizmetleri Devletin asli ve sürekli görevleri olarak, yani bu hizmetleri memur veya diğer kamu görevlisi sıfatıyla yerine getirirken, aile hekimi ve aile sağlığı elemanı olarak görevlendirilen diğer bir kısım görevli, bu hizmeti memur veya diğer kamu görevlisi sıfatı olmadan yerine getirecektir.

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi, Devletin asli ve sürekli görevlerinden olduğu kuşkusuz olan aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının verdikleri hizmetlerin memur veya diğer kamu görevlisi olmayanlar tarafından da verilmesine olanak sağladığı için Anayasanın 128 inci maddesine aykırıdır.

Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasanın bulunduğu bilinci olan devlettir.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın hukuk devleti ilkesi ve Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerini ifade eden Anayasanın 11 inci maddesi ile bağdaşması da beklenemez.

Açıklanan nedenlerle, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi, Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 128 inci maddelerine aykırı olup iptali gerekir.

2) 24.11.2004 Tarih ve 5258 Sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3 üncü Maddesinin Son Fıkrasındaki 'hasta sevk oranlarının yüksek olması' İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

24.11.2004 tarih ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 5 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde kişi hangi sosyal güvenlik kuruluşuna tâbi olursa olsun, sağlık kurum ve kuruluşlarına müracaat edilebilmesi için, acil haller ve mücbir sebepler dışında, aile hekiminin sevki zorunludur. O halde hastalanan kişi önce aile hekimine başvuracak, aile hekimi gerek görürse hastayı hastaneye sevk edecektir. 5258 sayılı Kanun'un iptali istenen ibarenin de yer aldığı 3 üncü maddesinin son fıkrasında da, Sağlık Bakanlığınca belirlenen standartlara göre, koruyucu hekimlik hizmetlerinin eksik uygulaması veya hasta sevk oranlarının yüksek olması halinde aile hekimine yapılacak ödeme tutarından brüt ücretin % 20'sine kadar indirim yapılması öngörülmüştür.

Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden çıkan sonuç şudur: Aile hekiminin hasta sevk oranının, Sağlık Bakanlığınca belirlenen oranın üzerinde olması halinde, aile hekimine 3 üncü madde uyarınca yapılacak ödeme tutarından brüt ücretin % 20'sine kadar indirim yapılacaktır. Bu durumda aile hekimi hasta sevki yaparken uygulayacağı koruyucu hekimlik hizmetleri yanında Sağlık Bakanlığınca belirlenen hasta sevk oranlarını gözeterek ve kendisinin hasta sevk oranının söz konusu oranı aştığını gördüğü takdirde, sağlık kurum ve kuruluşlarına sevki zorunlu olan bir hastayı da ücretinden indirim yapılmaması için, sevkten kaçınabilecektir. Aile hekiminin sevkini alamadan acil ve mücbir sebepler dışında sağlık kurum ve kuruluşlarına başvurma zorunda bırakılan hastalar da, 5258 sayılı Kanun'un 5 inci maddesi hükmüne göre katkı payı ödemekle yükümlü tutulacaklardır.

Bilindiği gibi can ve mal güvenliği, din ve vicdan özgürlüğü, düşünce ve ifade özgürlüğü ve siyasi haklar gibi geleneksel hak ve özgürlükler birinci kuşak, çalışma hakkı, adil ve eşit ücret, insan haysiyetine yaraşır bir yaşam düzeyine kavuşma hakkı ve sağlık hakkı gibi bir takım ekonomik ve sosyal haklar da ikinci kuşak temel insan hakları olarak adlandırılmaktadır. Teknolojik gelişmeye paralel olarak temiz bir çevrede yaşama hakkı, bilgisayar verilerine karşı özel hayatın korunmasını isteme hakkı, sanat ve bilim özgürlüğü, tüketici hakkı, tıbbi ve biyolojik gelişmelere karşı korunma hakkı gibi haklar da üçüncü kuşak haklardır ve bu haklara ilişkin kavramlar sürekli gelişme göstermektedir.

Sağlık hakkı vatandaşlara sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkını tanıdığı gibi, devlete de vatandaşların bu haktan yararlanmasını sağlamak için gerekli hizmetleri sunmak görevini verir. Sağlık hakkı, Anayasanın 56 ncı maddesinde, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde ikinci kuşak bir hak olarak düzenlenmiştir.

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3 üncü maddesinin son fıkrasındaki iptali istenen ibare; aile hekiminin sevki zorunlu olan bir hastayı sağlık kurum ve kuruluşlarına sevkini engelleyip zorlaştıracı bir nitelik taşıdığından sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkını da Anayasanın 13 üncü maddesindeki ölçülülük ilkesine aykırı olarak ve özünü zedeler nitelikte sınırlandırmıştır. Böyle bir düzenlemenin Anayasanın 56 ncı maddesine de aykırı düşeceği açıktır.

Öte yandan, 1982 Anayasasının 2 nci maddesinde 'sosyal bir hukuk devleti' olma, Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında sayılmıştır. Başlangıç bölümünde Türk vatandaşının, onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu vurgulanmış, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirme ve koruma hakkına sahip olduğu 17 nci maddede yinelenmiştir. Bireyler açısından getirilen bu hak, 5 inci madde ile devlete görev olarak verilmiştir. Bu maddeye göre; kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti

ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amacı ve görevidir. Anayasa Mahkemesinin 12.11.1991 tarih ve E.1991/7, K.1991/143 sayılı Kararında 'Anayasanın 2 nci maddesinde aynı zamanda 'sosyal devlet' ilkesinden de söz edilmektedir. Bu ilke, kişinin doğuştan sahip olduğu onurlu bir yaşam sürdürme, maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisini kullanmasını sağlar. Sosyal devletin görevi, güçsüzleri koruyarak sosyal adaleti, sosyal refahı ve sosyal güvenliği sağlamaktır.' denilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararından da anlaşılacağı üzere, Anayasanın 5 inci ve 17 nci maddelerinde yer alan kuralların dayandığı temel ilke, kişilerin devletçe her türlü zarardan korunmaları gereği ve bu gereğin devlete ait bir görev olma olgusudur. 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3 üncü maddesinin son fıkrasındaki iptali istenen ibare; aile hekiminin sevki zorunlu olan bir hastayı sağlık kurum ve kuruluşlarınasevkini engelleyip zorlaştıracı bir nitelik taşıdığından devletin kişileri her türlü tehlikelerden koruma görevini tam olarak yerine getirmesini de engelleyeceğinden Anayasanın 2 nci, 5 inci ve 17 nci maddelerine aykırı olan bir düzenlemedir.

Söz konusu düzenleme idarenin kanuniliği ilkesine de aykırı düşmektedir; çünkü hasta sevk oranının ne zaman 'yüksek' tanımının kapsamına gireceğine ilişkin nesnel bir belirleme yapılmamıştır; bir başka deyişle bu husus idarenin takdirine bırakılmış ve keyfi uygulamalara zemin hazırlanmıştır. Bu konuda yürütmenin- idarenin yapacağı düzenlemelerin ise, asli düzenleme niteliği taşıyacağı kuşkusuzdur. Halbuki Anayasanın 8 inci maddesinden, Anayasa'da gösterilen ayırık haller dışında yürütmenin ' idarenin, asli düzenleme yetkisi olmadığı; bu yetkinin Anayasanın 8 inci maddesinde yasamaya verildiği ve devredilemeyeceği açıkça anlaşılmaktadır.

İptali istenen ibare ise, sevk oranlarının ne zaman yüksek sayılacağı hususunda nesnel bir belirleme yapmayarak bunu yürütmenin - idarenin takdirine bırakmak suretiyle, yürütmeye - idareye asli düzenleme yetkisi vermiş ve böylece Anayasanın 8 ve 7 nci maddelerine aykırı bir yetki devrine neden olmuştur.

Söz konusu ibare keyfi uygulamalara yol açacak bir belirsizlik yaparak Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine de aykırı düşmüştür.

Ayrıca Türkiye tarafından onaylanan Avrupa Sosyal Şartı'nda 'Bölüm I ' başlığı altında 'Akit Taraflar, ulusal ve uluslararası tüm uygun yolları izleyerek aşağıdaki hak ve ilkelerin etkin biçimde gerçekleşebileceği koşullara ulaşmayı politikalarının amacı sayar' denildikten sonra şu hükme yer verilmiştir:

'11. Herkes ulaşılabilir en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılan her türlü önlemlerden faydalanma hakkına sahiptir.'

İptali istenen ibare ile yapılan düzenleme, sağlık kurum ve kuruluşlarına sevki zorlaştıran bir düzenleme olduğundan Avrupa Sosyal Şartı'nın açıklanan bu hükmüne ve dolayısı ile Anayasanın 90 inci maddesine de aykırı düşmektedir.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerinde ifade edilen hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 3.6.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., s.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 24.11.2004 tarih ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin son fıkrasındaki 'hasta sevk oranlarının yüksek olması' ibaresi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 13 üncü, 56 ncı ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

3) 24.11.2004 Tarih ve 5258 Sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 5 inci Maddesinin İkinci Fıkrasındaki 'Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenir.' Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 5 inci maddesinin ikinci fıkrasında; aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde acil haller ve mücbir sebepler dışında, kişi hangi sosyal güvenlik kuruluşuna tâbi olursa olsun, aile hekiminin sevk olmaksızın sağlık kurum ve kuruluşlarına müracaat edenlerden katkı payı alınması öngörülmüş ve bu fıkradaki iptali istenilen ibare ile de, alınacak katkı payı tutarının Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenmesi hükme bağlanmıştır.

Anayasanın 73 üncü maddesinin üçüncü fıkrası 'Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.' hükmünü amirdir.

Anayasa Mahkemesinin 1.4.2004 tarih ve E.2003/9, K.2004/47 sayılı kararında aynen şöyle denilmiştir:

'Anayasanın 73 üncü maddesinde yer alan, herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğu, vergi, resim harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı yolundaki düzenlemelerde, Anayasa koyucu, her çeşit mali yükümün kanunla konulmasını buyururken, keyfi ve takdir uygulamaları önlemeyi amaçlamıştır. Kanun koyucunun yalnız konusunu belli ederek bir mali yükümün ilgililere yükletilmesine olur vermesi, bunun kanunla konulmuş sayılması için yeterli olamaz. Mali yükümlerinin matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları, zamanaşımı, yukarı ve aşağı sınırlar gibi çeşitli yönleri vardır. Bir mali yükümün bu yönleri dolayısıyla yasayla yeterince çerçevelenmemişse, kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını, hatta temel haklarını etkileyecek keyfi uygulamalara yol açabilmesi mümkündür.

Vergi, resim, harç benzeri mali yükümlülük ise; kişilerden yapılan kamu hizmetleri karşılığında ya da bir hizmet karşılığı olmaksızın kamu gücüne dayanılarak alınan paralardır. Benzeri mali yükümlülük kimi zaman vergi, harç ve resim'in özelliğini ayrı ayrı yansıtırken kimi zaman da verginin harç ve resim'in ortak öğelerini taşıyabilir.

Vergi, resim, harç ve benzeri 'mali yükümlülük'lerin ortak özellikleri, yasayla konulmaları ve kamu gücüne dayanılarak gerektiğinde zorla alınmalarıdır.

Vergiler dışındaki mali yükümlülüklerde kısmen de olsa karşılık ve yararlanma ilkesi geçerli olur. Çünkü bu yükümlülüklerle konu olan hizmetlerden kişilerin yararlandırılması, bu bağlamda mali bir karşılığa dayandırılabilmesi olanağı vardır.' (R.G. 5.11.2004, s.25634).

Sağlık kurum ve kuruluşlarınca verilecek hizmet karşılığında ve kamu gücüne dayalı olarak, tek taraflı bir iradeyle ve gereğinde zorla alınması söz konusu olan katkı payı, belirtilen bu özellikleriyle 'benzeri mali yükümlülük' kavramı içinde değerlendirilebilecek bir kamu geliri niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında

Kanun'un 5 inci maddesi ile kanun koyucunun yalnız konusunu belli ederek 'katkı payı'nın ilgililere yükletilmesine olur vermesi, bunun kanunla konulmuş sayılması için yeterli olamaz. Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan kararında da belirtildiği üzere, katkı payının matrah ve oranının, tarh ve tahakkuk ve tahsil usullerinin, yaptırımlarının, zamanaşımının, yukarı ve aşağı sınırlar gibi çeşitli yönlerinin de yasayla yeterince çerçevelenmesi gerekirken bunun yapılmaması ve katkı payının tutarının Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarının müştereken belirlenmesine bırakılması, Anayasanın 73 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına aykırıdır.

Diğer yandan yasada esasları belirlenmeden bir hususta düzenleme yapma yetkisinin yürütmeye 'idareye verilmesi, yürütmenin ' idarenin kanuniliği ilkesine de aykırı düşer. Çünkü böylesi bir düzenleme yetkisi, asli bir düzenleme yetkisidir. Halbuki Anayasanın 8 inci maddesine göre yürütmenin Anayasada gösterilen ayrık haller dışında asli düzenleme yetkisi yoktur. Bu yetki Anayasanın 7 nci maddesinde belirtildiği gibi yasamanındır ve devredilemez.

İptali istenen cümlede yapılan düzenleme, yürütmeye asli bir düzenleme yetkisi verdiği için Anayasanın 7 ve 8 inci maddelerine de aykırı düşmektedir.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesiyle uyum halinde olması da düşünülemez. Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti, onun kendiliğinden Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesini ifade eden 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 3.6.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 24.11.2004 tarih ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 5 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki 'Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenir.' ibaresi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 8 inci, 11 inci ve 73 üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

4) 24.11.2004 Tarih ve 5258 Sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 8 inci Maddesinin İkinci Fıkrasındaki 've bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler,' İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

Anayasanın 128 inci maddesinde 'Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.' denilmiştir.

Bu Anayasal zorunluluk nedeniyle, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olunan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin ifası için iki şartın bir arada yerine getirilmesi gerekir. Bu şartlardan birincisi, devletin asli ve sürekli görevlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesidir. Diğer şart ise, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi zorunluluğudur.

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 8 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki iptali istenen ibare ile yapılan düzenleme; memurların ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi kuralına aykırıdır.

Memurlar veya diğer kamu görevlilerinin sözleşme ile çalıştırılabilmesi için atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi şarttır.

Önemi ve değeri nedeniyle devletin başlıca görevleri içindeki hizmetler, genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerdir. Genel idare hizmetlerinin yapısal ve işlemsel özellikleri, onu öbür hizmetlerden ayırır. Genel idare hizmetlerinde görevli kimseler yasaların güvencesi altındadırlar. Bu gereği yerine getirmeyen, dışlayan düzenleme, kamu hizmetinin sürekliliğine ters düşer.

Sözleşme ile çalıştırılan memurların da yasa güvencesi altında görev yapması Anayasal zorunluluktur. Aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının sözleşmeli personel statüsünde 657 sayılı Kanunun ve diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın çalıştırılması için bunların memur veya diğer kamu görevlisi olması yetmez. Ayrıca bu görevlilerin aylıklarının, işe girme ve ayrılmalarının, hak ve yükümlülüklerinin kendi özel kanunlarında düzenlenmesi gerekir.

Bunların işe girme, aylık, sosyal güvenlik hakları ve terfi gibi konuları ana hatları ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun ile düzenlenmiş fakat yine kanunla düzenlenmesi gereken, bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler bu Kanun'un 8 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki iptali istenen ibare ile yönetmeliğe bırakılmıştır.

Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, kamu hizmeti görevlisi niteliğinde memur olduklarından bunların nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri ile aylık ve ödenekleri ile ilgili tüm kuralların; bütün devlet memurları için olduğu gibi, Anayasanın 128 inci maddesi uyarınca, kanunla düzenlenmesi gerekirken Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmeliğe bırakılmış olması Anayasanın bu hükmüne açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan yasada esasları gösterilmemiş olduğu için, bu hususlarda yönetmelikle yapılacak düzenleme, bir asli düzenleme niteliği taşıyacaktır. Bir hususun yönetmelikle düzenleneceğinin yasada belirtilmiş olması, bu konuda yasanın gerekli asli düzenlemeyi yapmış olduğu anlamına gelmez. Asli düzenlemenin yapılmış sayılabilmesi için en azından düzenlenecek alanla ilgili temel ilkelerin ve belirlemelerin yasada gösterilmiş olması gerekir.

İptali istenen ibare ile ilgili olarak yasada temel ilke ve belirlemelerin yapılmamış olduğu ise açıktır.

Yürütmenin, Anayasanın 8 inci maddesinde belirtildiği gibi, Anayasanın gösterdiği ayırık haller dışında asli düzenleme yetkisi yoktur. Bu yetki Anayasanın 7 nci maddesinde yasamaya verilmiştir ve devredilemez. Bu nedenle, iptali istenen ibare Anayasanın 7 ve 8 inci maddelerine aykırıdır.

Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasanın bulunduğu bilinci olan devlettir.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın hukuk devleti ilkesi ve Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerini ifade eden Anayasanın 11 inci maddesi ile bağdaşması da beklenemez.

Açıklanan nedenlerle, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 8 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki 'bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler,' ibaresi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 8 inci, 11 inci ve 128 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Devletin asli ve sürekli görevlerinden olduğu kuşkusuz olan aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının verdikleri hizmetlerin memur veya diğer kamu görevlisi olmayanlar tarafından da verilmesine olanak sağladığından, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin uygulanması halinde, sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlar doğabilecektir.

5258 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinin son fıkrasındaki iptali istenen ibare; aile hekiminin sevki zorunlu olan bir hastayı sağlık kurum ve kuruluşlarına sevkini engelleyip zorlaştırıcı bir nitelik taşıdığından temel insan haklarından olan sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkını özünü zedeleyecek şekilde sınırlandırmaktadır. Böyle bir sınırlandırma, Anayasaya açıkça aykırı olduğu gibi, ikinci kuşak temel insan hakkı olan 'sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı'nı sınırlandıran bir hükmün uygulanması halinde sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararların doğabileceği hususu da, başkaca bir kanıtı ihtiyaç göstermeyen açık bir durumdur.

Anayasa koyucu, her çeşit mali yükümün kanunla konulmasını buyururken, alınacak katkı payı tutarını belirleme yetkisini, Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarına bırakan 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 5 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki iptali istenen ibarenin yürütmenin ve idarenin kanuniliği ilkesine aykırı düştüğü; diğer yandan keyfi ve takdiri uygulamalara yol açabileceği açıktır. Bu nedenle, söz konusu hükmün uygulanması halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlar doğabilecektir.

Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, kamu hizmeti görevlisi niteliğinde memur olduklarından bunların nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri ile aylık ve ödenekleri ile ilgili tüm kuralların; bütün devlet memurları için olduğu gibi kanunla düzenlenmesi gerekirken Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmeliğe bırakan 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 8 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki iptali istenen ibarenin uygulanması halinde de, sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlar doğabilecektir.

Diğer taraftan, Anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağına duraksama bulunmamaktadır.

Arz ve izah olunan nedenlerle, söz konusu hükümler hakkında yürürlüklerinin durdurulması da istenerek iptal davası açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 24.11.2004 tarih ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un;

1) 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin, Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 3 üncü maddesinin son fıkrasındaki 'veya hasta sevk oranlarının yüksek olması' ibaresinin, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 13 üncü, 56 ncı ve 90 inci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 5 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki 'Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenir.' cümlesinin, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 8 inci, 11 inci ve 73 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

4) 8 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki 'bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler,' ibaresinin, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 8 inci, 11 inci ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan,

İptallerine ve uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."