

"...

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

A- İptal ve yürürlüğün durdurulması istemini içeren 7.9.2012 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

".

II. ANAYASAYA AYKIRILIK GEREKÇELERİ

1) 6354 Sayılı Kanun'un 1 inci Maddesi ile 24.04.1930 Tarihli ve 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 153 üncü Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6354 sayılı Kanun'un 1 inci maddesi ile 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 153 üncü maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere iki yeni fıkra eklenmiştir. "Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması halinde doğum sezaryen ameliyatı yaptırılabilir" şeklindeki 153 üncü maddenin ikinci fıkrasının iptali istenilmektedir.

a. Yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı bakımından Anayasaya aykırılık

İptali istenilen düzenlemenin Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporunda yer alan gerekçesinde "tıbbi endikasyon olmaksızın sadece anne ve hekim isteği ile sezaryen yapılmasının önlenmesi, doğumu yaptıran hekimlerin sorumluluğu amacıyla" yapıldığı belirtilmektedir.

Anne istemli sezaryende çeşitli kişisel nedenlerle anne adayı doğumun sezaryen ile sonlandırılmasını istemektedir. Özetle;

Vajinal yolla doğum korkusu sezaryen isteminin başında gelmektedir. Özellikle ilk doğumlarını yapacak olan kadınlarda yaşanan korkunun yanı sıra daha önceden komplikasyonlu doğum öyküsü bulunan kadınlardaki korku, sezaryenin seçilmesinde etken olmaktadır. Doğum korkusu olan kadınların oranının % 6 ila % 10 arasında olduğu belirtilmektedir.^[1]

Ekonomik ve kültürel gelişimin sonucu olarak evlenme ve çocuk sahibi olma yaşı ile bir ya da iki çocuk sahibi olma isteği giderek artan kadınlarda sezaryen istemi ağır basmaktadır.

Özellikle tüp bebek yöntemi ile gebe kalmış kadınlar olmak üzere çoğul gebeliğe sahip kadınlar da doğumu sezaryenle gerçekleştirmek istemektedirler.

Anne adayları yeterli aydınlatma yapılmasına rağmen, kendi özgür isteği ile sezaryeni tercih edebilmektedir.

Anne istemli sezaryen oranının ülkemiz için % 4 olduğu açıklanmışsa da bu oran kesin olarak ne olduğu bilinmemektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde New Jersey'de yapılan bir çalışmada anne istemli sezaryen oranının % 2.5 olduğu belirtilmiştir.

Sezaryen oranları tüm Dünya ülkelerinde artış göstermektedir. Türkiye'de sezaryen oranı Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırmasına (TNSA) göre 2003 % 21.2 iken 2008'de % 36.7 olduğu belirtilmektedir. 2011 yılı itibariyle Türkiye'de ortalama sezaryen oranının % 48 olduğu açıklanmıştır.

Bu oranın Çin'de % 46, ABD'de % 31.8, İtalya'da % 40, Norveç'te % 16.6 olduğu belirtilmektedir. 2009 itibariyle, OECD ülkelerinde ortalama sezaryen oranı % 26'dır.

Dünyada pek çok ülkede sezaryen oranlarındaki artışın nedenleri dikkate alınarak doğru doğum yöntemlerinin uygulanmasına yönelik çalışmalar sürdürülmektedir. İptali istenilen düzenleme dışında dünyada sezaryenin azaltılması için anne adaylarının seçim yapma haklarını ortadan kaldıran ya da hekimlere yönelik yaptırım tehdidini içeren bir düzenleme bilinmemektedir.

İngiltere'de Sağlık ve Klinik Uzmanlığı Ulusal Enstitüsü (NICE) tarafından 2011 yılı Kasım ayında yayımlanan NICE Klinik Yönergesi ile sağlık açısından bir gereklilik olmasa bile sezaryenle doğum yapmak isteyen hamile kadınlarda izlenecek yöntemle ilişkin bir kılavuz hazırlanmıştır.^[2] Bu kılavuza göre, doğum korkusu olan hamile kadınlara doğumdan önce psikolojik destek verileceği, gerekli destek verilip yeterli aydınlatma yapıldıktan sonra, hasta hala normal doğum istemiyorsa, sezaryenle doğumun gerçekleştirileceği belirtilmiştir.

Muula, yazdığı makalede "göğüs kanseri hastası olan bir kadın kemoterapi, radyoterapi veya ameliyat seçeneklerinden birini seçebilmektedir" demektedir. Buradan yola çıkarak, hastanın kendi bedeniyle ilgili bir karar olan sezaryen veya normal doğum seçeneklerine engel olmanın, kişinin sahip olduğu otonomiye aykırı düştüğünü belirtmektedir.^[3]

Dünya'da hekimlik meslek ilkeleri yönünden de durum tartışılmakta olup; "Genel kanı, hastanın otonomisine ve bir kadının kendi doğum şeklini seçme hakkına saygı duyulmasının etik bir davranış olduğu" yönündedir (Minkoff, H.; Chervenak, F., 2004)

İptali istenilen düzenleme de ise anne istemli sezaryenin, tıbbi bir endikasyon olmadığı savı benimsenmiş, hamile kadının istemediği, muvafakat vermeyeceği bir tıbbi müdahaleye maruz bırakılması kararlaştırılmıştır.

İnsan haklarına ilişkin pek çok uluslararası metinde yer alan insan onuru, kişilerin kendi vücut bütünlükleri, maddi ve manevi varlıkları ile ilgili karar verme hakkını içermektedir. Maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı hamile kadınların çocuklarını nasıl dünyaya getireceklerine ilişkin yöntemi seçme hakkını da içermektedir.

Kişinin, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile "kişinin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme hakkı" birbiri ile kopmaz bir bağ içinde olup Anayasanın 17 nci maddesi ve 56 ncı maddeleri ile birlikte bütüncül bir şekilde koruma altına alınmıştır.

Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, Anayasanın 5 inci maddesi bakımından da hukuksal dayanağa sahiptir. Anayasanın 5 inci maddesine göre, devlet "kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya" çalışmalıdır. Böylece, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi saygı duyulması gereken bir hak olduğu kadar, devletin pozitif edimleri ile yaşama geçirilmesi gereken bir yükümlülük olarak belirmektedir.

Bu durumda Anayasa, söz konusu hakkın sınırlanmasını değil, gerçekleştirilmesini hukuksal bir varsayım olarak kabul etmektedir.

Anayasanın 13 üncü maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması bakımından uygulanan bir ölçüt olan hakkın özü, sadece onu açık ya da örtülü biçimde kullanılamaz duruma getiren sınırlamalar için değil, kullanımını güçleştiren, "zayıflatan ya da etkisiz hale getiren" sınırlamalar için de geçerlidir. İptali istenilen düzenleme, doğum korkusu ya da başkaca nedenlerle sezaryenle doğum yapmak isteyen anne adaylarını normal doğum yöntemine zorlamaktadır. O kadar ki maddenin Esas Komisyon Raporunda yer alan gerekçesinde sezaryen ameliyatının içerdiği önemli risklerden söz edilmekte, 4 üncü paragrafında sezaryen yönteminin kullanılmasının tıbben gerekli olduğu durumlar dahi sezaryenin daha fazla risk taşıdığı hallere örnek olarak verilmektedir. Böylece maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının etkili biçimde kullanımını sağlamayarak "zayıflatılması"na neden olmaktadır.

Hakkın özüne dokunan bir düzenlemenin Anayasanın 13 üncü maddesinde yer alan ve sınırlama aracı ile sınırlama amacı arasında "hakkaniyete uygun makul bir denge"nin kurulmasını emreden "ölçülülük ilkesi"ne uygun olduğu; bu ilkenin alt ilkeleri olan "elverişlilik, gereklilik ve orantılılık" ilkelerini karşıladığı da söylenemez.

Hakkın kullanımını zayıflatarak onun özüne dokunan bir düzenlemenin, Anayasanın 13 üncü maddesinde yer alan "demokratik toplum düzeninin gerekleri" bakımından da değeri yoktur. Çünkü bu tür bir düzenleme, "demokratik toplumda gerekli bir toplumsal ihtiyaca karşılık vermemekte", tersine demokratik toplumda gerekli toplumsal ihtiyacı karşılamayı engellemektedir.

Anayasanın yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığını koruması ve geliştirmesi hakkına ilişkin düzenlemelerin sistematik yorumu bu hakların geniş biçimde yorumlanmasını ve öncelikli olarak gözetilmesini gerektirmektedir: Düzenleme ile Anayasanın 13 üncü maddesinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların denetiminde belirtilen diğer bir ölçüt olan "Anayasanın ruhu ve sözüne aykırı olmama" ölçütü de karşılanmamaktadır.

Uluslararası insan hakları hukuku bakımından incelendiğinde de, sağlık alanında insan haklarının korunması hakkı ile çelişmektedir. Bu konuda en açık ve temel "destek ölçü norm" Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun (Haysiyetinin) Korunması Sözleşmesidir. Sözleşme'nin 1 inci ve 2 nci maddeleri uyarınca, taraf Devletler;

İnsan onuru ve kimliğini koruyarak biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almak,

İnsanın menfaatleri ve refahı, bilim veya toplumun menfaatlerinin üstünde tutmakla yükümlü kılınmıştır.

Sözleşmenin 5 inci maddesinde ise sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabileceği, ilgili kişinin muvafakatını her zaman serbestçe geri alabileceği belirtilmiştir.

"Anayasa Mahkemesi uluslararası insan hakları hukukunun temel belgeleri ile Anayasanın uyumlu yorumlanmasını kabul eden içtihadında, Anayasa ile uluslararası insan

hakları belgelerinin koruduğu değerleri özdeş saymıştır.^[4] "Özde uyum" yaklaşımı olarak adlandırılabilir bu yargısal yorum, Anayasanın 2 nci maddesindeki insan haklarına saygılı devlet ilkesi ile Anayasanın 15/2 nci ve 90/son maddelerinde de ortaya çıkan "Anayasanın uluslararası insan hakları hukukuna açıklığı ilkesi"nin bir sonucudur"

Anayasanın öngördüğü yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun (Haysiyetinin) Korunması Sözleşmesi ile uyumlu yorumlandığında, iptali istenilen düzenlemenin Anayasaya uygun olduğu söylenemez. Sonuç olarak iptali istenilen düzenleme, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 17 nci ve 56 ncı maddelerine ve Anayasa ile özde uyum içinde olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun (Haysiyetinin) Korunması Sözleşmesi'ne aykırı olduğundan iptali istenilmektedir.

b. Doğumun gerçekleştirilmesinde tercih edilecek yöntemin belirlenmesinde hekimlik görev ve yetkisinin kullanımı -dolayısıyla mesleğin icrası- bakımından getirilen sınırlamalar, hekimlerin çalışma özgürlüğü ve hakkı bakımından da Anayasaya aykırıdır.^[5]

153 üncü maddenin ikinci fıkrasındaki "Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması halinde doğum sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir" şeklindeki düzenleme ile "tıbbi endikasyon olmaksızın sadece anne ve hekim isteği ile sezaryen yapılmasının önlenmesi ve doğumu yaptıran hekimlerin sorumluluğu"nun amaçlandığı gerekçesinde belirtilmiştir.

İptali istenilen norm ile hekimlik mesleğinin icrasına ilişkin bir sınır, çerçeve çizilmiştir. Norm anne istemli sezaryenin hekimler tarafından yapılmasını yasaklamaktadır. Yani sıra hekimlerde; içinde bulundukları koşullarda aldıkları kararın "tıbbi endikasyon" olarak kabul edilmeyebileceği ve sezaryen ile doğum yaptırdıkları takdirde yaptırımlarla karşılaşabilecekleri endişesini yaratarak hasta yararına tanı ve tedavi hizmetini vermeye ilişkin mesleki hak ve yetkilerini sınırlamaktadır.

Yasa koyucu, mesleğin icrasına ilişkin olarak yasama yetkisini kullanırken siyasal takdir yetkisine sahiptir. Ancak;

(a) özgül yeterlilikler gerektiren,

(b) profesyonel yeterlilik alanları meslek kuruluşları tarafından ulusal ve uluslararası biçimde tanımlanmış olan ve

(c) yeterlilikleri ile meslek icraları insan sağlığı alanına ilişkin olduğu için yaşam hakkı ve kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesi ile doğrudan ilintili mesleklerde, siyasal takdir yetkisinin kullanımı özel bir dikkat ve sıkı bir yargısal denetimi (strict scrutiny) gerekli kılabilir.

Anayasa, çalışma özgürlüğünü genel olarak meslekler, yeterlilik kuralları ya da herhangi mesleğe sahip olmadan çalışma yönünden ayrıntılı düzenlemeye tabi tutmamıştır. Ancak özel bir hüküm ile (Anayasa madde 135) kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarını düzenleyerek, mesleklerin özgül niteliklerine bağlı kimi konuların da olabileceğini zımnen kabul etmiştir. Tabiplik, avukatlık, mühendislik, mimarlık ve eczacılık gibi eğitim, uzmanlık eğitimi ve özel yeterlilik koşulları ya da standartları gerektirebilen meslekler ve bunların farklı yoğunlaşma alanlarında, çalışma özgürlüğü bir hak ve yetki boyutu da kazanmaktadır. O

nedenle bu tür mesleklerde, özel imza veya müdahale yetkileri ya da mesleğin kamu hizmeti niteliği taşıması gibi unsurlar kanun, tüzük ve yönetmeliklerle açıkça düzenlenmektedir. Nitekim hekimlerin hekim olarak çalışırken sahip oldukları hak ve yetkiler 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarını Tarzı İcrasına Dair Kanunda düzenlenmiştir. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü ve diğer hukuksal metinler hekimlik mesleğinin icrasına ilişkin çerçeveyi oluşturmaktadır. Bütün bu nedenlerle bu tür mesleklerde çalışma özgürlüğü ile çalışma hak ve yetkisinden söz etmek daha uygun olur. Anılan türden meslekler için çalışma hakkı, Anayasanın 49/2 nci maddesindeki "istihdam" odaklı çalışma hakkı ve ödevinden çok, 48 inci maddedeki çalışma özgürlüğünün bir sonucu gibidir ("özgürlüğün implikasyonu"). Bu nedenle, anılan mesleklere ilişkin hukuksal sorunlar, çalışma özgürlüğü ile bağlantılı biçimde çalışma hakkının (Anayasa madde 49/1) norm alanına da girmektedir.

Yasa koyucu, çalışma özgürlüğünde "mesleğin icrasına ilişkin çerçeve"yi düzenlerken, düzenlemenin "mesleğin amacına" ve "ölçülülük ilkesi"ne uygunluğunu gözetmekle yükümlüdür. Bu iki unsur, Anayasanın 13 üncü maddesinde yer alan sınırlama ilkelerinin uygulanmasında kendini gösterir.

Yukarıda dünyada pek çok ülkede sezaryen oranlarındaki artışın nedenleri dikkate alınarak doğru doğum yöntemlerinin uygulanmasına yönelik çalışmaların sürdürüldüğü, sezaryenin azaltılması için anne adaylarının seçim yapma haklarını ortadan kaldıran ya da hekimlere yönelik yaptırım tehdidini içeren düzenlemelerin yapılmadığı belirtilmiştir. Hamile kadınların çocuklarını nasıl dünyaya getireceklerine ilişkin yöntemi seçme konusundaki otonomilerinin maddi ve manevi varlıklarını, onurlarını koruma haklarının içinde yer aldığı belirtilmiştir. Yine hekimlik meslek ilkeleri yönünden de "dünyadaki genel kanının, hastanın otonomisine ve bir kadının kendi doğum şeklini seçme hakkına saygı duyulmasının etik bir davranış olduğu" yönünde olduğuna ilişkin görüşler aktarılmıştır. Bu gerekçeler ışığında İptali istenilen düzenleme kadın hastalıkları ve doğum uzmanı hekimlerin çalışma özgürlüğü ve hakkı yönünden incelendiğinde aşağıdaki sonuçlara ulaşılabilir:

Anayasanın 48 inci maddesi, çalışma özgürlüğünü düzenlerken yalnızca bir koruma normuna yer vermekte ve "mesleki çalışma özgürlüğü" bakımından özel düzenleme ya da sınırlama nedenleri içermemektedir. Bu durumda, mesleki çalışma özgürlüğü "Anayasanın sözü ve ruhu"na uygunluk ölçütü uyarınca, sistematik yorum kuralları ışığında, Anayasanın bütünlüğü ilkesi gözetilerek sınırlandırılabilir.¹⁶¹ Başka bir anlatımla, mesleki çalışma özgürlüğü diğer "anayasal değerler" ile (diğer hak ve özgürlükler ve anayasal ilkeler) çatıştığı ölçüde ve bu çatışma ölçülülük ilkesi ışığında uyumlaştırılarak sınırlandırılabilir.

Gerekçesinde ortaya konulduğu üzere iptali istenilen düzenleme "anne ve hekim istemli" sezaryen ameliyatlarının anne ve bebek sağlığı üzerinde yarattığı olumsuz sonuçları tespit eden ve bunun önlenmesine amaçlayan bir çalışmaya dayanmamaktadır. Demokratik toplum düzeninin gerekleri bakımından, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tabiplerin çalışma özgürlüğünün sınırlandırılmasında, bu sınırlamayı nesnel biçimde haklı kılacak "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç" bulunmamaktadır.

Ölçülülük ilkesi bakımından, yasa koyucunun mesleki çalışma özgürlüğüne ilişkin getirdiği sınırlamanın aracının, sınırlama amacı ile hakkaniyete uygun makul bir denge kurması gerekir. Ancak bu dengenin kurulmasında ilk aşama, sınırlama aracının rasyonel olması ve faaliyet alanının gerek ve amaçlarına uygun düşmesidir. Anne adayı kadınlara çocuklarının dünyaya getirirken olası tıbbi seçenekleri ve etkileri konusunda bilgi vererek uygulanacak yöntemin hekim tarafından hastanın aydınlatılmış onamına dayalı olarak

belirlenmesini yasaklayan normda sınırlama amacı ile uyumlu makul bir denge bulunduğundan da söz edilemez. Bu nedenle, ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan "elverişlilik ilkesi" bakımından, sınırlama aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olduğu dahi sürülemez. Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan "gereklilik ilkesi" bakımından, sınırlama aracının sınırlama amacını gerçekleştirmek için gerekli olması aranır. Tabiplerin çalışma özgürlüklerinin sınırlandırılması "gerekli" değildir. Ölçülülük ilkesinin diğer bir alt ilkesi olan "orantılılık ilkesi" yönünden de normun sınırlama aracının orantılı olduğu söylenemez.

Sezaryen yöntemi ile doğumun gerçekleştirilmesi bakımından getirilen sınırlamalar, Anayasanın özellikle 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 13 üncü, 17 nci, 48 inci ve 56 ncı maddelerine ve Anayasa ile özde uyum içinde olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun (Haysiyetinin) Korunması Sözleşmesi'ne aykırı olduğundan iptali gerekir.

2) 6354 Sayılı Kanun'un 7 nci Maddesi ile 07.05.1987 Tarihli ve 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun Ek 1 inci Maddesine Eklenen Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6354 sayılı Kanun'un 7 nci maddesi ile 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 1 inci maddesine eklenen son fıkra ile herhangi bir öğretim kurumunda görev yapmayan profesör ve doçentlerin; eğitim ve öğretim ile araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve bu faaliyetlerin gerektirdiği işleri yapmak üzere, Sağlık Bakanlığının kararıyla eğitim ve araştırma hastanelerinde sözleşmeli eğitim görevlisi olarak çalıştırılabilmelerine yönelik düzenleme yapılmıştır.

Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporunda yer alan gerekçesinde örtülü olarak Mahkemenizin bir kısım maddelerini iptal ettiği 5947 Sayılı Üniversite Ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un yarattığı olumsuz sonuçlar nedeniyle bu düzenlemenin yapıldığı belirtilmektedir.

Sözleşmeli olarak görevlendirilecek öğretim üyelerinin nasıl bir yöntemle, hangi kriterlere göre seçilip görevlendirileceği, görevlendirmenin hangi hallerde nasıl sonlandırılacağına ilişkin düzenlemelere yasa kuralında yer verilmemiştir.

Sözleşmeli eğitim görevlisi çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar ile bunlara yaptıkları görevlere bağlı olarak ödenecek saatlik sözleşme ücretlerinin tutarı ile diğer hususların Maliye Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığınca müştereken belirleneceği düzenlenmiştir.

2547 Sayılı Yükseköğretim Yasasının t/3 bendinde tıpta uzmanlık lisansüstü eğitim kapsamında bir yükseköğretim türü olarak düzenlenmiştir. Sağlık Bakanlığı'na bağlı eğitim ve araştırma hastanelerinde de tıpta uzmanlık eğitimi verilmektedir. Bu fıkra uyarınca sözleşmeli olarak görevlendirilecek öğretim üyeleri tıpta uzmanlık eğitimi vermek üzere eğitim-öğretim ve bilimsel araştırma yapmak üzere istihdam edilecektir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri olan hukuk güvenliği ile kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılmaktadır.

Anayasanın 130 uncu maddesinin dokuzuncu fıkrasında; öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri, malî işler, özlük hakları, uyacakları koşullar, öğrenimin ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesinin, kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında vurgulandığı üzere 130 uncu madde öngörülen güvencelerin sağlanabilmesi, hukuki güvenliğin oluşturulabilmesi için öğretim üyelerinin görevlendirilmesinde ve görevlerinin sona ermesinde uygulanacak usul ve esasların yasada düzenlenmesi gerekir. Sadece yetkili makamı belirleyen, ancak yetkili makamca görevlendirmenin hangi kriterlere göre yapılacağını düzenlemeyen norm bir bütün olarak Anayasanın 130 uncu maddesinin dokuzuncu fıkrasına aykırıdır.^[7]

İptali istenilen yasa kuralı, Sağlık Bakanlığı'na tanınan yetkinin hangi ölçütler çerçevesinde kullanılacağına ilişkin hiçbir hüküm içermemesi nedeniyle kişilere hukuki güvenlik sağlamayı hedefleyen hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmamakta, öğretim elemanlarının görevlendirilmesinin yasayla düzenlenmesini buyuran Anayasal kurala aykırı düşmektedir. Ayrıca kuralları belirleme yetkisinin Bakanlıklara devredilmesi nedeniyle yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine de aykırılık içermektedir.

Anayasanın 130 uncu maddesine aykırılık oluşturan kural, kuşkusuz, aynı zamanda Anayasanın 2 nci maddesinde ifadesini bulan "Hukuk Devleti İlkesi"ne de aykırılık oluşturmaktadır. Açıklanan nedenlerle iptali istenilen yasa kuralı, Anayasanın 2 nci, 6 ncı ve 130 uncu maddelerine aykırıdır.

3) 6354 Sayılı Kanun'un 8 inci Maddesi ile Değiştirilen 3359 Sayılı Kanunun Ek 9 uncu Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

6354 sayılı Yasanın 8 inci maddesi ile 3359 sayılı Kanunun ek 9 uncu maddesi değiştirilerek yeniden düzenlenmiştir. Yapılan düzenlemede;

Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına ait kurum ve kuruluşlar ile üniversitelerin ilgili birimlerini karşılıklı olarak işbirliği çerçevesinde birlikte kullanılabileceği,

İl nüfusu 750.000'e kadar olan illerde Bakanlık ve bağlı kuruluşları ile üniversitelerin tıp lisans eğitimi ve/veya tıpta uzmanlık eğitimi için ortak kullanım ve işbirliği yapmalarının zorunlu olduğu,

İl nüfusu 750.000'e kadar olan illerde eğitim ve araştırma hizmetlerinin Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanesi veya üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinden yalnızca biri tarafından verileceği,

Birlikte kullanılacak sağlık tesisleri için, Bakanlık ve Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının uygun görüşü alınarak, il valisi ile üniversite rektörü arasında birlikte kullanım protokolünün düzenleneceği

Birlikte kullanıma geçilen sağlık tesislerinin Bakanlığın tâbi olduğu mevzuat uyarınca işletileceği ve Bakanlıkça atanan başhekim tarafından yönetileceği,

Birlikte kullanıma geçilen sağlık tesisinin kamu hastane birliği kapsamında olması hâlinde, o tesise ait yönetici görevlendirmelerinin kamu hastaneleri birliği mevzuatı çerçevesinde yapılacağı,

Birlikte kullanımdaki sağlık tesislerinde tıpta uzmanlık ve lisans eğitimleri, Sağlık Bakanlığı uzmanlık öğrencilerinin eğitimi de dâhil olmak üzere, ilgili mevzuata göre tıp fakültesi dekanının yetki ve sorumluluğunda yürütüleceği,

Birlikte kullanılan sağlık tesisinde görev yapan personelin disiplin ve tüm özlük işlemleri kadrosunun bulunduğu kurumun ilgili mevzuatına göre yürütüleceği,

Üniversite tarafından, birlikte kullanılan kurum ve kuruluşlarda görevli personelin profesör ve doçent kadrolarına atanabilmesi için Bakanlığa ve bağlı kuruluşlarına ait eğitim görevlisi kadroları da kullanılabileceği düzenlenmiştir.

Bakanlık ve üniversitelerin birlikte kullanım dışında eğitim, sağlık hizmeti üretimi, araştırma ve kamu sağlığını geliştirme gibi alanlarda işbirliği yapılabileceğini, birlikte kullanım ve işbirliğine dair Yönetmelik yayımlanacağı düzenlenmektedir.

Bütün dünyada yükseköğretim kurumlarının ilgili mevzuatta yer alan görevleri ışığında diğer sağlık kuruluşları ile "işbirliği" yapmalarının karşılığında "afiliasyon" kavramı kullanılmaktadır. "Afiliasyon";

Farklı kurumların eğitim anlayışlarında paralellik sağlamak, bilgi ve deneyim alışverişi yaparak bilginin paylaşılmasını ve hasta yararına en iyi şekilde kullanılmasını mümkün kılmak;

Temelde eğitim amaçlı olarak, mezuniyet öncesi, mezuniyet sonrası ve sürekli tıp eğitimi kapsamında insan gücü değiş tokuşunu yapmak,

Teknoloji ve araç gerecin eğitim ve sağlık hizmetinde kullanılmasını sağlamak için yapıldığı gibi,

yerleşim ve sekreteryâ alanlarında da yapılabilmektedir.

Ancak işbirliği ya da eş söyleyişle afiliasyon hangi başlıklar altında yapılırsa yapılsın mezuniyet öncesi, mezuniyet sonrası ya da sürekli tıp eğitimi bu işbirliğinin temelini ve ana hedefini oluşturmaktadır^[8].

Örneğin İngiltere'de Cambridge Üniversitesi'nin bu konuda hazırladığı "web" sayfasında afiliasyon şu şekilde özetlenmektedir. "Bir enstitüyü veya onun dallarını veya departmanlarını afiliye etmek, o kurumların seçilmiş bazı öğretim üyelerini üniversitemiz öğretim üyesi olarak kabul etmek, onları üniversitemiz ayrıcalıklarından yararlandırmak, zaman zaman üniversitemizce denetlenmek ve yönlendirmek şartıyla, o kurumlarda uygulanan çalışma programlarını üniversitemiz programı olarak kabul etmektir. Bu konudaki politikamız, uygun akademik vasıftaki akademik kuruluşlarla yakın ilişkiler kurarak üniversitemizin akademik yapısını bu görüşlerin de ışığında genişletmektir."^[9]

Tıp alanında eğitim odaklı işbirliğinin nihai çıktısı verilecek sağlık hizmetinin niteliğinin arttırılması olmakla birlikte, akademinin bilgi ve becerisinin sağlık hizmeti sunumuna yansıtılması işbirliğinin öncelikli amacı değildir. Aksi halde bu uygulama işbirliği değil, temel işlevi sağlık hizmeti sunumu olan sağlık kolluğunun beklenti ve yönelimlerine göre üniversitenin biçimlendirilmesi, yapılandırılması ve üniversiteden beklenen işlevin ortadan kaldırılması olmaktadır.

İptali istenilen yasa kuralı 3359 sayılı Kanuna 5947 sayılı Kanunun 11 inci maddesi ile eklenen Ek 9 uncu maddesi uyarınca 18.02.2011 gün ve 27850 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulan Sağlık Bakanlığı'na Bağlı Sağlık Tesisleri ve Üniversitelere Ait İlgili Birimlerin Birlikte Kullanımı ve İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümleri ile benzer hükümleri içermektedir.

Danıştay 10. Dairesi'nin E.2011/6024 sayılı dosyasında verilen 26.10.2011 tarihli kararla Yönetmelik maddelerinin yürütmesi durdurulmuş ayrıca dayanak 3359 sayılı Kanuna 5947 sayılı Kanunun 11 inci maddesi ile eklenen Ek 9 uncu maddesinin iptali için itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar verilmiştir.

Normun Esas Komisyon Raporunda yer alan gerekçesinde Danıştay Onuncu Dairesi'nin 3359 sayılı Kanuna 5947 sayılı Kanunun 11 inci maddesi ile eklenen Ek 9 uncu maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ilişkin kararının gerekçesi dikkate alınarak düzenleme yapıldığı belirtilmektedir. Ancak iptali istenen normda yapılan düzenlemeler Danıştay 10.Dairesinin değinilen kararında da belirtilen Anayasaya aykırılık nedenlerini ortadan kaldırmaktan uzaktır.

Danıştay 10. Dairesinin itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına ilişkin kararının gerekçesinden ilgili bölümlere aşağıda yer verilmiştir; "...İlke ve kural koymadan, çerçevesini belirlemeden Sağlık Bakanlığı'na düzenleme yetkisi tanıyan anılan yasa kuralı, aynı zamanda tıp fakülteleri hastanelerinin yönetiminin Sağlık Bakanlığına bırakılmasına da olanak tanımaktadır. Tıp fakülteleri hastanelerinin Sağlık Bakanlığı'na devrine olanak tanınmış olması, yasa kuralının, üniversitelerin bilimsel özerkliği yönünden de değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Anayasanın 130 uncu, 131 inci ve 132 nci maddeleri yükseköğretim kurum ve kuruluşlarını düzenlemektedir. Anayasa koyucu, Anayasanın 130 uncu maddesiyle üniversiteleri bir Anayasal kuruluş olarak kabul etmiş ve üniversitelerle ilgili başlıca kuralları koymuş; üniversitelerin "kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe" sahip olmalarını öngörmüştür.

Anayasanın 130 uncu maddesi, üniversitelerin bilimsel çalışmalarının, eğitim ve öğretimin, her türlü dış etkiden uzak, bilimin gerektirdiği yansız ve özgürlük ortamında yapılmasını sağlamayı amaçlamaktadır.

Anayasa, "bilimsel özerklik" ilkesiyle üniversiteleri, 2 nci maddesinde yer alan temel niteliklere sahip bir hukuk devletinin üniversitesine yaraşır biçimde öğretim, araştırma ve yayın konularını belirlemek ve yürütmek serbestliğine sahip kılmış bulunmaktadır. Anayasanın 130 uncu maddesi, üniversitelerin yine bir hukuk devletinin üniversitesine yaraşır biçimde, uygar ve evrensel karakterde öğretim-eğitim, araştırma ve yayın konularında bilimsel özerkliğe sahip bir kamu tüzelkişisi biçiminde kurulmasını ve Cumhuriyetin temel organları içinde bu niteliğiyle yer almasını istemiş ve buna göre düzenlemeler yapmıştır.

Nitekim Anayasanın 130 uncu maddesinin dokuzuncu fıkrasında;

"Yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumlulukları, üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri, öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri, öğretim elemanı yetiştirme, üniversitelerin ve öğretim elemanlarının kamu kuruluşları ve diğer kurumlar ile ilişkileri, öğretim düzeyleri ve süreleri, yükseköğretime giriş, devam ve alınacak harçlar, Devletin yapacağı yardımlar ile ilgili ilkeler, disiplin ve ceza işleri, malî işler, özlük hakları, öğretim elemanlarının uyacakları koşullar, üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi, öğrenimin ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesi, Yükseköğretim Kuruluna ve üniversitelere Devletin sağladığı malî kaynakların kullanılması kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilmek suretiyle, maddede belirtilen diğer konuların yanısıra, üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri ve üniversitelerin ve öğretim elemanlarının kamu kuruluşları ve diğer kurumlar ile ilişkileri konusunun da yasayla düzenlenmesi öngörülmüştür.

Anayasanın 130 uncu maddesi üniversitelere ve öğretim üyelerine belirli haklar ve yetkiler tanımıştır. Bilimsel özgürlük, serbestçe araştırmada ve yayında bulunabilme, öğrenim ve öğretimi, her türlü baskıdan uzak, özgürlük ortamı ve güvence içinde sürdürebilme hak ve yetkileri bunlara örnek olarak gösterilebilir.

Anayasa Mahkemesinin 30.05.1990 tarih ve E.1990/2, K.1990/10 sayılı kararında, Anayasanın 130 uncu maddesinde, üniversitelerin, bilimsel özerkliğe sahip kamu tüzelkişileri olarak tanımlanması ve bunların ancak Devlet tarafından yasayla kurulabileceklerinin saptanması ile güdülen amacın, siyasal çevrelerin, özellikle iktidarların ve ayrıca çeşitli baskı gruplarının, üniversite çalışmalarıyla öğretim ve eğitimi etki altında tutabilmeleri yolunu kapatmak ve bu faaliyetlerin bilimsel gerekler ve gereksinimlerden başka, herhangi bir dış etkiden uzak kalacak bir ortamda sürdürülmesini sağlamak olduğu belirtilmiştir.

Anayasanın 130 uncu maddesi ve Anayasa Mahkemesinin söz edilen kararı dikkate alındığında, bilimsel özerkliğin, ancak eğitim ve öğretimin her türlü baskıdan uzak bir ortamda verilmesiyle sağlanabileceği açıktır.

Anayasa Mahkemesinin 16.07.2010 tarih ve E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararında ise, Anayasada üniversitenin, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirilip bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirildiği; öğretim üyelerine de kamu görevlisi olmakla birlikte genel sınıflandırma içinde ayrı bir yer verilerek, kendilerine özgü önem ve değerde bir meslek sınıfı olduğunun belirtildiği, öğretim üyelerinin bu konuları dikkate alındığında bunları diğer kamu görevlileri gibi değerlendirmenin mümkün olmadığı; yasa koyucunun, yükseköğretimin Anayasada belirtilen ilkeler doğrultusunda geliştirilmesi, bu bağlamda sağlık sorunlarının çözüme kavuşturulması için öğretim elemanlarının unvan ve statülerine uygun bazı sınırlamalar getirerek çalışma koşullarını belirleyebileceği; ancak getirilen bu sınırlamaların, üniversitelerdeki bilim özgürlüğü ve bilimsel özerkliğin gereği olan her türlü bilimsel faaliyeti engelleyici nitelikte olamayacağı ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin anılan kararında da belirtildiği üzere, yasa koyucunun Anayasada güvence altına alınan "bilimsel özerkliği" korumakla yükümlü olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

3359 sayılı Kanun'un Ek 9 uncu maddesinde yer alan, Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kurum ve kuruluşları ile üniversitelerin ilgili birimlerinin Bakanlık ve üniversitelerce karşılıklı olarak işbirliği çerçevesinde birlikte kullanılabileceğine ilişkin hüküm, Sağlık Bakanlığına ait devlet hastaneleri ile eğitim ve araştırma hastaneleri başta olmak üzere tüm sağlık kurum ve kuruluşlarının üniversiteler tarafından kullanılmasına olanak sağladığı gibi, aynı zamanda, üniversitelerin tıp fakültelerine ait sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinin de Sağlık Bakanlığınca kullanılmasına da olanak sağlayan bir düzenlemedir. Anılan düzenleme, bu haliyle, üniversite hastanesinin Sağlık Bakanlığınca işletilmesine veya öğretim üyeleri ile tıpta uzmanlık eğitimi alan veya tıp fakültesinde eğitim alan öğrencilerin Sağlık Bakanlığınca işletilen hastanelerde, Sağlık Bakanlığının tabi olduğu mevzuat çerçevesinde, sağlık hizmeti vererek eğitim almalarına veya eğitim vermelerine yol açmaktadır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 3 üncü maddesinde, üniversiteler ile birlikte, bunların bünyesinde yer alan araştırma ve uygulama merkezleri de yükseköğretim kurumları olarak sayılmış; uygulama ve araştırma merkezi, yükseköğretim kurumlarında eğitim öğretimin desteklenmesi amacıyla çeşitli alanların uygulama ihtiyacı ve bazı meslek dallarının hazırlık ve destek faaliyetleri için eğitim-öğretim, uygulama ve araştırmaların sürdürüldüğü bir yükseköğretim kurumu olarak tanımlanmıştır.

Üniversitelerin tıp fakültelerine ait hastaneler de bir uygulama ve araştırma merkezi olarak, mesleki hizmet üretilen kurumlardır. Tıp fakültelerinin eğitim ve araştırma gibi iki temel akademik işlevi, yürütülen sağlık hizmeti işlevi ile farklı bir boyut kazanmakta ve böylece eğitim, araştırma faaliyeti ile sunulan sağlık hizmetinin bütünleştiği, iç içe geçtiği bir alan ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle de Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kurum ve kuruluşlarının sağlık hizmeti sunma işlevi ile tıp fakültelerinin hizmet işlevi birbirinden farklı niteliğe sahiptir. Tıp fakültesi, sadece sağlık "hizmet"i sunmaya odaklı olmayıp; aynı zamanda eğitim ve araştırma öncelikli bir işleve sahip olduğundan, "hizmet" yalnızca tedavi edici hizmet felsefesi biçiminde kendini göstermemektedir. Tıp fakültelerinin temel işlevinin eğitim ve araştırma olması nedeniyle, hizmet üretilirken eğitim ve bilim alanlarında da sonuçlar elde etmek amaçlanmaktadır. Üniversitelerin bilim üreten kurumlar olması bir çok alanda olduğu gibi sağlık alanında da üniversitelere karşı beklentiye daha yüksek tutmaya neden olmaktadır. Dolayısıyla, tıp fakültelerinde eğitim ve araştırma faaliyetlerinin yapılmasında ve sağlık hizmetlerinin verilmesinde, Anayasanın 130 uncu maddesinde belirtilen güvenceler sağlanarak, üniversitelerin bilimsel özerkliğini tanıyan yasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Bu itibarla, tıp fakülteleri hastanelerinin, üniversite bünyesindeki birer uygulama ve araştırma merkezleri olma niteliği ve işlevi dikkate alındığında; bu hastanelerin yönetiminin üniversiteler dışında, sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olduğundan bahisle Sağlık Bakanlığınca bırakılmasına olanak tanıyan 3359 sayılı Kanun'un Ek 9 uncu maddesi, üniversitelerin bilimsel özerkliğiyle bağdaşmamakta, Anayasanın 130 uncu maddesine aykırı bulunmaktadır.

Anayasanın 130 uncu maddesine aykırılık oluşturan kural, kuşkusuz, aynı zamanda Anayasanın 2 nci maddesinde ifadesini bulan "Hukuk Devleti İlkesi"ne de aykırılık oluşturmaktadır."

Danıştay 10. Dairesinin Anayasa aykırılık itirazında yer alan Anayasaya aykırılık gerekçelerinde belirtildiği üzere 6354 sayılı Kanun'un 8 inci maddesi ile 3359 sayılı Kanunun

ek 9 uncu maddesi değiştirilerek yeniden düzenlenmesine ilişkin yasa kuralı Anayasanın 2 nci, 7 nci, 124 üncü, 130 uncu ve 131 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali istenilmektedir.

4) 6354 Sayılı Kanun'un 12 nci Maddesi ile 5258 Sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü Maddesinin Beşinci Fıkrasının Sonuna Eklenen Cümlelerin; 13 üncü Maddesi ile 5258 Sayılı Kanunun 5 inci Maddesinin İkinci Fıkrasının Birinci Cümlesine Eklenen "Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde" İbaresinin; 12 nci Maddesi ile 5258 Sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü Maddesinin Sonuna Eklenen Fıkraların

a. 6354 Sayılı Kanun'un 12 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü maddesinin beşinci fıkrasının sonuna eklenen cümle ile 6354 sayılı Kanun'un 13 üncü maddesi ile 5258 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine eklenen "Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde" ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

6354 Sayılı Kanun'un 12 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü maddesinin beşinci fıkrasının sonuna eklenen cümle şu şekildedir: "Entegre sağlık hizmeti sunulan merkezlerde artırılmış ücretten yararlananlar hariç olmak üzere, aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına ihtiyaç ve zaruret hâsıl olduğunda haftalık çalışma süresi ve mesai saatleri dışında 657 sayılı Kanunun ek 33 üncü maddesinde belirtilen yerlerde nöbet görevi verilebilir ve bunlara aynı maddede belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde nöbet ücreti ödenir."

Cümle ile haftalık normal çalışma süreleri ve mesai süreleri dışında aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarına 657 Sayılı Kanun'un Ek Madde 33 de belirtilen yataklı tedavi kurumları olan seyyar hastaneler, ağız ve diş sağlığı merkezleri ve 112 acil sağlık hizmetlerinde nöbet tutma yükümlülüğü getirilmiştir. Anılan personele asıl görevlerine ek olarak fazla çalışma şeklinde tutturulacak nöbete üst sınır getirilmemiştir. Yapılacak fazla çalışmanın karşılığında izin verilmesi yerine nöbet ücreti ödenmesi kararlaştırılmıştır.

6354 Sayılı Kanun'un 13 üncü maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine "Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde" ibaresi eklenmiştir. Eklenen ibare ile birlikte cümle "Aile hekimliği hizmetleri ücretsizdir; acil haller hariç, haftada kırk saatten az olmamak kaydı ile Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde ilgili aile hekiminin talebi ve o yerin sağlık idaresince onaylanan çalışma saatleri içinde yerine getirilir" şekline dönüştürülmüştür.

Madde gerekçesinde de aile sağlığı merkezlerinin daha uzun süre açık kalması için bu düzenlemenin yapıldığı belirtilmektedir. Aile sağlığı merkezlerinde görev yapan bütün sağlık personeli yönünden Sağlık Bakanlığı'nca belirlenecek kıstaslar çerçevesinde "haftada kırk saatten az olmayacak" çalışma süreleri ve saatlerini yönetsel işlemlerle belirleme yetkisi o yerin sağlık yöneticisine bırakılmaktadır. Her iki yasa kuralı birbiri ile ilişkili olup benzer Anayasaya aykırılık nedenlerini içerdiğinden birlikte tartışılacaktır.

İptali istenilen normların Resmi Gazete 12 Temmuz 2012 günü yayımlanarak yürürlüğe girmesinden sonra Sağlık Bakanlığı Müsteşarlığı tarafından aile hekimleri ve aile sağlığı elamanlarının nöbetlerine ilişkin uygulamanın nasıl yapılacağını gösteren bir genelge yayınlanmıştır^[10].

Genelge'nin 8 inci maddesi iptali istenilen normların sonuçlarını göstermesi bakımından çok çarpıcıdır;

"8) Aile hekimliği çalışanlarına haftalık mesaisi dışında tuttuğu nöbetler için nöbet izni verilmeyecektir. Ancak nöbetler ertesi gün çalışmasına imkân verecek şekilde düzenlenecektir (Örneğin, Salı günü akşam saat 17.00'den Çarşamba sabah saat 08.00'e kadar nöbet görevi verilmeyecek o gün hasta yoğunluğunun fazla olduğu 17.00 ila 24.00 saatleri arasında nöbet görevi verilecektir. Yine Pazar günü sabah 08.00'den Pazartesi sabah 08.00'e kadar olan 24 saatlik nöbet yerine Pazar sabah 08.00'den akşam 17.00'e ya da en fazla 24.00'e kadar olacak şekilde aile hekimliği çalışanlarına görev verilecektir."

Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları günlük mesailerine ek olarak sayısı idare tarafından belirlenecek sayıda nöbet tutacaklar ve ertesi gün günlük mesailerine ara vermeden dinlenmeden devam edeceklerdir. Çalışma süreleri yönünden bir tek sınır getirilmiş olup o da haftalık 40 saatlik alt sınırdır.

Ortaya çıkan çalışma süreleri diğer ülkelerin uygulamalarına da çok uzak düşmektedir. Örneğin icap nöbetçisi olarak haftalık en fazla çalışma süresi İngiltere ve Almanya'da nöbet aralarında en az 7,5 ile 12 saat arasında değişen dinlenme koşuluyla ortalama 56 saat, Hollanda'da 48 saat, Danimarka'da 45 saat, Fransa'da 50 saattir.^[11]

İptali istenilen yasa hükümleri aile hekimleri ve aile sağlığı personelinin haftalık 40 saatten az olmamak kaydıyla, üst sınırı olmaksızın uzun sürelerle çalıştırılmasına olanak sağlamaktadır. Böylece iptali istenilen Yasa hükümleri ile sağlık çalışanlarının verilen sağlık hizmetinin niteliğini etkileyecek olan çalışma süreleri arttırılmakta, yeterli sürelerle dinlenme hakları ihlal edilmektedir. Bu durum Anayasanın "Çalışma Şartları Ve Dinlenme Hakkı" başlıklı 50 nci maddesinin üçüncü fıkrasına aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasanın 50 nci maddesine göre "Dinlenmek çalışanların hakkıdır." Bu hak temel hak ve hürriyetlerden olması nedeniyle şahsa bağlı devredilemez sosyal bir haktır. Anayasanın 50 nci maddesinin gerekçesine göre de dinlenme hakkı ".hem çalışanın bedenlen korunması için zorunlu hem de çalışanın dinlenme sonrası çalışmasının verimi için gereklidir." Dinlenme hakkının çalışanların olduğu kadar idarenin ve toplumun menfaatine bir hak olduğuna, hakkın çalışanların yaşam ve sağlıklarının korunması ve geliştirilmesine hizmet ettiğine, hakkın gerçekleşmesi için ise diğer sosyal haklarla birlikte idarenin etkin müdahalesinin gerektiğine şüphe yoktur.

Ülkemiz tarafı olmamakla birlikte Avrupa Birliği'nin 2003/88/EC sayılı Direktifinde fazla çalışma dahil haftalık çalışma süresi en fazla 48 saat olarak belirlenirken çalışanların her 8 veya 10 saatlik çalışma periyotları arasında en az 11 saatlik dinlenme sürelerinin bulunması düzenlenmiştir.

Türkiye'nin onayladığı Avrupa Sosyal Şartı 2 nci maddesinde taraf devletlerin haftalık çalışma sürelerini aşamalı olarak azaltması öngörülmüş, dinlenmeleri için gerekli düzenlemeleri yapmaları gerektiğinin altı çizilmiştir. Türkiye'nin henüz imzalamadığı ILO'nun 1935 tarih ve 47 numaralı sözleşmesinde de çalışanların haftalık çalışma süresi 40 saat, 1977 tarihli ve 149 sayılı Sağlık Çalışanları Sözleşmesinde sağlık çalışanları açısından haftalık çalışma saatinin 40 saat olarak kabulünün zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

Ne var ki dinlenme hakkının etkin bir biçimde sağlanması için çalışanların çalışma sürelerinin azaltılmasına yönelik düzenleme yapmak devletin ödeviyken yasa koyucu süreleri arttıran, çalışanları daha fazla çalışmaya zorlayan hükümler getirmektedir. Aşırı çalışma süreleri ve beraberinde mesai saatlerindeki düzensizliğin, çalışanlarda bireysel olarak uyku

düzensizliği, yemek alışkanlıklarında değişme, aile ve sosyal yaşam üzerinde rahatsız edici etkiler ve tükenmişlik sendromu gibi olumsuzlukların ortaya çıkmasına yol açtığı bilim çevrelerince kabul edilmektedir.^[12]

İptali istenilen yasa hükümleri dinlenme hakkının sınırlanmaktadır. Bu nedenle yasa hükümlerinin Anayasanın 13 üncü maddesinde yer alan sınırlama ilkeleri ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi bir hakkın veya özgürlüğün kullanılmasını, "açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir biçimde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıci nitelikteki yasal sınırlamaların o hakkın özüne dokunduğu"nu kabul etmiştir.^[13] Bireyin kendi temel hakkından faydalanamaması halinde hakkın özüne dokunulup dokunulmadığının nitelendirilmesinde "özü" toplum için garantide değil birey için garantide aramak gerekmektedir.^[14] İptali istenilen hükümlerin Anayasal güvence altında olan yaşama, yaşamı koruma ve geliştirme hakkının özüne dokunduğuna kuşku yoktur.

Anayasanın 50 nci maddesi, dinlenme hakkını düzenlerken yalnızca bir koruma normuna yer vermekte ve özel düzenleme ya da sınırlama nedenleri içermemektedir. Bu durumda, dinlenme hakkı "Anayasanın sözü ve ruhu"na uygunluk ölçütü uyarınca, sistematik yorum kuralları ışığında, Anayasanın bütünlüğü ilkesi gözetilerek sınırlanabilir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri bakımından dinlenme hakkının sınırlanmasında, bu sınırlamayı nesnel biçimde haklı kılacak "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç" bulunmamaktadır.

Ölçülülük ilkesi bakımından, yasa koyucunun dinlenme hakkına ilişkin getirdiği sınırlamanın aracının, sınırlama amacı ile hakkaniyete uygun makul bir denge kurması gerekir. Ancak bu dengenin kurulmasında ilk aşama, sınırlama aracının rasyonel olması ve faaliyet alanının gerek ve amaçlarına uygun düşmesidir. Çalışma süreleri ile hafta tatili ve izin sürelerini belirsiz hale getirerek dinlenme hakkını neredeyse ortadan kaldıran normda sınırlama amacı ile uyumlu makul bir denge bulunduğundan da söz edilemez.

Avrupa Birliği'nin 2003/88/EC sayılı Direktifinin 2 nci maddesinde, yeterli dinlenme; işçilerin yorgunluk veya diğer düzensiz çalışma biçimleri sonucunda kendilerine, iş arkadaşlarına veya başkalarına, kısa ya da uzun dönemde sağlıklarına zarar vermemelerini temin eden ve zamanın birimleri ile ifade edilen yeterince uzun ve kesintisiz dinlenme süresi olarak ifade edilmiştir.

Yeterli dinlenme hakkı güvence altına alınmaksızın uzun süreli çalışmaya zorlanan sağlık personeli ile onlardan sağlık hizmeti alanların yaşam hakları ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme haklarını ihlal etmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında hekimliğin, Anayasanın 17 nci maddesinde yer alan ve bireyin en önemli hakkı olan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile doğrudan ilgili bir meslek olduğu vurgulanmıştır. Kararın devamında kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartının ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşp bu hizmetlerden yararlanabilmeleri olduğu, devlet için bir görev ve kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesi ile bu haktan yararlanmayı zorlaştıracı ya da zayıflatıcı düzenlemelerin Anayasaya aykırı olacağı ifade edilmiştir. Ayrıca sağlık hizmetlerinin doğrudan yaşam hakkı ile bağı olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklı değerlendirilmesi gerekeceği vurgulanmıştır.^[15]

09.12.2003 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesinin 4 üncü maddesi Mesleki Standartlar başlığı adı altında; "Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir." hükmüyle bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının doğal uzantısı olan tıbbi girişimlerin ilgili mesleki standartlara uygun olma zorunluluğu getirilmiştir. Uzun çalışma süreleri ile ilgili uygulama sonucunda, hekimler için sağlık hizmetinin nitelikli biçimde sunulmasının koşulları ortadan kaldırılmakta ve standartlara aykırılık içererek insan sağlığı açısından da olumsuz sonuçlar doğurabilecek durumlar yaratılmaktadır.

Aile Hekimleri ve aile sağlığı elamanlarının sundukları sağlık hizmeti bir kamu hizmetidir. Anayasanın 128 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenmesi zorunludur. İptali istenilen yasa hükümleri ile normal mesai süreleri ile mesai başlangıç ve bitim süreleri ile fazla çalıştırmaya ilişkin uygulamayı belirleme yetkisini idareye bırakmıştır. Bu durum kanunla düzenlenmesi zorunluluğuna aykırı olduğu gibi yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin Anayasa normuna da aykırılık oluşturmaktadır.

Sonuç olarak 6354 sayılı Kanun'un iptali istenilen hükümlerinin Anayasanın 2 nci, 7 nci, 17 nci, 50 nci, 56 ncı ve 128 inci maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali istenilmektedir.

b. 6354 Sayılı Kanun'un 12 nci Maddesi ile 5258 Sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü Maddesinin Sonuna Eklenen Fıkraların Anayasaya Aykırılığı

6354 sayılı Kanun'un 12 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü maddesinin sonuna eklenen dokuzuncu ve onuncu fıkralar ile aile hekimliği uzmanlık eğitimi veren kurumların; her bir araştırma görevlisi/asistan başına azamî kayıtlı kişi sayısı 4000 kişiyi aşmamak üzere aile sağlığı merkezi oluşturması, asistanların ve öğretim üyelerinin aile hekimliği hizmetlerinde çalıştırılması, karşılığında hasta başına bir ödeme tutarının eğitim kurumunun bu amaçla açılacak döner sermaye hesabına yatırılması, yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenmesine yönelik düzenlemeler yapılmıştır.

İptali istenilen Yasa hükümleri ile aile hekimliği uzmanlık eğitimi veren kurumlarda aile hekimliği uzmanlık öğrencisi başına belirli bir nüfus belirlenerek bu nüfusun sürekli nitelikteki birinci basamak aile sağlığı hizmetlerinin asistanlar tarafından verilmesi planlanmıştır.

2547 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinin t/3 bendi uyarınca tıpta uzmanlık eğitimi bir yükseköğretimdir. Aile hekimliği de 1219 sayılı Yasaya ekli çizelge uyarınca bir tıpta uzmanlık dalı olup 6 yıllık tıp fakültesi eğitimi sonrasında Tıpta Uzmanlık Sınavı ile hak kazanılan 3 yıllık uzmanlık eğitimi sonrasında elde edilen bir yetkidir. Aile hekimliği uzmanlık eğitimi, teorik bilimsel eğitimin yanı sıra uygulamalı tıp eğitimini de içermekte, eğitimin bir bölümü de farklı uzmanlık dallarında rotasyonlarla gerçekleştirilmektedir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 3 üncü maddesinde, üniversiteler ile birlikte, bunların bünyesinde yer alan araştırma ve uygulama merkezleri de yükseköğretim kurumları olarak sayılmış; Uygulama ve Araştırma Merkezi, yükseköğretim kurumlarında eğitim öğretimin desteklenmesi amacıyla çeşitli alanların uygulama ihtiyacı ve bazı meslek dallarının hazırlık ve destek faaliyetleri için eğitim-öğretim, uygulama ve araştırmaların sürdürüldüğü bir yükseköğretim kurumu olarak tanımlanmıştır.

Üniversitelerin tıp fakültelerine ait hastaneler bir uygulama ve araştırma merkezi olarak, mesleki hizmet te üretilen kurumlardır. Tıp fakültelerinin eğitim ve araştırma gibi iki temel akademik işlevi, yürütülen sağlık hizmeti işlevi ile farklı bir boyut kazanmakta ve böylece eğitim, araştırma faaliyeti ile sunulan sağlık hizmetinin bütünleştiği, iç içe geçtiği bir alan ortaya çıkmaktadır.

Bu yönüyle de Sağlık Bakanlığına bağlı aile sağlığı merkezlerinin sağlık hizmeti sunma işlevi ile tıp fakültelerinin hizmet işlevi birbirinden farklı niteliğe sahiptir. Tıp fakültesi, sadece sağlık "hizmet"i sunmaya odaklı olmayıp; aynı zamanda eğitim ve araştırma öncelikli bir işleve sahiptir. Bu anlamda iptali istenilen düzenlemeler yükseköğretim kurumu niteliğindeki bir uygulama ve araştırma merkezinin kurulması niteliğinde değildir

Aksine 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun personelin mali ve özlük hakları başlıklı 3 üncü maddesinde yapılmasından da anlaşıldığı üzere düzenleme Sağlık Bakanlığı tarafından planlanıp sürdürülen aile hekimliği hizmetlerinin aile hekimliği uzmanlık eğitimi gören asistanlara gördürülmesine ilişkindir. Böylece bir eğitim kurumu uygulamalı eğitim adı altında kaçınıcı yılında olduğu farketmeksizin asistan başına 4000 nüfusluk bir toplumsal kesim olmak üzere o bölgede yaşanan toplumun önemli bir kesiminin sürekli nitelikteki birinci basamak sağlık hizmetleri vermeyi üstlenmiş sağlık sunucusuna dönüştürülmektedir.

Düzenleme öğretim üyeleri ile tıpta uzmanlık eğitimi öğrencilerinin yükseköğretim hakkından yoksun bırakılması ile tıpta uzmanlık eğitimi veren kurumların sağlık hizmeti sunan kurumlara dönüştürülmesi sonucunu doğurmaktadır.

Tıpta uzmanlık eğitimi verilen eğitim kurumlarının sağlık hizmeti sunma öncelikli kurumlara dönüştüren yasa hükümleri yükseköğretim amacı, yükseköğretim kurumlarının işlevi ve üniversitelerin bilimsel özerkliğiyle bağdaşmamakta, Anayasanın 130 uncu maddesine aykırı bulunmaktadır.

Anayasanın 130 uncu maddesine aykırılık oluşturan kural, kuşkusuz, aynı zamanda Anayasanın 2 nci maddesinde ifadesini bulan "Hukuk Devleti İlkesi"ne de aykırılık oluşturmaktadır."

Diğer uzmanlık alanları için öngörülen kural ve yöntemden yalnızca aile hekimliği uzmanlık eğitimi yönünden farklı düzenleme yapılmasını gerektirir bilimsel nedenler bulunmamaktadır. Aksine tıp alanındaki bilimsel gereklilikler aile hekimliği uzmanlık eğitiminin de aynı kural ve koşullarda yapılmasını gerektirmektedir. Aile hekimliği uzmanlık öğrencilerinin eğitim ve öğretim yerine sürekli nitelikte verilmesi gereken aile hekimliği hizmetlerinin sunumundan sorumlu kılınması; uzmanlık eğitimi görmekte olan hekimlerin farklı koşullara tabi tutulması Anayasanın eşitlik ilkesine aykırıdır.

6354 sayılı Kanun'un 12 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü maddesinin sonuna eklenen dokuzuncu ve onuncu fıkraları Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 130 uncu maddelerine aykırı olduğundan iptali istenilmektedir.

5) 6354 Sayılı Kanun'un 16 ncı Maddesi ile Değiştirilen 663 Sayılı KHK'nin 33 üncü Maddesinin Beşinci Fıkrasının ve 16 ncı Maddesi ile 663 Sayılı KHK'nin 33 üncü Maddesine Eklenen Yedinci ve Sekizinci Fıkraların

6354 sayılı Kanunun 16 ncı maddesi ile 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 33 üncü maddesinin beşinci fıkrası değiştirilmiş ve maddeye yedinci ve sekizinci fıkralar eklenmiştir.

Beşinci fıkroda Tabip, diş tabibi ve eczacılardan sözleşmeli personel olarak görev yapanların ihtiyaç hâlinde Bakanlığın ve bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatında daire başkanı ve daha üst yönetici kadrolarında süreli olarak görevlendirilebileceği,

Yedinci fıkroda sözleşmeli personelin disiplin amirlerinin tayini ile çalışma usul ve esasları Bakanlık tarafından belirleneceği ve bunlardan idarî görevlerde bulunanlara memurların disiplin amirliği yetkisi verilebileceği,

Sekizinci fıkra da ise Devlet hizmeti yükümlülüğünü yapmakta olan personelin muvafakatı aranmaksızın atanmış olduğu sağlık kurumunda bu madde kapsamında sözleşmeli personel olarak çalıştırılabileceği, il merkezindeki sağlık kurumlarına atanmış olan Devlet hizmeti yükümlülerinin ise Birlik merkezinde de sözleşmeli personel olarak çalıştırılabileceği düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere sözleşmeli personelin atama veya görevlendirmesine ilişkin kurallarının yasa ile düzenlenmesi ve memurlara olduğu gibi diğer kamu görevlilerine de yasal güvence oluşturulması Anayasal zorunluluktur.^[16]

"Görevlendirme", "atama" işleminden tamamen farklı olan ve memurlar veya diğer kamu görevlilerine güvence sağlamayan bir idari işlemdir.

Sözleşmeli personelin, istihdam edildiği hizmet biriminde ihtiyaç bulunması daire başkanı veya daha üst makamlarda süreli olarak görevlendirilebileceğine ilişkin düzenleme "yürütmenin kanuniliği" ilkesine de aykırı bir düzenlemedir. Yasama organı, "gerektiği hallerde" ibaresini kullanarak, yürütme organına gerektiği halleri asli olarak belirleme yetkisini yani asli düzenleme yapma yetkisini vermiştir. Bu düzenleme aynı zamanda; Anayasanın 128 inci maddesinde yer alan "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir" kuralına aykırıdır.

Sözleşmeli olarak istihdam edilen ve süreli olarak yönetsel makamlarda görevlendirilen kamu görevlisine ayrımsız bütün personelin disiplin amirliği yetkisi verilmesi de aynı nedenlerle Anayasaya aykırı düşmektedir.

Sekizinci fıkroda güvenceli atama yöntemleri ile çalışma olanağı bulunan Devlet hizmeti yükümlülüğünü yapmakta olan personelin, muvafakatı aranmaksızın atanmış olduğu sağlık kurumunda sözleşmeli personel olarak çalıştırılabileceğine, il merkezindeki sağlık kurumlarına atanmış olan Devlet hizmeti yükümlülerinin ise Birlik merkezinde de sözleşmeli personel olarak çalıştırılabileceğine ilişkin düzenlemede ortak Anayasaya aykırılık nedenlerini içermektedir.

Anayasada yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7 nci maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir.

Anayasanın 6 ncı maddesine göre, hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı için, söz konusu düzenleme Anayasanın 6 ncı maddesine de aykırıdır.

Devlet organlarının düzenli çalışması, yönetimde istikrarın sağlanmasıyla olanaklıdır. Yönetimde istikrar ise, kamu hizmetinin değişken ögesi olan iktidardaki siyasal partilerle değil, kamu hizmetinin değişmez ögesi olan kamu görevlilerine sağlanacak "görev güvence"siyle gerçekleştirilebilecektir. Kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması için, kamu görevlilerinin atama güvencesine kavuşturulmasında kamu yararı bulunmaktadır.

Anayasanın 128 inci, 6 ncı ve 7 nci maddelerine açıkça aykırı olan bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesiyle bağdaştığı söylenemez.

Çünkü hukuk devletinin, işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olması, hukukun üstünlüğü ilkesini içtenlikle benimsemesi, yasa koyucunun çalışmalarında kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı tutması, yasa koyucu da dahil devletin tüm organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olması, adil bir hukuk düzeni kurarak geliştirmeyi zorunlu sayması gerekir.

Hukuk devleti olmak, yönetilenlere hukuk güvencesi sağlayan bir düzen kurmaktır. Böyle bir düzenin kurulması, yasama ve yargı yetkileriyle yürütme alanına giren tüm işlemlerin hukuk kuralları içinde kalması ile gerçekleşebilir. Bu bağlamda hukuk devleti, her dilediğini yapamayan, kendini hukukla bağlı sayan ve tüm yetkilerinin sınırının hukuksal kurallarla belirlendiği Devlettir.

Ayrıca, Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 11 inci maddesindeki Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle uyum halinde olması da düşünülemez.^[17]"

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 663 sayılı KHK'nın 33 üncü maddesinin beşinci, yedinci ve sekizinci fıkralarının Anayasanın 2 ncı, 6 ncı, 7 nci, 11 inci ve 128 inci maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali talep edilmektedir.

6) 6354 Sayılı Kanun'un 23 üncü Maddesi ile 6283 Sayılı Hemşirelik Kanununa Eklenen Geçici 3 üncü Maddesinin İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

6354 sayılı Yasanın 23 üncü maddesi ile 6283 sayılı Hemşirelik Kanununa Geçici Madde 3 eklenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 5 yıl süre ile sağlık meslek liselerinin hemşirelik programlarına öğrenci alınmasına devam olunması ve bu programlardan mezun olanlara hemşire unvanı verilmesi kararlaştırılmıştır.

Her ne kadar geçiş dönemi hükümleri gibi düzenlenmiş ise de bu düzenlemeler 5 yıl öncede yapılmış olup ilk değildir.

25.04.2007 gün ve 5634 sayılı Kanunla değişik 6283 sayılı Hemşirelik Kanunun 1 inci maddesinde "Türkiye'de üniversitelerin hemşirelik ile ilgili lisans eğitimi veren fakülte ve yüksek okullarından mezun olan ve diplomaları Sağlık Bakanlığınca tescil edilenler Hemşire unvanı" verileceği düzenlenmiştir.

25.04.2007 gün ve 5634 sayılı Kanunla değişik 6283 sayılı Hemşirelik Kanunun geçici 2 nci maddesinde ise "Bir defaya mahsus olmak üzere, ebelik diplomasına sahip olduğu halde bu Kanunun yayımı tarihinde en az üç yıldan beri yataklı tedavi kurumlarında filen hemşirelik görevi yaptığını resmi belge ile belgelendiren ve bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içerisinde talepte bulunanlar hemşirelik yetkisiyle görevlerine devam ederler" hükmünün yanı sıra son fıkra olarak "Üniversitelerin hemşirelik programlarında ülke ihtiyacını karşılayacak yeterli kontenjan oluşturulmak üzere 5 yıl süre ile sağlık meslek liselerinin hemşirelik ve hemşireliğe eşdeğer sağlık memurluğu programlarına öğrenci alınmasına devam olunur ve bu programlardan mezun olanlara hemşire unvanı verilir" düzenlemeleri yapılmıştır.

25.02.1954 günlü, 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'na eklenen Geçici Madde 2'nin "5 yıl süre ile sağlık meslek liselerinin hemşirelik ve hemşireliğe eşdeğer sağlık memurluğu programlarına öğrenci alınmasına devam olunur ve bu programlardan mezun olanlara hemşire unvanı verilir" hükmünü içeren son fıkrasının iptali için açılan davayı Anayasa Mahkemesi reddetmiştir.^[18]

Anayasa Mahkemesi gerekçeli kararında; "Hemşirelik; hastaları izlemek, tanı koymak ve tedavi süreçlerini yönlendirmek için gerekli olan ileri soyut düşünme yeteneği ve bilgi, belirli düzeyde beceri, psikolojik ve sosyolojik olguları kavrayacak kadar kültürel donanım, ağır tempoyu üstlenebilecek bir fiziksel dayanıklılık ve temel insanlık değerleri gerektiren bir meslektir. Bu açıdan toplum sağlığının korunmasında önemli işlevleri bulunan hemşirelik eğitiminde uluslararası standartlarda lisans eğitiminin önemi açıktır. Üniversitelerin hemşirelikle ilgili lisans eğitimi veren fakülte ve yüksekokulların eğitim-öğretim süreleri dört yıl, hazırlık eğitimi verilenler de ise beş yıldır. Bu bağlamda, beş yıllık sürenin, lisansüstü eğitim süresi gözetilerek konulduğu anlaşılmaktadır" cümleleri ile lisans eğitiminin gerekliliği ve önemine vurgu yapmıştır. Kararın devamında; "Sağlık hizmetlerinin devamlılığı asıldır. Hemşirelik eğitiminde lisans ve lisansüstü eğitime geçiş bir süreci gerektirir. İptali istenilen kuralda hemşirelik eğitiminde lisans eğitime geçiş sürecinde mevcut ve gelişmelere göre artan hemşire ihtiyacı gözetilerek geçici olarak beş yıl süreyle sağlık meslek liselerinin hemşirelik ve hemşireliğe eşdeğer sağlık programlarına öğrenci alınmasına devam olunması, sağlık ve yaşam hakkının korunması ve bu korumada sürekliliğin sağlanmasında Devlete verilen pozitif yükümlülüğün bir gereğidir" gerekçesi ile düzenlemenin Anayasaya uygun olduğu sonucuna varmıştır.

6354 sayılı Kanun'un iptali istenilen hükümleri ile Anayasa Mahkemesi tarafından geçiş dönemi hükmü olarak değerlendirilen kurallar yeniden düzenlenerek "geçici madde" altında sürekli hale getirilmiştir. Böylece örtülü olarak 6283 sayılı Hemşirelik Kanunun hemşirelik unvanının edinebilmesi için hemşirelikle ilgili lisans programlarından mezun olma gerekliliğine ilişkin 1 inci maddesinin etkisiz kılınması söz konusudur.

Türkiye'de Cumhuriyetin kurulduğu 1923 sonrasında başlayarak hemşirelik eğitimi ağırlıklı olarak, Sağlık Meslek Lisesi düzeyinde verilmiştir. Ancak 1960'lardan bu yana lisans düzeyinde de eğitim verilmektedir. 52 yıldır sayıları giderek artan ve AB Direktifine uyumlandırılmış farklı üniversitelerin bünyesinde lise sonrası lisans düzeyinde 4 yıl süreli

eğitim yapan 108 Hemşirelik Programı vardır. Buradan mezun olanlara "Hemşire " unvanı verilmektedir.

Böylece hemşirelik unvanının; hem lise üzerine en az 4 yıl süre ile lisans düzeyinde hem de 8 yıl temel eğitim üzerine 4 yıl süreli meslek lisesi düzeyinde iki farklı eğitim düzeyi ile edinilmesine uzun yıllar olanak sağlanmıştır.

Sağlık Meslek Liselerinin hemşirelik programları, Sağlık Bakanlığına bağlı kurumlarda 2004 yılına kadar yürütülmüş, 2004 yılında bu okullar Milli Eğitim Bakanlığı'na devredilmiştir. Meslek Lisesi düzeyindeki eğitim iki kez hemşirelerin gösterdiği çabalarla 1996-2000 ve 2005-2007 yılları arasında kesintiye uğratılabilmiş bu dönemlerde yalnızca lisans düzeyinde hemşirelik eğitimi verilmiştir.

Sağlık Meslek Lisesi Hemşirelik Programı 8 yıl olan zorunlu eğitimi bitiren ve yaşı 14-15 arasında olan öğrenciler Milli Eğitim Bakanlığına bağlı dört yıl süreli meslek okullarının hemşirelik programlarında okuyup 17-18 yaş civarında "Hemşire" olabilmektedir. Bu sırada aday aynı diploma ile lise diplomasına denk bir diplomaya da sahip olmaktadır. Meslek liseleri hemşirelik programı eğitiminin dört yılı tamamıyla mesleki eğitimden ibaret değildir. Bu programla aday aynı zamanda lise diplomasına denk bir diploma alacağından, programın 1/4 den fazlası Tarih, Coğrafya, Fizik, Matematik gibi lise derslerine ayrılmıştır.

Düz lisede öğrenim gören bir çocuk seçmeli derslerle birlikte haftada 30 saat, Fen lisesi, Anadolu Lisesi ve Spor Lisesinde ise 35 saat ders yapmaktadır. Sağlık meslek lisesi hemşirelik bölümü öğrencileri ise 1-4 sınıflarda haftada 42-44 saat teorik ders, 3. ve 4. Sınıfta günde 8 saat olmak üzere 3 gün hastanede staj yapmaktadırlar. Eğitim öğretim dönemi dışında ise yaz stajı olarak toplam 72 iş günü (288 saat) hastanede çalışmaktadırlar. Birinci sınıfında en az 1088 saat, ikinci sınıfında 646 saat, üçüncü sınıfında 442 saat, dördüncü ve son sınıfında 272 saat (toplam 2448 saat) düz lise dersleri içeren yaklaşık 7 bin saatlik bu eğitim programı öğrencilerin dinlenmesine, kişisel gelişimlerine katkıda bulunacak sanatsal ve sosyal aktivitelere katılmasına fırsat bırakmayacak derecede yüklü bir programdır. Ve bunlar, hepsinden önemlisi henüz çocuk ergendir. Diğer bir değişle 18 yaş altında olduğu için çocuk kabul edilmektedir. Çocuk ergenlerin özellikleri bilinmektedir.

Geçici Madde 3'ün yürürlüğe girmesi ile birlikte lisans eğitimine ağırlık verilmesi yerine Hemşirelik programlarının sayısı Milli Eğitim Bakanlığı tarafından 339'a çıkartılmıştır. Türkiye'de Hemşirelik mesleğinin asıl işlevi olan bilinçli, kanıta dayalı bakım kendisinden hiç beklenmemiştir. Hemşire basit el becerileriyle donatılmış, ne denirse onu yapan bir insan gücü olarak görülmüştür. Bu anlayıştan kopamama, hemşirelik için titiz bir insan gücü planlaması gereğini bile duyurmamıştır. Hep kaba rakamlar üzerinden ihtiyaç belirlemeleri yapılmış, ona bile ulaşamadığı için ileri sürülen ve çok tartışmalı olan bir açık ortaya çıkmıştır. Hemşire insan gücü durumu hakkında bilgi verecek enformasyon sistemi yoktur. Örneğin, kurumlar arası yıllık hemşire devri ve nedenleri hakkında hiçbir bilgi yoktur. Hemşirelerin ne kadarının hemşirelik dışı işlerde kullanıldıklarına dair bilgiler de yoktur.

Yapılan ve sürdürülen düzenlemeler sonucunda:

Çok küçük yaşta çocuklar hemşire olmaya yönlendirilmekte, maddi ve manevi varlıklarını koruyup sürdürme hakları ihlal edilmektedir.

Daha az eğitim alanlara da aynı unvan, görev ve yetki verilerek lisans düzeyindeki hemşirelik programlarından mezun olanlar aleyhine ve daha az eğitim alanlar lehine bir tür imtiyaz yaratılarak eşitlik ilkesine aykırı davranılmaktadır.

Hemşirelik grupları arasında çıkan huzursuzluk mesleği ve icracılarını derinden hırpalamaktadır. Hemşireler çalışma yaşamından kaynaklanan pek çok nedenin yanı sıra bu nedenle de çok yıpranmakta ve sağlık ekibi içerisinde sağlık hizmetinin niteliğine kendi mesleki alanı ile gerekli katkıyı yapmakta çok zayıf kalmaktadır.

6354 sayılı Yasanın 23 üncü maddesi ile 6283 sayılı Hemşirelik Kanununa eklenen Geçici 3 üncü maddenin ikinci fıkrasının Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 17 nci, 48 inci ve 56 ncı maddelerine ve Anayasa ile özde uyum içinde olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun (Haysiyetinin) Korunması Sözleşmesi'ne aykırı olduğundan iptali istenilmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

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 kural hakkında yürürlüğünün durdurulması da istenerek iptal davası açılmıştır. 04.07.2012 tarihli ve 6354 sayılı "Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un iptali istenen maddelerinin uygulanması halinde, Anayasaya, kanunlara ve Uluslararası sözleşmelere Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına aykırı olarak geriye dönüşü imkansız biçimde ve giderilmesi olanaksız hukuki zarar ve durumlara yol açacağı açıktır..

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kuralların yürürlüklerinin durdurulması istenilmektedir.

V. SONUÇ VE İSTEM

12.07.2012 tarih ve 28351 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 04.07.2012 tarihli ve 6354 sayılı "Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un;

1) 1 inci maddesi ile 24.04.1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 153 üncü maddesine eklenen ikinci fıkranın, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 13 üncü, 17 nci, 48 inci ve 56 ncı maddelerine,

2) 7 nci maddesi ile 07.05.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 1 inci maddesine eklenen fıkranın, Anayasanın 2 nci, 6 ncı ve 130 uncu maddelerine,

3) 8 inci maddesi ile değiştirilen 3359 sayılı Kanunun ek 9 uncu maddesinin, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 124 üncü, 130 uncu ve 131 inci maddelerine,

4) 12 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü maddesinin beşinci fıkrasının sonuna eklenen cümle ile 13 üncü maddesi ile 5258 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine eklenen "Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde" ibaresinin, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 17 nci, 50 nci, 56 ncı ve 128 inci maddelerine; 12 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü maddesinin sonuna eklenen fıkraların, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 130 uncu maddelerine,

5) 16 ncı maddesi ile değiştirilen 663 sayılı KHK'nin 33 üncü maddesinin beşinci fıkrasının ve 16 ncı maddesi ile 663 sayılı KHK'nin 33 üncü maddesine eklenen yedinci ve sekizinci fıkraların, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 11 inci ve 128 inci maddelerine,

6) 23 üncü maddesi ile 6283 sayılı Hemşirelik Kanununa eklenen Geçici 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 17 nci, 48 inci ve 56 ncı maddelerine,

aykırı olduklarından iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

B- Dava dilekçesindeki eksikliklerin giderilmesi kararından sonra verilen 19.10.2010 günlü ek dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"04.07.2012 tarihli ve 6354 sayılı "Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un bazı maddelerinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması talebiyle yaptığımız başvuru için ilgi yazınızda bildirilen eksiklikler giderilerek, aşağıda yer alan milletvekillerinin iradelerini temsil eden imzalarla birlikte gereği için bilgilerinize sunulmuştur.

İlgide belirtilen kararınızda, Yüksek Mahkemenizde görülmekte olan 04.07.2012 tarihli ve 6354 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun bazı maddelerinin Anayasaya aykırılığı savıyla açılan iptal davasının 27.09.2012 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında;

"Dava dilekçesinde, 6354 sayılı Kanun'un

A) 1- 1 inci maddesiyle 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 153 üncü maddesine eklenen ikinci fıkranın, Anayasanın 10 uncu maddesine,

2- 8 inci maddesiyle değiştirilen 3359 sayılı Kanun'un ek 9 uncu maddesinin, Anayasanın 7 nci ve 124 üncü,

3- 23 üncü maddesiyle 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'na eklenen Geçici Madde 3'ün ikinci fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 48 inci ve 56 ncı,

maddelerine de aykırı oldukları belirtilerek iptallerinin istenmesine karşın, bu hükümlerinin her birinin aykırı olduğu ileri sürülen her bir Anayasa maddesine ilişkin gerekçelerinin gösterilmediği,

B) 4- 23 üncü maddesiyle 6283 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 3'ün ikinci fıkrasının, Anayasanın 5 inci, 10 uncu ve 17 nci maddeleri ile ilgili iptal gerekçelerinin yetersiz olduğu,

saptanmıştır."

denildikten sonra belirtilen eksikliklerin giderilmesi için kararın tebliğinden başlayarak onbeş gün süre verilmesine karar verildiği tarafımıza bildirilmiştir.

04.07.2012 günlü, 6354 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun bazı maddelerinin Anayasaya aykırılığı savıyla açılan iptal davasının ilk görüşmesinde Yüksek Mahkemenizin karara bağladığı eksikliklerin giderilmesi için ek dilekçe hazırlanarak milletvekillerinin iradelerini belirten imzaları ile birlikte aşağıda bilgilerinize sunulmuştur.

İlgi Kararınızın (A/1). maddesinde belirtilen hususlar: 6354 sayılı Yasanın 1 inci maddesiyle 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 153 üncü maddesine eklenen ikinci fıkrasına ilişkin, ilgi kararınızda belirtilen eksiklikler aşağıdaki şekilde tamamlanmıştır.

1) 6354 Sayılı Kanun'un 1 inci Maddesi ile 24.04.1930 Tarihli ve 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 153 üncü Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6354 sayılı Kanun'un 1 inci maddesi ile 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 153 üncü maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere "Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması hâlinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir. şeklindeki ikinci fıkra eklenerek, sezaryen ile doğum "tıbbi zorunluluk" ile sınırlandırılmıştır.

Anayasanın 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğu; ikinci fıkrasında, kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu ve Devletin bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu; dördüncü fıkrasında, hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı ve son fıkrasında ise, Devlet organları ile idari makamların bütün işlemlerinde yasa önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorunda bulunduğu kurallarına yer verilmiştir.

Öte yandan, Anayasanın 17 nci maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu vurgulandıktan sonra ikinci fıkrasında, tıbbi zorunluluklar ve yasada yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı belirtilmiş; 41 inci maddesinin ikinci fıkrasında, Devlet, ailenin huzur ve refahını, özellikle ananın ve çocukların korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almakla yükümlü kılınmış ve 56 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında ise Devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak görevi verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında vurgulandığı üzere yasa önünde eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemekle birlikte, birbirinin aynı durumda olanlara aynı, ayrı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve böylece ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmemesi için, aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, kişisel durumları ve nitelikleri özdeş olanlar arasında, konulan kurallarla değişik uygulamaların yapılmaması gerekmektedir.

Ancak, artan küreselleşme ve yurtdışına çıkışların kolaylaşması ile birlikte, yasa koyucunun iç hukukta yaptığı düzenlemelerin, dış dünyadaki eşdeğer düzenlemelerle eşleşmesini sağlamaya özen göstermesi de gerekmekte ve hatta Anayasanın 90 ıncı maddesi bağlamında bu durum hukuksal bir zorunluluk taşımaktadır.

Türkiye'de sezaryen ile doğumun "tıbbi zorunluluk" ile sınırlandırılması, ekonomik açıdan toplumun korunmaya muhtaç yoksul kesimlerdeki kadınlarımız için hukuksal bir sonuç doğururken; varsıl kesimlerine ait kadınlarımız için hukuksal bir değer taşımamaktadır. Çünkü, toplumun varsıl kesimlerine ait kadınlarımız, "tıbbi zorunluluklar" dışında kalan, korku, kaygı, tedavi ile hamilelik, vücut bütünlüğü gibi gerekçelere dayalı sezaryen ile doğum yapma tercihlerini yurt dışına çıkarak gerçekleştirebilmekte; buna karşın aynı tercih toplumun ekonomik olarak güçsüz kesim kadınlarımız için söz konusu olamamaktadır. Bu bağlamda, yasa koyucunun getirdiği düzenleme yoksul kesim kadınları için hukuksal bağlayıcılık taşıırken, toplumun varsıl kesim kadınları lehine bir eşitsizliğe yol açarak, sermaye sınıfına kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmayan imtiyaz sağlama sonucunu doğurmaktadır. Bu itibarla iptali istenen düzenleme, Anayasanın 10 uncu maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesine aykırıdır.

Öte yandan, Anayasanın 17 nci maddesinde koruma altına alınan "vücut bütünlüğü" hakkı, kadın-erkek herkes için geçerlidir ve Anayasanın 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasında, kadın ve erkeklerin hak eşitliğini yaşama geçirme Devlete verilmiş bir yükümlülüktür. Kadının erkekte olmayan doğurganlığına/analığına bağlı doğal bir özelliğinin dezavantaja dönüştürülerek, "vücut bütünlüğü" hakkının kullanımı açısından, kadın ve erkekler arasında kadının tercihinin sınırlandırılması yoluyla cinsiyet eşitsizliği ile sonuçlanması, Anayasanın 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasına da aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6354 sayılı Kanun'un 1 inci maddesi ile 24.04.1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 153 üncü maddesine eklenen ikinci fıkrası, Anayasanın 10 uncu maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

İlgi Kararınızın (A/2). maddesinde belirtilen hususlar: 6354 sayılı Yasanın 8 inci maddesiyle değiştirilen 3359 sayılı Kanun'un ek 9 uncu maddesine ilişkin, ilgi kararınızda belirtilen eksiklikler aşağıdaki şekilde tamamlanmıştır.

3) 6354 Sayılı Kanun'un 8 inci Maddesi ile Değiştirilen 3359 Sayılı Kanunun Ek 9 uncu Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

6354 sayılı Yasanın 8 inci maddesi ile 3359 sayılı Kanunun ek 9 uncu maddesi değiştirilerek yeniden düzenlenmiştir. Yapılan düzenleme ile Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına ait kurum ve kuruluşlar ile üniversitelerin ilgili birimlerinin işbirliğine ek olarak Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastaneleri ile üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinin birlikte kullanımı da öngörülmektedir.

Bununla birlikte, birlikte kullanılacak üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinin Bakanlığın tâbi olduğu mevzuat uyarınca işletilmesi öngörülürken, birlikte kullanıma ilişkin usul ve esasların yasayla düzenlenmesi yerine Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulu tarafından müştereken çıkarılacak yönetmelikle belirlenmesi kurallaştırılmıştır.

Anayasanın 7 nci maddesinde, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği; 124 üncü maddesinde ise, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilecekleri kurallarına yer verilmiştir.

Yasama yetkisinin asli bir yetki olması ve dolayısıyla genelliği nedeniyle, yasama organı, dilediği alanı Anayasal ilke ve kurallara uygun olmak koşuluyla düzenleme yetkisine sahiptir.

Yasama organı, yasama yetkisinin asli ve devredilemez, buna karşın yürütme ve idarenin düzenleme yetkisinin ise türevsel, istisnai ve sınırlı olduğunu gözeterek, temel ilkelerini koyduğu, esaslarını düzenlediği, çerçevesini çizdiği konularda yürütme ve idareye konunun uzmanlık gerektiren veya yönetim tekniğine uygun ayrıntılarını düzenleme yetkisi tanıyabilir.

Oysa iptali istenen düzenlemeler, üniversiteler ile Sağlık Bakanlığı arasında uygulanacak "birlikte kullanımın" yasal çerçevesini çizen kurallar içermemektedir. Yasada; birlikte kullanımın nasıl bir yöntem izlenerek hangi ilke ve kurallara uyularak yapılacağı; birlikte kullanılacak kurumun yönetim esas ve usullerinin ne olacağı ve üniversiteler ile Sağlık Bakanlığı arasındaki ilişkilerin yasal zemini düzenlenmemiştir. Yasada, belirtilen konularda düzenleme yapma yetkisi, herhangi bir temel ilke konulmadan, esas ve usuller düzenlenmeden, çerçeve çizilmeden tümüyle yönetmeliğe bırakılmıştır. Böylece üniversitelerin bilimsel özerkliğini ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile olan ilişkilerini doğrudan ilgilendiren bilimsel araştırma ve tedavi hizmetleri alanının düzenlenmesi, hiçbir ilke ve kural konulmaksızın, esas ve usuller belirlenmeksizin bütünüyle yönetmeliğe bırakılarak bu alandaki yasama yetkisi fiilen idareye devredilmiş bulunmaktadır.

Bu bağlamda, 6354 sayılı Yasanın 8 inci maddesiyle değiştirilen 3359 sayılı Kanun'un ek 9 uncu maddesindeki iptali istenen düzenlemeler, yasama yetkisinin devredilmezliğini öngören Anayasanın 7 nci maddesine ve yönetmeliklerin, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılacağını düzenleyen 124 üncü maddesine aykırıdır.

Öte yandan, Anayasanın 124 üncü maddesinde yönetmelik çıkarma yetkisi, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerine, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla verilmiştir. Üniversitelerin tamamı kamu tüzel kişiliğine sahiptir ve bu bağlamda yönetmelik çıkarma yetkileri bulunmaktadır.

Üniversitelere ait sağlık uygulama ve araştırma merkezleri Sağlık Bakanlığı ile birlikte kullanılacak ise, birlikte kullanıma ilişkin usul ve esasların her bir üniversite ile Sağlık Bakanlığı tarafından müştereken çıkarılacak yönetmelik yerine; sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinin sahibi kamu tüzel kişiliğine sahip üniversiteler dışarıda bırakılarak, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulu tarafından

müştereken çıkarılacak yönetmelikle belirlenmesi, Anayasanın 124 üncü maddesine bu açıdan da aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6354 sayılı Kanun'un 8 inci maddesi ile değiştirilen 3359 sayılı Kanunun Ek 9 uncu maddesinin iptali istenen hükümleri, Anayasanın 7 nci ve 124 üncü maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

İlgi Kararınızın (A/3). ve (B/4). maddelerinde belirtilen hususlar: 6354 sayılı Yasanın 23 üncü maddesiyle 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'na eklenen Geçici Madde 3'e ilişkin, ilgi kararınızda belirtilen eksiklikler aşağıdaki şekilde tamamlanmıştır.

6) 6354 Sayılı Kanun'un 23 üncü Maddesi ile 6283 Sayılı Hemşirelik Kanununa Eklenen Geçici 3 üncü Maddesinin İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

25.04.2007 tarih ve 5634 sayılı Hemşirelik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile bir yandan 25.02.1954 tarihli ve 6283 sayılı Hemşirelik Kanununun 1 inci maddesinde yapılan değişiklikle, "Hemşirelik" unvanının üniversitelerin hemşirelik ile ilgili lisans eğitimi veren fakülte ve yüksek okullarından mezun olanlara verilmesi esası getirilirken; diğer yandan 6283 sayılı Kanuna eklenen geçici 2 nci madde ile üniversitelerin hemşirelik programlarında ülke ihtiyacını karşılayacak yeterli kontenjan oluşturulmak üzere 5 yıl süre ile sağlık meslek liselerinin hemşirelik ve hemşireliğe eşdeğer sağlık memurluğu programlarına öğrenci alınmasına devam olunması ve bu programlardan mezun olanlara hemşire unvanı verilmesini öngören beş yıllık bir geçiş süreci öngörülmüştür.

6354 sayılı Kanun'un 23 üncü maddesi ile 6283 sayılı Hemşirelik Kanununa eklenen geçici 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası ile ise, söz konusu geçiş sürecinin bir beş yıl daha uzatılarak geçiş hükmünün kalıcı hale getirilmesi öngörülmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında belirtildiği üzere, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Devletin, insan sağlığı ve tedavi hizmetlerindeki öneminden dolayı hemşirelik mesleğinin üniversite mezunları tarafından yürütülmesini 2007 yılında kabul etmesi ve beş yıllık geçiş süresi de vermesinden sonra geçiş sürecinin bir beş yıl daha uzatılarak geçiş hükmünün kalıcılaştırılması ve dolayısıyla temel bir insan hakkı olan yaşama hakkı gibi bir alanda hukuki istikrarın ortadan kaldırılması, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Öte yandan, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Geçici 2 nci madde hükmü beş yıl süre ile getirilmiş ve kişiler yaşamlarını geçiş hükmünün beş yılın sonunda yürürlükten kalkacağı beklentisine göre planlamışlardır. Beş yıl dolduktan sonra geçiş hükmünün bir beş yıl daha uzatılması, kişilerin hukuki güvenliklerini ortadan kaldırdığından, iptali istenen düzenleme Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine bu açıdan da aykırılık oluşturur.

Sağlık meslek lisesi mezunu olan kişilere hemşirelik unvan ve yetkisi veren düzenleme, hemşirelik hizmetlerinde hemşirelik eğitimi sonucu kazanılan hemşirelik bilgi, görgü ve becerisini zorunluluk değil, bir seçenek durumuna indirgediği için, mesleki faaliyetin, mesleki bilgi ve becerilerle donatılmış yetkin ve yetkili kişiler tarafından icrası bağlamında, çalışma özgürlüğüne yönelik bir müdahale anlamı da taşımaktadır.

"Mesleki faaliyetin yetkili kişiler tarafından icrası anlamında" çalışma özgürlüğüne ilişkin müdahaleler;

- mesleğe girişte ve yükselmede şekil koşullarını,
- mesleğin kapsamını, tanımını,
- meslek mensuplarının görev, yetki ve sorumluluk alanını,
- mesleki faaliyetin diğer meslekler karşısındaki sınırlarını içerirler. Bu tür müdahalelerin Anayasaya uygun sayılması için Anayasanın sınırlama ilkelerine ve "çalışma özgürlüğü"ne ilişkin güvenceye aykırı olmaması gerekir.

Anayasa çalışma özgürlüğünü genel olarak meslekler, yeterlilik kuralları ya da herhangi mesleğe sahip olmadan çalışma yönünden ayrıntılı düzenlemeye tabi tutmamıştır. Ancak özel bir hüküm ile (Anayasa madde 135) kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarını düzenleyerek, mesleklerin özgül niteliklerine bağlı kimi konuların da olabileceğini zımnen kabul etmiştir. Eğitim, uzmanlık eğitimi ve özel yeterlilik koşulları ya da standartları gerektirebilen meslekler ve bunların farklı yoğunlaşma alanlarında, çalışma özgürlüğü bir hak ve yetki boyutu da kazanmaktadır. Sayılan gerekçelerle, bu tür mesleklerde çalışma özgürlüğü ile çalışma hak ve yetkisinden söz etmek daha uygun olur. Anılan türden meslekler için çalışma hakkı, Anayasanın 49/2 nci maddesindeki "istihdam" odaklı çalışma hakkı ve ödevinden çok, 48 inci maddedeki çalışma özgürlüğünün bir sonucu gibidir ("özgürlüğün implikasyonu"). Bu nedenle, anılan mesleklerle ilişkin hukuksal sorunlar, çalışma özgürlüğü ile bağlantılı biçimde çalışma hakkının (Anayasa madde 49/1) norm alanına da girerler.

Yasa koyucu, çalışma özgürlüğünde "mesleğin icrasına ilişkin çerçeve"yi (mesleğe girişte ve yükselmede şekil koşulları, mesleğin kapsamı, tanımı, görev, yetki ve sorumluluk alanı, mesleki faaliyetin diğer meslekler karşısındaki sınırları ve aynı mesleğin uzmanlık dalları içindeki sınırlar) düzenlerken iki unsurla bağlıdır:

(1) Yasa koyucu öncelikle "mesleğin uzmanlık alanına ilişkin yeterlilik standartları"nı "eşyanın doğası" gereği gözetmek zorundadır. Bu zorunluluk, "mesleğin amacına uygun" düzenleme yapılmasının önkoşuludur.

(2) Yasa koyucu, ilk unsurla da bağlantılı olmak üzere, mesleğin icrasına ilişkin çerçeveyi "ölçülülük ilkesi"ne uygun biçimde belirlemek zorundadır. Bu iki unsur, Anayasanın 13 üncü maddesinde yer alan sınırlama ilkelerinin uygulanmasında kendini gösterir.

Geçici Madde 3'ün ikinci fıkrası hemşirelerin çalışma özgürlüğü ve hakkı yönünden incelendiğinde aşağıdaki sonuçlara ulaşılabilir:

- Anayasanın 48 inci maddesi, çalışma özgürlüğünü düzenlerken yalnızca bir koruma normuna yer vermekte ve "mesleki çalışma özgürlüğü" bakımından özel düzenleme ya da

sınırlama nedenleri içermemektedir. Bu durumda, mesleki çalışma özgürlüğü "Anayasanın sözü ve ruhu"na uygunluk ölçütü uyarınca, sistematik yorum kuralları ışığında, Anayasanın bütünlüğü ilkesi gözetilerek sınırlandırılabilir.^[19] Başka bir anlatımla, mesleki çalışma özgürlüğü diğer "anayasal değerler" ile (diğer hak ve özgürlükler ve anayasal ilkeler) çatıştığı ölçüde ve bu çatışma ölçülülük ilkesi ışığında uyumlaştırılarak sınırlandırılabilir.

- Demokratik toplum düzeninin gerekleri bakımından, hemşirelerin çalışma özgürlüğünün sınırlandırılmasında, bu sınırlamayı nesnel biçimde haklı kılacak "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç" bulunmamaktadır. Başta da belirtildiği üzere düzenleme esasen bir geçiş dönemi hükmü değildir. Aynı yöndeki geçici maddelerle sürekli kural haline dönüştürülmüştür.

- Ölçülülük ilkesi bakımından, yasakoyucunun mesleki çalışma özgürlüğüne ilişkin getirdiği sınırlamanın aracının, sınırlama amacı ile hakkaniyete uygun makul bir denge kurması gerekir. Ancak bu dengenin kurulmasında ilk aşama, sınırlama aracının rasyonel olması ve faaliyet alanının gerek ve amaçlarına uygun düşmesidir. Hemşire unvan ve yetkisini kazanabilmek için hemşirelikle ilgili lisans programlarından mezun olmayı seçimlik hale getirerek, hemşirelerin çalışma özgürlüğünü sınırlayan fıkra ne rasyonel ne de uzmanlık yeterliliklerinin nesnel biçimde haklı ya da eşdeğer kıldığı verilere dayanmaktadır. Bu nedenle, ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan "elverişlilik ilkesi" bakımından, sınırlama aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olduğu dahi ileri sürülemez.

- "Öze dokunma yasağı" bakımından incelendiğinde, yasa kuralı hemşirelik mesleğinin özgül niteliğini üstü örtülü biçimde yok saymaktadır. Çünkü hemşirelik, mesleğinin yeterlilikleri ve standartları dikkate alınmamakta, lise düzeyinde eğitim alanlar ile lisans mezunları eşdeğer sayılmaktadır. Bu eşdeğerlik varsayımı, hiçbir nesnel, bilimsel ve mesleki veri ve standartlarla açıklanamamaktadır. Karşılaştırmalı hukukta da gözlendiği gibi,

- bir "mesleği seçmeyi" nesnel koşullar yaratmaksızın engelleyen ya da,

- o mesleğin ortadan kalkmasına yol açan üstü örtülü düzenlemeler,

"mesleğin icra tarzı"na ilişkin düzenlemelerle de yapılabilir.^[20] Mesleğin icra tarzına ilişkin düzenlemelerle meslek seçimine müdahale eden düzenlemelerin Anayasaya uygunluğu, çok daha sıkı bir denetime tabi tutulmalıdır. Bu tür düzenlemelerde, yasa koyucunun takdir yetkisi daha sınırlıdır. Meslek seçimini değersiz ya da önemsiz kılarak, o mesleğin ve meslek içi uzmanlık alanının ortadan kalkmasına yol açabilen yasama işlemleri "öze dokunma yasağı"nı ihlal ederler. İptali istenilen düzenleme hemşirelik mesleğinin nesnel ve bilimsel olarak tartışmasız olan özgül niteliğini yok sayarak, orta ve uzun vadede bu uzmanlığın seçimini tehlikeye düşürmektedir. Böylece, hemşirelerin çalışma özgürlüğü ve hakkının özünü, uzmanlığı "etkisiz hale getirerek" ve "zayıflatarak" ortadan kaldırmaktadır. Bu durum hukuk devletinde kabul edilemez olduğundan Anayasanın 2 nci maddesine bu açıdan da aykırılık söz konusudur.

Anayasanın 48 inci maddesi, çalışma özgürlüğünü düzenlerken "mesleki çalışma özgürlüğü" bakımından özel düzenleme ya da sınırlama nedenleri içermemekle birlikte, anılan hükmün Anayasanın 2 nci, 49 uncu ve 135 inci maddeleri ile birlikte değerlendirildiğinde, lisans eğitimi mezunları tarafından yürütülmesi yasal olarak kabul edilmiş hemşirelik mesleğine girişin, lise mezunlarına bir beş yıl daha açılarak mesleğe girişteki rekabet üzerinden lisans mezunlarının mesleğe girişlerinin oransal ve mutlak anlamda zorlaştırılması ve

dolayısıyla lise mezunlarının mesleğe kabulleri üzerinden lisans mezunlarının çalışma haklarının engellenmesi, Anayasanın 48 inci maddesine aykırılık oluşturur.

Anayasanın 17 nci maddesinde, herkese yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı tanınmış; 56 ncı maddesinde ise, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilerek, devlete vatandaşın korunmuş çevre şartlarında beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmek için pozitif yükümlülük yüklenmiştir.

Kişinin yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardandır. Devlet herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak için sağlık kuruluşlarını planlayıp ekonomik, verimli ve etkili bir şekilde hizmet vermelerini düzenlemekle yükümlüdür. Bu yükümlülük devletin sağlık politikasının güven ve kararlılık içinde, sürekli olarak yürütülmesini gerektirmektedir. Esasında insanların hastalandıklarında ya da hastalanmadan koruyucu hekimlik kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanmaları ve tedavi olmaları insan olmanın asgari yaşam standardıdır.

Devletin, sağlık politikasını güven ve kararlılık içinde sürdürmesi Anayasal bir yükümlülüğü iken, kişinin yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkının gereği olan Hemşirelik mesleğinin geçici hükümlere süreklilik kazandırılarak amacından saptırılması, Anayasanın 17 nci maddesi ile 56 ncı maddesine aykırıdır.

Anayasanın 5 inci maddesinde, 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 kaldırmak; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Anayasal güvence altında olan kişinin yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkının gereği olarak hemşirelik mesleğinin üniversite mezunları tarafından yürütülmesini 2007 yılında kabul etmiş ve tedavi hizmetinin sürekliliğinden dolayı beş yıllık geçiş süresi de vermiş iken; geçiş sürecinin bir beş yıl daha uzatılarak hemşirelik hizmetinin gerekli ve yeterli eğitimi almamış kişiler tarafından verilmesinin kalıcılaştırılması, devletin temel amaç ve görevleriyle bağdaşmadığından Anayasanın 5 inci maddesine aykırılık oluşturur.

Anayasanın 10 uncu maddesinde yasa önünde eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında vurgulandığı üzere, Anayasanın 10 uncu maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanılarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Özellikle, aykırılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı değil, geçerli kılar. Aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme aykırılık oluşturur. Anayasanın amaçladığı eşitlik, eylemli değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasanın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasanın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz.

Ancak, yasa koyucu hemşirelik unvanının üniversite mezunlarına verilmesi ve hemşirelik mesleğinin üniversite mezunları tarafından yürütülmesini 2007 yılında kabul etmiş ve beş yıllık geçiş süresi de vermiş iken, geçiş sürecinin bir beş yıl daha uzatılarak geçiş hükmünün kalıcılaştırılması ve böylece lisans mezunları tarafından kullanılması gereken hemşirelik unvanı ile hemşirelik mesleğinin aynı eğitimi almayan ve dolayısıyla durumları özdeş olmayan lise mezunlarına da açması, Anayasanın 10 uncu maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz.

Çünkü, dört yıllık lise eğitim programları ile kişilerin yapılandırılmış hemşirelik eğitimi ile kazanılan nitelikleri edinemeyecekleri açıktır. Eşitlik ilkesi öncelikle, aynı hukuksal konumlarda olanların eşitliği olarak (de jure / hukuksal eşitlik) anlaşılmakta ve Anayasa Mahkemesi hukuksal eşitliğe öncelik veren yorumunu sürekli biçimde yinelemektedir. Eşdeğer sayılamayacak kişi ya da kişi gruplarından bir kısmı, mesleğin gerekleri bakımından özel yeterlilik ve beceriler ile donatılmış iseler, nesnel olarak bu tür yeterlilikleri daha az olanların, diğerleri ile eş tutulması düşünülemez. Çünkü bu tür eşdeğerliği, eşitlik ilkesi yönünden nesnel ve hakkaniyete uygun biçimde meşru kılacak hiçbir "haklı neden" bulunmamaktadır. Aksi, hemşirelik alanında yeterli eğitim görmeyen bireylerin imtiyazlı muameleye tabi tutulması anlamına gelir. İmtiyazlı muamele ise Anayasa madde 10/4 uyarınca yasaklanmıştır. Sonuç olarak, aynı hukuksal konumda olmayan kişi veya kişi gruplarının, yetki ve sorumluluk yönünden eşit sayılması Anayasanın 10 uncu maddesine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6354 sayılı Kanun'un 23 üncü maddesi ile 6283 sayılı Hemşirelik Kanununa eklenen geçici 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 17 nci, 48 inci ve 56 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir."

^[1] www.bbc.co.uk/news/health-15840743

^[2] J Gallagher, 'Women can choose Caesarean birth', BBC News, 23 November 2011
www.bbc.co.uk/news/health-15840743

^[3] A.S Muula 'Ethical and Practical Consideration of Women Choosing Cesarean Section Deliveries without 'Medical Indication' in Developing Countries.' Şubat 2007
www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2080500

^[4] Örnek olarak bkz. AYMK, E. 1997/62, K. 1998/52, K.t. 16.9.1998; E. 1997/1, K. 1998/1, K.t. 16.1.1998; E. 1990/30, K. 1990/31, K.t. 29.11.1990; E. 1996/15, K. 1996/34, K.t. 23.9.1996. Uluslararası insan hakları belgelerinin Anayasa-üstü sayılması bakımından karşı. AYM, E. 1990/15, K. 1991/5, K.t. 28.2.1991: "Uygar ülkeler, nesebi sahih ve nesebi gayri sahih çocuklar arasındaki tüm eşitsizlikleri kaldırmışlar, Anayasa üstü normlar olarak niteleyebileceğimiz sözleşmelerde çocuklar arasında her türlü ayrımcılığa son vermişlerdir."

^[5] Bu bölümde Prof. Dr. Bertil Emrah Oder'in 6225 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 9 uncu ve 10 uncu maddeleri Uyarınca Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna Eklenen "Ek

madde 13/(b, o, s, ş) hükümlerinin ve "Ek madde 14" Hükümünün Kimi Yönlerinin Anayasaya Aykırılığı Hakkında Mütalaa'sından yararlanılmıştır.

^[6] Karş. AYM, E. 2001 / 309, K. 2002 / 91, K.t. 15.10.2002: "Anayasanın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Ne var ki bu sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur." Ayrıca bkz. AYM, E. 2001 / 309, K. 2002 / 91, K.t. 15.10.2002: "Anayasanın 48 inci maddesinde de, herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu belirtilirken bu özgürlük için bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de dava konusu kuralla getirilen sınırlama, bu maddeden değil, Anayasanın mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini düzenleyen 138. maddesinden kaynaklanmaktadır." İtalik (eğik yazı) bölüm özellikle vurgulanmıştır.

^[7] Anayasa Mahkemesi Esas: 2009/56 Karar Sayısı : 2011/71 Karar Günü : 28.4.2011

^[8] İstanbul Tabip Odası Uzmanlık Eğitimi Çalışma Grubu -Uzmanlık Eğitimi İstanbul Raporu 2007 (Afiliasyon Projesi) sp.11 -13

^[9] İstanbul Tabip Odası Uzmanlık Eğitimi Çalışma Grubu -Uzmanlık Eğitimi İstanbul Raporu 2007 (Afiliasyon Projesi) s.17

^[11] Kaynak; Türkiye'de Hekimlerin Çalışma Koşullarının İrdelenmesi, Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi, Handan Kumaş, Fatma Yücel Beyaztaş, C.Ü.Tıp Fakültesi Dergisi, 29 (3):123-127, 2007.

^[12] Hekimlerin Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesinin Etik Açısından Değerlendirilmesi, İnci Hot ve Esin Karlıkaya (İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Deontoloji ve Tıp Tarihi Anabilim Dalı)

^[13] Aktaran Zafer Gören, temel hakların sınırlandırılması- sınırlamanın Sınırları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl :6 Sayı : 12 Güz 2007/2 s.39-59

^[14] Zafer Gören, a.g.e.

^[15] SAĞLIK BAKANLIĞI Türkiye Halk Sağlığı Kurumu Başkanlığı'nın 3 Ağustos 2012 gün ve Aile hekimlerinin ve aile sağlığı elemanlarının hastane nöbetleri konulu genelgesi

^[16] Anayasa Mahkemesi'nin E.2005/145, K.2009/112 sayılı ve 23.07.2009 günlü kararı

^[17] Anayasa Mahkemesinin 23.7.2009 tarih ve 2005/145 E. 2009/112 K. sayılı kararı

^[18] Anayasa Mahkemesi Esas: 2007/78, Karar: 2010/120 Karar Tarihi: 30.12.2010

^[19] Karş. AYM, E. 2001 / 309, K. 2002 / 91, K.t. 15.10.2002: "Anayasanın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Ne var ki bu

sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur." Ayrıca bkz. AYM, E. 2001 / 309, K. 2002 / 91, K.t. 15.10.2002: "Anayasanın 48 inci maddesinde de, herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu belirtilirken bu özgürlük için bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de dava konusu kuralla getirilen sınırlama, bu maddeden değil, Anayasanın mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini düzenleyen 138. maddesinden kaynaklanmaktadır." İtalik (eğik yazı) bölüm özellikle vurgulanmıştır.

^{120]} Özellikle "meslek özgürlüğü" üst başlığında, "meslek seçimi" ve "mesleğin icrası"nı birbirinden ayırmakla birlikte, onları ilişkilendiren Alman hukukundaki tartışmalar için bkz. Gubelt, Manfred, "Berufsfreiheit", Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 1992, Rdnr. 45 / 49; Avrupa kamu hukukunda karşılaştırmalı gözlemler bakımından bkz. Borrmann, Alexandra, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht: ein rechtsvergleichende Studie, Berlin, Duncker u. Humblot Verlag, 2002; ayrıca bkz. Auer, Arnd, Berufsbegriff des Art. 12 Abs 1 Grundgesetz, Frankfurt a. Main, Lang Verlag, 1991.