

I- REDDİ HÂKİM, İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇELERİ

A- Dava Dilekçesinin Gerekçe Bölümü Şöyledir:

I. HAKİMİN REDDİ TALEBİ

Anayasanın 'Hak arama hürriyeti' başlıklı 36 ncı maddesinde, 'adil yargılanma hakkı' düzenlenmiş; 138 nci maddesinde ise, 'Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.' denilmiştir.

Yargıçların bağımsızlığına gerekçe oluşturan, Anayasa, yasa ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm vermesine ilişkin bu kuraldan yargıçların tarafsızlığı anlaşılmalıdır. Yargıçlara yönelik 'meslek ahlakı standartlarını' oluşturmak amacıyla belirlenen ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 27.06.2006 gün ve 315 sayılı kararıyla benimsenen, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul ettiği 2003/43 sayılı 'Birleşmiş Milletler Bangolar Yargı Etiği İlkeleri' de yargıcın bağımsızlığı ile tarafsızlığına ilişkin bağlayıcı hükümler içermektedir.

Birleşmiş Milletler Bangolar Yargı Etiği İlkelerinin 'Bağımsızlık' ve 'Tarafsızlık' değerleri şöyledir:

'Değer 1: BAĞIMSIZLIK

İlke: Yargı bağımsızlığı, hukuk devletinin ön koşulu ve âdil yargılanmanın temel garantisidir. Bundan dolayı hâkim, hem bireysel hem de kurumsal yönleriyle yargı bağımsızlığını temsil ve muhafaza etmelidir.

Uygulama:

1.1 Hâkim, doğrudan ya da dolayısıyla her hangi bir sebeple ya da her hangi bir yerden gelen müdahale, tehdit, baskı, teşvik ve tüm hâricî etkilerden uzak, hâkimin olayları değerlendirmesi temelinde, vicdanî hukuk anlayışı ile uyum içerisinde bağımsız olarak yargısal işlevini yerine getirmelidir.

1.2 Hâkim, genelde toplumdan, özelde ise karar vermek zorunda olduğu ihtilâfın taraflarından bağımsızdır.

1.3 Hâkim, yasama ve yürütme organlarının etkisi ve bu organlarla uygun olmayan ilişkilerden fiilen uzak olmakla kalmayıp, aynı zamanda öyle görünmelidir de.

1.4 Hâkim, yargısal görevlerini yerine getirirken, tek başına karar vermek zorunda olduğu hususlarda diğer yargıçlardan da bağımsızdır.

1.5 Hâkim, yargının kurumsal ve eylemsel bağımsızlığını sürdürmek ve arttırmak için, yargısal görevlerinin ifasına yönelik koruma tedbirlerini almalı ve bunları arttırmalıdır.

1.6 Hâkim, yargı bağımsızlığını sürdürmede esas olan yargıya yönelik kamusal güveni güçlendirmek amacıyla, yargı etiği ile ilgili yüksek standartlar sergilemeli ve bunları ilerletmelidir.

Değer 2: TARAFSIZLIK

İlke: Tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Bu prensip, sadece bizâtihi karar için değil aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir.

Uygulama:

1. Hâkim, yargısal görevlerini tarafsız, önyargısız ve iltimassız olarak yerine getirmelidir.

2. Hâkim, mahkemede ve mahkeme dışında, yargı ve yargıç tarafsızlığı açısından kamuoyu, hukuk mesleği ve dava taraflarının güvenini sağlayacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır.

3. Hâkim, duruşma ve karar aşamalarında, kendisini yargılamadan zorunlu olarak el çektirecek olasılıkları makul ölçüler içerisinde asgariye indirecek şekilde hareket etmelidir.

4. Hâkim, önündeki bir dava veya önüne gelme ihtimâli olan bir konu hakkında, bilerek ve isteyerek; yargılama aşamasının sonuçlarını veya sürecin açıkça âdilânelik vasfını makul ölçüler çerçevesinde etkileyecek veya zayıflatacak hiçbir yorumda bulunmamalıdır. Ayrıca hâkim, her hangi bir şahsın ya da meselenin âdil yargılanmasını etkileyebilecek alenî olsun veya olmasın her hangi bir yorum da yapmamalıdır.

5. Hâkim, tarafsız olarak karar veremeyeceği durumda veya makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide tarafsız olarak karar veremeyeceği izlenimi yaratması halinde, yargılamanın her hangi bir aşamasına katılmaktan çekinmelidir. Sınırlı sayıda sayılmamakla birlikte bu durum aşağıdaki ihtimâllerde söz konusu olur:

6. Hâkimin, yargılama aşamasında delil kâbilinden tartışılan olaylarla ilgili kişisel bir bilgiye sahip olması veya davanın bir tarafıyla ilgili gerçek bir önyargı veya tarafgirlik içerisinde olması veya,

7. Hâkimin ihtilâf konusu davada, olaya ilişkin bir tanıklığının olması ya da daha önceden bu konuda avukat olarak hizmet vermiş olması veya,

8. Hâkim ya da hâkimin ailesinden birisinin ihtilâf konusu dava sonuçlarıyla ilgili ekonomik bir çıkarının olması. Davaya bakmaya devam edecek yeni bir mahkemenin kurulamaması halinde veya hiçbir şeyin yapılmamasının durumun aciliyeti nedeniyle ciddi şekilde adaletsizliğe yol açacağı halde hâkime, görevden el çektirmek gerekmez.'

Birleşmiş Milletler Bangolar Yargı Etiği İlkelerinin yukarıda aynen yer verilen 'Bağımsızlık' ve 'Tarafsızlık' değerleri hiçbir yoruma ve ek açıklamaya ihtiyaç göstermeyecek derecede açıktır.

Kamuoyunda Wikileaks belgeleri olarak bilinen ve bir internet sitesinde (http://www.wikileaks.ch/origin/186_18.html) yer alan 03 ANKARA 4862 kodlu yazıda, '4. (C) Kapsamlı reformların önde gelen savunucularından, Anayasa Mahkemesi Hakimi Haşim Kılıç, 1 Ağustos tarihinde bize özel olarak CHP'nin mevcut problemleri için kendini suçlaması gerektiğini aktarmıştır. CHP, muhalefet etmek görüntüsünü vererek ya da çok çekişme yarattıktan sonra isteksizce 'her şeyi' 'demokrasi yanlısı ortaya atılan tüm reformları- kabul ederek, kendisi için prensipsiz ve erişilemez bir imaj yaratmakta. CHP, Hükümet doğru şeyi yapsa bile, sanki tek işinin AK Parti Hükümetinin yaptığı her şeye

muhalafet etmek gibi davranmak olduğunu söylemiştir. Bu da seçmenleri kaçırtıyor demiştir.' ifadeleri yer almaktadır.

Kamuoyuna yansıyan ve Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Haşim Kılıç tarafından da yalanlanmayan belgeye dayalı bilgilere göre, Sayın Başkanın Cumhuriyet Halk Partisi hakkında Amerika Birleşik Devletlerinin Ankara Büyükelçiliği yetkililerine olumsuz değer yargılarında bulunduğu anlaşılmış, bu konudaki gizli görüşmenin kamuoyuna yansması ile de Sayın Başkanın Cumhuriyet Halk Partisinin tarafı olduğu bir davada tarafsız karar veremeyeceği izlenimi doğmuştur.

Yasama ve yürütme organlarının siyasi söylemlerinden ve bu organlarla uygun olmayan ilişkilerden fiilen uzak olmakla kalmayıp, aynı zamanda öyle görünmesi de gereken bir yüksek yargıcın, hem de yabancı bir ülkenin Büyükelçiliğine iç siyasete ilişkin değerlendirmelerde bulunmasındaki tuhaf ötesi gariplik bir yana, yasaları, yasa gücünde kararnameleri, TBMM İçtüzüğünü, Anayasaya şekil ve esas bakımından; Anayasa değişikliklerini ise şekil bakımından denetlemek ve bireysel başvuruları karara bağlamakla Anayasal olarak görevli Anayasa Mahkemesinin bir üyesinin, TBMM'nin çıkardığı yasaları, yasa gücünde kararnameleri, TBMM İçtüzüğünü ve Anayasa değişikliklerini gerek gördüğü durumlarda Anayasa Mahkemesine taşımakla Anayasal olarak yetkilendirilmiş Anamuhalefet Partisi hakkında şikayetvari olumsuz görüş beyan etmenin de ötesinde, hiç kimseyi yüceltmeyecek sözler söylemesi; yargıcın bireysel bağımsızlığını koruyamadığını, karar vermek zorunda olduğu ihtilafın taraflarından bağımsız kalamadığını, sadece bizatihi karar için değil, aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerli olan tarafsızlık ilkesiyle bağdaşmayan eylemler içinde bulunduğunu, mahkemede ve mahkeme dışında, yargı ve yargıç tarafsızlığı açısından kamuoyu, hukuk mesleği ve dava taraflarının güvenini sağlayacak ve artıracak davranışlar içerisinde bulunmadığını; önüne gelme ihtimâli olan davalar hakkında, yargılama aşamasının sonuçlarını veya sürecin açıkça adilanelik vasfını makul ölçüler çerçevesinde etkileyecek veya zayıflatacak yorumlarda bulunduğunu, hiçbir yoruma ihtiyaç göstermeyecek açıklıkta ortaya koymaktadır.

Somut olayda, ekte yer alan belgeler ve bu belgeler çerçevesinde kamuoyu önünde yapılan aleni tartışma ve değerlendirmeler karşısında, Sayın Başkan Haşim Kılıç'ın derin bir sessizliğe bürünerek, usulen yalanlama yoluna dahi gitmemiş olması, kamuoyunda ABD Ankara Büyükelçiliğine Cumhuriyet Halk Partisini şikayet eder mahiyetteki sözleri söylediği ve olumsuz değerlendirmelerde bulunduğu ve dolayısıyla davanın bir tarafıyla ilgili gerçek bir önyargı veya taraftarlık içerisinde olduğu şeklinde anlaşılmış ve Sayın Haşim Kılıç'ın Cumhuriyet Halk Partisinin tarafı olduğu işbu davada bir yargıç tarafsızlığı ile karar veremeyeceğine ilişkin ciddi kuşkuların yerleşmesine yol açmıştır.

25 Nisan 2011 tarihinde Anayasa Mahkemesinin 49 ncu Kuruluş Günü Töreninde yapılan açılış konuşmasındaki şu sözler de Sayın Haşim Kılıç'a aittir:

'Anayasanın 175 inci maddesinde Anayasa değişikliği için öngörülen nitelikli çoğunluk anlayışının içinde, uzlaşmaya dönük örtülü bir yaklaşım olduğu düşünülebilirse de, bu, çoğunluğu elde edenlerin azınlıkta kalan diğer görüşleri ve farklılıkları yok sayma, dışlama ya da dayatma yolunu haklı kılamaz. Ancak, nitelikli çoğunluk dışındaki görüş sahiplerinin de bu gücü bloke etme, etkisizleştirme gibi davranış sergilemelerine de izin verilemez. Doğal hukukla örtüşen evrensel değerler üzerinde geniş katılımlı bir iradeyi oluşturmak zor değildir. Yeter ki demokrasinin müzakere imkânlarından faydalanarak çözüm bulma iradesi samimiyetle ortaya konulabilsin. Toplumun tanıklığında ortaya konulan bu samimi duruşlar, çoğunlukçu, dayatmacı ve 'ben yaptım

oldu' noktasındaki düşünce sahiplerinin haksızlığını açıkça ortaya koyacaktır. Siyaset kurumları, geçmişte yaşanan fahiş hatalarla hesaplaşarak, sorunlara çözüm önerilerini cesaretle sunabilmelidirler. Ümit ediyorum ki bu gayret, Anayasa Mahkemesi'ne dava açmak suretiyle sorun çözme kolaycılığını da ortadan kaldıracaktır.'

Anayasa Mahkemesinin Sayın Başkanı Haşim Kılıç'a göre, Anayasanın 175 nci maddesinde aranan nitelikli çoğunluk, uzlaşmaya dönük açık bir kural değil, sadece örtülü bir yaklaşım olarak düşünülebilir ve Anayasal olarak yetkilendirilmiş Anamuhalefet partisinin, siyasal iktidarın çoğunlukçu, dayatmacı ve 'ben yaptım oldu' anlayışıyla çıkardığı yasal düzenlemeleri, iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine götürmesi, 'Anayasa Mahkemesine dava açmak suretiyle sorun çözme kolaycılığı'dır.

CHP'nin Anayasa Mahkemesine dava açmasına ilişkin olarak kamuoyunda kahve sohbeti düzeyinde sürdürülen güncel siyasi tartışmalar esnasında, sadece Anayasa Mahkemesine iptal davası açma yetkisi bulunan Anamuhalefet Partisini aşağılamayı ve toplum nezdinde itibarsızlaştırmayı değil, aynı zamanda Başkanı olduğu Yüksek Mahkemenin demokratik sistem içindeki işlevi ile Anayasal varlık nedenini de sorgulayan bu sözleri, herhangi bir siyaset insanı değil, Anayasa Mahkemesinin Sayın Başkanı söyleyebilmiştir. Dahası bu sözler, günümüz Türkiye'sinin kâbusu olduğu üzere, dostlar arasında yapılan özel bir sohbetin ortam veya telefon dinlemesi suretiyle elde edilmesi ve medyaya servisi yoluyla kamuoyuna yansımamış; yazılı ve görsel tüm medyanın takip ettiği Yüksek Mahkemenin 49 ncu Kuruluş Günü Töreninde -6223 sayılı Yetki Yasasının siyasal iktidarın sayısal çoğunluğuna dayalı olarak kabul edildiği 06.04.2011 tarihinden 20 gün sonra 25.04.2011 tarihinde- yapılmıştır.

Demokratik siyasal sistemlerde bir siyasi partinin muhatabı, diğer siyasi partilerdir. Bu bağlamda, herhangi bir siyasi parti hakkında siyasi değerlendirme, eleştiri ve suçlamaları yapacak olanların da halkın oylarına talip olan diğer siyasi partiler olacağına kuşku yoktur. Anayasasında demokratik hukuk devleti ile kuvvetler ayrılığı ilkelerini benimsemiş ve yargıç bağımsızlığı ile tarafsızlığına yer vermiş bir ülkede, Anayasa Mahkemesi Başkanının herhangi bir siyasi partiyi bırakınız suçlamayı, eleştirmesi dahi hiçbir şekilde mümkün olamaz. Hele bu suçlamanın, Başkanı olduğu Mahkemenin demokrasilerdeki işlevi ile varlık nedenini de yok sayarak Anayasa Mahkemesine dava açmak gibi Anayasal bir hakkın kullanımı, muhalefet görevinin bir parçası ve temel hak ve özgürlükler ile halkın çıkarlarını korumanın gereği ile ilgili olması, açıklanabilir olmanın uzağındadır.

Anayasa Mahkemesinin Sayın Başkanının amacı ve hedefi, 'kör kör parmağım gözüne' kadar açık ve herhangi bir yoruma ihtiyaç duymayacak kadar belirgin bir şekilde Anamuhalefet Partisini, 'Anayasa Mahkemesine dava açmak suretiyle sorun çözme kolaycılığı' ile suçlaması; hukuksal konumu ve statüsü ile mesleki deneyimi göz önüne alındığında, ancak, Anamuhalefet Partisine karşı alt benliğe yerleşmiş katı önyargının, üst benliğin kontrol işlevini parçalayarak açığa çıkacak derecede güçlü olmasıyla mümkün olabilir ve bu durum tarafsızlığın yitirildiğinin en belirgin göstergesidir.

Öte yandan, Sayın Haşim Kılıç Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçildiği 1990 yılından bu yana, Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi veren 9 adet yetki yasasının iptali başvurularına üye ve başkan sıfatıyla katılmıştır.

Bu Yetki Yasaları ve Anayasa Mahkemesi kararları ile Sayın Haşim Kılıç'ın kullandığı oylar şöyledir:

1) 06.06.1991 günlü ve 3755 sayılı Yetki Kanununun iptali için Sosyaldemokrat Halkçı Parti'nin açtığı davada, AYM 12.12.1991 günlü ve E.1991/27, K.1991/50 sayılı Kararı ile 3755 sayılı Yetki Yasasını, Anayasanın 91 nci ve 153 ncü maddelerine aykırı bulunarak OYÇOKLUĞU ile iptal etmiş; Sayın Haşim KILIÇ, karşıoy kullanmıştır.

2) 24.06.1993 günlü 3911 sayılı Yetki Kanununun iptali için Anavatan Partisinin açtığı davada, AYM 16.09.1993 tarihli ve E.1993/6, K.1993/28 sayılı Kararı ile 3911 sayılı Yetki Yasası, 'verilen yetkinin belirsiz olduğu', 'yetki yasasında bulunması gereken öğeleri içermediği', 'verilen yetkinin önemli, ivedi ve zorunlu olup olmadığının tespitinin olanaksız olduğu', 'yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu' gerekçeleriyle Anayasanın Başlangıcı ile 2 nci ve 91 nci maddelerine aykırı bularak OYBİRLİĞİ ile iptal etmiş; Sayın Haşim KILIÇ iptal gerekçelerinin tamamına katılmıştır.

3) 18.05.1994 günlü ve 3990 sayılı Yetki Kanununun iptali için Anavatan Partisinin açtığı davada, AYM 05.07.1994 tarihli ve K.1994/44-2 sayılı Kararı ile 3990 sayılı Yetki Yasası, 'verilen KHK çıkarma yetkisinin ivedi, zorunlu ve önemli durumlara ilişkin olmadığı', 'yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu', 'öngörülen amaç, konu ve kapsamın somut ve belirgin nitelikte olmadığı' gerekçeleriyle Anayasanın 7 nci, 87 nci ve 91 nci maddelerine aykırı bularak OYBİRLİĞİ ile İptal etmiş; Sayın Haşim KILIÇ, iptali yönünde oy kullanmakla beraber, KHK çıkarma yetkisinin ivedi, zorunlu ve önemli durumlara ilişkin olması gerektiği görüşüne katılmamıştır.

4) 31.05.1995 günlü ve 4109 sayılı Yetki Kanununun iptali için TBMM Üyeleri Hasan KORKMAZCAN, Bülent ECEVİT ve 113 Milletvekilinin açtığı davada, AYM 04.07.1995 günlü ve E.1995/35, K.1995/26 sayılı Kararı ile 4109 sayılı Yetki Yasasını, 'erkler ayrılığı', 'demokratik hukuk devleti' 'yasama yetkisinin devredilemeyeceği' ilkelerine aykırı olduğu, 'nerelerin il, nerelerin ilçe olacağı konusunda belirsizlik yarattığı', 'kapsam ve ilkelerinin belirsiz olduğu' gerekçeleriyle Anayasanın Başlangıcı ile 2 nci, 7 nci, 87 nci ve 91 nci maddelerine aykırı bularak OYBİRLİĞİ ile iptal etmiş; Sayın Haşim KILIÇ iptal gerekçelerinin tamamına katılmıştır.

5) 08.06.1995 günlü ve 4113 sayılı Yetki Kanununun iptali için Anavatan Partisinin açtığı davada, AYM 19.09.1995 tarihli ve E.1995/39, K.1995/45 sayılı Kararı ile 4113 sayılı Yetki Yasasını, 'yetki yasasında, çıkarılacak KHK'lerin konu, amaç, kapsam ve ilkelerinin belirgin ve somut biçimde gösterilmemesi', 'yasama yetkisinin devrini doğurması' gerekçeleriyle Anayasanın 2 nci 7 nci, 87 nci ve 91 nci maddelerine aykırı bulunarak OYBİRLİĞİ ile iptal etmiş; Sayın Haşim KILIÇ iptal gerekçelerinin tamamına katılmıştır.

6) 31.08.1996 günlü ve 4183 sayılı Yetki Kanununun iptali için Sayın Cumhurbaşkanı Süleyman DEMİREL'in açtığı davada, AYM 02.10.1996 günlü ve E.1996/61, K.1996/35 sayılı Kararı ile 4183 sayılı Yetki Yasasını, 'amaç, kapsam ve ilkelerin belirsiz olduğu', 'Bakanlar Kurulu'na geniş kapsamlı KHK çıkarma yetkisi verildiği', 'yürütme organına, TBMM'ne ait bulunan yasama yetkisini sınırsız biçimde kullanma olanağı ve yürütmeye yasama karşısında üstünlük tanındığı' gerekçeleriyle, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 87 nci ve 91 nci maddelerine aykırı bularak OYBİRLİĞİ ile iptal etmiş; Sayın Haşim KILIÇ iptal gerekçelerinin tamamına katılmıştır.

7) 29.06.2000 günlü ve 4588 sayılı Yetki Kanununun iptali için Fazilet Partisinin açtığı davada, AYM 05.10.2000 tarihli ve E.2000/45, K.2000/27 sayılı Kararı ile 4588 sayılı Yetki Yasasını, 'sınırlarının geniş ve belirsiz olması', 'yasama yetkisinin yürütme organına devri anlamına gelmesi', 'verilen yetkinin önemli, ivedi ve zorunlu durumları

içerip içermediğinin tespitine imkan vermemesi' gerekçeleriyle Anayasanın Başlangıç'ının dördüncü paragrafı ile 2 nci, 7 nci, 87 nci ve 91 nci maddelerine aykırı bulunarak OYÇOKLUĞU ile iptal etmiş; Sayın Haşim KILIÇ iptali yönünde oy kullanmış ve iptal gerekçelerinin tamamına katılmıştır.

8) 21.12.2000 günlü ve 4615 sayılı Yetki Kanununun iptali için Fazilet Partisinin açtığı davada, AYM 20.03.2001 tarihli ve E.2001/9, K.2001/56 sayılı Kararı ile 4615 sayılı Yasanın 1 nci ve 2 nci maddelerinde yer alan 'idari' ibaresini, 'idarî hak kavramının, memurların ve diğer kamu görevlilerinin malî ve sosyal hakları dışında kalan tüm haklarını ifade etmesi nedeniyle belirsizlik içermesi', 'idari haklara ilişkin düzenlemelerin Anayasanın 91 nci maddesindeki yasak alan içinde olması' 'Malî ve sosyal haklar dışındaki idarî hak kavramı içinde nitelenebilecek konuların önemli, zorunlu ve ivedi durumlar kapsamında düşünülemeyeceği' gerekçeleriyle Anayasanın Başlangıcı ile 2 nci, 7 nci, 87 nci ve 91 nci maddelerine aykırı bularak oyçokluğu ile iptal etmiş; Sayın Haşim Kılıç iptali yönünde oy kullanmış ve iptal gerekçelerinin tamamına katılmıştır.

9) 06.04.2011 tarihli ve 6223 sayılı Yetki Kanununun iptali için Cumhuriyet Halk Partisinin açtığı davada, AYM'nin 27.10.2011 tarihli ve E.2011/60, K.2011/147 sayılı Kararı ile 14 üyenin oyunun 7'ye 7 çıkması nedeniyle iptal isteminin reddi yönünde oy kullanan Mahkeme Başkanı Sayın Haşim KILIÇ'ın kullandığı oyun üstün sayılmasından dolayı iptal istemi reddedilmiştir.

Her dosyanın kendi içinde değerlendirilmesi gerekeceği kural olmakla birlikte, Sayın Haşim Kılıç'ın Yetki Yasaları konusunda 1993 yılından bu yana istikrar kazanmış görüşünden ve bu görüşlerindeki, 'sınırlarının geniş ve belirsiz olması', 'yürütme organına, TBMM'ne ait bulunan yasama yetkisini sınırsız biçimde kullanma olanağı ve yürütmeye yasama karşısında üstünlük tanınması' 'verilen yetkinin önemli, ivedi ve zorunlu durumları içerip içermediğinin tespitine imkan vermemesi' gerekçelerinden dönerek iptal isteminin reddi yönünde oy kullanması, kamuoyunda AKP'yi Anayasa Mahkemesi Başkanının kurtarması şeklinde değerlendirilmiş ve bu değerlendirme Sayın Haşim Kılıç'ın Cumhuriyet Halk Partisinin tarafı olduğu davalarda yargıç tarafsızlığı ile karar veremeyeceğine ilişkin yerleşen ciddi kuşkuvarı pekiştirmiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 59 ncu maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer alan, Başkan ve üyelerin istişari görüş ve düşüncesini ifade etmiş olduğu dava ve işlere bakamayacaklarına ilişkin kural ile 60 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki, 'Başkan ve üyeler tarafsız hareket edemeyecekleri kanısını haklı kılan hâllerin olduğu iddiası ile reddolunabilirler.' hükmüne dayanarak Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Haşim Kılıç hakkında reddi hakim talebinde bulunuyoruz.'

"

III- GEREKÇELER

1) 11.10.2011 Tarihli ve 663 Sayılı 'Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Tümünün ve Ayrı Ayrı Tüm Maddeleri ile Ekindeki (I) Sayılı Cetvel, (II) Sayılı Cetvel, (III) Sayılı Cetvel ve Listelerin Anayasaya Aykırılığı

Anayasanın Başlangıcının dördüncü fıkrasında, 'Kuvvetler ayırımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu;' belirtildikten sonra 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında 'hukuk devleti' ilkesine yer verilmiş; 6 ncı maddesinde, hiç kimse ve hiçbir organın kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı; 7 nci maddesinde, Yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği; 8 inci maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa ve yasalara uygun olarak yerine getirileceği kuralları getirilmiş; 87 nci maddesinde, Bakanlar Kuruluna 'belli konularda' KHK çıkarma yetkisi verilmesi TBMM'nin görevleri arasında sayılmış; 91 inci maddesinin ikinci fıkrasında ise, yetki kanununun, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını göstereceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin 05.10.2000 tarih ve E.2000/45, K.2000/27 sayılı Kararında da vurgulandığı üzere, Anayasanın 7 nci, 87 nci ve 91 inci maddelerinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, yasama yetkisinin genel ve asli bir yetki olması, TBMM'ye ait bulunması ve devredilememesi karşısında KHK çıkarma yetkisinin kendine özgü ve ayrik bir yetki olduğu anlaşılabilmektedir. Dolayısıyla yetki yasalarının, yasama yetkisinin devri anlamına gelecek ya da bu izlenimi doğuracak biçimde yaygınlaştırılıp genelleştirilmemesi gerekir. KHK'ler ancak ivedilik gerektiren belli konularda, kısa süreli yetki yasaları temel alınarak etkin önlemler ve zorunlu düzenlemeler için yürürlüğe konulmak durumundadır.

Anayasanın 91 inci maddesinin Danışma Meclisi'nde görüşülmesi sırasında KHK çıkarabilmesi için hükümete yetki verilmesinin nedeni, '... çok acele hallerde hükümetin elinde uygulanacak bir seri kural olmadığı için, acele olarak çıkarılıp ve hemen olayın üstüne gidilmesi gereken hallerde çıkarılması için bu düzenleme getirilmiştir ...' biçiminde açıklanırken; Anayasa Komisyonu Başkanınca da, 'Kanun hükmünde kararname, yasama meclisinin acil bir durumda, kanun yapmak için geçecek sürede çıkaracağı kanun ihtiyacı, halledilmesi gereken meseleyi çözemeyeceğine; o zaman çok geç kalınacağı endişesinden kaynaklanan bir müessesedir ve bu müessese bunun için kurulmuştur.' denilerek aynı doğrultuda görüş bildirilmiştir.

Yetki yasasında Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin 'amaç', 'kapsam' ve 'ilkeleri'nin belirlenmesinden amaç, bu yetki ile Bakanlar Kurulunun neleri gerçekleştirebileceğinin açıklığa kavuşturulmasıdır. KHK'nin, amacı, kapsamı ve ilkeleri de konusu gibi geniş içerikli, her yöne çekilebilecek, yuvarlak ve genel anlatımlarla gösterilmemeli, değişik biçimlerde yorumlamaya elverişli olmamalıdır. Verilen yetkinin konu, amaç, kapsam ve ilkeler yönünden belirgin duruma getirilmesi, başka bir anlatımla somutlaştırılması, yürürlüğe konulacak KHK'lerin yetki yasası kapsamı içinde kalıp kalmadıklarının, 91 inci maddede belirlenen yasak alana girip girmediklerinin, önemli, ivedi ve zorunlu bir durum için düzenlenip düzenlenmediklerinin saptanabilmesi yönünden gereklidir.

Anayasa Mahkemesinin 1990'lardan bu yana verdiği kararlarda, TBMM'nin Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi vermesi için, 'ivedilik, 'zorunluluk' ve 'önemlilik' gibi üç koşulun birlikte bulunması gerekeceğine yönelik içtihat oluşturduğu gözlenmektedir (06.02.1990 günlü ve E.1988/62, K.1990/3). Yüksek Mahkeme,

16.10.1993 günlü ve E.1993/26, K.1993/28 sayılı kararında ise, 'KHK'ler, ancak ivedilik isteyen belli konularda, kısa süreli yetki yasaları temel alınarak etkin önlemler ve zorunlu düzenlemeler için yürürlüğe konur.' demiştir. İvedilik koşulu ile etkin önlemler ve zorunlu düzenlemeleri taşımayan hususlarda KHK çıkarma yetkisi verilmesinin yasama yetkisinin devri anlamına geleceği açıktır.

Nitekim; 1990 yılından bu yana, Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi veren 9 adet yetki yasasının iptali için Anayasa Mahkemesine yapılan başvurulardan, sonuncusu olan 6223 sayılı Yetki Yasası hariç, 06.06.1991 günlü ve 3755 sayılı, 24.06.1993 günlü ve 3911 sayılı, 18.05.1994 günlü ve 3990 sayılı, 31.05.1995 günlü ve 4109 sayılı, 08.06.1995 günlü ve 4113 sayılı 31.08.1996 günlü ve 4183 sayılı, 29.06.2000 günlü ve 4588 sayılı, 21.12.2000 günlü ve 4615 sayılı Yetki Yasaları; Anayasa Mahkemesinin sırasıyla 12.12.1991 günlü ve E.1991/27, K.1991/50 sayılı; 16.09.1993 tarihli ve E.1993/6, K.1993/28 sayılı; 05.07.1994 tarihli ve K.1994/44-2 sayılı; 04.07.1995 günlü ve E.1995/35, K.1995/26 sayılı; 19.09.1995 tarihli ve E.1995/39, K.1995/45 sayılı; 02.10.1996 günlü ve E.1996/61, K.1996/35 sayılı; 05.10.2000 tarihli ve E.2000/45, K.2000/27, 20.03.2001 günlü ve E.2001/9, K.2001/56 sayılı kararları ile iptal edilmiştir.

Yüksek Mahkemenin anılan 05.10.2000 tarih ve E.2000/45, K.2000/27 sayılı Kararında;

'Anayasanın 87 nci maddesine göre, ancak, belli konularda KHK çıkarma yetkisi verilmesi gerekirken dava konusu Yasa'yla her konuyu kapsayacak biçimde genel bir yetki verilmiştir. Bakanlar Kurulu, ayırık tutulan iki kurum dışında tüm kamu kurum ve kuruluşlarını yeniden örgütleyebilecek, bunların görev ve yetkilerini yeniden düzenleyebilecek, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin ücret, aylık, disiplin ve cezaları ile emeklileri hakkında kanun ve KHK'lerde değişiklik yapabilecek, Devletin gelirleri ve harcamalarına ilişkin tüm mevzuatı 'kamu malı yönetimi' kavramı içinde değerlendirerek yeni kurallar getirebilecektir. Sınırları geniş ve belirsiz konularda düzenleme yapmak üzere Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisi verilmesi, Anayasanın 87 nci maddesinde belirtilen 'belli konu'larda verilen yetki olarak değerlendirilemez.

Öte yandan, yasa, Anayasanın 91 inci maddesinde belirtilen öğeleri de içermemektedir. Yasa'nın 1 inci maddesinde çıkarılacak KHK'lerin 'kapsam' ve konusu içiçe girmiş, kapsamının çok geniş ve sınırsız olması nedeniyle de verilen yetkinin 91 inci maddede öngörülen yasak alana girip girmediğinin denetimi olanaksız hale gelmiştir. Konu ve kapsamdaki bu sınırsızlık ve belirsizlik, TBMM'ne ait olan yasama yetkisinin yürütme organına devri anlamına gelir. Amaç, konu, ilke ve kapsamla ilgili sınırların belirli olması gerekirken bunlara uyulmadan KHK çıkarma yetkisi verilmesi Anayasanın 7 nci maddesine aykırılık oluşturur.

Yasa'nın 2 nci maddesinde, Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin ivedi ve zorunlu hallerde kullanılması gerektiği belirtilmiştir. Yetkinin 'önemli, ivedi ve zorunlu' durumlarla sınırlandırılması, dava konusu Yetki Yasası'nda olduğu gibi bunun takdirinin Bakanlar Kuruluna bırakılmasıyla değil, amacın, kapsamın ve konunun içeriği yönünden ivedi ve zorunlu olduğunun yasakoyucu tarafından saptanmasıyla olanaklıdır. Niteliği itibarıyla uzun süreli ve çok yönlü çalışmayı gerektiren düzenlemeler ivedi ve zorunlu olarak nitelendirilemez. Dava konusu Yasa'nın amaç ve kapsamındaki genişlik ve sınırsızlık, verilen yetkinin önemli, ivedi ve zorunlu durumları içerip içermediğinin tespitine imkan vermemektedir.

Açıklanan nedenlerle Yetki Yasası'nın 1 inci maddesiyle 2 nci maddesinin birinci fıkrası Anayasanın Başlangıç'ının dördüncü paragrafı ile 2 nci, 7 nci, 87 nci ve 91 inci maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.'

denilmiştir.

6223 sayılı Yetki Yasasının 'Amaç ve kapsam' başlıklı 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

(a) bendinde, 'Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenerek;' denildikten sonra; (1) numaralı alt bendinde, mevcut bakanlıkların birleştirilmesine veya kaldırılmasına, yeni bakanlıklar kurulmasına, anılan bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarıyla hiyerarşik ilişkilerine; (2) numaralı alt bendinde, mevcut bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerinin yeniden belirlenmesine veya bunların mevcut, birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıklar bünyesinde hizmet birimi olarak yeniden düzenlenmesine; (3) numaralı alt bendinde, mevcut bakanlıklar ile birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesine, taşrada ve yurt dışında teşkilatlanma esaslarına;

(b) bendinde ise, kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin çalışmalarında etkinliği artırmak üzere, bunların atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına; 'ilişkin konularda düzenlemelerde bulunmak üzere Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermektir.' gibi belirsiz ve sınırsız ifadelerle yer verilerek Yetki Yasasının amacı ortaya konmak istenmiştir.

Aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında ise, Yetki Yasasının kapsamına ilişkin olarak, 'Bu Kanuna göre çıkarılacak kanun hükmünde kararnameler;' denilip,

(a) bendinde, 'Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesine ilişkin olarak;' ifadesinden sonra, 19 alt bent halinde 19 yasa ve KHK sayılmış ve (20) numaralı alt bendinde, 'Diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin görev, yetki, merkez, taşra ve yurt dışında teşkilatlanma esasları, kadrolar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerine ilişkin hükümlerinde, (') yapılacak değişiklik ve yeni düzenlemeleri kapsar.' denilerek adeta teşkilatlanmaya ilişkin tüm yasa ve yasa gücünde kararnameler kapsama alınmak istenmiş;

(b) bendinde ise, 'Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin olarak;' denildikten sonra 6 alt bent halinde 5 yasa ve 1 KHK sayılmış ve (7) numaralı alt bendinde ise, 'Diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin hükümlerinde' ifadesiyle de neredeyse tüm kamu personeli hakkında Bakanlar Kuruluna her türlü düzenlemede bulunma yetkisi verilmesi hedeflenmiştir.

Oysa yetki yasalarının, Anayasanın belirlediği ögeleri belli bir içeriğe kavuşturarak somutlaştırması ve verilen yetkiyi hiçbir tartışmaya yol açmayacak açıklıkta belirleyerek Bakanlar Kurulu'na çerçeveyi çizmesi ve niteliği itibarıyla uzun süreli ve çok yönlü çalışmayı gerektiren düzenlemeleri kapsamaması gerekmektedir.

Çünkü, Yetki Yasası'nda Bakanlar Kurulu'na verilen yetkinin 'amaç', 'kapsam' ve 'ilkeleri'nin belirlenmesinden amaç, bu yetki ile Bakanlar Kurulu'nun neleri gerçekleştirebileceğinin açıklığa kavuşturulmasıdır. Ancak, 6223 sayılı Yetki Yasasının, amacı, kapsamı ve ilkeleri de konusu gibi geniş içerikli, her yöne çekilebilecek, yuvarlak ve genel anlatımlarla geçirtilerik, her okuyanın değişik şekillerde yorumlamasına açık hale getirilmiştir. Verilen yetkinin konu, amaç, kapsam ve ilkeler yönünden belirgin duruma getirilmesi, başka bir anlatımla somutlaştırılması, yürürlüğe konulacak KHK'lerin yetki yasası kapsamı içinde kalıp kalmadıklarının, 91 inci maddede belirlenen yasak alana girip girmediklerinin, önemli, ivedi ve zorunlu bir durum için düzenlenip düzenlenmediklerinin saptanabilmesi yönünden gereklidir.

Herhangi bir yetki yasasının Anayasaya aykırı olmaması için Anayasadaki öge ve ölçütlere, Anayasa Mahkemesi kararları ile getirilen yorumlara uygun olması gerekir. Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesi kararlarda açıklanan gerekçelerin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılar.

Tüm bunlara ve kanun hükmünde kararnamenin, 12 Mart 1971 Askeri Müdahalesinden sonra 20.09.1971 tarihli ve 1488 sayılı Kanunun 1 nci maddesiyle Anayasanın 64 ncü maddesine girdiğinden bu güne kadarki Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına rağmen; 06.04.2011 tarihli ve 6223 sayılı 'Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkileri ile Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu'nun iptali için Cumhuriyet Halk Partisinin açtığı iptal davası sonucunda 6223 sayılı Yetki Yasası, AYM'nin 27.10.2011 günlü ve E.2011/60, K.2011/147 sayılı Kararı ile 14 üyenin oyunun 7'ye 7 çıkması nedeniyle, bu güne kadar istikrar kazanmış görüşünün aksine iptal isteminin reddi yönünde oy kullanan ve bu Dava Dilekçesinin 'Hakimin Reddi Talebi' bölümünde belirtilen nedenlerle reddi hakim talebinde bulunulan Mahkeme Başkanı Sayın Haşim KILIÇ'ın kullandığı oydan dolayı iptal istemi OY ÇOKLUĞU ile reddedilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 27.10.2011 günlü ve E.2011/60, K.2011/147 sayılı (Başkanın oyundan dolayı 6216 sayılı Kanunun 65 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre çoğunluk sayılan) Kararına göre;

" 6223 sayılı Kanunun iki konuda Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verdiği görülmektedir:

Bunlardan birincisi özetle 'Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesi'dir. Bu çerçevede gerekli görülmesi halinde yeni bakanlıklar kurulması, var olan bakanlıkların birleştirilmesi, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının yeniden belirlenmesi için KHK çıkarma yetkisi verilmiştir.

İkincisi ise 'Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin olarak değişiklikler ve yeni düzenlemeler' yapılması için KHK çıkarma yetkisi verilmiştir.

Yetki kanunu, çıkarılacak KHK'lerin konusunu ve kapsamını bu şekilde belirleyip sınırlandırmıştır. Yetki yasalarında, çıkarılması için izin verilen KHK'lerin konusunun belirlenmiş olması gerekmektedir. Bununla birlikte belirlenen bu konunun mutlaka dar kapsamlı olması gerektiği yönünde Anayasada herhangi bir kural bulunmamaktadır. Kaldı ki, yetki kanunlarında KHK'lerle düzenlenmesi için yetki verilen konunun

kapsamının sınırlı mı yoksa geniş mi olduğu şeklindeki bir irdelemenin, sübjektif değerlendirmeleri ortaya çıkaracağı hususu, izahı gerektirmeyecek derecede açıktır. Ayrıca, konu ve kapsamın belirlenmiş olduğunun söylenebilmesi için, hangi yasalarda değişiklik yapılacağının yetki kanununda mutlaka sayma yoluyla gösterilmesi de şart değildir. Bu nedenle, dava konusu yasa kurallarında, bir kısım kanunların isimleri sıralandıktan sonra belirlenen bu iki konuyla ilgili 'diğer kanun ve kanun hükmünde kararnameler'de de değişiklik yapılabileceğinin ifade edilmiş olması, konunun belirli olmadığı iddiasına dayanak teşkil edebilecek bir husus değildir. Zira konu ve kapsamın belirtilmiş olması kaydıyla, belirlenen bu konu ve kapsamın sınırları içine hangi yasa ya da KHK'lerin girdiğinin yetki yasasında sayma yoluyla gösterilmesi şart değildir. Bu husus 1961 ve 1982 Anayasalarının konuyla ilgili düzenlemelerinin karşılaştırılmasından da açıkça anlaşılmaktadır. Şöyle ki, 1961 Anayasasının konuyla ilgili 64 üncü maddesinde 'Yetki veren kanunda ' yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi' şartı aranmışken, 1982 Anayasasının 91 inci maddesinde böyle bir şarta yer verilmemiştir. Yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin yetki yasasında açıkça gösterilmesi şart olmadığına göre, hangi kanunlarda ya da KHK'lerde değişiklik yapılacağının yetki kanununda sayma yoluyla gösterilmesi de şart değildir.

(')

Bir başka anayasaya aykırılık iddiası ise, yetki yasası ve buna bağlı olarak KHK'ler çıkarılmasını gerektiren acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun bulunmadığına ilişkindir. Dava konusu yetki yasasıyla çıkarılması için izin verilen KHK'ler olağan kanun hükmünde kararnamelerdir. Bu tür KHK'lerin çıkarılabilmesi için acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olması gerektiğine dair Anayasada herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu itibarla, yetki kanunlarının ve KHK'lerin anayasaya uygunluğunun incelenmesinde Anayasada öngörülmeven yeni şartlar ihdas edilmesi mümkün olmadığı gibi, neyin 'önemli', 'ivedi' ve 'zorunlu' olduğuna anayasaya uygunluk denetimi yapan yargı organının karar vermesi de bu organın işlevine uygun değildir. Ayrıca bu kavramların sübjektif nitelik taşıdığı ve göreceli olduğu da açıktır. Bu nedenle, yetki yasası ve buna bağlı olarak KHK çıkarılmasını gerektiren acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olup olmadığının incelenmesi, Anayasada öngörülen çerçevenin dışına taşıacak ölçüde bir denetim yapılması anlamına gelebilecektir. Oysa yetki yasaları üzerindeki denetimin, Anayasada öngörülen çerçevenin sınırları içinde kalması gerekir. Bu nedenle, KHK çıkarılması için yetki verilen konunun acil, ivedi, önemli ve zorunlu olup olmadığının incelenmesine gerek görülmemiştir.'

Bu dava dilekçesinde Yüksek Mahkemenin iki farklı kararından uzun alıntı yapılmıştır. Birincisi 05.10.2000 tarih ve E.2000/45, K.2000/27 sayılı kararı, diğeri ise 27.10.2011 günlü ve E.2011/60, K.2011/147 sayılı karardır.

İki karar arasındaki farklılıklar üzerine çok şey söylenebilir; söylenecektir. Özeti, Anayasa Mahkemesinin geçmişini inkâr ettiği ve çağdaş demokrasiyi yüceltmenin erdemine artık nefesinin yetmediğidir.

Anayasa Mahkemesinin 27.10.2011 günlü ve E.2011/60, K.2011/147 sayılı Kararındaki (6216 sayılı Kanunun 65 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre çoğunluk sayılan) Görüşe göre;

6223 sayılı Yetki Yasasının kapsamına;

- Birincisi, 'Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesi' ve bu çerçevede gerekli görülmesi halinde yeni bakanlıklar kurulması, var olan bakanlıkların birleştirilmesi, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının yeniden belirlenmesi' için Yetki Yasasında tek tek sayılan 19 adet kanun ve kanun hükmünde kararname ile bu konuyla ilgili diğer kanun ve kanun hükmünde kararnameler;

- İkincisi ise, 'Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin olarak değişiklikler ve yeni düzenlemeler' yapılması için' Yetki Yasasında sayılan 6 adet kanun ve kanun hükmünde kararnamelerle bu konuyla ilgili diğer kanun ve kanun hükmünde kararnameler;

girmektedir.

Başka bir anlatımla, kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımını ve dolayısıyla bakanlık teşkilat yasalarını konu alan bütün yasa ve yasa gücünde kararnameler ile kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarını konu alan tüm personel kanunları ile kanun hükmünde kararnameler, 6223 sayılı Yetki Yasasının kapsamındadır ve dolayısıyla teşkilat ve personeli konu alan tüm yasa ve yasa gücünde kararnamelerin Yetki Kanununun kapsamında olması, Anayasanın 87 nci maddesine göre 'Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararnama çıkarma yetkisi vermek' anlamına geldiği gibi kapsamı da belirli olduğu için Anayasanın 7 nci, 87 nci ve 91 nci maddelerine aykırılık oluşturmamaktadır.

Bu yorum, 'Kamu hizmetlerinin kapsamı ile kamu hizmetlerini yürütecek her türlü kamu kurum ve kuruluşunun teşkilatı ile görev ve yetkilerini; bağlılık, ilgililik ve ilişkililik ilişkilerini; hizmet üretme süreçlerini; memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ve diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esasları ile mali, sosyal ve diğer her türlü özlük hakları ile sorumluluklarını; kamu hizmetlerinin finansman biçimleri ile harcama usul ve esaslarını yeniden belirlemek amacıyla yürürlükte bulunan tüm kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik ve yeni düzenlemeler yapmak üzere Bakanlar Kuruluna yetki vermektir.' şeklindeki bir yetki yasasının da konusu ve kapsamı -6223 sayılı Yetki Yasasından daha da- belirgin, kısa, öz ve anlaşılabilir olduğundan, Anayasaya daha da uygun olacağı anlamına gelmektedir.

Bu yoruma, Anayasanın 91 nci maddesinin Danışma Meclisi'nde görüşülmesi sırasında KHK çıkarabilmesi için hükümete yetki verilmesi nedeninin, '... çok acele hallerde hükümetin elinde uygulanacak bir seri kural olmadığı için, acele olarak çıkarılıp ve hemen olayın üstüne gidilmesi gereken hallerde çıkarılması için bu düzenleme getirilmiştir ...' biçiminde açıklanması ile Anayasa Komisyonu Başkanının da, 'Kanun hükmünde kararnama, yasama meclisinin acil bir durumda, kanun yapmak için geçecek sürede çıkaracağı kanun ihtiyacı, halledilmesi gereken meseleyi çözemeyeceğine; o zaman çok geç kalınacağı endişesinden kaynaklanan bir müessesedir ve bu müessese bunun için kurulmuştur.' biçiminde görüş bildirmesini de görmezden gelip, Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarını da yok sayarak, 'KHK çıkarılabilmesi için acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olması gerektiğine dair Anayasada her hangi bir düzenleme yer almamaktadır.' saptamasını da eklersek;

Seçimler yapıldıktan sonra Bakanlar Kurulunun hazırladığı yetki yasası tasarısına TBMM'nin yetki vermesini sağladıktan sonra -75'ser günlük bütçe süreci hariç- bir sonraki genel seçimler sonuçlanıp TBMM aılana kadar TBMM'yi kapatmak; acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durum olmadığı sürece de TBMM'yi toplantıya ağırmamak gerekecektir.

Anayasa Mahkemesinin 27.10.2011 günlü ve E.2011/60, K.2011/147 sayılı Kararındaki (6216 sayılı Kanunun 65 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre çoğunluk sayılan) Görüş, net bir biçimde bunu söylemektedir.

Bu görüş, Anayasanın Başlangıcı ile Birinci Kısımında kurulan Türkiye Cumhuriyetini değil, bambaşka bir devleti tanımlamakta; tanımlanana ne dendiği de herkes tarafından bilinmektedir.

Bakanlar Kurulu tarafından 6223 sayılı Yetki Yasasına dayanılarak 35 adet KHK çıkarılmış; bir tanesi yürürlükten kaldırıldığı için geriye yürürlükte 34 adet KHK kalmıştır.

Öyle ki, söz konusu KHK'lerin içeriğine girmeden isimlerinden de anlaşılacağı üzere, KHK'lerden bazıları daha bir ay yürürlükte kalmadan değişikliğe uğramıştır.

Bakanlar Kurulunun ülkemize yaşattığı kelimenin tam anlamıyla bir tür 'yap-boz oyunu'dur. Yap-boz oyunu olmadığını hiç kimse ileri süremez. Ancak, yap-boz oyunları, okul öncesi çocukların eğlenerek öğrenmelerini sağlamak için geliştirilen oyunlardır. Yap-boz oyunları ile okul öncesi çocukların, anlamsız parçaları zihinsel çaba göstererek anlamlı bütünlere dönüştürmeleri ve dolayısıyla zihinlerinde kurguladıkları bütüne ulaşabilmeleri için de her defasında yeniden deneyerek düşünme ve çözüm yolları üretme yetilerini geliştirmeleri amaçlanmaktadır.

Bakanlar Kurulu ise, 6223 sayılı Yasayla aldığı yetkiye dayanarak, yap-boz oyununu Türkiye'nin hukuk sistemi üzerinde oynamaktadır. Kamu hizmeti yürütmekle görevli kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat yapıları, kamu hizmeti üretme usul ve esasları, personel sistemi ve hizmet üretme süreçleri altüst edilmiştir. Yapılan düzenlemelerde 3046 sayılı Kanuna dahi uyulmamaktadır. Bakanlar Kurulu uzun süreli ve çok yönlü çalışmayı gerektiren alanlarda hiçbir hazırlığa dayalı olmadan kural koymakta, daha koyduğu kuralı uygulama ve sonuçlarını izleme ve değerlendirme aşamalarına geçmeden değiştirmekte; durmamakta, değiştirdiğini de değiştirmektedir. Hatta bu değişiklikleri 657 ve 662 sayılı KHK'lerde örneğine yer verildiği üzere aynı gün görevlerini düzenlediği kurumu, aynı gün kapatmaya vardırabilmektedir. Hiçbir hukuksal öngörülebilirlik olmadığı için de değiştirdiği değişikliği değiştirdiğinin üzerinde yarın başka bir değişikliğe gitmeyeceği de belirsizliğini korumaktadır.

Bakanlar Kurulunun hukuksal öngörülebilirliği ortadan kaldırması ve hukuksal belirsizlik yaratarak hukuk devleti ilkesine aykırı uygulamalar içine girmesini sağlayan ise, Anayasanın 7 nci maddesiyle Türk Milleti adına TBMM'ye verilen devredilemez nitelikteki yasama yetkisini kullanıyor olmaktan kaynaklanmaktadır.

Parlamento, Fransızca 'parler', İtalyanca 'parlare' yani 'konuşmak' mastarlarından türetilmiş bir szccttr ve 'konuşulan yer' anlamına gelmektedir. Demokrasilerde yasalar, uzun süreli ve çok yönlü araştırma, inceleme ve değerlendirmelere dayalı olarak ihtiyaçları ve çözüm yollarını tespitten sonra parlamentoların komisyon ve alt komisyonları ile genel kurulunda konuşularak,

tartışılarak ve ilgili kurum ve kuruluşlar ile etkilenen toplumsal kesimlerin ve bunların temsilcisi örgütlerin görüşleri alınıp üzerinde asgari mutabakat sağlanmaya çalışılarak yasalaşmaktadır. Demokratik devletin ve çağdaş demokrasinin özü budur.

Varlığını Anayasaya borçlu olan Anayasa Mahkemesinin bu yalın gerçeği görmezden gelerek tüm teşkilat ve personel yasalarının parlamenter süreç dışında yapılmasını, Anayasanın Başlangıcı ile 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 nci, 11 nci, 87 nci ve 91 nci maddelerine rağmen teşvik etmesinin, hukuksal hiçbir gerekçesi olamaz.

Kaldı ki, Anayasa yasama yetkisini Türk Milleti adına TBMM'ye vermiş ve bu yetkiye -Anayasanın 91 inci maddesindeki ayırık ve spesifik durum hariç- devredilmezlik atfetmiştir. Anayasa Mahkemesinin 91 nci maddeye ilişkin Danışma Meclisinde ileri sürülen görüşler ile Anayasanın Başlangıcı ve Birinci Kısımında kurulan demokratik parlamenter sistemin niteliğinden hareketle öngördüğü ve içtihat haline getirdiği 'ivedilik', 'zorunluluk' ve 'önemlilik' gibi üç koşulun birlikte bulunması şartının gerçekleşmediği alanlarda 6223 sayılı Yasayla Bakanlar Kuruluna konu ve kapsamı sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi ve Bakanlar Kurulunun da bu yetkiyi 'yap-boz oyunu' oynar gibi kullanması, kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanan parlamenter demokratik sisteme karşı girilmiş örtülü bir yürütme organı darbesidir. Bu örtülü darbenin siyasal iktidarın yasama organındaki sayısal üstünlüğüne dayalı olarak yasama organının bilgisi ve ilgisi dahilinde yapılıyor olması, yapılanın Anayasanın özü ve sözüyle bağdaşmayan siyasal bir darbe olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz.

Bunun en açık, bariz ve doğrudan örneklerine Yüce Mahkemeye açılan iptal davalarında yer verilmişti. 663 sayılı KHK de bunlardan birini oluşturmaktadır.

02.11.2011 tarihli ve 28103 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile,

- 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname,

- 3959 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Hıfzıssıhha Müessesesi Teşkiline Dair Kanun,

- 767 sayılı Türk Kodeksi Hakkında Kanun,

- 4459 sayılı Köy Ebeleri ve Köy Sağlık Memurları Teşkilatı Yapılmasına ve 3017 Numaralı Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti Teşkilat ve Memurin Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun,

- 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 10 ilâ 15 inci maddeleri, 17 nci maddesi ve 180 inci maddesi,

- 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 5 inci, 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddeleri ile 9 uncu maddesinin (a) bendi,

- 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 9 uncu maddesi,

- 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanunun 7 nci, 8 inci, 9 uncu ve 11 inci maddeleri ile 12 nci maddesinin ikinci fıkrası ile ek 4 üncü maddesi,

- 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunun 1 inci maddesinde geçen 'tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak' ibaresi,

yürürlükten kaldırılmakta;

- 6283 sayılı Hemşirelik Kanununda,

- 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanunda,

- 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanununda,

- 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda,

değişiklikler yapılmaktadır.

Bilindiği üzere yasaların lafzi yorumunda dahi kısım, bölüm, madde, fıkra, bent, alt bent silsilesi ve bütünlüğü büyük bir önem taşımaktadır. Bir alt bendin ilgili olduğu bent, bendin ilgili olduğu fıkra, fıkranın ilgili olduğu madde, maddenin ilgili olduğu bölüm, bölümün ilgili olduğu kısım bağlamında değerlendirilmesi genel kuraldır.

6223 sayılı Yetki Yasasının kapsamı, 1 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasında, 'Bu Kanuna göre çıkarılacak kanun hükmünde kararnameler; (a) Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesine ilişkin olarak; (1) 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda, (') (19) 25/3/1997 tarihli ve 571 sayılı Özürlüler İdaresi Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede, (20) Diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin görev, yetki, merkez, taşra ve yurt dışında teşkilatlanma esasları, kadrolar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilişkilerine ilişkin hükümlerinde, (') yapılacak değişiklik ve düzenlemeleri kapsar.' şeklinde hüküm altına alınmış; (b) bendinde ise, 'Kamu Kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin olarak; (1) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda, (') (7) Diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin hükümlerinde, yapılacak değişiklik ve yeni düzenlemeleri kapsar.' denilmiştir.

Yasanın 1 nci maddesinin gerekçesinde de aynen, 'Kanunun amacını ve kapsamını belirleyen bu maddede, kamu hizmetlerinin düzenli, hızlı ve etkin bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere, kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesi ve kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin çalışmalarında etkinliği artırmak üzere, bunların atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin konularda düzenlemelerde bulunmak üzere Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmektedir.' ifadelerine yer verilmiştir.

Oysa, 663 sayılı KHK ile değişiklik yapılan yukarıda sıralı yasalardan, hiç biri 6223 sayılı Yetki Yasasının kapsamına ilişkin 1 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinde sayılan 19 adet yasa ve yasa gücünde kararname ile (b) bendinde sayılan 6 adet yasa ve yasa gücünde kararnameler arasında sayılmamıştır.

Öte yandan, 6223 sayılı Yetki Yasasının kapsamına ilişkin 1 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinde sayılan 19 adet yasa ve yasa gücünde kararname ile (b) bendinde sayılan 6 adet yasa ve yasa gücünde kararname arasında sayılmayan Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerin, 6223 sayılı Yetki Yasasının 'Amaç ve kapsam' başlıklı 1 inci maddesinin kapsama ilişkin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin (20) numaralı alt bendinde yer alan, 'Diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin görev, yetki, merkez, taşra ve yurt dışında teşkilatlanma esasları, kadrolar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerine ilişkin hükümlerinde,' ifadesi ile (b) bendinin (7) numaralı alt bendinde yer alan 'Diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin hükümlerinde,' ifadesi kapsamı içinde oldukları da ileri sürülemez. Çünkü, (20) ve (7) numaralı alt bentler içinde değerlendirilebileceği ileri sürülür ise bu durum, (20) numaralı alt bentten önce sayılan 19 alt bendin ve (7) numaralı alt bentten önce sayılan (6) alt bendin boşu boşuna sayıldıkları anlamına gelir ki, yasakoyucuyu boş işlerle uğraşan bir angarya merkezi değildir. Yasakoyucunun kapsamı geniş tutmak için bu yolu seçtiği ileri sürülüyor ise, 25 yasayı sayan yasakoyucunun, eğer kapsama almak istiyor ise örneğin 2500 yasayı da sayabileceğini ve saymasının önünde de hukuki ve fiili hiçbir engelin bulunmadığını; en azından 180 sayılı Bayındırlık ve İskan Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameyi sayan yasakoyucunun, hemen sonra gelen 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameyi sayabileceğini kabul etmek gerekir.

Diğer yandan, bu değerlendirme kamu kurum ve kuruluşlarına ilişkin olsun olmasın 2919 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Teşkilat Kanunu, 30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 26.04.1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, 05.05.1983 tarihli ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu vb. dahil- tüm teşkilat ve usul kanunları ile KHK'lerin, (20) numaralı alt bendin; personele ilişkin hükümler taşıyan tüm kanun ve KHK'lerin ise (7) numaralı alt bendin kapsamı içinde olduğu gibi Anayasanın Başlangıcı ile Birinci Kısımında kurulan Türkiye Cumhuriyetinin temel özellikleriyle bağdaşmayan bir iddia olmaktan öteye geçemez.

Çünkü, bu durumda yasakoyucunun (1)'den (19)'a kadar 19 adet ve (1)'den (6)'ya kadar 6 adet yasa ve yasa gücünde kararnameyi saymak yerine, doğrudan, 'Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yürürlüğe girecek kanun ve kanun hükmünde kararnameler de dahil olmak üzere tüm kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin görev, yetki, merkez, taşra ve yurt dışında teşkilatlanma esasları, kadrolar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerine ilişkin hükümlerinde,' ile 'Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yürürlüğe girecek kanun ve kanun hükmünde kararnameler de dahil olmak üzere tüm kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin hükümlerinde,' demesi gerekirdi.

6223 sayılı Yetki Yasasının yürürlüğe girişinden sonra yürürlüğe girecek kanun ve KHK'ler de dahil tüm yasa ve yasa gücünde kararnameleri kapsamına alan bir düzenleme nasıl ki, Anayasanın 91 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki, yetki kanununun çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin amacını, kapsamını ve ilkelerini göstereceği kuralı ile Başlangıcının dördüncü fıkrası, 2 nci maddesi ve yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve devredilemeyeceğine ilişkin 7 nci maddesi

karşısında Anayasal koruma göremeyecek ise, aynı anlama gelen bir yorumun da aynı gerekçelerle koruma göremeyeceği açıktır.

Çünkü, Yetki Yasası'nda Bakanlar Kurulu'na verilen yetkinin 'amaç', 'kapsam' ve 'ilkeleri'nin belirlenmesinden amaç, Yetki Yasası'nın Anayasanın belirlediği öğeleri belli bir içeriğe kavuşturarak somutlaştırması, verilen yetkiyi hiçbir tartışmaya yol açmayacak açıklıkta belirlemesi ve dolayısı ile söz konusu istisnai yetki ile Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olan yasama yetkisi kapsamında Bakanlar Kurulu'nun neleri gerçekleştirebileceğinin açıklığa kavuşturulmasıdır.

Yürürlüğe girecek olanlar da dahil tüm teşkilat, personel ve usul yasalarına ilişkin düzenleme yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilmesi, hiç tartışma yoktur ki yasama yetkisinin devridir. Aksine bir düşünce, TBMM'nin ve dolayısıyla kuvvetler ayrılığına dayalı demokratik rejimin varlığının ve gerekliliğinin tartışmaya açılarak inkarı kadar, Anayasa Mahkemesinin varlığının ve gerekliliğinin de tartışmaya açılarak inkarı anlamına gelir.

Ayrıca, yukarıda sıralanan yasa ve yasa gücünde kararnamelerden 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hariç hiç biri bakanlık teşkilat kanunu olmadığı gibi personel kanunu da değildir ve tamamı usul ve esas kanunudur.

Bu bağlamda, söz konusu yasa ve yasa gücünde kararnamelerin, 6223 sayılı Yetki Yasasının kapsamı içinde olmadığı her türlü tartışmanın dışındadır. 663 sayılı KHK, söz konusu yasa ve yasa gücünde kararnamelerde yapılan değişiklik ve yeni düzenlemelerle yürürlükten kaldırılan hükümler bağlamında şekillendirilip ana iskeleti oluşturulduğundan ve 181 sayılı KHK'nin yürürlükten kaldırılması, bunların dolaylı sonucu olduğundan 181 sayılı KHK'nin de kapsamda olmadığı ortadadır.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin 27.10.2011 günlü ve E.2011/60, K.2011/147 sayılı Kararındaki (6216 sayılı Kanunun 65 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre çoğunluk sayılan) Görüşe göre;

6223 sayılı Yetki Yasasının kapsamına;

- Birincisi, "Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesi" ve bu çerçevede gerekli görülmesi halinde yeni bakanlıklar kurulması, var olan bakanlıkların birleştirilmesi, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının yeniden belirlenmesi" için Yetki Yasasında tek tek sayılan 19 adet kanun ve kanun hükmünde kararname ile bu konuyla ilgili diğer kanun ve kanun hükmünde kararnameler;

- İkincisi ise, "Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin olarak değişiklikler ve yeni düzenlemeler" yapılması için" Yetki Yasasında sayılan 6 adet kanun ve kanun hükmünde kararnamelerle bu konuyla ilgili diğer kanun ve kanun hükmünde kararnameler;

girmektedir.

Bu bağlamda yukarıda sayılan yasa ve yasa gücünde kararnameler, Anayasa Mahkemesinin 27.10.2011 günlü ve E.2011/60, K.2011/147 sayılı Kararındaki (6216

sayılı Kanunun 65 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre çoğunluk sayılan) Görüşe göre, 6223 sayılı Yetki Yasasının kapsamına girmemektedir.

Anayasa Mahkemesinin, 27.10.2011 günlü ve E.2011/60, K.2011/147 sayılı Kararındaki (6216 sayılı Kanunun 65 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre çoğunluk sayılan) Görüşle yaptığı geniş yorumu daha da genişleterek söz konusu yasa ve yasa gücünde kararnameleri, 6223 sayılı Yetki Yasasının kapsamında değerlendireceği düşünülememektedir.

Bakanlar Kurulunun 6223 sayılı Yetki Yasasının kapsamında olmayan alanlarda hukuksal tasarruflara girişerek yasal düzenlemelerde bulunması, Anayasanın Başlangıcının dördüncü fıkrası ile 2 nci, 7 nci 87 nci ve 91 inci maddelerindeki kurallarla bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, Anayasanın 91 inci maddesinin birinci fıkrasına göre Bakanlar Kuruluna Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevlerle ilgili kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilemez. Bu nedenle anılan bölümlerde yer alan hak ve ödevleri ilgilendiren alanlarda KHK ile düzenleme yapılamayacağına duraksama yoktur.

663 sayılı KHK ile toplumun kamu sağlık hizmetlerinden yararlanmasına ilişkin yapısal değişiklikler yapılmıştır. Acil durum ve afet hallerinde verilecek sağlık hizmetleri ayrı olmak üzere, koruyucu, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin yürütülmesi Sağlık Bakanlığı'nın görevleri arasından çıkarılmıştır. Sağlık Bakanlığı'nın sağlık hizmetleri ile ilgili görevi sağlık sistemini yönetmek ve politikaları belirlemekle sınırlandırılmış, Bakanlıkların devletin temel görevlerden saydığı bir işlevin kurumu olduğu bir tarafa bırakılarak Sağlık Bakanlığı bir tür düzenleyici üst kurul niteliğine büründürülmüştür. Üstelik sağlık sistemi yönetimi ve sağlık politikalarının belirlenmesine yönelik temel görevlerin yerine getirilmesi de Sağlık Politikaları Kurulu'na devredilmiştir. 13 kişilik bu Kurul'un, Müsteşar ve Müsteşar yardımcıları dışındaki 11 üyesinin, sağlık hizmetleri alanında eğitime dayalı bilgi koşulu aranmayan, herhangi bir sektörde çalışmış, dört yıllık yüksekokul mezunu kişiler arasından Sağlık Bakanı tarafından seçilmesi düzenlenmiştir.

663 sayılı KHK ile Sağlık Bakanlığı'nın temel görevi olan sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ile ilaç ve tıbbi malzemelerle ilgili görevleri ise bağlı kuruluşlara devredilmiştir. Temel sağlık hizmetlerinin yürütme görevi Halk Sağlığı Kurumuna, ilaçlar, tıbbi ürün ve cihazlar hakkında düzenleme yapma görevi Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumuna, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmetlerini verme görevi ise Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna devredilmiştir. Sağlık Bakanlığı'nın taşra teşkilatı olan İl Sağlık Müdürlüklerinin yanı sıra Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu hariç bütün bağlı kuruluşlarının ayrı ayrı birer taşra teşkilatı oluşturulmasına yönelik düzenleme yapılmıştır. Sağlık Bakanlığı'nın taşra teşkilatı olan İl Sağlık Müdürlüğü'ne bağlı kuruluşların taşra teşkilatına yönelik yalnızca koordinasyon yetkisi verilmiştir. Kamu hizmetlerinin merkezi idare tarafından idarenin bütünlüğü ilkesine uygun hiyerarşi ilişkisi içinde, taşra örgütlenmesinde yetki genişliği esasına göre örgütlenmesi Anayasanın 123 ve 126 inci maddelerine göre bir zorunluluk iken 663 sayılı KHK ile kamu sağlık hizmetlerinin örgütlenmesinde bu normlara aykırı Merkez, bağlı kuruluş ve taşra teşkilatı oluşturulmuştur.

Bağlı kuruluşlardan Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu ile Türkiye Halk Sağlığı Kurumuna ayrı ayrı 209 sayılı Sağlık Bakanlığı'na Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun ile Döner Sermaye tahsis edilmiş, sağlık hakkı ile ilgili bütün faaliyetlerinden gelir elde etmeye, kendi alanları ile ilgili 'idari düzenlemeler' yapmaya yetkili kılınmışlardır. Kamu sağlık hizmeti üretmekle yükümlü olması gereken kuruluşlar, özel sektör kuruluşları gibi işlev ve faaliyette bulunmak üzere, karar alma gücü, harcama yetkisi ve gelirlerin bütçenin genelliği ilkesinden koparılmış olması, personel istihdamı, sürekli ve genel bir denetime yer verilmemesi gibi pek çok unsur üzerinden adeta ayrı bir tüzel kişiliğe dönüştürülmüştür.

Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı olarak her ilde en az bir adet olmak üzere, o ildeki ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmeti veren sağlık kuruluşlarının dahil edileceği Kamu Hastaneleri Birliği kurulmuştur. Birliğin yönetimi genel sekreter tarafından, Birliğe bağlı her bir hastanenin ise hastane yönetici tarafından yönetilmesi, başhekimlik ile idari işler, mali işler ve sağlık bakım hizmetleri müdürlüklerinin hastane yöneticisine bağlı olarak çalışması düzenlenmiştir. Tıpta uzmanlık ve yan dal uzmanlık eğitimi veren kurumlardaki eğitim ve sağlık hizmetlerinden sorumlu olacak kişileri hastane yöneticisinin belirlemesi, sağlık personelinin görev yapacağı ve ikamet edeceği yerin, sağlık mesleği mensuplarının mesleki denetiminin genel sekreter tarafından belirlenmesi kurallaştırılmıştır.

Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu başkanının iki yıllık süre sınırı ile sözleşme imzalayacağı, dört yıllık herhangi bir alandaki yüksekokuldan mezun ve herhangi bir sektörde belli süre ile iş deneyimi bulunan, iş güvencesine, kamusal sağlık hizmetlerinin gerektirdiği yansız davranma koşullarına sahip olmayan, ehliyet ve liyakatin aranmadığı genel sekreter ve hastane yöneticileri sağlık hizmetinde ve sağlık mesleklerinin eğitiminde temel yetki ve görevlere sahip kılınmıştır. Nitekim basına yansıyan haberlere göre Kayseri Vergi Dairesi Müdürü olan bir kişi ilk Birlik Genel Sekreteri olarak Kayseri Kamu Hastane Birliği'ne atanmıştır. 663 Sayılı KHK'ye ekli (1) sayılı Cetvelde Kamusal sağlık hizmeti sunmakla görevli bağlı kuruluşlarında çalıştırılacak personelden bazılarının unvanlarının karşısında 'ÖZELLEŞTİRME' kavramına yer verilmiştir.

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Sağlık Bakanlığı'nın görevleri arasına 'özel sağlık kuruluşlarının yaygınlaştırılmasına', Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün görevlerine ise 'sağlık turizmi uygulamalarının geliştirilmesi' ne yönelik bugüne kadar bulunmayan yeni görevler eklenmiştir. 209 sayılı Kanunda yapılan değişikliklerle sağlık hizmeti sunan sağlık personeline değişken, sağlık hizmeti arzını artırma sonucunu doğuran, hizmet başına ödeme sistemi olan performansla dayalı ek ödeme sistemi sürdürülmüştür. Kamu hastanelerinde yabancı hastalara sağlık hizmeti verilerek gelir elde edilmesi, sağlık serbest bölgelerinin kurulması, gerçek ve tüzel kişilerin sağlık kurum ve kuruluşları açabilmesi ile belirli bir alanda sağlık hizmeti verebilmek için ruhsatın yanı sıra açılacak ihalede belirlenecek bedel karşılığında lisans alma zorunluluğu getirilmiştir. Türk Vatandaşı olmayan hekim ve hemşirelerin ülkemizde çalışabilmeleri için vatandaşlık koşuluna yönelik düzenlemelerin kaldırılması başta olmak üzere sağlık alanının yapılanmasını, sağlık hizmetlerini baştan sona dönüştüren düzenlemeler yapılmıştır.

Sağlık Bakanlığı bünyesinde, Sağlık Meslekleri Kurulu adı altında bir kurul oluşturularak, sağlık mesleği mensuplarının uyacağı etik kuralları saptama, mesleki yeterliklerini ölçme, yeterlik eğitimi müfredatını hazırlama, yeterlik sınavını yapma,

meslekten süreli veya süresiz men cezası verme, sağlık mesleği mensuplarının diplomalarını iptal etme ve sağlık mesleği mensuplarını sağlık 'sisteminden silme' gibi olağanüstü yetkilerle donatılmıştır. Bu Kurul'un yansız ve hiçbir etki altında kalmadan karar vermeye ilişkin güvenceleri, üyelerinin görev yapacakları alana ilişkin mesleki eğitim görmüş olmaları veya sağlık hizmetleri veya sağlık alanında bilimsel çalışmalar yapmış olma gibi ölçütlerin hiçbiri aranmamıştır. Yeni sağlık mesleği veya tıpta, dış hekimliğinde uzmanlık ve yan dal uzmanlık dallarının oluşturulması, sağlık mesleklerinin eğitim müfredatlarının belirlenmesi konularında da görüş vermek üzere görev yapacak olan kurulun bütün faaliyetleri sağlık hizmetini doğrudan etkileyecek, niteliğini, oluşumunu belirleyecek sonuçlar doğuracaktır.

Bu düzenlemelerin pek çoğu tek başına sağlık hizmetlerinin niteliğini, insanların gereksinimi olan sağlık hizmetlerini ulaşabilmesine ilişkin süreci olumsuz etkileme gücüne sahiptir. 5947 sayılı Kanunun bazı maddelerinin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin E.2010/29, K.2010/90 sayılı 16.07.2010 günlü kararında özetle; sağlık hizmetlerinin doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklı olduğu, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahip olduğu, sağlık hizmetlerinin insanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile ilgili olduğu bu hizmetlerin sunum yöntemine yönelik düzenlemeleri Anayasanın 17 nci ve 56 ncı maddeleri kapsamında değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin E.2005/10, K.2008/63 sayılı bir başka kararında: 'Anayasanın, 2 nci, 5 inci, 17 nci ve 56 ncı maddeleriyle kişilere, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme ve hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme hakkı tanınmış ve Devlete de, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama, kişilerin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi verilmiştir. Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin, mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşım ihtiyacı duydukları oranda bu hizmetlerden yararlanabilmeleridir. Devlet için bir görev ve kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesinde, bu haktan yararlanmayı zorlaştıracı ya da zayıflatıcı düzenlemeler Anayasaya aykırı düşer.' şeklinde vurguladığı iptal gerekçesinde de sağlık hizmetlerine yönelik düzenlemelerle kişilerin maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirme hakkı arasındaki sıkı bağa işaret etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararlarda da sağlık hakkı yaşam hakkının bütünleyicisi olarak yorumlanmakta, devletin kişinin yaşamını güvence altına almaya yönelik önlemler alması şeklindeki pozitif yükümlülüğün 'kamu sağlığı alanının da uygulanır' olduğunu belirtilmektedir. AİHM'nin 17.1.2002 tarihli Calvelli ve Ciglio v. İtalya 8.7.2004 tarihli Vo v. Fransa kararı- Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Prof. Dr. M. Semih Gemalmaz, Legal Yayıncılık, sf. 120-148)

663 sayılı KHK baştan sona temel haklardan olan yaşam hakkı ile bütünleşik olan sağlık hakkına yönelik düzenlemeler içerdiğinden Anayasanın ikinci kısmının birinci bölümünde yer alan 17 inci maddesinde düzenlenen kişilerin maddi ve manevi varlığını koruma geliştirme hakkına yönelik düzenlemeleri içermektedir. Bu durum Anayasanın 91 inci maddesinde belirtilen kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapma yasağı bulunan temel haklara yönelik düzenleme yapıldığını göstermektedir. Esasen sağlık hizmetlerinin temel haklar alanına ilişkin olması o kadar açıktır ki; 6223 sayılı Yetki Yasasının ikinci fıkrasının (a) bendinde ve (b) bendinde sayılan kanunlar içinde ne 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevlerine ilişkin Kanun Hükmünde Kararname ne de diğer sağlık alanına ilişkin yasalar bulunmaktadır.

663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin, 6223 sayılı Yetki Yasasında KHK çıkarma yetkisinin 'konu' yönünden belirlenen sınırına aykırı olarak ve Anayasanın 91 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca kararname ile düzenleme yapma yetkisi verilemeyecek temel haklarla ilgili alanda düzenleme yapılmış olması nedeniyle 663 sayılı KHK'nin tümünün ve ayrı ayrı tüm maddeleri ile eklerinin Anayasanın Başlangıcı ile 2 nci, 6 ncı, 7 ncı, 87 ncı ve 91inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

Yukarıda açıklandığı üzere, 663 Sayılı KHK ile 6223 Sayılı Yetki Yasasında bir üst maddede değinilen KHK çıkarma yetkisinin verildiği konuların bütünüyle dışında kalan konularda da düzenleme yapılmıştır. Yükseköğretim alanında, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının kuruluş ve görevlerine ilişkin yasalarında, hekimlik, hemşirelik gibi sağlık mesleklerinin ülkemizdeki icra edilme koşulları adı altında toplanabilecek konularda KHK ile düzenleme yapılmıştır.

Bu kapsamda 663 sayılı KHK'nin 'Atıflar, değiştirilen ve yürürlükten kaldırılan hükümler' başlıklı 58 inci maddesinin;

(7) numaralı fıkrasının (a) bendinde 3359 sayılı Kanunun Eğitim ve Araştırma Hastanelerinde lisansüstü eğitim olan tıpta uzmanlık eğitimi alanında düzenleme yapılarak bu eğitimi veren eğitim görevlilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların düzenlendiği Ek 1 inci maddesi değiştirilerek yeniden düzenlenmiş;

(7) numaralı fıkrasının (c) bendinde tıp ve diş hekimliği fakültesi bulunan tıp, diş hekimliği eğitimi ile uzmanlık ve yan dal uzmanlık eğitimi verilen üniversitelerin uygulama ve araştırma merkezleri ile Sağlık Bakanlığına ve bağlı kuruluşlarına ait sağlık kuruluşlarının birlikte kullanımı adı altında yükseköğretime ilişkin olarak Ek 9 uncu maddesi değiştirilerek yeniden düzenlenmiş;

(8) numaralı fıkranın (a) ve (b) bendleri ile 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 1 inci ve 4 üncü maddelerinde değişiklik yapılarak hekimlik yapmak için aranan vatandaşlık koşulu kaldırılmış, aynı Kanuna 1219 sayılı Yasaya ekli çizelge uyarınca tıpta uzmanlık alanı dalı olan 'aile hekimliği' alanında Geçici Madde 9 eklenerek istisnai bir yöntemle uzmanlık eğitimi yapılmasına ilişkin düzenleme yapılmış,

(9) numaralı fıkra ile 6283 sayılı Hemşirelik Kanununun 3 üncü maddesinde değişiklik yapılarak ülkemizde hemşire olarak çalışabilmek için aranan vatandaşlık koşulu kaldırılmış,

(12) numaralı fıkrası ile 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanununda değişiklik yapılarak Birliğin muayene ve tedavi ücretleri konusunda asgari ücret belirleme yetkisi kaldırılarak rehber tarife belirleme yetkisine dönüştürülmüş,

(14) numaralı fıkrasının;

(d) bendi ile 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun en az elli ve üzerinde işçi çalıştıran işyerlerine işyeri hekimi çalıştırma yükümlülüğü yükleyen 180 inci maddesi yürürlükten kaldırılmış,

(ğ) bendi ile 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunun 1 inci maddesinde geçen 'tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak' ibaresi, yürürlükten kaldırılmıştır.

Yukarıda belirtilen bütün bu değişikliklerin; Anayasa Mahkemesi'nin, 6223 Sayılı Yetki Yasası'na ilişkin kararında "6223 sayılı Kanunun iki konuda Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verdiği görülmektedir: Bunlardan birincisi özetle 'Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesi'dir. Bu çerçevede gerekli görülmesi halinde yeni bakanlıklar kurulması, var olan bakanlıkların birleştirilmesi, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının yeniden belirlenmesi için KHK çıkarma yetkisi verilmiştir' şeklinde özetlediği KHK çıkarma yetkisinin içinde olmadığı açıktır.

Yine Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararında ilk yetki alanı ile bağlantılı olarak vurguladığı ikinci yetki alanı olan 'Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin olarak değişiklikler ve yeni düzenlemeler' kapsamında değerlendirilemeyeceği de kuşkusuzdur.

Bakanlar Kurulu yukarıda sayılan düzenlemeleri KHK ile yaparak kaynağını Anayasadan almayan bir yetkiyi kullanmıştır. Oysa Anayasa yasama yetkisini Türk Milleti adına TBMM'ye vermiş ve bu yetkiye -Anayasanın 91 inci maddesindeki ayrık ve spesifik durum hariç- devredilmezlik atfetmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere Bakanlar Kurulunun 6223 sayılı Yetki Yasasının kapsamında olmayan alanlarda ilkeleriyle uyuşmayan hukuksal tasarruflara girişerek yasal düzenlemelerde bulunması sonucu yasalaşan, 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin tümünün ve ayrı ayrı tüm maddeleri ile ekindeki (I) Sayılı Cetvel, (II) Sayılı Cetvel, (III) Sayılı Cetvel ve Listeler, Anayasanın Başlangıcının dördüncü fıkrası ile 2 nci, 6 ncı 7 nci, 8 inci, 87 nci ve 91 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

2) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2 nci Maddesinin İkinci Fıkrasının Son Cümlesinde Yer Alan 'ile ilgili olarak.' İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 2 nci maddesinde Sağlık Bakanlığı'nın görevleri düzenlenmiştir. 663 sayılı KHK' nin ikinci maddesinde Sağlık Bakanlığı'na 'Acil durum ve afet halleri' dışında kalan hizmetlerle ilgili yalnızca 'yönetme ve politika belirleme' görevi verilmiştir.

Sağlık Bakanlığının kamu hizmeti olarak yükümlendiği sağlık hizmetlerini üretmek için tercih edilen örgütlenme yöntemi bağlı kuruluş olmuştur. Bu kapsamda;

- Temel sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli bağlı kuruluş olarak Türkiye Halk Sağlığı Kurumu,

- İkinci ve üçüncü basamak sağlık hizmetlerini vermek üzere Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu bağlı kuruluş olarak kurulmuştur.

663 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılan 181 Sayılı KHK'nın 'Görev' başlıklı 2 nci maddesinde Sağlık Bakanlığı'nın görevleri içinde yer alan, koruyucu, tedavi ve rehabilite edici hizmetler bu iki bağlı kuruluşa devredilmiştir.

Bağlı kuruluşlar kendi görev ve yetki alanlarında karar alma, düzenleme yapma, denetleme ve gerektiğinde yaptırım uygulama, personelin atama, nakil ve ücret, emeklilik

gibi her türlü özlük işlemlerini yapma, bütçelerini hazırlama, yürüttükleri hizmetlere karşılık 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanunun hükümleri uyarınca gelir elde etme ve harcama yetkisine sahiptir.

Her iki bağlı kuruluşun Bakanlıktan ayrı ayrı taşra teşkilatı oluşturulmuş, Sağlık Bakanlığı'nın taşra teşkilatı olan il sağlık müdürlerinin Bakanlığın ildeki temsilcisi ve valinin sağlık müşaviri olduğu belirtilmekle birlikte bağlı kuruluşların taşra teşkilatına ilişkin yalnızca 'koordinasyonunu yapma ve uyumlu çalışmasını gözetme' yetkisi verilmiştir. İldeki sağlık hizmetlerini yürütme görevi ise 'acil sağlık hizmetleri' ile sınırlı olarak verilmiştir.

Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu ve Türkiye Halk Sağlığı Kurumu'nun Bakanlıktan ayrı tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Bu duruma rağmen Sağlık Bakanlığı'nın temel işlevini yerine getirecek olan bağlı kuruluşlar üzerinde Bakanlığın sürekli ve genel nitelikte denetimi yerine, 'gerektiğinde' denetim öngörülmüştür. Sağlık Bakanının bağlı kuruluşlar üzerinde ana hizmet birimi niteliğini koruyacak, bakanlık bağlı kuruluş ilişkisini hiyerarşi içinde içten sağlayacak, onay, düzeltme, denetim, disiplin yetkilerine yer verilmemiştir.

Oysa Ulusal kamu hizmetlerini merkezi idare tarafından örgütlenmesinin kuralları Anayasanın 123 ve 126 ncı maddelerinde bulunmaktadır. İdarenin bütünlüğü ilkesi uyarınca ana hizmetleri yürüten kuruluşlar üzerinde Bakanlığın düzenleme yapma, denetleme ve yaptırım uygulama yetkilerinin tanınması, hiyerarşi ve yetki genişliği ilkesine uygun bir yönetsel sistemin oluşturulması zorunludur. Devletin siyasal varlığını yönetsel işleri üstlenerek gerçek kılan hizmet bakanlığına son vermek Anayasal yönetsel ilkelere aykırıdır. Bu durum aynı zamanda Anayasanın 17 ve 56 ncı maddelerine aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü sağlık hakkının korunması, geliştirilmesine yönelik devletin pozitif ödevlerinin yerine getirilmesi için yönetsel teşkilatın kamu hizmetlerinin görülmesine ilişkin Anayasal ilkelere uygun oluşturulması zorunludur.

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında da sağlık hizmetlerinin doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklı olduğu, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahip olduğu belirtilmiştir. Bir diğer kararda yaşam ve sağlık hakkı arasındaki bağ 'insanların hastalandıklarında ya da hastalanmadan koruyucu hekimlik kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanmaları, tedavi olmaları insan olmanın asgari yaşam standardıdır. ' şeklinde ortaya konmuştur.

Sağlık Bakanlığı'nı bir tür düzenleyici kurul'a dönüştürerek, kamu sağlık hizmetinin yürütülmesi görevini merkezi idareden adeta bağımsız hale getirilen bağlı kuruluşlara devri sonucunu doğuran 663 sayılı KHK'nin 2 nci Maddesinin (2) numaralı fıkrasının son cümlesinde yer alan 'ile ilgili olarak' İbaresini; Anayasanın 2 nci, 17 inci, 56 ncı, 123 üncü ve 126 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

3) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 6 ncı Maddesinin (1) ve (2) Numaralı Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

663 sayılı KHK'nin 6 ncı maddesi ile sağlık sistemi yönetimi ve politika belirlemek üzere 'Sağlık Politikaları Kurulu' kurulmuştur. Maddenin 1 inci fıkrasına göre devletin sağlık hizmetindeki temel yükümlülüklerini belirleyecek olan bu Kurul, müsteşar ve müsteşar yardımcısı ile birlikte on bir üyeden oluşmaktadır. 11 üyenin seçiminde aranan iki ölçüt bulunmaktadır. Birincisi dört yıllık yüksek okul mezunu olma, ikincisi ise kamu

ya da özel sektör ya da mesleki alan ayrımı olmaksızın sekiz yıllık iş tecrübesine sahip olmaktadır. Kurul'un bünyesinde bilimsel ve uzmanlık gerektiren konularda çalışmalar yapmak ve görüş bildirmek üzere danışma kurulları ve komisyonlar oluşturulacağı düzenlenmiştir. Kurulda kamu görevlisi olmayan kişilerin görevlendirilebileceği düzenlenmiş, kamu görevlisi olsa dahi bu kişilerin hangi kriterlere göre belirleneceğine yer verilmemiştir.

Yaşam hakkı ile bütünsel sağlık hakkı niteliği gereği devredilemez, ertelenemez temel bir haktır. Bu hakkın gerçekleştirilebilmesi için sağlık hizmetlerinin toplumdaki tüm bireylere eşit, ulaşılabilir ve nitelikli bir biçimde sağlanması gerekir. Bu nedenle de kamusal hizmet olma niteliği gözetilerek örgütlenmesi ve geliştirilmesi zorunludur. Bu hizmetin yürütülmesi ve sürdürülmesinde temel değerde olan yönetim ve politika belirleme yetkisi verilen kurul üyelerinin de görevin gerektirdiği özelliklere sahip olması zorunludur. Sağlık hizmetlerinin gerektirdiği eğitimi almış; özelleşmiş, alana özgü deneyim ve becerisini birbirine bağlı iş ve hizmetler serisi ile kazanmış uzmanlardan olma gibi niteliklerin aranmasına ilişkin herhangi bir ilke konulmamıştır. Maddede yer alan hizmetin gerekleri ile ilgisiz ölçütlere göre yalnızca ticari amaçlarla örgütlenip faaliyetlerini personel yapısını, hedeflerini buna göre belirlemiş yerli ya da yabancı herhangi bir şirkette çalışan kişilerin ya da ilgisiz kamu görevlilerinin bu görevlere atanması söz konusu olabilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında bir kamu hizmetinin yürütümünde yetkilendirilecek kişi ya da komisyon üyelerinin kendilerine tanınan yetkinin gerektirdiği niteliklere sahip olması gerektiği, buna ilişkin kuralların da hukuki güvenlik ilkesi uyarınca belirli ve öngörülebilir olmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımayan, takdire bağlı ve belirsiz bir yetki içeren kuralların Anayasanın 2 ve 128 inci maddelerine aykırı olduğu saptanmıştır.

663 sayılı KHK'nın 6 ncı maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları, Sağlık Politikaları Kurulu üyelerinin niteliklerinin açıkça belirtilmemesi nedeniyle Anayasanın 2 ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

4) 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci Maddesinin;

a) (1) Numaralı Fıkrasının (c) Bendindeki 'gerektiğinde süreli veya süresiz iptal etmek' İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

663 sayılı KHK'nın 8 inci maddesinde Bakanlığın ana hizmet birimlerinden olan Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün görevleri düzenlenmiş, 1 inci fıkrasının (c) bendinde Genel Müdürlüğe 'Kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilere ait sağlık kurum ve kuruluşlarına izin vermek ve ruhsatlandırmak, bu izin ve ruhsatları gerektiğinde süreli veya süresiz iptal etmek.' yetkisi verilmiştir.

Sağlık kurum ve kuruluşlarının izin ve ruhsatlandırılmaları, sağlık hizmetinin belirli standartlara sahip yerlerde ve şekilde sunulmasını sağlamak, böylece tüm bireyler için sağlık standartlarını ortaklaştırmak amaçlanmaktadır. İzin ve ruhsatlandırma aynı zamanda eczacı, hekim, diş hekimleri ve sağlık hizmeti verme yetki ve görevi bulunan bütün sağlık personelinin çalışma hakları ile de ilgilidir.

Danıştay 10. Dairesi hekimler tarafından muayenehanede sunulacak sağlık hizmetinde ruhsatlandırma koşullarının düzenleyen normlarda hizmet sunumunu ağır biçimde güçleştiren değişiklikleri çalışma hakkına müdahale olarak yorumlamış,

Anayasanın 48 inci maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. İzin ve ruhsatlandırmaya ilişkin düzenlemelerin çalışma hakkı ile olan bağı nedeniyle bu hakkı kısıtlayan düzenlemelerin de Anayasanın 13 üncü maddesi uyarınca açıkça kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bugün ilgili mevzuat uyarınca hekimlerin açtıkları muayenehaneler de dahil olmak üzere sağlık hizmeti sunulan bütün kurum ve kuruluşlarda 'izin' veya 'ruhsat'ın öngörülmesi, uzmanlık belgeleri ve gerekli koşulları sağlamalarına rağmen ruhsat olmaksızın çalışmaya izin verilmemesi şeklindeki uygulamalar da Kanunla düzenleme gerekliliğini göstermektedir.

Ancak 663 Sayılı KHK'nın 8 inci Maddesinin 1 inci fıkrasının (c) bendi ile Genel Müdürlüğü verilen 'bu izin ve ruhsatları gerektiğinde süreli veya süresiz iptal etme' yetkisi, idareye sınırsız bir takdir yetkisi tanımakta ve yetkinin genişliği hekimler, dış hekimleri ve sağlık hizmeti verme yetki ve görevi bulunan bütün sağlık personelinin çalışma hak ve özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale sonucunu yaratmaktadır.

Hukuki güvenlik ilkesinin zorunlu kıldığı belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesi, hakka yönelik bir sınırlandırmanın olduğu durumlarda daha da özel bir önem arz etmektedir. Bireylerin çalışma hak ve özgürlüklerini kullanabilmeleri, tüm işlem ve eylemlerini güven içerisinde sürdürebilmeleri hukuksal düzenlemelerde yaptırım uygulanmasını gerektiren nedenlere açıkça yer verilmesini zorunlu kılmaktadır. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için de yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi gereklidir.

Yasa'da ruhsat ve iznin iptal edilme gerekçelerine yer verilmeksizin yani çalışma hakkına yönelik müdahaleler sayılmaksızın 'gerektiğinde' şeklinde ifade edilen belirsiz bir kavramla idareye temel hakları sınırlama ya da ortadan kaldırma yetkisinin verilmesi, belirlilik ilkesine de içine alan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi büyükşehir belediye başkanının tüm görev ve yetkilerini gerektiğinde devredilebilmesine olanak tanıyan Yasa kuralını, belirlilik unsuru açısından hukuk güvenliği ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir.

663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendindeki 'gerektiğinde süreli veya süresiz iptal etmek' ibaresi ile idareye çalışma hakkının sınırlandırılmasında sınırsız bir takdir yetkisi verilmesi, Anayasanın 2 nci, 13 ncü ve 48 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

b) (1) Numaralı Fıkrasının (ç) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nın 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (ç) bendinde Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne 'Sağlık hizmetlerinin ücret tarifelerini belirlemek veya tasdik etmek' yetkisi verilmiştir. Bu düzenleme sağlık çalışanlarının verdikleri hizmetin yani emeklerinin karşılığının belirlenmesi yetkisini de içermektedir.

Anayasanın 135 inci maddesi uyarınca kanunla kurulmuş kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının meslekleriyle ilgili ücret tarifesini belirleme yetkileri bulunmaktadır. Nitekim Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 28 inci maddesinde, Türk Dış Hekimleri Birliği'nin 40 inci maddesinde, Türk Eczacılar Birliği'nin 4 üncü maddesinin (e) bendinde Birliklere tarife belirlemek yetkisi verilmiştir. Söz konusu maddelerde Sağlık Bakanlığı'na tanınan yetki ise tasdik etmekle sınırlıdır.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının meslek mensuplarının emeklerinin karşılığı olan ücretleri belirlemesi bu kurumların Anayasanın 135 inci maddesinde açıklanan kuruluş gerekçeleri ile birebir örtüşmektedir. Bu kuruluşlara Anayasanın 'Yürütme' bölümünde yer verilmesi de mesleğin yürütümüne ilişkin kuralların belirlenmesinde görevli ve yetkili kılındıklarını teyit etmektedir.

663 Sayılı KHK'nın 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (ç) bendi ise kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının Anayasadan aldığı yetkileri yok sayarak tarifelerin belirlenmesi konusunda Genel Müdürlüğü tek yetkili kılmıştır. Oysa içeriğini açıklanan Anayasal hükümlerden almakla sağlık çalışanlarının haklarının korunması ve ücrette adaletin sağlanması ilkeleri doğrultusunda bu yetkinin kullanımında yasal temsilcilerinin de yetkili bulunması gerekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi; 'Meslek kuruluşlarının etkinliği, sorumluluğu ve yükümlülüğü, belirli bir düzen ve disiplin içinde faaliyette bulunması, görevlerinin boyut ve kapsamına bağlıdır. İşlevsizliği ve biçimsel örgütlenmeyi aşmanın yolu, mesleğin tüm alanlarında ve meslekle ilgili işlemlerde.. meslekle ilgili faaliyetlerle meslek kuruluşu arasındaki olgusal bağın koparılmamasıdır.' diyerek meslek örgütlerinin mesleğin yürütümüne ilişkin alınan kararlara katılım zorunluluğunu ortaya koymuştur.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 'İyi İdare Konusunda Üye Ülkelere Tavsiye Kararı'nın 8 inci maddesinde de katılım ilkesi düzenlenmiş ve acil durumlar dışında idarenin, hak ve çıkarları etkilenenlere idari kararların hazırlığına ve uygulanmasına uygun araçlarla katılma olanağı tanyacağı belirtilmiştir.

663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendi, Anayasanın 2 nci ve 135 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

c) (1) Numaralı Fıkrasının (e) Bendindeki 'politika ve düzenlemelerine' ve 'gerekli' İbarelerinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nın 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (e) bendinde Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne 'Sağlık kurum ve kuruluşlarının mevzuata, Bakanlık politika ve düzenlemelerine uyumunu denetlemek, gerekli yaptırımları uygulamak' yetkisi verilmiştir.

Yalnızca kamu sağlık kuruluşlarını değil bütün sağlık kurum ve kuruluşlarını kapsayan düzenleme ile sağlık kuruluşlarının mevzuat dışında 'politika ve düzenlemelere' de uyumu denetlenecek ve 'gerekli' görülen yaptırımlar uygulanabilecektir. Mevzuat bir ülkede yürürlükte olan yasa, tüzük, yönetmelik vb.nin bütünü olarak tanımlandığı dikkate alındığında 'politika ve düzenleme' ibaresinin hukuk kurallarına karşılık gelmediği açıktır. Bu yükümlülüğün hukuksal düzenlemelerin dışına taşması, önceden belli olmayan sonradan idare tarafından belirlenecek yaptırımları da kapsamı başta demokratik hukuk devleti ilkesi olmak üzere temel hakların ancak kanunla sınırlanabileceğine, suç ve cezaların kanunla düzenleneceğine ilişkin Anayasal normlara aykırıdır.

"yaptırımlar için, yönetim kural işlemlerle yetkili kılınır. Yönetim, yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamaz. 'Suç ve cezalar, Anayasaya uygun olarak yasayla konulabilir. Yönetim, kendiliğinden suç ve ceza yaratamaz'. 'Kanunsuz suç ve ceza olmaz' ilkesi uyarınca bir hukuk devletinde, ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımı yapılmalı, suçlar kesin biçimde ortaya konulmalıdır. Anılan ilkenin özü, yasanın ne tür

eylemleri yasakladığının hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde belirtmesi ve buna göre cezasının da yasayla saptanmasıdır.'

Ayrıca hukuk devletinde bir Bakanlığın 'politika'sından değil Bakanlığın ilgili hukuksal düzenlemeler çerçevesinde ve bu düzenlemelerin gösterdiği sınırlar içinde sunduğu, yönettiği kamu hizmetinden bahsedilebilir. Söz konusu maddede siyasi tercihlere göre değişecek olan Bakanlık politikası ifadesine yer verilerek bu ilke ihlal edilmiştir. Genel Müdürlüğe verilen Bakanlık politikasına uyumu denetleme görevi idarenin bütünlüğü ile kamu hizmetinin devamlılığı ilkelerine aykırılık taşımaktadır. Politikaya uyumsuzluk halinin yaptırıma bağlanması ise gerek politikanın değişebilirliği gerekse yaptırımın düzenlenmemesi bakımından hukuksal güvenliği ortadan kaldırmaktadır.

Belirlilik ilkesi, yükümlülüğün hem kişiler hem de idare yönünden belli ve kesin olmasını ifade eder. Buna göre, yasal düzenlemelerin herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gerekmektedir. Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. 'Öngörülebilirlik şartı' olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır.

663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendindeki 'politika ve düzenlemelerine' ve 'gerekli' ibareleri, Anayasanın 2 nci ve 38 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

d) (1) Numaralı Fıkrasının (g) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nın 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (g) bendinde Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne 'Sağlık kurum ve kuruluşları ile hizmetten faydalananlar arasında doğabilecek ihtilafların çözümüne yönelik usulleri belirlemek' yetkisi verilmiştir.

Bu düzenleme hukuki sorunların çözümünde bir tür yargısal yetki kullanımı içermekte, bu yetkinin nasıl, hangi kapsamda, hangi niteliklere sahip kişiler tarafından ve ne tür sonuçlar doğuracak biçimde kullanılacağını içermemektedir. Tercihe bağlı olması gereken yargılama öncesi uyuşmazlık çözümleri yetkinin kesin olarak düzenlenmesi nedeniyle zorunlu hale gelmiş olup bu şekilde yargı erkine doğrudan müdahalede bulunulmuştur. Eş deyişle sağlık kurum ve kuruluşları ile hizmetten faydalananlar arasında doğabilecek uyuşmazlıkları çözme yetkisinin idareye verilmesi başta hukuk devleti ilkesi ile yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı şeklindeki Anayasal ilkeye aykırıdır.

Bu tür alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının 'asıl hedefi, küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların, adli bir soruna dönüşmeden çözümünü gerçekleştirme'

"vurgulanması gereken diğer bir hususta, alternatif uyuşmazlık çözümlerinin tümüyle gönüllülük esasına göre yürüyen bir kurum olması esasının korunması, tarafların, özellikle yaptırımlar öngörülerek, bu yollara başvurusunun zorunlu kılınmasıdır.'

663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (g) bendi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 9 ncu, 36 ncı ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

e) (1) Numaralı Fıkrasının (ğ) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nın 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (ğ) bendinde Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne 'Geleneksel, tamamlayıcı ve alternatif tıp uygulamaları ile ilgili düzenleme yapmak ve sağlık beyanı ile yapılacak her türlü uygulamalara izin vermek ve denetlemek, düzenleme ve izinlere aykırı faaliyetleri ve tanıtımları durdurmak' yetkisi verilmiştir.

Tıbbın kendisi insanlık tarihi boyunca sağlığın korunması, geliştirilmesi ve geri kazanılması faaliyetlerinde biriktirdiği bilgilerin bilimsel yöntemlerle gözden geçirilmiş halidir. Bu nedenle de tıbbın alternatifi söz konusu değildir. Başta ülkemizin tarafı olduğu 'Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları Ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi' olmak üzere kuralları saptanmış bilimsel araştırma yöntemleri ile etkinliği ve yararlılığı saptanmış yol ve yöntem ve araçların hepsi zaten tıbbın içindedir.

Bu madde ile insan sağlığına zarar vermediği ve yararlılığı bilimsel olarak kanıtlanmamış, ticari amaçlarla insanların umutlarının sömürülmesine dayalı bilim dışı uygulamaların 'yasallaştırılması' söz konusudur. Deneyisel tıbbın süzgecinden geçmemiş yöntemlerin yasallaştırılması, bilimsel süreçlerle örtüşmeyen uygulamaların topluma yasallık kazandırılarak benimsetilmesi devletin temel amaç ve görevlerine kişilerin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, yaşam ve sağlık hakkı ile de uyumlu değildir.

Kaldı ki bilimselliği kanıtlanmamış tedavi denemelerinde bulunmak Türk Ceza Kanununun 'Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar' başlıklı bölümünde yer alan 90. maddesinin 4 üncü fıkrası uyarınca 'hasta üzerinde tedavi amaçlı denemede bulunmak' suçunu da oluşturmaktadır. Yasa hükmünde hastanın yazılı rızasının varlığı halinde tedavi amaçlı denemenin yapılabilmesi, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılmış olması ve tedavinin uzman hekim tarafından hastane ortamında gerçekleştirilmesine bağlı kılınmıştır. Ceza yasasında çizilen sınır dışında kalan her türlü deneme bu yöntemleri uygulayanlar açısından cezai sorumluluk doğuracaktır.

Sağlık beyanı kavramı maddedeki bir diğer hukuka aykırı noktadır. 663 sayılı KHK'da, daha önce hukuksal düzenlemelerde bulunmayan pek çok yeni uygulamaya ilişkin terimler tanımı da yapılmadan düzenlenmiştir. KHK maddelerinin gerekçeleri olmadığından düzenleme ile gerçekte ne amaçlandığı da saptanamamaktadır. Bunlardan biri de 'sağlık beyanı ile yapılabilecek her türlü uygulama'dır.

Sağlık beyanı nedir, içeriğinde neler olacaktır, bu beyan sağlığı etkileyen hangi ürün, cihaz veya tıbbi uygulama için verilecektir gibi soruların hiç birinin yanıtı KHK' de yoktur. Oysa insan sağlığının korunması, geliştirilmesi ve geri kazanılması sürecinde kullanılacak ürünlerin ruhsatlandırılması, insan sağlığı üzerindeki etkilerinin belirlenmiş bilimsel çalışmalarla ortaya konulmuş olması gerekir. KHK'nin daha sonraki maddelerinde de yer alan 'sağlık beyanı' kapsamındaki uygulama, ürün ve malzemeler için bu süreçlerin aranmayacağına ilişkin kural dikkate alındığında; sağlık beyanının tanımı yapılmasının önemi daha da artmaktadır.

İdarenin sahip olduğu düzenleme yetkisi sınırlı, bağı, istisnai ve türevsel bir yetkidir. Bu nedenle Yasa koyucunun temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Ancak yasa koyucu sağlık beyanı ile ilgili hiçbir açıklama, ölçüt getirmeden kavramın içeriğini belirleme yetkisini idareye tanımaktadır. Burada idarenin işlemleri ile bireylerin yaşam ve sağlık hakkına ilişkin konularda karar verilecek olması 'sağlık beyanı' şeklindeki anlatımın bizzat yasa koyucu tarafından içeriğinin doldurulmasını zorunlu kılmaktadır. Hukuki güvenliğin sağlanması yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir ve belirlenebilir nitelikte kurallar içermesi ile mümkündür.

'Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Hukuk devleti, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesini gerekli kılar.'

663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ğ) bendi, Anayasanın 2 nci, 5 nci, 17 nci ve 56 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

f) (1) Numaralı Fıkrasının (i) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nın 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (i) bendinde Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne 'Sağlık turizmi uygulamalarının geliştirilmesine yönelik düzenlemeler yapmak, ilgili kurumlarla koordinasyon sağlamak' yetkisi verilmiştir.

Sağlık Bakanlığı'nın görevi Kararnamenin 2 nci maddesinde belirtildiği üzere 'herkesin bedeni, zihni ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali içinde hayatını sürdürmesini sağlamaktır.' Burada verilen yetki ise ticari amaçla verilecek sağlık hizmetlerinin geliştirilmesidir. Sağlık hizmetlerinde ticaretin geliştirilmesi ve bu hizmetlerden gelir ya da 'kar' elde etmeye yönelik faaliyetlerin sürdürülmesi Sağlık Bakanlığı'nın görevleri içinde yer almamaktadır. Bu nedenle de Bakanlığın görevleri içinde yer almayan bir konuda ana hizmet birimi olan Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne yetki verilmesi söz konusu olamaz.

Öte yandan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin insani amaçla geçici süre ile yapacağı yardımlar kapsamında vereceği sağlık hizmetleri dışında dünyadaki diğer ülkelerin insanların sağlık hizmetlerine ulaşımına yönelik doğrudan görev üstlenmesi de söz konusu değildir. Bu düzenleme de devletin temel amaç ve görevleri ile çelişmektedir.

'Sağlık Turizmi'nin sağlık hizmetini ticarileştiren, bunu hedefleyen yönü açık olmakla beraber bu uygulamanın sağlık hizmeti almak üzere ülkemize gelip tedavi hizmeti alma, tedavi bittikten sonra ülkeden ayrılma veya yurtiçinde bu şekilde hizmetten yararlanmadan öte bir anlamı da bulunmaktadır. Nitekim Sağlık Bakanı yaptığı bir açıklamada '..yurt dışından çok önemli sayıda sağlık hizmeti alacak insanı Türkiye'ye getirebiliriz'. ülkeye sağlık turizminden bir gelir getireceksek, en fazla nasıl yararlanabilir arayışı içinde olmalıyız' serbest bölgelerde daha çok turist, sağlık turistine hizmet verecek alanlar oluşturabiliriz' Çok kaliteli bir hizmet verme imkânımız var ve bütün Avrupa'yı cezbedecek ucuzlukta verme imkânımız' demektedir. Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere sağlık turizmi kamusal hizmetin gerekliliklerine göre değil piyasa

kurallarına tam bağılı sektörlerin gerekliliklerine göre verilecek bir sağıık hizmeti öngörmekte ve sağıık çalışanlarının ucuz işgücünden yararlanmak istenilmektedir. Bu şekilde eğlence gibi sağıık hizmetinin sunumu ile paralellik arz etmeyen, Sağıık Bakanlığı'nın görev ve yetkisinin dışında kalan ticari alanlar sağıık hizmeti ile iç içe geçirilmiştir. Ne var ki bakanlıkların kendi görev alanları dışında hizmet üretmeleri, başka alanlara dair düzenleme yapmaları ve kural koymaları mümkün değildir. Çünkü 'Her bakanlık, devletin temel görevlerden saydığı bir işlevin kurumudur.'

663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (i) bendi, Anayasanın 5 inci ,123 üncü ve 126 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

g) (1) Numaralı Fıkrasının (k) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nın 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (k) bendinde Sağıık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne 'Tıpta uzmanlık eğitimi ile ilgili iş ve işlemleri yürütmek' yetkisi de verilmiştir. Böylece Genel Müdürlük 2547 sayılı Yükseköğretim Yasası'nda bir yükseköğretim olarak tanımlanan tıpta uzmanlık eğitimi konusunda da tek yetkili kılınmıştır.

Oysa Anayasanın 130 uncu maddesinde yükseköğretim ile ilgili kurumlar, görev ve yetkileri ve bu yükseköğretimden sorumlu olacak öğretim üyelerinin nitelikleri ve haklarının Kanun ile düzenleneceğı, 131 inci maddesinde ise; yükseköğretim kurumlarının öğretimini planlamak, düzenlemek, yönetmek, denetlemek, yükseköğretim-eğitim ve bilimsel araştırma faaliyetlerini yönlendirmek ve öğretim elemanlarının yetiştirilmesi için planlama yapmanın Yüksek Öğretim Kurulu'nun görevleri arasında olduğu belirtilmiştir. Sağıık Bakanlığı ise Anayasanın 56 ncı maddesi uyarınca esasen sağıık hizmetlerinin yürütümünden sorumludur.

Ancak 663 Sayılı KHK'nın 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (k) bendinde, üniversitelerin tıp fakültelerince de verilen uzmanlık eğitiminde Sağıık Bakanlığı tek düzenleyici kurum olarak kabul edilmektedir. Bu, Sağıık Bakanlığı'nın Anayasada bilimsel özerklik tanınan yükseköğretim kurumlarına müdahalede bulunması anlamına gelmektedir. Oysa Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiğı gibi; 'Anayasada, üniversiteler konusunda yasama organını bağlayan ilkeler ve hükümler 130 uncu maddede özel olarak belirtilmiştir. Bu ilkelere dayanarak kurulan ve Devlet yapısıyla bilim kuruluşları içinde yer alan üniversiteye, Devletin herhangi bir yönetim kademesinin, bu kurallarla bağdaşmayacak müdahaleler yapmasına ve böyle bir karışmaya olanak verecek yasal düzenlemelerde bulunulmasına yer yoktur.'

Danıştay 10 uncu Dairesi yakın tarihli bir kararında Sağıık Bakanlığı'nın Anayasanın 56 ncı maddesinden kaynaklanan yükümlülüğünü değerlendirmiş ve 'tıp fakülteleri hastanelerinin, üniversite bünyesindeki birer uygulama ve araştırma merkezleri olma niteliğı ve işlevi dikkate alındığında; bu hastanelerin yönetiminin üniversiteler dışında, sağıık hizmetlerini yürütmekle görevli olduğundan bahisle Sağıık Bakanlığına bırakılmasına olanak tanıyan 3359 sayılı Yasanın Ek 9 uncu maddesi, üniversitelerin bilimsel özerkliğiyle bağdaşmamakta, Anayasanın 130 uncu maddesine aykırı bulunmaktadır' gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Yine Danıştay 1 inci Dairesi, Sağıık Bakanlığı'nı tıpta uzmanlık eğitimine ilişkin iş ve işlemlerin yürütülmesinde tek başına yetkili kılan Tüzük tasarısının Anayasanın

yükseköğretimle ilgili hükümlerine uygunluk sağlamadığı gerekçesiyle reddine karar vermiştir.

663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (k) bendi, Anayasanın 2 nci, 130 ncu ve 131 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

h) (1) Numaralı Fkrasının (n) Bendindeki 'sertifikalı eğitim', 've benzeri eğitimleri' ile 'kredilendirme' İbarelerinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nın 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (n) bendi ile Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne 'Sağlık meslek mensuplarının uyum, hizmet içi eğitim, sertifikalı eğitim, görevde yükselme ve unvan değişikliği eğitimleri ve benzeri eğitimleri ile ilgili düzenlemeleri yapmak, koordine etmek, kredilendirme, izleme ve denetimini sağlamak' yetkisi verilmiştir.

Hekim, diş hekimi, eczacı olmak üzere hemşire, fizyoterapist, psikolog gibi çok sayıda sağlık meslek mensubu lisans ve lisans üstü eğitim sonucu mesleğe başlamaktadır. Bu eğitimlerin dışında belirli alanlarda özelleşmiş bilgi ve beceriyi sağlamak amacı ile tıpta ve diş hekimliğinde uzmanlık ve tıpta yan dal uzmanlık eğitimleri verilmektedir. Hizmet içi eğitim dışında kalan sertifika ve benzeri belgelendirmelerin sonucunda belirli bir alanda faaliyette bulunmaya ilişkin yetki ve yeterlik kazandıran bütün eğitimler esasen lisans eğitiminin üzerine verilmekte ve yüksek öğretim kapsamında bulunmaktadır.

Anayasanın 130 uncu maddesinde temel esasları belirlenen yükseköğretimle ilgili amaç ve ilkeler, yüksek öğretim kurumları ve üst kuruluşlarının görev, yetki ve sorumlulukları ile eğitim öğretim ile ilgili esaslar 2547 sayılı Kanunla düzenlenmiştir. Bu Kanun'un 12 nci maddesinde, orta öğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim öğretim yapmak ve ülkenin ihtiyacı olan dallarda insan gücü yetiştirmek, yüksek öğretim kurumlarının görevleri arasında sayılmıştır. Yine 2547 Sayılı Kanunun 12 nci maddesinin (g) bendinde sağlık alanında da yetişmiş insan gücünün mesleki bilgisinin geliştirilmesi üniversitelerin görev ve yetkileri içinde sayılmıştır. Sağlık personeli içinde yer alan hekimlerin üye olduğu ve 6023 sayılı Yasa ile kurulan Türk Tabipleri Birliği'nin görevleri içinde de hekimlerin mesleki gelişimlerini sağlama görev ve yetkisi yer almaktadır.

Anayasada tanımlanan haliyle Sağlık Bakanlığı'nın asli işlevi sağlık insan gücünün eğitimi olmayıp, sağlık kuruluşlarının tek elden planlanıp hizmet vermesini sağlamak ve onları bu kapsamda denetlemektir.

663 Sayılı KHK'nın 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (n) Bendindeki 'sertifikalı eğitim', 've benzeri eğitimleri' ile 'kredilendirme' ibarelerinin özel olarak yükseköğretim, mesleki yetkilendirme ve yetkiye dayalı faaliyette bulunma, genel olarak çalışma hakkı ile son derece yakından ilgili bir alanda Sağlık Bakanlığı'na tek başına düzenleme yapma ve bu eğitimlerin içeriğini, kapsamını belirleme ve eğitimleri verecek kişi ve kurumları saptama, eğitimleri kredilendirme, izleme ve denetleme yetkisi verilmesi hukuk devleti ilkesi, yasama yetkisinin devredilmezliği, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının görev ve yetkileri ile yükseköğretime ilişkin Anayasal ilkelere aykırı olması nedeniyle Anayasanın 2 nci, 7 nci, 130 ncu ve 135 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

ı) (1) Numaralı Fıkrasının (o) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nın 8 inci Maddesinin 1 inci fıkrasının (o) bendinde Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne 'İlgili kuruluşlarla işbirliği yaparak sağlık mesleklerinin standartlarını belirlemek, eğitim müfredatlarının kanıta dayalı olarak güncellenmesini ve geliştirilmesini sağlamak, sağlık meslek mensuplarının sertifikasyonu ile ilgili işleri yapmak veya yaptırmak' yetkisi de 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (n) bendi ile ilgili açıklamalarımız nedeniyle Anayasanın 2 nci, 7 nci, 130 ncu ve 135 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

5) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 21 inci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nin 21 inci maddesinde Yüksek Sağlık Şurası düzenlenmiştir. Maddede Şura'nın görevi 'Sağlık meslek mensuplarının mesleklerini icra ederken ortaya çıkan adli konularda mahkemelere görüş vermek ve idarî soruşturmacılar ve uzlaşma komisyonları için bilirkişi listesi belirlemek' olarak belirlenmiştir. 15 üyeli Şura'nın Müsteşar ve 1 inci Hukuk Müşaviri dışında kalan üyelerinin 'ülkede sağlık hizmetleri veya eserleri ile tanınmış kişiler arasından' Bakan tarafından seçileceği düzenlenmiştir.

Maddenin 7 inci fıkrasında Bakanlığın Şuraya bağlı olarak danışma kurulları ve sağlık mesleklerinin icrasından doğan adli konularda dosyaları inceleyip Şuraya sunmak üzere ihtisas komisyonları oluşturacağı, bu raporların Şura üyelerince müzakere edilip karara bağlanacağı düzenlenmiştir. Şura esasen sağlık personeline yönelik hatalı tıbbi uygulama ya da görevin gereklerine aykırı davranma iddiası ile ortaya konan hukuki uyuşmazlıklarda bilirkişilik görevini yürütecektir.

Bu alanda son yıllarda Yüksek yargı organları kararlarında daha da çok vurgulandığı üzere sağlık mesleklerine yönelik kusur incelemesi yapacak bir kurulun, inceleme yaptığı alanda 'uzman' niteliğine sahip kişilerden oluşması gerekir. Sadece tıp alanında yan dallar ile birlikte 88 uzmanlık alanı bulunmakta, dış hekimliğinde sekiz uzmanlık, hemşirelik alanında ise pek çok özel alan bulunmaktadır. Yalnızca üç sağlık mesleğinin kendi içindeki uzmanlık gerektiren alanları yüzü aşmaktadır. Bu sayılara 30'u aşan 1219 sayılı Yasa ile görev tanımları yapılmış diğer sağlık meslekleri eklendiğinde sağlık mesleklerinde çok sayıda uzmanlık alanının bulunduğu anlaşılmaktadır.

Yapılan bilimsel çalışmalarda, geçmiş yıllarda da benzer yapısı olan Yüksek Sağlık Şurası ile Adli Tıp Kurumunun kararları arasında aynı dosyalarda kusur tespiti yönünden yüzde seksenlere varan uyumsuzlukların olduğu ortaya konmuştur.

Şura'yı oluşturan üyelerin verilen görevleri yapmasına yeterli nitelikleri belirlenmemiştir. Kurulun 13 üyesi için belirlenen tek ölçüt 'ülkede sağlık hizmetleri veya eserleri ile tanınmış' olmaktır. Bu nitelik olsa olsa sağlık hizmetlerinin ve politikalarının belirlenmesinde danışmanlık yapacak Şura üyeleri yönünden belirlenebilecek niteliklerdendir. Oysa örneğin kardiyoloji uzmanı bir bilim insanının dış hekimliği alanında mesleki kusur tespitinde uzman niteliğine sahip olması olanaksızdır. Aynı şekilde psikolog bir bilim insanının hemşirenin mesleki kusurunun olup olmadığı konusunda uzman olarak görev yapması düşünülemez. Şura'nın üye yapısındaki bu sorun nedeniyle verdikleri kararlar konunun uzmanı olmayanların konuyu bilen üyenin görüşü doğrultusunda oy kullanmaları sonucunu yaratacak, verilen karar çok kişinin imzaladığı bir görüşten, eş deyişle bir üye görüşünün çokla çarpılmasından elde edilen bir görüş anlamını taşıyacaktır.

Örneğin Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairelerinin benzer yapısı nedeniyle yargıya intikal etmiş birçok olayda İhtisas Dairesi kararları hukuka uygun bulunmamakta, yani yeterli ve uygun bir bilimsel görüş olarak kabul edilmemektedir. Ayrıca bir tıpta uzmanlık alanının kendi alanı ile ilgili olmayan sağlık hizmetlerinde diğer alanlardan hekimlerin kusurları konusunda görüş bildirmesi bir 'uzmanlık faaliyeti' de değildir.

Şura'ya bağlı oluşturulacak ihtisas komisyonlarının oluşum ve üyelerinin nitelikleri ve belirlenmesi yöntemi de düzenlenmiş değildir. Kaldı ki ihtisas kurullarının raporlarını o alanda ihtisas sahibi olmayan Şura üyelerinin değerlendirip karar vermesi bilirkişilik faaliyetini aşan bir tür yargılama faaliyeti niteliğine de bürünmektedir.

Şura'nın oluşumu ve işleyişi kendisine verilen göreve uygun olarak belirlenmemiş, seçilecek üyelerin nitelikleri de görev tanımlarına göre saptanmamıştır. Geçmişte de görüldüğü üzere yetersiz ve gerekli uzmanlıklara sahip olmadan verilen Şura raporları nedeniyle yargılama süreleri uzamış ve adil yargılanma, yargılamanın makul sürede bitirilmesine ilişkin normlar ihlal edilmiştir. Nitekim 663 sayılı KHK ile düzenlenen Şura'nın üye yapısı ile 24 Nisan 1930 tarihli 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu ile düzenlenen Yüksek Sağlık Şurası'nın yapısı ve üye seçimi aynıdır. 1593 sayılı Yasa ile düzenlenen Yüksek Sağlık Şurası'nın mevcut yapısıyla adil yargılanma hakkını ihlal ettiği Anayasa Mahkemesi kararı ile ortaya konmuştur.

Sağlık personelinin mesleki kusur iddiası ile yargılandığı ceza davalarında Yüksek Sağlık Şurası'nı zorunlu bilirkişi olarak görevlendiren Yasa hükmünün iptali istemiyle yapılan başvuruyu değerlendiren Anayasa Mahkemesi; 'Hukuk devleti ilkesinin en önemli gereklerinden olan bireylerin temel haklarının korunması, diğer unsurları yanında, adil yargılanma hakkının tanınmasını da içermektedir. Mahkeme önünde adil yargılanma hakkının bireylerce kullanılabilmesi her şeyden önce kişinin madde kapsamına giren medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar veya cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye müracaat hakkını; bu hakkın kullanılmasından sonra da davasının makul sürede görülmesini isteme hakkını içermektedir.

Ceza davasında amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. İtiraz konusu kuralla, bu amaca hizmet edecek şekilde 1930'lu yıllarda YSS'na resmi bilirkişilik görevi verilmiştir. Söz konusu kuralda, mahkemelerin görüşünü alabileceği üniversitelerin tıp fakülteleri, eğitim veren devlet hastaneleri veya Adli Tıp Kurumu gibi donanımlı tıbbi kurumlara başvuru olanağının bulunmasına karşın, belirtilen yapıyla faaliyet gösteren YSS'nın görüşünü almaya mahkemelerin zorlanması ve söz konusu Kurul'un görüşünün alınması için belli bir süre de öngörülmemesi davaların gereksiz yere uzamasına neden olabilecektir. Bu durumun Anayasadaki mahkemelerin bağımsızlığı ve adil yargılama ilkeleriyle bağdaşmadığı açıktır, kuralın iptali gerekir.' sonucuna ulaşmıştır.

Yüksek Sağlık Şurası'nın yapısı, oluşumu ve işleyişine ilişkin 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 21 inci maddesinin hukuk devleti ve adil yargılanma ilkesi ile kamu hizmetinin örgütlenmesine ilişkin ilkeler ışığında Anayasanın 2 nci, 36 ncı, 123 ncü, 126 ncı ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

6) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 23 üncü Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nın 23 üncü maddesinde 'Sağlık Meslekleri Kurulu' adı altında yeni bir kurulun oluşumu, görevleri ve yetkileri düzenlenmiştir. Kurul;

Sağlık Bakanlığı Müsteşarı,

1 inci Hukuk Müşaviri,

Sağlık Hizmetleri Genel Müdürü,

Türkiye Halk Sağlığı Kurumu Başkanı,

Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Başkanı

Bakanın seçeceği 5 ayrı sağlık meslek mensubu,

Milli Eğitim Bakanlığı temsilcisi bir üye,

Yükseköğretim Kurulunun seçeceği iki üye,

Meslekî Yeterlilik Kurumu temsilcisi bir üye,

Kanunla kurulan sağlık meslek birliklerinden birer üye

olmak üzere 15 üyeden oluşmaktadır. Ülkemizde kanunla kurulan sağlık meslek birliği sayısı üç olmakla birlikte bu Birliklerden gelen üyeler yalnızca kendi meslek mensupları ile ilgili konuların görüşüleceği toplantılara katılıp oy kullanabileceklerinden gerçekte kurulun üye sayısı 14'tür.

Kurul;

Sağlık mesleklerinde eğitim müfredatı, meslekî alan ve dal belirlemesi gibi meslekî düzenlemelerde ve istihdam planlamalarında görüş bildirmek,

Sağlık mesleklerinin etik ilkelerini belirlemek,

Meslek mensuplarının meslekî yeterlilik ve etik eğitimi ile hasta hakları eğitimine tâbi tutulmasına ve eğitimlerin süresine ve müfredatına karar vermek,

Sağlık engeli sebebiyle mesleğin icrasının yasaklanmasına karar vermek,

Meslekten geçici veya sürekli men etmeye karar vermekle,

YETKİLİDİR.

Kurul sağlık çalışanlarının mesleki bilgi birikimi, sağlık mesleklerinin yürütümü gibi birçok noktada kamu gücünü kullanarak belirleme yapma yetkisine sahiptir. Dolayısıyla Kurula seçilecek üyelerin kendilerine tanınan kamusal yetkinin gerektirdiği niteliklere sahip olması gerekmektedir. Sağlık meslekleri mensublarına yönelik olarak, yükseköğretim kurumlarının, Anayasanın 135 inci maddesine göre kurulmuş kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve hatta mahkemelerin yetkilerine sahip kılınan kurul üyelerinin bu yetkilerin gerektirdiği nitelikleri maddede düzenlenmemiştir. Kurulda, sağlık alanına ilişkin görev ve yetkisi bulunmayan kurum temsilcilerine yer dahi verilmiştir. Kurulda bir temsilci ile temsil edilen Mesleki Yeterlik Kurumu'nun kuruluş yasası olan 5544 sayılı Yasa'nın 1 inci maddesinde 'Tabiplik, dış hekimliği, hemşirelik, ebelik, eczacılık, veterinerlik, mühendislik ve mimarlık meslekleri ile en az lisans düzeyinde öğrenimi gerektiren ve mesleğe giriş şartları kanunla düzenlenmiş olan meslekler' in kanunun kapsamı dışında olduğu açıkça düzenlenmiştir. Kurulun sağlık personeli ile ilgili yetkisi, yeterliği, görevi yoktur. Aynı durum Milli Eğitim Bakanlığı

temsilcisi yönünden de söz konusudur. Maddede Yükseköğretim kurumlarından seçilecek iki temsilcinin hangi alanlardan ve hangi niteliklere sahip olacakları da düzenlenmemiştir.

Sağlık meslekleri alanında, görev, yetki ve nitelikleri kanun ile düzenlenen otuzu aşkın meslek ve yüzü aşkın alt uzmanlık alanı bulunmaktadır. Sağlık Bakanının seçeceği beş adet sağlık mesleği mensubunun yüzü aşkın alanda anılan yetkileri kullanabilmek için gerekli özelliklere sahip olamayacakları açıktır.

Anayasanın 135 inci maddesinde Kanunla Kurulan Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları ' mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak' görev yetkisine sahip kılınmıştır. Türk Tabipleri Birliği, Türk Eczacılar Birliği ve Türk Diş Hekimleri Birliği tarafından kuruluş Kanunlarına dayanılarak mesleki deontoloji belirlemek ve uymayanlara yaptırım uygulama yetkisi yaklaşık 60 yıldır kullanılmaktadır. Kararname ile bütün bu yetkilerin ağırlıklı olarak idare tarafından atanan kişilerin oluşturduğu bir kurula verilmesi Anayasal normların KHK ile ihlalidir. Anayasa Mahkemesi kararlarında meslek örgütlerinin işlevsiz kılınmasının Anayasanın 2 ve 135 inci maddelerine aykırı olacağı belirtilmiştir. 'Meslek kuruluşlarının etkinliği, sorumluluğu ve yükümlülüğü, belirli bir düzen ve disiplin içinde faaliyette bulunması, görevlerinin boyut ve kapsamına bağlıdır. İşlevsizliği ve biçimsel örgütlenmeyi aşmanın yolu, mesleğin tüm alanlarında ve meslekle ilgili işlemlerde.. meslekle ilgili faaliyetlerle meslek kuruluşu arasındaki olgusal bağın koparılmamasıdır.'

Öte yandan;

- Bu nitelikte bir kurulun farklılaşan yüzü aşkın alandaki sağlık personelinin mesleki yeterliliğini saptaması,

- Hukuk düzenimizde tanımlanmamış 'yazılı ikaz' gibi bir ceza türünü varsayarak hasta hakları uygulamalarına veya etik ilkelere aykırı davranışı sebebiyle bu cezayı ikiden fazla alanlara veya ilgili mevzuatına göre disiplin cezası uygulananlara hasta hakları veya etik ilkeler eğitim programına tâbi tutması,

- Özellikle tıp alanında hemen pek çok tedavî yönteminin kusursuz uygulanması halinde de bilinen ancak istenmeyen olumsuz sonuçlara yol açmasını da (komplikasyon) kapsayacak bir biçimde meslek icrası sırasında 'ağır derecede olmayan özürüllülüğüne sebebiyet verenlere üç aydan bir yıla kadar meslekten geçici men' beş yıl içinde tekrarı hâlinde iki katı süreyle men cezası uygulayabilmesi,

- Bir kişinin ağır özürüllülüğüne veya ölümüne sebebiyet verenlerin bir yıldan üç yıla kadar meslekten geçici men, beş yıl içinde tekrarı hâlinde meslekten sürekli men cezası uygulayabilmesi,

- Mesleğini icra etmesine mâni ve iyileşmesi mümkün olmayan aklî, ruhî ve bedenî hastalığı ortaya konulan sağlık meslek mensuplarını meslek icrasından yasaklaması,

- Meslekî yetersizliğinden dolayı bir uzmanlık dalında mesleğini icra edemeyeceğine karar verilen meslek mensuplarının yetersizliğinin niteliğine göre uzmanlık öncesi sahip olduğu sağlık mesleğini icra edebilmesine karar vermesi, üstelik aynı olaydan dolayı ilgilinin aklanmasının ayrıca meslekî müeyyide uygulanmasına engel oluşturmaması,

- Kanunla kurulmuş meslek odalarının ve birliklerinin kuruluş kanunları uyarınca disiplin cezası verme ya da vermeme yönündeki kararlarının tanınmayarak kurulun vereceği karara üstünlük tanınması,

- Meslekten sürekli men edilmesine karar verilenlerin veya mesleğini icra etmekten yasaklananların diplomalarının, uzmanlık veya meslek belgelerinin Bakanlıkça iptal edilmesi ve 'sistemden' kaydının silinmesine yönelik bütün hükümler,

KHK ile düzenleneme yapılamayacak alanlar arasında yer aldığından Anayasanın 91 inci maddesine aykırıdır.

Nitekim 'Anayasanın 38 inci maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasanın 38 inci maddesi kapsamındadır...Anayasanın, 'suç ve cezalara ilişkin esaslar' başlıklı 38 inci maddesi, İkinci Kısım'ın İkinci Bölümü'nde yer almaktadır. Bu bölümde yer alan haklar ve ödevler Anayasanın 91 inci maddesi uyarınca KHK ile düzenlenemeyecek konular kapsamına girmektedir.'

Bu düzenleme aynı zamanda Anayasanın 38 inci maddesinde düzenlenen 'kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine' de aykırıdır. Sağlık çalışanlarına meslekten men varana kadar uygulanabilecek yaptırımlar tek tek belirlenmişken hangi eylemlerin yaptırıma tabi tutulduğu açıkça düzenlenmemiştir. 'dikkatsiz ve özensiz davranışlar', 'Meslek icrası esnasında neticesini öngörerek veya görevinin gereklerine aykırı hareket ederek veyahut görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek' şeklindeki tanımlamalar hukuki güvenlik ilkesini ihlal etmektedir. Üstelik tıp alanında hekim uygulamada bulunurken meydana gelebilecek olumsuz neticeleri öngörmekte, hastanın rızasını da alarak bu riski üstlenerek tedaviyi gerçekleştirmektedir. Doktrinde; 'Tıp hukuku alanında bilinçli taksir, öğreti ve kanunda yapılan tanımlar bire bir göz önünde bulundurulacak olursa, hekimin her tıbbi müdahalesinde söz konusu olacaktır. Gerçekten de hekim tıbbi müdahalede bulunurken meydana gelebilecek olumsuz neticeleri de çoğu kez öngörmektedir. Bu nedenle bilinçli taksirin hekimin tıbbi müdahalesinde kabulü için ilave bir takım koşulların aranması gerekmektedir. Dolayısıyla örneğin hekimin neticeyi öngörmesi yeterli görülmeyip, mesleki cüret vb. nedenlerle yapmaması gereken bir tıbbi müdahaleye girişmesi halinde bilinçli taksiri kabul etmek gerekecektir. ' denilerek bu durum ifade edilmiştir.

'Düzenleyici işlemlerle belirlenen türleri, yöntemleri, uygulama nedenleri, sonuçlarıyla genelde bir disiplin cezası niteliğini taşıyan yaptırımlar için, yönetim kural işlemlerle yetkili kılınır. Yönetim, yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamaz. 'Suç ve cezalar, Anayasaya uygun olarak yasayla konulabilir. Yönetim, kendiliğinden suç ve ceza yaratamaz. "Kanunsuz suç ve ceza olmaz' ilkesi uyarınca bir hukuk devletinde, ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımı yapılmalı, suçlar kesin biçimde ortaya konulmalıdır. Anılan ilkenin özü, yasanın ne tür eylemleri yasakladığının hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde belirtmesi ve buna göre cezasının da yasayla saptanmasıdır.'

Suç ve cezanın ancak yasa ile konulabileceği ve yasa çıkartma yetkisinin Anayasanın 6 ve 7 nci maddeleri uyarınca münhasıran Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu ve hiçbir organın kaynağını Anayasadan almayan devlet yetkisi kullanamayacağı göz önünde bulundurulduğunda maddenin uygulanmasını göstermek üzere yönetmelik çıkarılacağını düzenleyen 14 üncü fıkra da hukuka aykırıdır.

Meslek disiplinine aykırı eylemlerin cezalandırılmasında doğrudan yürütmeye bağlı bir Kurulun yetkili kılınması Anayasanın 123 ve 135 inci maddelerine de aykırıdır. Anayasanın 135 inci maddesinde deontolojiyi ve meslek ahlakını korumak görevi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına tanınmıştır. Ancak bu yetki iptali istenilen madde ile bir başka kamu kurumuna tanınmaktadır. Oysa Anayasa Mahkemesi kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının nitelikleri ile örtüşen görev ve yetkilerle donatılan kamu kurumlarının yürütmeye bağımlı olamayacağına karar vermiştir'

Sağlık meslek mensuplarına Kurul tarafından neticesini öngörerek veya görevinin gereklerine aykırı hareket halinde uygulanabilecek meslekten geçici men cezaları bir eylemin birden fazla cezalandırılması sonucunu doğurduğundan Anayasanın 38 inci maddesine aykırıdır. Türk Ceza Kanunu'nun 53 üncü maddesinin 6 ıncı fıkrasında belli bir meslek veya sanatın gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde de üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir. Kurulca cezalandırılacağı öngörülen eylemler Türk Ceza Kanunu ile de suç sayılarak cezalandırılmakta ve aynı zamanda güvenlik tedbiri olarak meslekten geçici süreli men kararı uygulanmaktadır. Böylece sağlık çalışanları yönünden aynı eylemler nedeniyle birden fazla kez cezalandırılma söz konusu olacaktır. Aynı eylemden dolayı birden fazla kez cezalandırılmama ilkesini ihlal eden düzenlemeler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7 inci maddesi ve Anayasanın 38 inci maddesine aykırıdır.

10 uncu fıkra uyarınca ceza takibatı sonrasında beraat kararı verilmesi Kurul tarafından ayrıca müeyyide uygulanmasını engellemektedir. Oysa idari yaptırımlar ile ceza yasasından kaynaklanan cezaların farklı nitelik taşıdıkları açık olmakla birlikte ceza yargılaması sonucunda verilen beraat kararının idari yaptırımlar yönünden dikkate alınması gerekmektedir. Ceza yargılaması sonucunda verilen beraat kararı suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçesi ile verilmişse aynı eylemlere idari yaptırım uygulanması olanaklı değildir. Adli makamların kararlarına göre fiil hiç oluşmamış ve beraat kararı bu sebepten verilmiş bulunuyorsa aynı fiilin bir makama göre mevcut olmaması diğer makama göre mevcut ise aynı maddi olay hakkında tamamen iki zıt görüş ve sonuç kesin hüküm fiilleri ile bağdaştırılamayacağından beraat kararından sonra disiplin cezası verilemez.

Kurul'a tanınan bir yıldan üç yıla kadar meslekten geçici men ve sürekli men yetkisi yaptırım uygulama yetkisi aynı zamanda hukuk devleti ilkesini düzenleyen Anayasanın 2 inci maddesine de aykırıdır. Ceza hukuku alanında olduğu gibi hak yoksunluğu getiren iptal davasına konu düzenlemedeki kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir. Kanun koyucunun hak yoksunluklarını belirlerken takdir hakkı çerçevesindeki tercihini de Anayasaya uygun olarak kullanması gerektiği açıktır. Suçun taksirle veya kastla işlenip işlenmediği hatta eylemin Türk Ceza Kanunu anlamında bir suç teşkil etmemesini dahi dikkate almayan yaptırımların ölçülü, orantılı ve adil olduğu söylenemez.

Öte yandan 6 ıncı fıkranın (ç) bendi ile Kurula verilen sağlık mesleklerinin eğitim müfredatı hakkında görüş bildirmek yetkisi Anayasanın 130 uncu maddesine aykırıdır. Anayasanın 130 uncu maddesinde ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim yapmak üzere yükseköğretim kurumları yetkili kılınmıştır. Sağlık meslekleri en az ön lisans ve lisans düzeyinde eğitim gerektirdiğinde bu alanlar yükseköğretim olup Sağlık Bakanlığı'na bu konuda bir yetki tanınmamıştır.

663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 23 üncü maddesi;

- KHK ile düzenleme yapılamayacak alanlar arasında sayılan kamu görevlileri yönünden suç ve ceza öngörmesi nedeniyle Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 91 inci maddelerine,

- Suç ve cezaları açıkça tanımlamaması, aynı eylemin birden fazla kez cezalandırılması, ölçülü ve orantılı olmaması nedeniyle Anayasanın 2 nci ve 38 inci maddelerine,

- Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının meslekle bağıını kopararak işlevsizleştirmesi nedeniyle Anayasanın 135 inci maddesine,

- Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının amaç, işlev ve nitelikleri ile örtüşen görev ve yetkilerle donatılmış bir kamu kurumu olan Kurulu yürütmeye bağımlı kılması Anayasanın 123 ncü ve 135 inci maddelerine,

- Yükseköğretim kurumlarına ait yetkiyi kullanması nedeniyle Anayasanın 130 uncu maddesine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

7) 663 Sayılı KHK'nın 24 üncü Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nın 24 üncü maddesinde uzlaştırma prosedürü düzenlenmiştir. Sağlık mesleklerinin uygulanmasından dolayı zarara uğradığını iddia edenlerin maddi ve manevi tazminat istemiyle başvurmaları halinde Bakanlığın; tazminat talebinde bulunanı, zarar verdiği iddia olunan ilgili meslek mensubunu, varsa meslekî malî sorumluluk sigortasını yapan sigorta şirketinin temsilcisini uzlaştırmaya davet edeceği belirtilmiştir. Taraflar uzlaşma yolunu kabul ederlerse üzerinde anlaştıkları bir hukukçu uzlaştırıcı marifetiyle uzlaşma süreci başlatılacaktır. Uzlaştırma masrafları ve arabulucu ücreti taraflarca karşılanacak, uzlaşma neticesinde belli bir bedel üzerinde uzlaşma sağlandığında bu bedel doğrudan sigortacı, sağlık personelinin sigortasının bulunmaması durumunda ilgili personel tarafından ödenecektir.

Sağlık hizmeti sırasında doğan zarar, sağlık meslek mensubunun kusuru dışında kalan nedenlerden kaynaklanmış ise herhangi bir ödemenin yapılması söz konusu olmayacaktır. Örneğin organizasyondan, personel eksikliğinden, tıbbi malzeme ve cihaz eksikliği ya da bozukluğundan, aşırı iş yükünden doğan nedenlerden kaynaklanması halinde kamu ya da özel sağlık kurumları bir ödeme yapmayacak uzlaşma sürecine dahil olmayacaklardır. Bakanlık da herhangi bir ödeme yapmayacaktır. Uzlaştırıcı olan hukukçu, meslekî kusur bulunup bulunmadığı hususunda üyelerini Sağlık Bakanlığı'nın atadığı ve Bakanlığa bağılı bulunan Yüksek Sağlık Şûrası'nın belirlediği bilirkişilerden görüş alabilecektir.

Öncelikle Bakanlığın bilirkişileri belirleme ve tarafları davet dışında hiçbir sorumluluğunun ve görevinin bulunmadığı bir uzlaşma kurumunun Bakanlığın görev, yetki ve teşkilatı ile ilgisi bulunmamaktadır. Yine bu düzenleme 6223 sayılı Yetki Yasası'nın kapsamına girmediğinden Anayasanın 91 inci maddesine aykırıdır.

Diğer yandan hükümde her ne kadar uzlaşma için başvurulmasının dava açma süresini durduracağı ve uzlaşma süreci sonucunda uzlaşılması halinde uzlaşma kararının ilam niteliğinde olacağı gibi konular belirtilmekte ise de öngörülen uzlaşma usulü;

- Tarafsızlık ve bağımsızlık unsurlarının oluşmaması,

- Uzlaşmanın yönteminin her bir taraf ve uzlaştırmacı yönünden ayrı ayrı ve tereddüt yaratmayacak bir biçimde belirlenmemiş olması,

- Uzlaşma olsa da yargısal yollara başvuru hakkı olup olmayacağı,

- Zorunlu sigortası da olmayan sağlık personelinin uzlaşma sonunda kendisinin zararı karşılaması gibi,

Anayasanın yargı yetkisine ve eşitlik ilkesine aykırı birçok husus içermektedir.

Ayrıca ülkemizde 'hukukçu' olarak tanımlanan ve uzlaştırma yetkisi bulunan bir meslek mensubunun tanımlanmaması nedeniyle KHK'ni bu maddesi, hukuk devleti ilkesine, talepte bulunulan sağlık mesleği mensubu sayısının birden fazla olması halinde uzlaşmada taraf olabilmenin bir temsilciye verilmesi nedeniyle de adil yargılanma ve hak arama özgürlüğü ilkelerine aykırıdır.

KHK'nın 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (g) bendine ilişkin kısımda belirttiğimiz üzere "alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının karakteristik özelliklerini, gönüllü katılım, bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunma ve tatmin olmama halinde tarafların yargıya başvuru hakkının mevcudiyeti teşkil etmektedir. "

Avukatlık Kanunu'na eklenen hakem heyeti ile kararında Anayasa Mahkemesi; "yasakoyucu, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce aralarındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere baro hakem kuruluna başvurma yükümlülüğünü getirebilir. Ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa ilk derecede ve/veya temyiz aşamasında yargı yolunun açık tutulması, hakem kurullarının oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkeleriyle uyum içinde düzenlenmesi gerekir. Ayrıca hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile bu kurulların alacağı kararların bağlı olacağı usul ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlenmesi de zorunludur." sonucuna ulaşarak itiraz konusu Yasa hükmünü Anayasaya aykırı bulmuş ve iptal etmiştir.

Yine 5894 Sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun'daki tahkim kurulu ile ilgili değişikliği inceleyen Anayasa Mahkemesi düzenlemenin Anayasanın 36 ncı maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğinde olduğunu, hak arama özgürlüğü ile bağdaşmadığı sonucuna ulaşmıştır.

KHK ile öngörülen biçimiyle uzlaşma için idarenin kusurunun hiç tartışılmayacağı ve kendi bünyesi içinde istihdam ettiği ve kendisine bağlı kişi ve birimlerle yürütülen bir süreç söz konusu olacaktır. Oysa 'Prokola davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Luxembourg Danıştay'ının hükümete bazı idari konularda görüş bildiren dairesinde görevli yargıçların, aynı konu ile ilgili bir uyuşmazlığı inceleyen kurulda yargılamaya katılmalarının, daha önce verdikleri idari görüş nedeniyle, davacıda tereddüt oluşturabileceğini, bu durumun mahkemenin tarafsızlığı ilkesiyle bağdaşmayacağı gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6'ya aykırı bulmuştur.'

663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 24 üncü maddesi, yetki yasasına aykırı olması nedeni ile Anayasanın 91 inci maddesine, yargı erkine yaptığı hukuk dışı müdahale nedeni ile Anayasanın 2 nci, 9 ncü, 36 ncı ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

8) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 27 nci Maddesinin;

a) (2) Numaralı Fıkrasının (b) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı Kararnamenin 27 nci maddesinde Türkiye İlaç ve Tıbbî Cihaz Kurumu düzenlenmiştir. Maddenin 1 inci fıkrasında Kurum Bakanlığa bağlı, özel bütçeli, kamu tüzel kişiliğini haiz bir kurum olarak düzenlenmiştir. Madde ile Kurum; ilaçlar, ilaç üretiminde kullanılan etken ve yardımcı maddeler, ulusal ve uluslararası kontrole tabi maddeler, tıbbî cihazlar, vücut dışı tıbbî tanı cihazları, geleneksel bitkisel tıbbî ürünler, kozmetik ürünler, homeopatik tıbbî ürünler ve özel amaçlı diyet gıdalar hakkında düzenleme yapmakla görevli kılınmıştır.

Maddenin 2 nci fıkrasının (b) bendinde Kurumun görev ve yetkileri içinde 'Sağlık beyanı ile satışa sunulacak ürünlerin sağlık beyanlarını inceleyerek bu beyanlara izin vermek, izinsiz veya gerçeğe aykırı sağlık beyanı ile yapılan satışları denetlemek, gerektiğinde durdurma, toplama, toplatma ve imha iş ve işlemlerini yapmak veya yaptırmak, izin ve sağlık beyanları yönünden bunların her türlü reklam ve tanıtımlarını denetlemek ve aykırı olanları durdurmak, piyasaya arz edilen ilaç, tıbbî cihaz ve ürünlerin reklam ve tanıtımının usûl ve esaslarını belirlemek ve uygulamasını denetlemek' sayılmıştır. Bu düzenlemede bulunan içeriği ve kapsamı tanımlanmamış 'sağlık beyanı' yolu ile kimi ilaç, ürün ve tıbbi cihazların ruhsat süreçleri aranmadan satışına olanak tanınmaktadır. Söz konusu düzenlemenin Anayasaya aykırılığına ilişkin açıklamalar dilekçede 8 inci maddenin (ğ) bendinin hukuka aykırılığı bölümünde belirtildiğinden atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

Anılan bentte gerek 'Sağlık Beyanı' kapsamında değerlendirilen ürünlerin gerekse diğer ilaç, tıbbi cihaz ve ürünlerin reklamına da izin verilmektedir. Ürünün tüketimini arttırarak bu üründen elde edilecek geliri arttırmayı amaçlayan reklamların gereksiz ilaç harcamalarını arttırması bir yana, hangi etken maddenin hangi hastalıklarda ve aynı tür hastalıklara sahip ancak eşlik eden farklı sağlık sorunlarına sahip insanlardan hangilerinde ve hangi doz ve sürede kullanılabileceği bilgileri tıp eğitimi sonucu edinilebilmektedir. İlacın reklam harcamalarının üstüne konulmasından ötürü makul ölçülerden pahalı fiyatlara satılması, etkilerinin abartılıp yan etkilerinin göz ardı edilmesi ve halk sağlığını tehdit edecek düzeyde denetimsizliğe sebebiyet verecektir. Devletin sağlık hakkı içerisindeki koruma yükümlülüğünün halkın hatalı bilgilendirilmesini önlemeyi, tıbbi cihaz ve ilaçların tüketim maddesi haline dönüştürülmesinin önüne geçmeyi de kapsadığı açıktır.

Tıbbi malzeme ve ilaçlarda topluma yönelik reklama izin verilmesi, toplumun yanlış yönlendirilmesine neden olmakla toplumun yaşam, maddi manevi varlığını koruma, geliştirme ve sağlık hakkına yönelik koşulları sağlamakla yükümlü Sağlık Bakanlığı'nın tam tersi bir işlev üstlenmesine yol açan ağır bir hukuka aykırılıktır. Geçmişte Sağlık Bakanlığı tarafından ilaçta reklama izin veren iki düzenleme yapılmış ve bu düzenlemeler açılan davalar sonucunda Danıştay tarafından iptal edilmiştir. Bu kez aynı kurallar KHK yolu ile getirilerek yargı kararları işlevsiz kılınmaktadır. 'Reçetesiz olarak satılmasına izin verilen beşeri ispençiyarı ve tıbbi müstahzarların tıbbi tanıtımı yalnız hekim ve eczacılarla sınırlı tutulmamakta; topluma ve çocuklara tanıtımına olanak sağlanmakta, gazete ve meslek gruplarına yönelik dergiler dışında yayın organlarının ilan ve reklamına yer verilmektedir. Getirilen ek maddeler ile, yapılacak bu reklamların şekil ve esasları ile uygulanacak prosedür düzenlenmektedir. Dolayısıyla bu düzenlemeler, reçeteli ilaçlar yanında reçetesiz ilaçların tanıtımını belirli kurallara

bağlamakta, genel olarak ilgili meslek grupları dışında, toplum önünde reklamını yasaklayan Yasadaki düzenlemeyle çelişmektedir.'

663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 27 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (b) bendinin devletin koruma ödevini ihlal etmesi, 'sağlık beyanı' tanımı yapmaksızın bazı muafiyetler tanınması, yargı kararını etkisiz kılması nedeniyle Anayasanın 2 nci, 17nci, 56 ncı ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) (2) Numaralı Fıkrasının (d) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nın 27 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (d) bendinde, Kuruma 'Hayati önemi haiz ilaç, tıbbî cihaz ve ürünlerin piyasada sürekli bulunabilmesi için gerekli tedbirleri almak' görevi verilmiştir.

663 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılan 181 sayılı KHK'de İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü'nün görevleri içinde 'ilaçların uygun fiyatlarla ve sürekli bir şekilde halka ulaşmasını sağlamak, bu amaçla gerekli kontrolleri yapmak' yer almaktadır. Bu görev ile 663 sayılı KHK maddesinde belirtilen görev bakımından devlete aynı ödevin verilmediği açıktır. 663 sayılı KHK ile devlet hayati öneme sahip ilaç, tıbbi cihaz ve ürünlere bireylerin ulaşabilmesini güvence altına almamakta yalnızca piyasada bulunması konusunda tedbirler almakla yükümlü kılınmaktadır.

Oysa ilaç, tıbbi cihaz ve ürünlerin fiyatlarını toplumun erişebilirliğini sağlayacak biçimde denetleme konusunda devletin bir görev üstlenmemesi sağlık hakkına aykırıdır. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin sağlık hakkına ilişkin 14 No'lu Genel Yorumu'nda sağlık hakkının her anlamda ve her şekilde gerçekleşmesi için temel koşul olarak belirlenen 'erişilebilirliğin' aynı zamanda sunulan sağlık hizmeti olanaklarına, mal ve hizmetlere ekonomik erişilebilirliği de içerdiği belirtilmiştir. Özellikle toplumdaki dezavantajlı grupların, yoksulların sağlık hizmetine erişebilmesi konusunda devlete pozitif ödev yüklenmektedir. Anayasanın 2 nci maddesinde düzenlenen sosyal devlet ilkesi de bunu zorunlu kılmaktadır.

Devletin bu konudaki pozitif ödev yükümlülüğünün önemi yakın tarihlerde yaşanan olaylar ile kanıtlanmış durumdadır. İlaç şirketlerinin iskonto bedellerini yüksek bulması ve piyasaya ilaç sürmemesi nedeniyle hastalar hayati öneme haiz ilaçlara erişememiştir. Bu durum büyük sermaye tekelleri olan ilaç şirketlerinin hastaların sağlık hakkına erişimini değil kendi karlarını önemsedğini, dolayısıyla devletin bu alandaki varlığının önemini, devletin alana ilişkin denetim işlevinin rolünü ortaya koymaktadır. Bunun aksine devletin ilaç, tıbbi cihaz ve ürünlerin fiyatlarını belirleme konusunda ödev üstlenmemesi hastaları şirketlerin kendi karları üzerinden belirlediği çok yüksek fiyatlarla karşı karşıya bırakmaktadır.

'Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 12 nci maddesinin 2 nci fıkrasının (d) bendinde hastalık durumunda herkese tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak koşulların yaratılması amacıyla taraf devletlerin gerekli tedbirleri alacakları hükme bağlanmıştır. Yine Anayasanın 2 nci maddesinde düzenlenen sosyal devlet, insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlayan devlettir. Sosyal devlet sağlık hakkının tam olarak gerçekleştirilmesi için gereken önlemleri almayı zorunlu kılmaktadır.

663 Sayılı KHK'nın 27 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (d) bendinin sosyal devlet ilkesini ihlal etmesi, devletin sağlık hakkı konusundaki pozitif ödev yükümlülüğünü gözetmemesi nedeniyle Anayasanın 2 nci ve 56 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

c) (2) Numaralı Fıkrasının (ğ) Bendindeki 'yaptırmak' ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

663 sayılı KHK'nın 27 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (ğ) bendinde Kuruma; 'Görev alanına giren ilaç, tıbbî cihaz ve ürünlerin piyasa gözetimi ve denetimini yapmak, gerektiğinde toplatmak, imha etmek veya ettirmek, piyasadaki ürünler için güvenliklik bildirim yöntemlerini belirlemek, gerekli bildirimleri yapmak, laboratuvar analizlerini yapmak veya yaptırmak' görev ve yetkisi verilmiştir.

Kuruma verilen bu görev, 663 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılan 3959 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Hıfzıssıha Müessesesinin Teşkiline Dair Kanun'un 2 inci maddesinde devletin bu konudaki ödevi serum, aşı ve sair hayatı terkip ve kimyevi maddelerinin kontrolünü yapmak, 1262 sayılı Yasa kapsamındaki tıbbi cihaz ve ürünlerin muayenelerini yapmak görevi ile örtüşmemektedir. Devlet böylece sağlık hakkının korunması konusundaki asli görevini herhangi bir ölçüt belirtmeksizin herhangi bir kuruma devredebilecektir.

Oysa tıbbi cihaz, ürün ve ilaçlar toplum açısından vazgeçilmez ve stratejik önemdedir. Bu nedenle ilaç ve ürünlerin niteliğinin saptanmasına yönelik üst düzey analizlerin kamu tarafından yürütülmesine ilişkin organizasyonun varlığı hizmetin sürekliliği ve kesintisizliğinin sağlanması için gerekli ve zorunludur. Yaşam hakkını etkileyebilecek analizlerin devlet tarafından yapılması aynı zamanda saydamlığı, verilere ulaşılabilirliği ve teyit edilebilirliği sağlamaktadır.

Bu işlemleri gerçekleştirecek birimlerin niteliklerinin belirtilmemiş olması aynı zamanda yürütmeye sınırsız bir takdir yetkisi tanımaktadır. Analizin kime ve kimlere yapılacağı konusundaki belirsizlik dahi tek başına Anayasa aykırılık oluşturmaktadır.

663 sayılı KHK'nın 27 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (ğ) bendindeki 'yaptırmak' ibaresinin denetim yetkisinin devrine olanak tanınması ile herhangi bir ölçüt getirmemesi nedeniyle Anayasa 2 nci, 7 nci, 56 ncı ve 123 üncü maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

d) (2) Numaralı Fıkrasının (ı) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nın 27 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (ı) bendinde Kuruma; 'Görev alanına giren ilaç, tıbbî cihaz ve ürünleri üretenler, satanlar ve faydalananlar arasında doğabilecek ihtilafların çözümüne yönelik usûlleri belirlemek' yetkisi verilmiştir.

Kuruma hukuki sorunların çözümünde bir tür yargısal yetki tanınmıştır. Bu yetkinin nasıl, hangi kapsamda, hangi nitelikleri sahip kişiler tarafından ve ne tür sonuçları doğuracak biçimde kullanılacağı da belirsizdir. Bu düzenleme ile böyle bir yetkinin idareye verilmesi başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere hak arama özgürlüğü, adil yargılanma, yasama yetkisinin devredilmezliği başta olmak üzere Anayasal ilkelere aykırı düşmektedir. 8 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (g) bendine ilişkin açıklamalara atıfla, 663 Sayılı KHK'nın 27 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (ı)

bendinin yargı erkine yaptığı müdahale nedeniyle Anayasanın 2 nci, 9 ncü, 36 ncı ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

e) (3) Numaralı Fıkrasının (e) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

663 sayılı KHK'nın 27 inci maddesinin (3) numaralı fıkrasının (e) bendinde, Kurumun gelirleri arasında; 'Kuruma yapılacak bağışlar ve yardımlar' sayılmıştır.

İlaç ve medikal cihaz ve ürün için ruhsat başvurusunda bulunan tüzel ve gerçek kişilerden bağış kabul edilmeyeceğine ilişkin ayrıksı bir düzenleme ise yapılmamıştır. ABD'nin gıda ve ilaç ruhsatlarını veren FDA isimli kurumunun gelirleri arasında ruhsat başvurusu yapan kurumlardan yapılan bağışların yer alması ile birlikte ruhsat verme süreçlerinin olağan dışı hızlanıp kolaylaştığı bilinmektedir.

Anayasanın 5 inci maddesinde devletin temel amaç ve görevinin kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak olduğu belirtilmiştir. İdarenin gelirlerinin de bu amaca hizmet eder şekilde tespit edilmesi gerekmektedir.

Özellikle tüm toplumun sağlığını yakından ilgilendiren ilaçların ruhsatlandırılması görevinin yerine getirilmesini düzenleyen kuralların bu hizmetin bağımsız, etki altında kalmaksızın yürütülmesi gerekliliğini gözeterek yasalaştırılması gerekmektedir. Sağlık hakkına ilişkin Anayasanın 2 nci ve 56 inci maddelerinden kaynaklanan devletin koruma yükümlülüğü de bunu zorunlu kılmaktadır.

663 sayılı KHK'nın 27 inci maddesinin (3) numaralı fıkrasının (e) bendinin Kurumun üstlendiği sağlık hakkını koruma yükümlülüğünü gözetmemesi nedeniyle Anayasanın 2 nci, 5 nci ve 56 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

9) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 26 ncı ve 29 uncu Maddelerinin Anayasaya Aykırılığı

Kararnamenin 26 ncı maddesi ile bağlı kuruluş olarak Türkiye Halk Sağlığı Kurumu kurulmuş ve temel sağlık hizmetlerini yürütme görevi verilmiştir.

29 uncu maddesi ile ise Türkiye Kamu Hastanelerinin Kurumu'nun kurulmuştur. Kuruma 'ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmetlerini vermek üzere hastanelerin, ağız ve diş sağlığı merkezlerinin ve benzeri sağlık kuruluşlarının açılması, işletilmesi, faaliyetlerinin izlenmesi, değerlendirilmesi ve denetlenmesi, bu hastanelerde her türlü koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin verilmesini sağlama' görevi verilmiştir.

Temel sağlık hizmetleri ile ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmetlerini vermek üzere iki ayrı bağlı kuruluş oluşturulmuştur. Bu kuruluşlar arasında, bireylere ve topluma yönelik sağlık hizmetlerinin bütünselliğini sağlamak amacıyla basamaklar arasındaki karşılıklı ilişkiyi kuracak bir yönetsel düzenleme yapılmamıştır. Toplum sağlığının geliştirilmesinde çok büyük önemi olan hizmette kapsayıcılık ve bütünsellik, koruyucu, geliştirici, tedavi edici ve esenlendirici hizmetlerin birbirini tamamlamasını sağlayıcı yönetsel organizasyonun varlığını zorunlu kılmaktadır. Bağımsız işleyişe sahip bağlı kuruluş oluşumu sağlık hizmetlerinin bütünselliğine ve sağlık hakkı yönünden kamu yararına aykırıdır.

Sağlık Bakanlığının bir hizmet bakanlığı olarak temel işlevlerini üstlenmiş olan bu iki bağlı kuruluşa ilişkin 26 ve 29 uncu maddeler, Kararnamenin 2 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının son cümlesinde yer alan 'ile ilgili olarak' İbaresıyla ilgili bölümde belirttiğimiz nedenlerle bütünüyle Anayasaya aykırıdır. Tekrar etmemek için ilgili maddede yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

Ayrıca ilkeleri ve çerçevesini belirlemeksizin idareye kamu sağlık hizmetini veren sağlık kuruluşları, birleştirme, nakletme, ayırma ve kapatma yetkisini veren 29 uncu maddenin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan 'gerektiğinde' ibaresi, Anayasanın sosyal hukuk devleti ilkesine ilişkin 2 inci maddesi ile idarenin kanuniliği ilkesine ilişkin 123 ncü maddesine aykırıdır.

Sağlık Bakanlığı'nı bir tür düzenleyici kurul'a dönüştürerek, kamu sağlık hizmetinin yürütülmesi görevini merkezi idareden adeta bağımsız hale getiren bağlı kuruluşlara devri sonucunu doğuran 663 sayılı KHK'nin 26 ve 29 uncu maddelerinin Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 17 nci, 56 ncı, 123 üncü ve 126 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

10) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 30 ncu Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

KHK'nin 30 uncu maddesinde Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumunun, taşradaki yönetim görevinin kamu hastane birliklerince yerine getirileceği düzenlenmiştir. Buna göre Kuruma bağlı ikinci ve üçüncü basamak sağlık kurumları, il düzeyinde, Kamu Hastane Birlikleri kurularak işletilecektir. Maddenin (2) numaralı fıkrasında birlik teşkilatının, genel sekreterlik ve hastane yöneticiliklerinden oluşacağı, (3) numaralı fıkrasında genel sekreterin birliğin en üst karar ve yürütme organı olduğu, genel sekreterlik bünyesinde tıbbî hizmetler, idarî hizmetler ve malî hizmetler başkanlıklarının kurulacağı, (4) numaralı fıkrasında birliğe bağlı hastanelerin hastane yöneticisi tarafından yönetileceği, hastane yöneticisine bağlı olarak başhekimlik, idarî ve malî işler ile sağlık bakım hizmetleri müdürlüklerinin kurulacağı, birliklerin ve hastanelerin büyüklükleri dikkate alınarak belirlenen hallerde, birlik ve hastanelerdeki yönetim görevlerinin tek kişiye verilebileceği, hastanedeki müdürlüklerin sayılarının dörde kadar arttırılabileceği düzenlenmiştir.

663 sayılı KHK'nin 30 uncu maddesinde yapılan düzenleme; kamu sağlık hizmetlerinin idarenin bütünlüğü, hiyerarşi ve illerde yetki genişliği ilkesine aykırı olarak sağlık hizmetlerinin esasen il ve ilçe düzeyinde yerel hizmet birimlerinden oluşan ve adeta özerkleşen ve özelleşen 'bağlı kuruluşlara bırakılması'dır. Bu düzenleme dünyada ilk defa ülkemizde yapılmış değildir. Kamu sağlık hizmetlerinin organizasyonuna yönelik Dünyada da benzeri uygulamalar yapılmış olup sonuçlarına yönelik bilimsel yayınlar bulunmaktadır.

Kamu Hastane Birlikleri gibi uygulamalar sağlık hizmetinin sunumundaki 'yerelleştirme' yöntemlerinden biri olarak görülmekte ve bu yönetime 'Delegasyon Yöntemi' adı verilmektedir. Ancak değişik ülkelerde sağlık hizmetlerinde uygulanan desantralizasyon bölgesel farklılıkların artmasına neden olmuştur. Hatta alt düzey yönetsel kapasiteler geliştirilmeden gerçekleştirilen desantralizasyon merkezi hizmetlerin de tamamen çökmesine neden olabilmektedir. Kolombiya ve Brezilya bu durumun örneğidir.

Yaşam ve sağlık hakkına yönelik bireysel son derece önemli toplumsal sonuçları olacak bu düzenlemeler, toplumun ve ilgili kuruluşların görüşlerini almadan, düzenleme gerekçeleri ortaya konulup TBMM'in de tartışılmadan yetki yasasının sona ermesinden bir gün önce acele ile yürürlüğe konulmuştur.

663 sayılı KHK'nin 30 uncu maddesi de bir bütün olarak yukarıda değindiğimiz ve Kararnamenin 2 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının son cümlesinde yer alan 'ile ilgili olarak' İbaresıyla ilgili bölümde belirttiğimiz nedenlerle Anayasanın 2 nci, 17 nci, 56 ncı, 123 üncü ve 126 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

11) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 31 nci Maddesinin Anayasa Aykırılığı

663 sayılı KHK'nin 31 inci maddesi kamu hastane birliği genel sekreterinin ve hastane yöneticisinin görev, yetki ve sorumluluklarını düzenlemektedir. Maddenin (1) numaralı fıkrasında, Genel sekreterin birliği belirlenen hedef, politika ve stratejilere, ilgili düzenlemelere ve performans programına göre yöneteceği, istihdam planlaması yapacağı ve personel hareketlerini gerçekleştireceği, hasta hakları, hasta ve çalışan memnuniyeti ve hastaların sosyal ihtiyaçlarına yönelik hizmetlerin geliştirilmesini, tıp ve kamu görevlileri etik ilkelerinin uygulanmasını sağlayacağı, birlikle ilgili tüm görevleri yerine getireceği, 3 üncü fıkrasında hastane yöneticisinin hastane ölçeğinde Genel Sekreterin görev, yetki ve sorumluluklarına sahip olacağı, düzenlenmiştir.

Kararnamenin 31 inci maddesi, Kararnamenin 2 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının son cümlesinde yer alan 'ile ilgili olarak' İbaresıyla ilgili ve 30 uncu maddesinin iptaline ilişkin bölümlerde belirttiğimiz nedenlerle bütünüyle Anayasaya aykırıdır. Tekrar etmemek için ilgili maddelerde yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

Ancak, 32 inci maddenin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde, birlik genel sekreterine ve hastane düzeyinde hastane yöneticisine verilen 'istihdam planlaması yapmak ve personel hareketlerini gerçekleştirmek' yetkisine yönelik ilave Anayasaya aykırılık nedenlerini belirtmekte yarar bulunmaktadır. Bu ibare ile birlik yöneticilerine birliğe bağlı sağlık kuruluşlarında çalışan bütün sağlık personeli ve yardımcı sağlık personelinin görev yerlerinin, kurum içinde, kurumlar arasında, farklı ilçelerde ve ya il merkezinde değiştirilme yetkisi verilmiştir.

Birlik genel sekreteri birliği, kapsamı ve ölçütleri kararnamede gösterilmeyen 'performans programına göre' yönetecek ve buna göre de örneğin Ankara'da şehir merkezinde çalışan bir kamu çalışanını Ankara'nın herhangi bir ilçesindeki birliğe bağlı sağlık kuruluşunda görevlendirebilecektir. 'Personel hareketlerini gerçekleştirme' yetkisinin kapsamı, süresi, sınırları ve ilkeleri maddede gösterilmemiştir. Oysa Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı gibi; 'Yürütme ve idarenin kamusal etkinliklerinin hukuki rejimi, kamu hukukudur. Kamu hukukunda, işlem ve eylemlerin yasal ve yönetsel düzenlemelerle önceden belirlenmiş esas ve usullere uygun olması zorunludur. Bu esasların başında gelen 'kanunilik ilkesi'ne göre yürütme ve idare, Anayasa ve kanunlarla öngörülmeleyen hiçbir konuda kendiliğinden herhangi bir işlem ve eylemde bulunamaz. Aynı ilke uyarınca, kamusal etkinliklerin yürütülmesi de, ancak yasal ve yönetsel düzenlemelerle belirlenmiş olan durum ve koşullarda, yetkili kılınmış organ, makam veya görevli tarafından, yine belirli şekil ve usullere uyulmak suretiyle sağlanabilir.

Anayasanın 128 inci maddesi ile memurlar ve diğer kamu görevlilerine sağlanan güvencenin temel amacı kamu görevini hiçbir etki altında kalmadan, yalnızca kamusal çıkarları gözeterek yerine getirilmesidir. Birlik genel sekreterine ve hastane yöneticisine verilen kapsamı ve çerçevesi belirsiz yetki ile personelin kamu sağlık hizmetini verirken yalnızca hizmet verdiği hastanın yararını gözetmesine yönelik güvence ortadan kaldırılmıştır.

İstihdam planlaması yapma, personel hareketlerini gerçekleştirme konusunda idareye kapsamı ve çerçevesi kanun ile düzenlenmemiş belirsiz bir yetki verilmiş olması nedeniyle idarenin kanuniliği ilkesine ilişkin 123 nci maddesine, memurların ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, haklarının ve yükümlülüklerinin, aylık, ödenek ve diğer özlük işlerinin yasayla düzenleneceğine ilişkin Anayasanın 128 inci maddesine aykırı düzenleme yapılmıştır.

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 30 uncu maddesi de bir bütün olarak yukarıda değindiğimiz ve Kararnamenin 2 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının son cümlesinde yer alan 'ile ilgili olarak' İbaresıyla ilgili bölümde belirttiğimiz nedenlerle Anayasanın 2 nci, 17 nci, 56 ncı, 123 üncü ve 126 ncı ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

12) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 32 nci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

663 sayılı KHK'nin 32 inci maddesinde kamu hastane birliği personelinin niteliği ve statüsü düzenlenmiştir.

(1) numaralı fıkrasında birliklerde, ekli (II) sayılı cetvelde belirtilen pozisyonlarda sözleşmeli statüde personel istihdam edileceği diğer personelin ise, 657 sayılı Kanun ve 4924 sayılı Kanuna tabi olarak çalışacağı düzenlenmiştir. Ekli (II) sayılı cetvele göre birliklerde; birlik genel sekreteri, tıbbi, idari ve mali hizmetler başkanları, uzmanlar, hastane yöneticisi, başhekim, müdür, başhekim yardımcısı, müdür yardımcısı, büro görevlisi olmak üzere toplam 10300 sözleşmeli personel istihdamı yapılacaktır.

(2) numaralı fıkrafta; genel sekreter, idarî ve malî hizmetler başkanları, hastane yöneticisi, müdür ve müdür yardımcısı olabilmek için en az dört yıllık eğitim veren yükseköğretim kurumlarından mezun olmak ve kamu veya özel sektörde, genel sekreter için 8 yıl, diğerleri için en az 5 yıl iş tecrübesine sahip olmak koşulu getirilmiştir. Diğer yönetsel görevler için ise 3 yıllık iş tecrübesi yeterli görülmüştür.

(5) numaralı fıkrasında sözleşmeli statüde istihdam edilecek personelle yapılacak sözleşme ekinde kurumsal hedefler ve performans değerlendirme kriterleri de gözetilerek hazırlanan bireysel performans kriterleri ve hedeflerinin belirtileceği, sözleşmelerin süresinin iki yıldan dört yıla kadar olabileceği, sözleşme eki performans hedeflerindeki gerçekleştirmelere bağlı olarak süresinden önce de sözleşmelerin sona erdirilebileceği, başarısızlık sebebiyle genel sekreterin değişmesi halinde başkanların ve başarısızlığa sebebiyet veren hastane yöneticilerinin sözleşmelerinin kendiliğinden sona ereceği, yeni hastane yöneticisinin göreve başlamasından itibaren, ilgili hastane başhekim, müdürleri, başhekim yardımcıları ve müdür yardımcılarının; yeni başhekim ve müdürlerin göreve başlamasından itibaren de yardımcılarının bir ay sonunda sözleşmeleri kendiliğinden sona ereceği belirtilmiştir.

663 sayılı KHK'nin 32 nci maddesi de bir bütün olarak yukarıda değindiğimiz ve Kararnamenin 2 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının son cümlesinde yer alan 'ile ilgili olarak' İbaresıyla ilgili bölümde belirttiğimiz nedenlerle Anayasaya aykırıdır.

Ancak, 32 inci maddenin (2), (4) ve (5) numaralı fıkraları yönünden ilave Anayasaya aykırılık nedenleri bulunmaktadır

Sağlık hizmeti devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmetidir. Sağlık Bakanlığı'nın sözleşmeli olarak çalıştıracağı personel eliyle yürüttüğü sağlık hizmetlerinin niteliği itibariyle belli bir düzenlilik içinde sunulması gereken, kişilerin ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilemez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetler olması sözleşmeli personel tarafından sunulacak sağlık hizmetlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olup bu görevleri yerine getiren sözleşmeli personel de 'diğer kamu görevlileri' kapsamındadır.

Kamu hizmetinin gördürülmesinde memur ve kamu görevlileri statü rejimine göre çalışmakta ve bu rejimde 'liyakat' ve 'kariyer' ilkeleri temel ilkeler arasında yer almaktadır. Uzmanlaşmanın asıl olduğu liyakat, hizmetin en iyi biçimde görülmesini sağlayan niteliklerin tümünü içerir. Kamu hizmetlerinde ve kamu kuruluşlarında göreve alınacak personelin atanmasından, görevden çıkarmaya, tüm hizmet ve koşullarda kamusal hizmetin verilmesi sürecindeki yetkinliği esas alan bu ilke uyarınca personel arasında ayrıcalığın ve keyfiliğin önüne geçilmekte, bu anlamda hukuk devleti ilkesi gerçekleşmektedir. Deneyimin ve becerinin birbirine bağlı iş ve hizmetler serisi ile kazanılmasını niteleyen kariyer ilkesi ise kamu görevlisinin yasa ile belirlenmiş statü, kadro ve derecede sürekli çalışarak ve yetişerek, idari sıradüzeninde yükselmesini, mesleğinin niteliğine göre kamu hizmetlerini sürdürmesini sağlamaktadır. Bu ilkeler, idarenin kamu hizmetini memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle idari kurallara göre verilmesine olanak sağlayan 'idari personel rejimi'nin bir parçasıdır. Anayasanın 128 inci maddesinin gerekçesi ve özü de bu doğrultudadır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında bir kamu hizmetinin yürütümünde yetkilendirilecek kişilerin kendilerine tanınan yetkinin gerektirdiği niteliklere sahip olması gerektiği, buna ilişkin kuralların da hukuki güvenlik ilkesi uyarınca belirli ve öngörülebilir olmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımayan, takdire bağlı ve belirsiz bir yetki içeren kuralların Anayasanın 2 ve 128 inci maddelerine aykırı olduğu saptanmıştır.

Birlik genel sekreteri, idarî ve malî hizmetler başkanları, hastane yöneticisi, müdür ve müdür yardımcısı olabilmek aranan en az dört yıllık yüksekokul mezunu olma ve kamu ya da özel ayrımı olmaksızın herhangi bir alanda iş tecrübesi Anayasanın 128 inci maddesi uyarınca kamu sağlık hizmetini üretecek hastanelerin yönetimini içeren yetkilerin gerektirdiği nitelikleri karşılamaktan uzaktır.

Öte yandan sözleşmeli personelin sözleşmelerinin, bireysel olarak hazırlanacak performans kriterleri ve hedeflerindeki başarı oranlarına göre sona erdirilmesine ve başarısızlık sebebiyle genel sekreterin değişmesi halinde başkanların ve başarısızlığa sebebiyet veren hastane yöneticilerinin sözleşmelerinin kendiliğinden sona ereceğine, hastane yöneticisinin değişmesi halinde ise ona bağlı başhekim, müdürler, başhekim yardımcılar ve müdür yardımcılarının; yeni başhekim ve müdürlerin göreve başlamasından itibaren de yardımcılarının görevlerinin kendiliğinden sona ermesine

ilişkin hükümler de kamu hizmetlerinin yürütülmesine ve kamu personel rejimine ilişkin anayasal ilkelere bütünüyle aykırıdır.

Kamu hastane birliklerinde çalışacak personel ile imzalanacak sözleşmenin ekinde bireysel performans kriterlerine yer verilmesi ve bu kriterlere bağlayıcılık atfedilmesi bu personeli kamusal güvenceden yoksun bırakmaktadır. Bireysel performans kriterlerinin kurumsal hedefler ve performans değerlendirme kriterleri de gözetilerek hazırlanacağı belirtilmiş ancak KHK metninde ne kurumsal hedefler ne de performans değerlendirme kriterleri tanımlanmıştır. Bu kriterlere aykırılık ise kamu görevinin sona erme nedeni olarak düzenlenmiştir.

Anayasanın 128 inci maddesinde kamu çalışanları için öngörülen kamusal güvenceler, kamu görevlilerinin göreve kabul şartları ile statüyü sona erdiren hallerin açıkça Yasa ile düzenlenmesini gerektirmektedir. Sözleşmeli personel yönünden de bu kamusal güvence geçerliliğini korumaktadır.

Sözleşmeli personelin 'performans ölçütleri' üzerinden yapılacak başarı ya da başarısızlık değerlendirmesi Anayasada öngörülen kamusal güvenceleri sağlamaktan uzaktır. Değerlendirmenin, hangi ölçütler üzerinden, hangi esaslarla, hangi yöntemle yapılacağı, kısaca ilkeleri kararnamede gösterilmemiştir. Anayasanın 7 inci maddesinde düzenlenen yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi uyarınca yürütme organına; asli, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz ve takdir yetkisinin çok geniş olarak kullanılmasına yol açabilecek düzenleme yetkisi verilemez. Düzenleme yapılacak alanlarda idarenin işlemini tesis ederken bağlı kalacağı temel kuralların yasama organı tarafından saptanması Anayasanın 7 inci maddesi uyarınca bir zorunluluktur. Bu, aynı zamanda yasa koyucu tarafından idarenin işlemleri üzerinde yargı denetiminin etkisiz kılacak düzenleyici işlem yapılamayacağı şeklindeki kuralın gereğidir. Ancak gerekli kural konulmadan yürütmeye tanınan sınırsız takdir yetkisi kamu görevlileri yönünden kamusal güvenceleri ortadan kaldırdığı gibi hukuki güvenlik ilkesinin ihlaline neden olmaktadır.

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 32 inci maddesi Devlet ile kamu görevlileri arasındaki çalışma koşullarını düzenleyen kurallarda idareye geniş takdir yetkisi tanınması nedeniyle Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 128 inci maddelerine aykırıdır.

13) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 33 üncü Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesi ile (5) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

33 üncü maddenin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde: 'personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden aynı cetvelde belirlenen tavan oranları geçmemek kaydıyla ek ödeme yapılabileceği, Bakanlıkça belirlenen hizmet sunum şartları ve kriterleri de dikkate alınmak suretiyle, bu ödemenin oranı ile usûl ve esasları; hastanenin grubu, personelin görevi, eğitim durumu, çalışma şartları ve çalışma süreleri, hizmete katkısı, performansı gibi unsurlar esas alınarak Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Bakanlıkça belirleneceği' düzenlenmiştir.

(5) numaralı fıkrasında ise sözleşmeli personel ihtiyaç halinde Kurumun ve Bakanlığın merkez teşkilatında süreli olarak görevlendirilebileceği bu hususun sözleşmelerinde belirtileceği düzenlenmiştir.

Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olup bu görevleri yerine getiren sözleşmeli personel

de 'diğer kamu görevlileri' kapsamındadır. Anayasanın 128 inci maddesinde memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir denilerek çalışanlar için kamusal güvenceler öngörülmüştür. Bu güvenceler kamu görevlilerinin aylık ve ödeneklerinin de Yasa ile düzenlenmesini gerektirmektedir.

5947 sayılı Yasa ile değiştirilerek yeniden düzenlenen 209 Sayılı Yasanın 5 inci maddesinin dördüncü fıkrası ile getirilen performansa dayalı ek ödeme sistemi personelin alacakları döner sermaye katkı paylarında asgari bir garanti içermediği, devletin tüm işlem ve eylemlerine bireylerin güven duymasını zedeleyici nitelik taşıdığı, hukuk devletinin gereği olan hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaşmadığı Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinin 16.07.2010 günlü ve E.2010/29, K.2010/90 sayılı Kararıyla Anayasaya aykırı bulunulmuştur. Maddede çalışanlara yapılacak ödemelere ilişkin yasallık ilkesine aykırı olarak performansa dayalı ek ödemenin oran, usul ve esaslarının belirlenmesinin idarenin takdirine bırakılması Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği ise hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

(5) numaralı fıkrasında ise sözleşmeli personel ihtiyaç halinde Kurumun ve Bakanlığın merkez teşkilatında süreli olarak görevlendirilmesine ilişkin idareye yetki verilirken görevlendirilecek personelde hangi niteliklerin aranacağı, ne kadar süre ile görevlendirileceği, hangi kadrolara görevlendirme yapılabileceğine ilişkin herhangi bir ilke veya çerçeve belirtilmemiştir.

Sağlık Bakanlığı'nın sözleşmeli olarak çalıştıracağı personel eliyle yürüttüğü sağlık hizmetlerinin niteliği itibariyle belli bir düzenlilik içinde sunulması gereken, kişilerin ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilemez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetler olması sözleşmeli personel tarafından sunulacak sağlık hizmetlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olup bu görevleri yerine getiren sözleşmeli personel de 'diğer kamu görevlileri' kapsamında olduğuna değinilmiştir.

İdarenin kamu hizmetini memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle idari kurallara göre verilmesine olanak sağlayan 'idari personel rejimi'nin bir parçasıdır. Anayasanın 128 inci maddesinin gerekçesi ve özü de bu doğrultudadır.

Ancak hiçbir kural konulmadan yürütmeye tanınan sınırsız takdir yetkisi kamu görevlileri yönünden kamusal güvenceleri ortadan kaldırdığı gibi, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin anayasal ilkelerin ve hukuki güvenlik ilkesinin ihlaline neden olmaktadır. 663 sayılı Kanun Hükmüne Kararnamenin 33 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi ile (5) numaralı fıkrası Anayasanın 2 inci, 7 inci ve 128 inci maddelerine aykırıdır.

14) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 34 üncü Maddesinin Anayasa Aykırılığı

34 üncü maddenin (1) numaralı fıkrasında hastanelerin tıbbî ve malî kriterler ile kalite, hasta ve çalışan güvenliği ve eğitim kriterleri çerçevesinde Kurumca belirlenecek usûl ve esaslara göre altı aylık veya bir yıllık sürelerle değerlendirmeye tabi tutulacağı bu değerlendirmenin özel değerlendirme kuruluşlarına da yaptırılabilceği, değerlendirme sonuçlarına göre hastanelerin yukarıdan aşağıya doğru (A), (B), (C), (D)

ve (E) şeklinde gruplandırılacağı, birliğin grubunun, hastanelerinin ağırlıklı ortalamasına göre belirleneceği düzenlenmiştir.

(2) numaralı fıkrasında değerlendirme sonuçlarına göre birliğin veya birlik bünyesindeki hastanelerden birinin ait olduğu gruptan düşürülmesi veya bir üst gruba çıkarılamaması, hallerinde Kurumca genel sekreterin görevine son verileceği, (2) numaralı fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan hallerin hastane ölçeğinde gerçekleşmesi durumunda ise, genel sekreterce hastane yöneticisinin görevine son verileceği' düzenlenmiştir.

(3) numaralı fıkrasında ise 'Yapılan değerlendirmeler sonucu belirlenen birliklerin ağırlıklı ortalaması, Kurum Başkanının performansının ölçülmesinde esas alınır' düzenlemesi yapılmıştır.

Hastanelerin ve birliklerin gruplandırılmasına ilişkin değerlendirme, yöneticilerin sözleşmelerinin feshini veya devamını sağlayacak, personelin alacağı ek ödemenin miktarını belirleyecek sonuçlar doğuracaktır. Bu nitelikleri dikkate alındığında hastanelerin tıbbî ve malî kriterler ile kalite, hasta ve çalışan güvenliği ve eğitim kriterleri çerçevesinde değerlendirilmesi işlemi özü itibarıyla bir denetim işlemidir. Anayasada kamu hizmetlerinin ve kamu kurumlarının özel denetim kuruluşları tarafından denetimine olanak sağlayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Özel denetim kuruluşlarına kamu hastane birliklerini ve hastaneleri denetleme yetkisi veren hükümler Anayasanın 6 ncı maddesinde yer alan hiç kimse ve organın kaynağını Anayasadan almayan bir yetkiyi kullanamayacağına ilişkin ilkeye aykırıdır.

Birliklerin ve hastanelerin yöneticilerinin, 'tıbbi, mali, kalite' gibi sözcüklerle ifade edilen çerçevesi belirsiz ölçütler üzerinden sınıflandırılacak hastaneleri bir üst gruba çıkaramamaları ya da alt gruba düşürmeleri halinde sözleşmelerinin sona erdirilmesi, Anayasanın 128 inci maddesindeki kamu çalışanları için öngörülen kamusal güvenceler, kamu görevlilerinin göreve kabul şartları ile statüyü sona erdiren hallerin açıkça Yasa ile düzenlenmesi gerekliliğine aykırıdır. Bu düzenlemeler kamu hastanelerinin kamu görevlisi olan yöneticiler eliyle, sağlık hizmetinin vatandaşların gereksinimlerine uygun, süreklilik ve eşitlik ilkesine uygun olarak verilmesine yönelik güvenceleri ortadan kaldırmaktadır.

Ülkemizdeki bütün vatandaşların eşit, yansız, nitelikli sağlık hizmetine ulaşma hakkı vardır. Bunu sağlamak Anayasanın 56 ncı maddesi uyarınca devletin ödevidir. İldeki Birliği bağlı kamu hastanelerinin tıbbi ve mali ve kalite kriterlere göre sınıflandırılması yapıldığında ve gerçekte bu sınıflandırma verilen hizmetin niteliğini de derecelendirecek bir sınıflandırma olacak ise ülkemizdeki bütün bireylerin (A) grubundaki hastanelere gitmek hakkının bulunduğu ve bunu isteyecekleri açıktır. Hastanelerin ve birliklerin sınıflandırılması kamu hizmetinin verilmesinde eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Kamu hastanelerinin bir bütün olarak bulundukları basamak ve işlevleri doğrultusunda nitelikli sağlık hizmeti verebilecek şekilde organize edilip geliştirilmesi devletin sağlık hizmetleri alanındaki pozitif ödevinin bir sonucudur.

Özel kurumlara kamu kurumları ile kamu hizmetlerini denetleme yetkisi vermesi, kamu personelinin her türlü haklarının kanunla düzenlenmesi ilkesine aykırı düzenlemeler getirmesi ve kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğuracak sınıflandırma sistemi getirmesi nedeniyle 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 34 üncü maddesi, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 17 ncı, 56 ncı ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

15) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 36 ncı Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (b) Bendindeki 'ikincil düzenlemeleri yapmak' İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

663 sayılı KHK'nın 36 ncı maddesinde bağlı kuruluş yöneticilerinin görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Maddenin (2) numaralı fıkrasının (b) bendinde 'Bakanlık politikalarına uygun şekilde, ikincil düzenlemeleri yapmak, stratejik plan, yıllık performans programları ve faaliyet raporlarını hazırlamak ve uygulamak' görev ve yetkisi verilmiştir.

Bilindiği üzere idarenin düzenleme yetkisi türev bir yetki olup Anayasanın 115 nci ve 124 üncü maddelerinde de belirtildiği üzere yasama organının çıkardığı yasaların uygulamasını göstermek üzere yönetmelik ve tüzük çıkarma yetkisi bulunmaktadır. Bu yetki Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerine tanınmıştır. KHK'nın 36 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile kamu tüm bağlı kuruluşlara düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır. Ancak Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü ve Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu dışındaki diğer bağlı kuruluşların tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Bu nedenle Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü ve Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu dışındaki bağlı kuruluşlara düzenleme yetkisi tanınması Anayasanın 115 nci ve 124 üncü maddelerine aykırıdır.

Ayrıca 'ikincil düzenlemeler' adında idarenin yapmakla yetkili olduğu bir düzenleme bulunmamaktadır. Yetkili organ ve makamlar, düzenleyici işlemler için Anayasada dayanak aramak zorundadırlar. Tanınan yetki, serbestçe ve diledikleri gibi, özerk düzenleme yetkisi değil ancak türevsel ve bağımlı, daha açık bir anlatımla yalnız yasaya dayanan düzenleme yetkisidir. İdareye kaynağını Anayasadan almayan bir yetki tanınması Anayasanın 6 ncı maddesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında açıklandığı üzere, yürütmenin tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi, yönetimin yasallığı ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir niteliktedir. Bu bakımdan Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında yasa ile yetkili kılınsa bile çerçevesi ve sınırları yasada belirtilmeden yürütme organına düzenleme yetkisi verilemez.

663 sayılı KHK'nın 36 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendindeki 'ikincil düzenlemeleri yapmak' ibaresinin tüzel kişiliği olmaya bağlı kuruluşlara düzenleme ve yürütmeye yasadan kaynaklanmayan bir yetki tanınması nedeniyle Anayasanın 2 nci, 6 ncı ve 7 nci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

16) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 45 inci Maddesinin (1) ve (4) Numaralı Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

663 sayılı KHK'nın 45 inci maddesinde sözleşmeli uzman çalıştırılmasına ilişkin bir düzenleme yapılmış, (1) numaralı fıkra Bakanlık ve bağlı kuruluşlarında özel bilgi ve ihtisas gerektiren nitelikli bir işin yapılması veya proje hazırlanması veya yürütülmesi için her halde üç yıla kadar sözleşme ile yerli ve yabancı uzman çalıştırılabileceği ifade edilmiştir. Bu şekilde çalıştırılacak personel sayısının yüzelliye geçemeyeceği (2) numaralı fıkra belirtilmiş, (4) numaralı fıkra bu suretle çalıştırılacak uzmanların nitelikleri, alınma usûlü ve sözleşme ücretlerinin tespiti ile sözleşme usûl ve esaslarının Bakanlık ve Maliye Bakanlığınca müştereken belirleneceği ifade edilmiştir.

Kamu hizmetinin sürekliliği ile kamu görevlilerinin güvencesi arasında yakın ilişki bulunmaktadır. Bu nedenle, Anayasanın 128 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre,

memurlar ve diğer kamu görevlilerinin hak ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Sağlık Bakanlığı'na yasa ile verilen görevleri sürdürmekle görevlendirilen sözleşmeli personelin Anayasanın 128 inci maddesinde belirtilen diğer kamu görevlileri kapsamında olduğu açıktır.

Nitekim idarenin kanuniliği ilkesi, idarenin hizmet birimleri ile bu birimlerin kadro ve görev unvanlarının ve görevlerinin yasayla düzenlenmesini de içerir. Kadrolar, bir kamu hizmetinin teşkilatlanmasının ön koşuludur. Kadro unvanı, personelin yerine getireceği görevlerini, yetkilerini, haklarını ve yükümlülüklerini, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını ifade etmektedir. Kadro unvanı ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Kadro ile birlikte, istihdam edilecek personelin niteliklerinin Yasa ile belirlenmesi gerekir.

KHK'nın 45 inci maddesinde sözleşmeli personelin, sözleşme usul ve esasları ile ücret miktarları ve her çeşit ödemeleri konusunda tüm yetki Bakanlar Kuruluna bırakılmıştır. Anayasanın 128 inci maddesine aykırı kuralın bu nedenle iptali istenmektedir. 5429 sayılı 'Türkiye İstatistik Kanunu'nun 45 inci maddesinin ikinci fıkrasında aynı içerikte yapılan düzenlemenin Anayasa Mahkemesi'nin E.2005/143, K.2005/99 sayılı ve 19.12.2005 günlü kararıyla iptaline karar verilmiştir.

Diğer yandan yabancı uzman istihdamı öngörülmüş, ancak bu kişilerin hukuki durumları, mesleki, çalışma alanları, yaşları, uzmanlık konuları, aranan ölçütler, denklikleri gibi tüm konular belirsiz bırakılmıştır. Yetkinin 'kamu yararı' kavramının yorumuna bağlı olarak keyfileştirilmesine yol açacak bu düzenleme de Anayasal normlarla uyumlu değildir. Nitekim yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir.

663 sayılı KHK'nın 45 inci maddesinin (1) ve (4) numaralı fıkralarının sözleşmeli uzman çalıştırılmasına ilişkin temel ilkeleri belirlemeksizin tüm yetkiyi idareye devretmesi nedeniyle Anayasanın 7 nci ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

17) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 47 nci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

663 sayılı KHK'nın 47 nci maddesinde Bakanlık ve bağlı kuruluşların bilgi toplama, işletme ve paylaşma yetkisi düzenlenmiştir. Maddenin (1) numaralı fıkrasında 'Bakanlık ve bağlı kuruluşları, mevzuatla kendilerine verilen görevleri, e-devlet uygulamalarına uygun olarak daha etkin ve hızlı biçimde yerine getirebilmek için, bütün kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarından; sağlık hizmeti alanların, aldıkları sağlık hizmetinin gereği olarak ilgili sağlık kurum ve kuruluşuna vermek zorunda oldukları kişisel bilgileri ve bu kimselere verilen hizmete ilişkin bilgileri her türlü vasıtayla toplamaya, işlemeye ve paylaşmaya yetkilidir.' düzenlemesi yapılmıştır.

Düzenlemede kişilerin sağlık bilgilerinin toplanmasında hiçbir ayırt edici ölçü kullanılmamıştır. Özel ya da kamu her türlü sağlık kuruluşu, kendilerine başvuran insanlara ilişkin kişisel bilgileri ve sağlık bilgilerini Bakanlık ve bağlı kuruluşlara iletmekle yükümlü kılınmıştır. KHK'nın bu hükmü uyarınca örneğin kişilerin bazı ruh sağlığı sorunları nedeniyle ya da genel sağlığı ilgilendirmeyen konularda muayenehane

ya da özel sağlık kuruluşlarından aldıkları sağlık hizmetlerine ilişkin bilgilerin dahi gizli kalması olanağı bulunmamaktadır.

Oysa sağlıkla ilgili bilgiler kişisel veriler kapsamında korunmaktadır. Anayasanın 20 inci maddesine 5982 sayılı Yasa ile 07.05.2010 tarihinde eklenen üçüncü fıkraya ile 'Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.' denilerek kişisel verilerin korunması zorunluluğu özel olarak düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesinde kişisel verilerin korunmasını istemenin Anayasal bir hak olarak teminat altına alındığı belirtilmiştir. Yasa'nın Meclis görüşmeleri sırasında da değişikliğin gerekçesi; Bu hak, esasen, kişisel verilerin toplanması, kullanılması ve başkalarına aktarılması konusunda bireyin kendisinin söz sahibi olmasını gerekli kılmaktadır. Bireyin kişisel verilerinin korunması, toplumsal düzenin demokratik yapısı bakımından da önem taşımaktadır. Zira, vatandaşların kendi bilgilerinin kimler tarafından, hangi amaçlarla toplandığını ve işlendiğini bilme imkânı yoksa böyle bir hukuk düzeni içerisinde bireyin kişisel verileri üzerindeki hakkının korunmasından da söz edilemeyecektir.' şeklinde açıklanmıştır. Yasa değişikliğine ilişkin gerekçe ve açıklamalar esasen bireyi devletin karşısında korumak, kişisel verilerin bireyin rızası dışında edinilmesi, paylaşılması ve işlenmesinin önüne geçmenin amaçlandığını göstermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında da, özel hayatın ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin 8 inci maddenin konuluş amacının bireyi öncelikle kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak olduğu açık biçimde ifade edilmektedir.

BIYOTIP Sözleşmesi'nin 'Özel Yaşam ve Bilgi Edinme Hakkı' başlıklı 10 uncu maddesinde kişisel bilgilerin korunmasına 'Herkes, kendi sağlığı hususundaki bilgilerle ilgili olarak, özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.' ifadesiyle yer verilmiştir.

Dünya Tabipler Birliği de yayımladığı Amsterdam Bildirgesinin 4 üncü maddesinde, Bali Bildirgesinin 8 inci maddesinde ve Lizbon Bildirgesinin 4 üncü maddesinde; hastanın tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi hakkındaki ve kişiye özel diğer tüm bilgilerin sır sayılması gerektiğini belirtmiş ve bunların hastanın rıza gösterdiği haller dışında ancak kesin bir mahkeme kararıyla açıklanabileceğini düzenlemiştir.

'Anket formlarında yer alan bazı sorular özel yaşamın gizliliği ile düşünce ve kanaatin açıklanması sonucunu doğurabilir. Bir ülkede en güçlü veri tekeli idaredir. Bu gücün sınırlandırılması özel yaşamın ve düşünce ve kanaat özgürlüğünün korunması bakımından önemlidir. Anayasanın 20 nci ve 25 inci maddelerinde yer alan güvencelere rağmen itiraza konu 8 inci madde hükmüyle kişiler, bilgi toplama, saklama, işleme ve değiştirme tekeli olan idareye ve diğer kişilere karşı korumasız bırakılmış, veri toplamanın sınırlarına yasal düzenlemede yer verilmemiştir. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralların Anayasanın 20 nci ve 25 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

Kişilerin toplumdaki insanların hayatını tehdit eden bu nedenle bilinmesinde üstün kamu yararı bulunan kimi hastalıklar dışında sağlıkları ile ilgili bütün bilgilerin

devletten dahi gizli tutulmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Sağlıkla ilgili kişisel bilgilerin her türünün her durumda istenip işlenebilmesine olanak tanıyan kural Anayasanın 17 nci ve 20 inci maddeleri ile alana ilişkin uluslararası sözleşmeleri ihlal etmektedir.

663 sayılı KHK'nın 47 inci maddesinin her türlü kişisel bilgiyi kişinin rızasına dayanmaksızın idare tarafından toplanmasına olanak tanınması nedeniyle Anayasanın 17 nci ve 20 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

18) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 48 inci Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (c) Bendi ile (2) ve (3) Numaralı Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

663 sayılı KHK'nın 48 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasında ihtiyaç duyulan her türlü tesis, hastane, sağlık eğitim tesisi, sağlık kampüsü, sosyal donatılar ve diğer tesislerin Bakanlık ve bağlı kuruluşları tarafından yaptırılabilceğini düzenlemektedir.

Fıkra kapsamında tesis bedellerinin karşılanması için üç hal belirlenmiştir. İlki Bakanlığın veya kurumların bütçelerinin ilgili tertiplerine bu amaçla konulan ödeneklerdir. İkincisi döner sermaye gelirleridir. Üçüncü yöntem ise fıkranın (c) bendinde belirtilen; 'Kurumların mülkiyetindeki taşınmazlar veya Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmazlardan Bakanlığa veya Kurumlara tahsisli olan taşınmazların üzerindeki yapılarla birlikte devredilmesi'dir.

Madde ile bedel karşılama hallerinin varlığı halinde düzenlenecek protokol esasları çerçevesinde 'Toplu Konut İdaresi Başkanlığına' veya inşaat işleriyle ilgili araştırma, proje, taahhüt, finansman ve yapım işlemleri konusunda görevli ve yetkili kamu tüzel kişiliğine sahip diğer kurum ve kuruluşlara doğrudan tesis yaptırılabilmesine olanak tanınmaktadır.

Maddenin (2) numaralı fıkrasında ise Bakanlığın kamu kurum ve kuruluşlarına ait veya tahsisli taşınmazları, bu kuruluşlardan kendisine tahsisini veya devrini talep edebilmesine veya 'kullanım' protokolleri yapabilmesine olanak tanınmaktadır. Bakanlık yapacağı protokollerdeki yükümlülüklerini de yine Toplu Konut İdaresi Başkanlığına ve ilk fıkrada sayılan nitelikteki kamu tüzel kişiliğine sahip kurum ve kuruluşlara yaptırabilecektir.

Maddenin (3) numaralı fıkrasında da sağlık hizmetlerinde kullanılmakta olan Bakanlık binalarından, oluşturulacak komisyon tarafından yıkımının uygun olduğuna karar verilen binaların yıkılabileceği, yıkım kararı verecek komisyonun teşkil ile çalışma usul ve esaslarının Bakanlıkça belirleneceği ifade edilmiştir.

Kamu taşınmazları üzerinde sınırları belirsiz bir tasarruf yetkisi Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına verilmektedir. Zira, bu düzenlemelerle Sağlık Bakanlığı, kamu kurum ve kuruluşlarına ait veya tahsisli bütün taşınmazların kendisine tahsisini veya devrini talep edebilecektir. Düzenlemede 'Sağlık tesislerinin yapılmasına uygun olup' ibaresi mevcut bulunmadığından ihtiyaç duyulan her türlü tesis kapsama alınmış ve Sağlık Bakanlığı, kamu kurum ve kuruluşlarına ait veya tahsisli bütün taşınmazların kendisine tahsisini veya devrini talep edebilme olanağına sahip olmuştur.

Anayasanın 7 nci maddesinde, 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki devredilemez.'; 8 inci maddesinde de 'yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.' denilmektedir. Buna göre, yasa koyucunun temel

ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir.

Yasayla düzenlemenin en belirgin özelliği, 'belirlilik'tir. Belirlilik ilkesini içermeyen, açık, net, anlaşılır ve öngörülebilir olmayan düzenlemeler, yasayla da yapılırsa hukuk devletine aykırılık oluşturur. Nitekim düzenleme ile Sağlık Bakanlığı kamu kurum ve kuruluşlarına ait veya tahsisli bütün taşınmazların kendisine tahsisini veya devrini talep edebilecektir. Bakanlığa verilen bu yetki kamu taşınmazları üzerinde sınırları belirsiz bir tasarruf yetkisidir.

Anayasanın 7 nci maddesinde, yasama yetkisinin devredilemeyeceği, 8 inci maddesinde yürütme yetkisinin Anayasaya uygun kullanılacağı belirtilmektedir. Buna göre, yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir.

Maddenin (1) numaralı fıkrasının (c) bendi ile (2) ve (3) numaralı fıkralarında yer alan hükümler daha önce 26 Nisan 2001 tarihinde Resmi Gazete yayımlanan 6225 sayılı Kanunda düzenlenmiş ve o hükümlere karşı iptal davası açılmış olup Anayasa Mahkemesi'nin 2011/65 esasına kayıtlıdır.

663 sayılı KHK'nin 48 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendi ile (2) ve (3) numaralı fıkralarının yürütmeye sınırsız bir yetki tanınması nedeniyle Anayasanın 2 nci ve 7 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

19) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 49 uncu Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nin 49 uncu maddesi ile Sağlık serbest bölgeleri düzenlenmiştir. Maddenin (1) numaralı fıkrasında; 'ülkenin sağlık alanında bölgesel bir cazibe merkezi haline getirilmesi, yabancı sermaye ve yüksek tıbbi teknoloji girişinin hızlandırılması amacıyla' sağlık serbest bölgelerinin 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu hükümleri çerçevesinde kurulacağı, bu bölgelerin kurulması ve yönetilmesine ilişkin usûl ve esasların Bakanlar Kurulu'na belirleneceği düzenlenmiştir.

(2) numaralı fıkrasında serbest bölgelerde verilecek sağlık hizmetlerine ilişkin usûl ve esaslarının Sağlık Bakanlığınca belirleneceği belirtilmiştir.

(3) numaralı fıkrasında ise, serbest bölgelerde faaliyet gösterecek sağlık kuruluşlarından genel bütçeye aktarılacak gelire bir üst sınır getirilerek 'aylık gayrisafi hâsılatının binde beşini geçmemek üzere' alınacak tutarın Bakanlar Kurulunca belirlenecek oran üzerinden tespit edileceği öngörülmüştür.

Genel olarak 'serbest bölgeler'; bir ülkenin sınırları içinde kalmakla birlikte, gümrük ve vergi gibi devletin egemenlik yetkilerini kullandığı mali mevzuatın dışında tutulan sinai ve ticari ve giderek hizmet alanındaki faaliyetler için daha geniş teşviklerin tanındığı gümrüksüz alanlardır.

663 sayılı KHK'nin 49 uncu maddesinde atıf yapılan 3218 Sayılı Yasada, bu alanların kamu kurumları ya da yerli ve yabancı tüzel kişiler tarafından kuruluş işletilebileceği bu amaçla Hazineye ait taşınmazların 49 yıla kadar tahsis edilebileceği düzenlenmiştir.

Serbest bölgelerin, özellikle de serbest üretim bölgelerinin 70'li ve 80'li yıllarda ilgi odağı haline gelmesi, dünya ekonomisindeki yeni yapılanma süreciyle bağlantılıdır. Yeni tip bir uluslararası işbölümünün ve çok uluslu şirketlerin yeni stratejilerinin bir sonucu olarak da gündeme gelmiştir. Dışa açık büyümenin bu arada serbest bölgelerin kurulma gerekçesi olarak, dış ticaret dengesinin sağlanmasının temel koşulu olan ihracatın ve istihdamın artacağı, teknolojik düzeyin ve emeğin teknik beceri düzeyinin yükseleceği, sonuçta sağlıklı bir ekonomik yapıya ulaşılabileceği gibi gerekçeler ileri sürülmüştür.

Serbest bölgelerin gündeme getirilmesinin asıl amacı çok uluslu şirketlerin faaliyetlerini sınırlayan ulusal korumacı düzenlemelerin tasfiyesine yöneliktir. Serbest bölge uygulamalarında şirketlerin üretimi mümkün olan en düşük maliyetle organize edebilmesine yönelik olanaklar sağlanmaktadır. Bu tip öneriler gelişmekte olan ülkelerdeki sermaye kesiminin ve uygulanan politikaların isterleriyle çakıştığı için uygulama alanı bulabilmiştir. Oysa yapılan bilimsel çalışmalarla ortaya konulduğu üzere beklentilerle çelişen sonuçlar doğurmuştur.

Dünyadaki Serbest Bölge deneyiminden söz konusu bölgelerin istihdam ve dış ticareti geliştirici etkilerinin beklenmemesi gerektiği anlaşılmaktadır. Ayrıca Dünyadaki Serbest Bölge deneyimi, bölgesel kalkınma amacına da hizmet etmemiştir. Tam tersine ticaretin belirli bir bölgede odaklanmasına sebep olmuştur. Dünya Serbest Bölgeleri üzerine yapılan incelemelerden anlaşıldığı üzere, serbest bölgelerde genel olarak işgücüne sağlanan yaşam standardı çok düşüktür. Ayrıca pek çok serbest bölgede küçük yaşta çocuklar çalıştırılmaktadır. Az gelişmiş ülkelerin serbest bölgelerinde genellikle emek yoğun sektörlerle yer verilmektedir.

Bizzat Birleşmiş Milletler Sınai Kalkınma Örgütü(UNIDO) tarafından yayınlan bir raporda serbest bölgelerdeki çok uluslu şirketlerin getirdikleri sermayeden çok daha fazlasını sermayenin geliri olarak (kar, lisans, kredi faiz vb) yurt dışına transfer ettiklerine yer verilmiştir. Serbest bölgelerin bulunduğu az gelişmiş ve gelişmekte ülkelerin bu yolla önemli döviz kayıplarına uğradığı yapılan çalışmalarda ortaya konmuştur.

İktisat teorisi açısından bakıldığında, bir ülkenin belli bir bölgesini serbest bölge ilan ederek o ülkede geçerli gümrük, vergi ve çalışma hayatına ilişkin düzenlemelerden muaf saymak, makroekonomik bir çözüm olmadığı belirtilmektedir.

Türkiye'de ilk iki Serbest Bölge olarak Mersin ve Antalya Serbest Bölgelerinin faaliyete geçmesinden günümüze kadar geçen yirmi yıllık sürede, ülkemizdeki Serbest Bölgelerin sayısının yirmiye ulaştığı görülmektedir Serbest bölgelerin kuruluşundan yirmi yıl sonra Serbest Bölgelerden yapılan ticaretin yüzde % 30,5'luk kısmının Türkiye'nin geleneksel pazarları olan AB ülkeleri ile gerçekleştiği görülmektedir. Ayrıca Serbest Bölgelerden yapılan ticaretin % 44,5'luk kısmı ülke içi ticarettir.

Yapılan çalışmalarda Türkiye'deki Serbest Bölgeler uygulamasında da, ülkedeki ticaret hacminin artmasında ve istihdam yaratılmasında önemli bir katkısı olmadığı, gelişmesine olumlu katkıda bulunmadığına değinilmektedir. Ayrıca yabancı yatırımı ve teknoloji transferini sağlama ve kalkınma açısından da beklenen yararın görülmediği verilerle ortaya konmaktadır. Hatta serbest bölgelerin yerli yatırımcılar açısından sakıncalar yarattığı, tekelleşmeye uygun ortam oluşturduğu da eleştiriler arasında yer almaktadır. Devlet tarafından yapılan teşvikler, özellikle KDV'siz ticaret olanağı sağlanması, ücret ödemelerinin vergiden düşürülmesi , altyapı hizmetlerinde sağlanan

kolaylıklar, arazi sağlanması gibi en önemli üretim maliyetlerinde devlet tarafından sağlanan olanaklar beklenti uğruna feragat edilen yararların karşılığını vermediği, serbest bölgelerin hedef aldığı ülkeler göz önüne alındığında, Türkiye'nin bundan sonra da bu alanda önemli faydalar elde etmesinin beklenmemesi gerektiği belirtilmektedir

Sağlık Bakanlığı Devletin en temel görevlerinden biri olan topluma kamu sağlık hizmetini sunmakla görevlidir. 663 sayılı KHK'nin 2 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasında Bakanlığın görevi herkesin bedeni, zihni ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halinde sürdürmesini sağlamak olarak düzenlenmiştir. Sağlık Bakanlığı'nun merkez ve taşra teşkilatının yanı sıra KHK ile oluşturulan bağlı kuruluşların görev ve yetkileri arasında da sağlık serbest bölgelerine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. 'Ülkenin sağlık alanında bölgesel bir cazibe merkezi haline getirilmesi, yabancı sermaye ve yüksek tıbbi teknoloji girişinin hızlandırılması amacıyla' Sağlık Bakanlığı'nun görevleri içine alınması, Anayasanın 5 inci maddesinde devleti kuruluş amaç ve ödevleri içinde yer alan; kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak ödevi' ile bağdaşmamaktadır.

663 Sayılı KHK ile yapılan düzenleme Serbest Bölgeler Yasasına atıf yapmakla birlikte sağlık alanının kendine özgü yapısı ve işleyişine ilişkin düzenlemeler, atıf yapılan Yasa'da bulunmamaktadır. Medyada yer alan haberlere göre Ekonomi Bakanı Zafer Çağlayan, üretim ve depolama ağırlıklı Serbest Bölgeler Kanunu'nun kapsamının genişletileceğini ve hizmet üretimini de içerir şekilde, sektörel kümelenme esaslı yeni nesil serbest bölge kanununun hazırlık çalışmalarının sürdürüldüğünü belirtmektedir.

Yine medyada 2 Ekim 2011 tarihli bir haberde Sağlık Bakanı Recep Akdağ; 'Türkiye'de sağlık turizmi gelişmeye çok açık. Bize lazım olan, yabancı ülkelere de hekim ve hemşirenin Türkiye'de çalışmasının önünü açmamız. Bunun önünü açmalıyız ve belki de sağlıkta serbest bölgeler oluşturarak, belirli bir oranda yabancı uyruklu doktor ve hemşirenin oralarda çalışmasını şart koşarak, yurt dışından çok önemli sayıda sağlık hizmeti alacak insanı Türkiye'ye getirebiliriz. Neden bu şartı koymalıyız' Türkiye'de doktor ve hemşire sayısı yetersiz, bu şart konulmadan bu işleri yaparsak, Türk halkı sağlık hizmeti alamaz hale gelebilir. Öncelik tabii ki kendi vatandaşımızın sağlık hizmetini garanti altına almak için 'Şu anda bu hususu 'üzerinde çalıştığımız bir alan' olarak belirtmeliyim. Başbakanımıza ve Hükümete götürerek tartışmamız lazım. Detaylar konusunda çok erken ama ülkeye sağlık turizminden bir gelir getireceksek, en fazla nasıl yararlanabilir arayışı içinde olmalıyız. Benim söylediğim, serbest bölgelerde özel şartlarla hizmet sunulmasına, hekim çalıştırılmasına izin vermek. Türkiye'de gelip çalışacak doktorların lisan bilmesi lazım. 'Türkiye'ye dışarıdan doktor gelsin demekle o kadar çok doktor gelmez. Ama bu çeşit bir serbest bölgelerde daha çok turist, sağlık turistine hizmet verecek alanlar oluşturabiliriz. Bunların üzerinde çalışıyoruz, büyük bir fırsat var. Çok kaliteli bir hizmet verme imkânımız var ve bütün Avrupa'yı cezbedecek ucuzlukta verme imkânımız' var demektedir.

Yaşam hakkı ile bütünleşik sağlık hakkına yönelik hizmetlere ilişkin temel ilkelerin bir kanun ile düzenlenmesine ihtiyaç bulunduğu, bu düzenlemelerin ülkemizdeki insanların sağlık hakkını koruyacak, güvence altına alacak hükümleri içermesi gerektiği Kararnamenin altında imzası bulunan her iki bakanının 'sağlık serbest bölgelerine' yönelik açıklamalarında bile ortaya konulmaktadır.

Ancak 663 sayılı KHK'nin sağlık serbest bölgelerine ilişkin 49 uncu maddesinde sağlık serbest bölgelerinin, nerede, nasıl kurulacağı, nasıl işleyeceği, serbest bölgelerden yararlanma şartlarının ne olacağı, serbest bölgelerde çalıştırılacak kişilerin statüsü, niteliği, verilecek hizmetin organizasyonu ve denetiminin kim tarafından nasıl sağlanacağına dair hiçbir düzenleme yapılmamıştır. Yalnızca bu bölgelerin kurulması ve yönetilmesine ilişkin usul ve esasların Bakanlar Kurulunca, serbest bölgelerde verilecek sağlık hizmetlerine ilişkin usul ve esaslarının Sağlık Bakanlığınca belirleneceği belirtilmiştir.

Öte yandan Sağlık Bakanı verdiği demeçte, yukarıda aktarıldığı üzere gelişmekte olan ölkelerde serbest bölgelerin oluşturulma amacı doğrultusunda aslında ölkemizdeki sağlık serbest bölgelerinin kuruluş amacının sağlık çalışanlarının ucuz işgücünden yararlanmak ve ölkemizdeki kamunun yararlandığı kaynakların şirketlere tahsis edilmesine yönelik olduğu 'bütün Avrupa'yı cezbedecek ucuzlukta verme imkânımız var' diyerek ortaya koymaktadır. Hatta 663 sayılı KHK ile ölkemizde hekim ve hemşire olarak çalışabilmek için gerekli vatandaşlık koşulunun kaldırılmasının da dışarıdan yabancı sağlık personelinin gelmesi için değil yabancı sağlık personelinin çalıştırılabileceği tazyiki ile ölkemizdeki çalışanların ücretlerinin düşürülmesine yönelik olduğunu 'Türkiye'ye dışarıdan doktor gelsin demekle o kadar çok doktor gelmez. Ama bu çeşit bir serbest bölgelerde daha çok turist, sağlık turistine hizmet verecek alanlar oluşturabiliriz. Bunların üzerinde çalışıyoruz, büyük bir fırsat var' sözü ve tekrarla ' Çok kaliteli bir hizmet verme imkânımız var ve bütün Avrupa'yı cezbedecek ucuzlukta verme imkânımız var' sözleri ile ortaya koymaktadır.

Özetle 663 sayılı KHK'in 49 uncu maddesi, Anayasanın sosyal hukuk devleti ilkesine ilişkin 2 nci, devletin görevlerine ilişkin 5 inci, yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin 7 nci maddesine aykırıdır. Kişilerin maddi ve manevi varlığının korunmasına ilişkin 17 nci, devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri koruma, çalışmayı destekleme ödevine ilişkin 49 uncu maddesine ve sağlık hakkına ilişkin 56 ncı maddelerine de aykırıdır. Devlete yani kamuya ait kaynakların yararı kamuya ait olacak şekilde kullanılması ilkesine aykırı olması nedeniyle Anayasanın 63 ncü ve 168 nci maddelerine de aykırıdır.

20) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 13 üncü Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (e) Bendi ile 51 inci Maddesinin (1) ve (3) Numaralı Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nın 51 inci maddesinde yurt dışı sağlık hizmet birimleri düzenlenmektedir. Maddenin (1) numaralı fıkrasında Bakanlık ve bağlı kuruluşlarının insani ve teknik yardım amacı ile yurt dışında geçici sağlık birimleri kurabileceği, bu amaçla ulusal ve uluslararası sivil toplum kuruluşları, finans ve yardım kuruluşları ile işbirliği ve ortak çalışma yapabileceği, insan ve malî kaynakları ile destek sağlayabileceği düzenlenmiştir.

(3) numaralı fıkrada hizmet alımı veya kamu özel ortaklığı modeliyle özel sektör tarafından işletilen bu sağlık birimlerinde çalıştırılacak Bakanlık personelinin beş yılı geçmemek üzere çalıştıkları sürede aylıksız izinli sayılacağı ifade edilmiştir.

Yurt dışındaki geçici sağlık birimlerinin kamu özel ortaklığı modeliyle yaptırılması, tanımlanmamış ulusal ve uluslararası sivil toplum kuruluşları ile ortak çalışma yaptırılmasının öngörölmesi, sağlık hizmet birimlerinin özel sektör tarafından işletilebilmesi ve de özel sektör tarafından işletilen bu sağlık birimlerinde Bakanlık

personelinin çalışabileceğinin düzenlenmesi maddenin dış ülkelere yardım dışında bir amaçla tesis edildiğini ortaya koymaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti Dünyanın gereksinim bulunan bölgelerine sağlık hizmeti zaten götürebilmekte, uluslar arası yardım kurumu Türk Kızılayı ise dünyanın her hangi bir yerinde meydana gelen doğal afetler sonrası, devlet kurumlarına destek görevi görerek afetzedelere sağlık hizmetleri sağlamaktadır. Sağlığın ertelenemez ve ikame edilemez özelliği nedeniyle acil durumlar, doğal afet, salgın hastalık gibi dayanışmayı gerektiren bir durum ortaya çıktığı zaman uygulanabilecek istisnai bir yöntem bu düzenlemelerle kalıcı ve sürekli bir hale getirilmiştir.

Anayasanın 5 inci maddesinde, Devletin temel amaç ve görevleri belirlenmiş, ekonomik ve sosyal haklar başlığı altında düzenlenen 56 ıncı maddenin (3) numaralı fıkrasında sağlığa ilişkin devletin görevi belirlenmiştir. Yurtdışında sürekli hizmet sunmaya yönelik bir birimin kurulması ve bu tesisin giderlerinin hangi kaynaktan karşılanacağını belirlenmemesi Anayasanın her iki düzenlemesine de aykırıdır.

Sağlık Bakanlığı'nın görevlerinin sıralandığı KHK'nın 2 inci maddesinde ise yurtdışında sağlık birimi kurmak şeklinde bir düzenlemeye yer verilmemiş, yurtdışında meydana gelen afet ve acil durumlarda sağlık ve insanî yardım faaliyetlere katılımı sınırlı bir yetki 9 uncu maddede Acil Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne verilmiştir. KHK'nın 51 inci maddesi Bakanlığın görev alanı içerisinde olmayan bir uygulamayı düzenleyerek yetki aşımı yaratmıştır.

Nitekim 181 Sayılı KHK'da atıf yapılan 189 Sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Yurtdışı Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine 663 Sayılı KHK'de yer verilmemiştir. Bu noktada, Sağlık Bakanlığı'nın hangi yasal dayanakla yurtdışında sağlık hizmet birimi kuracağı ve bu birimin tâbi olacağı kurallar da belirsizleşmiştir.

189 Sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Yurtdışı Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 'Yurtdışı teşkilatı kurulmasında ilke' başlıklı 3 üncü maddesi şöyledir: 'Yurtdışı teşkilatı kurma yetkisi, kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat kanunlarında belirtilir; teşkilat kanunlarında böyle bir yetki bulunmayan kamu kurum ve kuruluşları yurtdışı teşkilatı kuramaz.' 189 Sayılı KHK'nin 'Dış Temsilcilik niteliği taşımayan yurtdışı teşkilatındaki memur ve diğer görevliler' başlıklı 9 uncu maddesinde ise 'Dış temsilcilik niteliği taşımayan yurtdışı teşkilatının memur ve diğer görevlileri, kadrolarında gösterilen unvanları taşıyan memurlarla diğer görevlilerden meydana gelir' hükmü bulunmaktadır.

Bu görevlere yapılacak atamalara ilişkin 10 uncu maddede 'Bakanlık ilgili kuruluşlarının yurtdışı teşkilatına personel ataması ilgili Bakanın teklifi üzerine ortak kararname ile yapılır' düzenlemesi yapılmıştır. 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne ilişkin Kanunun 2 inci maddesi ise 'Bu Kanuna ekli (1) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere Bakanlar Kurulu kararı ile, (2) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere müşterek kararla atama yapılır. Bunların nakilleri ve görevden alınmaları da aynı usule göre olur' hükmünü taşımaktadır.

Maddede belirtilen (2) Sayılı Cetvele 663 sayılı KHK ile eklenenler şunlardır: Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Başkanı ve Başkan Yardımcıları, Türkiye İlaç ve Tıbbî Cihaz Kurumu Başkanı ve Başkan Yardımcıları, Türkiye Halk Sağlığı Kurumu Başkanı ve Başkan Yardımcıları. 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 2451 Sayılı

Yasa'da başkaca bir değişiklik yapılmamıştır. Bu noktada, yurtdışı sağlık hizmet birimlerine kamu görevlilerinin hangi yasal dayanak ile atamalarının yapılacağı da belirsizdir.

Bununla birlikte bu sağlık hizmet birimlerini özel sektörün işletebilmesi, bu birimde kamu görevlisinin çalıştırılması ve rızasının dahi aranmasına gerek duyulmaması da Anayasal kurallara aykırıdır. Anayasanın 128 inci maddesi ile 657 Sayılı Kanunun hükümleri memurların idare karşısındaki durumlarının önceden hukuk kuralları ile nesnel biçimde düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Memur ile idare arasındaki ilişki sözleşme ilişkisi olmayıp, içeriği ve kapsamı yasayla belirlenmiş ve düzenlenmiş bir statü ilişkisini oluşturmaktadır. Bu nedenle sağlık personelinin, hizmet alımı veya kamu özel ortaklığı modeliyle özel sektör tarafından işletilen bir birimde çalışması bu tip bir görevlendirme memurluğun ana ilkelerini ihlal etmektedir.

Kamu kudretinin piyasa unsurlarına devriyle birlikte memurun çalışana dönüştürülmesi sonucunu yaratacak bu uygulama kişinin kamu görevlisi olmaktan kaynaklanan haklarından yoksun çalışması anlamına gelmektedir. Kararnamenin 51 inci Maddesi Bakanlık personelinin özlük haklarına zarar vermenin yanı sıra 3. kişilere de haksız kazanç sağlamaktadır. Ayrıca aylıksız izinli sayılan bu kamu çalışanlarının ücretlerinin ne şekilde ödeneceği, diğer özlük haklarının nasıl düzenleneceği de belirsizdir. Anayasanın 'Ücrette adalet sağlanması' başlıklı 55 inci maddesinde emeğin karşılıksız bırakılmaması ve emeğin karşılığının ücret olarak verilmesi amaçlanmaktadır. Fiilen çalışma karşılığı ödenecek aylık ve ödeneklerin miktarı ile ödenme şekli yasalarla düzenlenir ve ilke olarak kamu görevlilerine peşin ödeme yapılır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 164 inci maddesinde memurlara aylıklarının peşin olarak ödeneceği kuralı bulunmaktadır.

Diğer yandan düzenleme sağlık biriminin işletilmesinde kamu özel ortaklığı modelini öngördüğünden geçici bir hizmete değil 49 yıla kadar uzayan sürekli bir hizmet sunumuna yöneliktir. Sağlık kuruluşlarının kamu özel ortaklığı modeliyle yapılmasına ilişkin düzenleme 3359 Sayılı Temel Sağlık Hizmetleri Kanunun 7 numaralı ek maddesinde düzenlenmiştir. 3359 Sayılı Temel Sağlık Hizmetleri Kanunun 7 numaralı ek maddesinde kamu özel ortaklığı yöntemiyle yapımına karar verilen sağlık tesislerinin ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırkdokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabilmesi belirtilmiştir

Bakanlığın ve bağlı kuruluşların ihtiyacı olan tesislerin yapımını ve mevcut tesislerin yenilenmesini kamu özel ortaklığı modeli veya diğer usûller ile gerçekleştirmek ise Kararnamenin 13 üncü maddesinde Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasında sıralanmıştır.

Kararnamenin 13 üncü maddesinin (1) numaralı (e) bendinde ve 51 inci maddenin (3) numaralı fıkrasında idare ile özel sektör arasında bugüne kadar tanımlanmamış, içeriği belirlenmemiş kamu özel ortaklığına yer verilirken uygulamanın sınırları çizilmemiştir. Sağlık Bakanlığı'nın yurtdışındaki insani amaçlı sağlık hizmet biriminin 'hizmet alımı' veya 'kamu özel ortaklığı modeli' ile nasıl kurulacağı, buna ilişkin çerçevenin ne olacağı, idare ile özel şirketler arasında kurulacak ilişkinin idare hukukunda karşılığının ne olduğu belirsizdir. Yurtdışındaki sağlık birimine ait binanın mülkiyetinin kimde olacağı, taahhütleri kimin üstleneceği, özel sektörden seçilecek şirketin nasıl seçileceği, Türkiye Cumhuriyeti Devleti adına yurtdışında hizmet sunacak özel sektörün nasıl denetleneceği, hangi aşamada hizmetin son bulacağı şeklindeki pek çok sorunun yanıtı KHK maddeleri içerisinde bulunmamaktadır. Keza Kamu özel

ortaklığı 'modeli' ya da 'finansman yöntemi/modeli' olarak anılmakla birlikte örneğin Yap-İşlet Devret ya da imtiyaz usulü gibi yasal bir çerçeveye bugüne kadar oturtulmuş değildir. İdarenin kullanacağı 'finansman yönteminin' de bir idare hukuku sorunu olduğu tartışmasıdır. Bu konuda yapılan bir bilimsel çalışmada kamu özel ortaklığı 'eksik imtiyaz' olarak tanımlanmıştır. Yasada, temel esaslar ve çerçeve belirlenmemesi ve yürütmeye sınırları belli olmayan bir yetki bırakılması nedeniyle yasama yetkisinin devredilemezliği ve hukuk devleti ilkesi ihlal edilmiştir.

Diğer yandan 3359 Sayılı Temel Sağlık Hizmetleri Kanunun 7 numaralı ek maddesi ile Kararnamenin 13 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendindeki ve 51 inci maddenin (3) numaralı fıkrasındaki düzenleme örtüşmemektedir. 3359 Sayılı Kanunun 7 numaralı maddesinde yapım ve yenileme işlerinde yükleniciye bırakılacak alan ve hizmetlerden söz edilmiş, hangi hizmetlerin bu kapsamda olduğu 'tıbbi hizmet dışında' ibaresi ile açıklanmaya çalışılmıştır. KHK'nın 51 inci Maddesinde ise kamu özel ortaklığı modeli ile kurulacak sağlık hizmeti biriminin özel sektör tarafından işletilmesi öngörülmüştür.

663 Sayılı KHK'nın 13 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendi ve 51 inci maddenin (1) ve (3) numaralı fıkraları, Anayasanın 2 nci, 5 nci, 7 nci, 10 ncu, 17 nci, 47 nci, 55 nci, 56 ncı ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

21) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 52 nci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

663 KHK'nın 52 nci maddesinde gönüllü sağlık hizmeti ve sağlık gözlemciliğine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Maddede kamu kurumları dahil bütün sağlık kurum ve kuruluşlarında gönüllü sağlık hizmetinin verilebileceği düzenlenmiştir. Sağlık gönüllülerinin verecekleri hizmetlerin kapsamına ilişkin bir sınırlama ise söz konusu değildir. Örneğin o hastanede çalışmayan bir cerrah belirli bir hasta için hastaneye giderek hastayı ameliyat edebilecek ya da bir hemşire sağlık bakım hizmeti verebilecektir. Oysa kamu hizmeti, objektif ve eşit koşullarla sunulur ve sağlanır. Kamu hizmetinin amacı toplum yararı olduğundan, idare objektif esaslara bağlı kalarak, yan tutmadan davranmalıdır. Kamu hizmeti önünde bireyler, gerek yararlanma, gerek katılma yönünde eşit muamele görmelidir. Kararnamenin 52 inci maddesinin ilk iki fıkrası ile kişiye özel hizmet sunumlarının önünü açılarak hukuk devleti ilkesi ihlal edilmiştir.

Bununla birlikte maddenin (3) numaralı fıkrasında sağlık gönüllüsü kişilerin o hastanede hangi şartlarda hizmet vereceğinin hastane yetkilisince belirleneceği düzenlenmiştir. Bu madde de objektif esaslara bağlı uygulamaların tamamen ortadan kalkmasına yol açacaktır. Ayrıca hastanelerde hastalara sağlık personeli ve diğer personel eli ile verilen sağlık hizmetine o hastanede asli ve sürekli olarak çalışmayan, hizmetin yürütümünde aynı yetki ve sorumluluklara sahip olmayan kimi özel kişi ve kuruluşların da dahil olmasına olanak sağlanmaktadır.

Sağlık hizmeti kamusal bir hizmet olup sürekli, eşit, ulaşılabilir, nitelikli bir hizmet sunumu için; asli ve sürekli olarak çalışan, hakları, sorumlulukları ve nitelikleri kanun ile belirlenmiş, ortak denetim ve yaptırım süreçlerine tabi kılınmış sağlık hizmet ekibi tarafından verilmesi gerekir. Kesintisiz ve nitelikli bir hizmet sunumu için sağlık kuruluşlarındaki hastaların gereksinimlerinin de en iyi şekilde kurumda çalışan sağlık personeli ve ilgili diğer personel tarafından ayrımsız bir biçimde yürütülmesi gerekir. Maddede yer alan düzenleme, sağlık hizmetini hak olmaktan çıkarmakta ve yapılabilecek bir yardıma dönüştürmektedir.

Diğer yandan maddenin son iki fıkrasında gönüllü sağlık hizmeti sunumu ile bilgilerin kamuoyu ile paylaşılacağı, hizmetten faydalananların gönüllülük esasına göre yapacakları gözlemlerini değerlendirmek üzere Bakanlığın gerekli düzenlemeleri yapacağı belirtilmiştir. Bu maddeler yapılan yardımı ve bu yardımın kim tarafından yapıldığının topluma tanıtılmasının yolunu açmaktadır. Kimi kurum ve kuruluşların yardımlarının tanıtılmasını sağlamak, bazı özel tüzel kişilerin toplumda daha bilinir kılmak devletin temel amaç ve görevleri arasında bulunmamaktadır.

663 Kanun Hükmünde Kararnamenin 52 inci maddesi Anayasanın 2 nci, 5 nci 56 ncı, 123 ncü, 126 ncı ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

22) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 55 inci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nın 55 nci maddesi ile kamu sağlık çalışanlarına çalıştıkları yerde ikamet mecburiyeti getirilmektedir. Maddede yalnızca Bakanlığa ait olanlarda değil kamu ve özel bütün sağlık kuruluşlarında çalışmakta olan sağlık personeli için görevli olduğu kuruluşun bulunduğu yerleşim yeri sınırları içinde ikamet etme mecburiyeti getirebileceği düzenlenmiştir.

Oysa günümüzde kentlerin büyümesi ile birlikte pek çok sağlık personeli oturdukları mülki sınırlara yakın başka bir mülki sınır içinde bulunan sağlık kuruluşlarında çalışmaktadır. Yerleşme hürriyeti Anayasanın 23 üncü maddesinde düzenlenen temel bir haktır. Aynı maddede yerleşme hürriyetinin, suçun işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak amaçlarıyla kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Anayasanın 13 üncü maddesinde de temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir.

Öte yandan kamu görevlilerinin ikametlerini ve ikamet hudutlarını tatil günlerinde izinle terk edebileceklerine dair 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun Ek 20 inci maddesi 13.2.2011 tarih ve 6111 sayılı Kanun'un 117/g maddesince yürürlükten kaldırılmıştır. Kamu görevlileri için temel kuralı belirleyen bu hükümle KHK hükmü çelişmekte, Sağlık Bakanlığı teşkilatında bulunmayan bir kamu görevlisi ile diğer kamu görevlileri arasında eşitsiz bir durum oluşmaktadır.

663 sayılı KHK'nın 55 nci maddesi Anayasanın 10 ncu ve 23 üncü maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

23) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 56 ncı Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nın 56 ncı maddesinde; Bakanlık veya bağlı kuruluşlarının kadrolarında diğer kamu kurum ve kuruluşlarında (Tıp Fakültelerinde) uzmanlık eğitimi veya yan dal uzmanlık eğitimi yaptırılması düzenlenmiştir. Bu yöntemle uzmanlık ve yan dal uzmanlık eğitimi yapan hekim ve diş hekimleri eğitimlerini tamamladıklarında eğitim süresi kadar Bakanlık ve bağlı kuruluşlarda görev yapmakla yükümlü kılınmıştır. Görev yapmadıkları ya da eğitimlerini yarım bıraktıkları veya eğitimlerinde başarısız olmaları halinde asistanlık süresinde ödenen ücret dahil her türlü ödemenin faizi ile birlikte tahsil edileceği düzenlenmiştir.

Tıpta uzmanlık eğitimi yapan hekimler 1219 sayılı Yasa uyarınca düzenlenen ilgili mevzuat uyarınca tıpta uzmanlık ve tıpta yan dal uzmanlığı sınavlarına girmekte, sınav öncesi ÖSYM tarafından yayınlanan kılavuzlarda ilan edilen tıp fakültesi ya da Sağlık Bakanlığı'na bağlı Eğitim ve Araştırma Hastanelerinin boş asistan kadrolarına göre tercihte bulunmakta, puan sıralamasına göre tercihlerine yerleştirilmektedir. Yerleştikleri kadro tıp fakültesinde ise 2547 sayılı Yasa uyarınca araştırma görevlisi kadrosunda sözleşmeli olarak, Sağlık Bakanlığı'na bağlı eğitim ve araştırma hastanesinde ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamında memur olarak atanmaktadır.

Hekimler; 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun Ek 4, 5 ve 6 ncı madde hükümleri uyarınca tıp fakültesi mezuniyetinden, uzmanlık ve yan dal uzmanlığını tamamladıktan sonra her bir eğitimleri için ayrı ayrı devlet hizmeti yükümlülüğü kapsamında görev yapmakta, yükümlülüklerini yerine getirmeden özel kuruluşlarda ya da serbest olarak hekimlik yapamamaktadır.

ÖSYM, Sağlık Bakanlığı'na bağlı Tıpta Uzmanlık Kurulu tarafından toplumun gereksinimine göre belirlenip kendisine bildirilen tıp ve yan dal uzmanlığı için gerekli asistan kadrolarını her sınav dönemi için ayrı ayrı ilan etmektedir. Ancak sınavla alınacak asistan sayısına yeterli kadrolar tıp fakültelerine verilmeyerek Sağlık Bakanlığına ait olan kadroların kullanılabileceği düzenlenmekte, bu kadrolarda asistanlık yapan hekimlerin ise asistanlık süresi kadar ayrıca bir tür devlet hizmeti yükümlülüğü yükleneyeceği, aksi halde kimi alanlarda haftada yüz saat çalışarak bitirdiği uzmanlık eğitimi için altından kalkamayacağı ücretleri ödeme yükümlülüğü getirilmektedir. Üstelik aynı kurumda hatta aynı birimde araştırma görevlisi kadrosunda görev yapan diğer asistanların böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durum hukuk devleti ilkesi başta olmak üzere, devletin amaç ve görevleri, zorla çalıştırma, kişilerin maddi ve manevi varlıklarını koruma geliştirme, kamu hizmetlerine alınmada eşitlik, çalışma hakkı ve özgürlüğüne ilişkin ilkelerle uyumsuzdur.

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 56 ncı maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları bu nedenle Anayasanın 2 nci, 5 nci, 10 ncu, 17 nci, 18 nci, 48 nci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

24) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 57 nci Maddesinin (1) ve (2) Numaralı Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

Kararnamenin 57 inci maddesinde ruhsatlandırma ve lisans bedeli düzenlenmiştir. Maddenin (1) numaralı fıkrasına göre Bakanlık ve bağlı kuruluşlarınca düzenlenecek veya onaylanacak her türlü ruhsatlandırma, ürün, üretim ve satış izin belgesi ve mesul müdürlük belgesi ile permi ve sertifikalar üzerinden yüzellibin Türk Lirasını geçmemek üzere Bakanlıkça belirlenecek tarifelere göre ücret alınacaktır. Maddenin (2) numaralı fıkrasında ise gerçek veya tüzel kişilere sağlık alanında belirli bir hizmeti verebilme veya hastane ve benzeri sağlık kuruluşları açabilme yetkisi veren lisansların açık arttırma ile belirlenecek bedel karşılığında verileceği düzenlenmiştir.

1219 sayılı Yasa hükümlerine göre hekimler tarafından açılabilen muayenehaneler, laboratuvarlar dahil bütün sağlık kurum ve kuruluşları çalışmaya başlamadan önce ruhsat almak zorundadır. Yine muayenehaneler hariç diğer tüm sağlık kuruluşları mesul müdür bulundurmakla yükümlüdür.

Muayenehane, poliklinik ve müstakilen açılan laboratuvarlar serbest çalışmak isteyen hekimlerin mesleklerini bağımsız olarak icra ettiği yerlerdir. Bu çalışma alanlarını da kapsayacak şekilde alt sınır olmaksızın yüzellibin Türk Lirasına kadar ruhsat bedeli alınmasına yetki verilmesi sağlık meslek mensuplarının bağımsız çalışan statüsünü bütünüyle ortadan kaldırıcı niteliktedir.

Ruhsat bedelinin yanı sıra gerçek veya tüzel kişilerin sağlık alanında belirli bir hizmeti verebilmesi ayrıca açık arttırma ile belirlenecek bedel karşılığında alacakları lisansa bağlı kılınmıştır. Gerçek veya tüzel kişiler ibaresi tek tek ya da birlikte hekimler tarafından açılabilen muayenehane, laboratuvar, poliklinik ve tıp merkezlerini de içermektedir.

Bütün bu düzenlemeler Kararnamede düzenlenen sağlık serbest bölgeleri, hekimlik ve hemşirelik yapmak için aranan vatandaşlık koşulunun kaldırılması bağlantılıdır. Böylece sağlık meslek mensuplarının sağlık işletmelerinin ucuz işgücü olmak dışında seçenekleri ortadan kaldırılmaktadır.

Sağlık meslek mensuplarının diplomalarına dayalı olarak bir işverene bağlı olmaksızın çalışma haklarını ortadan kaldıran, idareye kapsamı ve ilkeleri belirsiz düzenleme yetkisi veren 663 sayılı KHK'nın 57 inci maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları Anayasanın 2 nci, 5 nci, 7 nci, 17 nci, 48 nci, 49 ncu ve 56 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

25) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 58 inci Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasının (e) Bendinin, (7) Numaralı Fıkrasının (a) Bendiyle Değiştirilen 3359 Sayılı Kanunun Ek 1 inci Maddesinin Üçüncü Fıkrasının ve Geçici 6 ncı Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nın 58 inci maddesinde; atıflar, değiştirilen ve yürürlükten kaldırılan hükümler düzenlenmektedir. (6) numaralı fıkrasının (e) bendinde 'Ek 33 üncü maddesindeki tablonun (a) sırasında geçen 'Klinik şefi, şef yardımcısı' ibareleri 'Eğitim görevlisi' şeklinde değiştirilmiştir' düzenlemesi yapılmıştır.

Geçici Madde 6'da ise 'Bu maddenin yayımı tarihinde görevde bulunan klinik şefi ve klinik şef yardımcılarının görevleri bu maddenin yayımı tarihinde sona erer. Bunlar eğitim görevlisi kadrolarına kazanılmış hak aylık dereceleriyle atanmış sayılır' düzenlemesine yer verilmiştir.

Kararname'nin 58 inci maddesinin (7) numaralı fıkrasının (a) bendi ile 3359 sayılı Kanunun Ek 1 inci maddesi değiştirilmiş ve 3 üncü fıkroda 'Eğitim ve araştırma hastanelerinde eğitim görevlilerinden biri hastane yöneticisi tarafından bir yıllık süre için ilgili birimin eğitim sorumlusu olarak görevlendirilir, idarî sorumlusu ise aynı süreyle ilgili daldaki uzmanlar arasından seçilir. Birimin eğitim sorumlusuna idarî sorumluluk görevi de verilebilir.' düzenlemesi yapılmıştır.

Bütün bu düzenlemelerle Sağlık Bakanlığı'na bağlı eğitim ve araştırma hastanelerinde klinik ve laboratuvarlarda eğitim ve sağlık hizmeti sunumundan sorumlu olan klinik şefi ve şef yardımcılarının kadro ve unvanları kaldırılmış, karşılığında eşdeğer bir kadro yaratılmamıştır. Eğitim görevlisi kadrolarına kazanılmış hak aylık dereceleriyle atanmış olmalarına rağmen klinik şefleri ve klinik şef yardımcılarının hiyerarşik konumu, klinik içerisindeki amirlik pozisyonları gözetilmemiştir. Ayrıca KHK maddesi ile yeni bir kadro ve göreve başlama ve göreve son verme işlemi yasa ile tesis

edilmiştir. Hukuk devleti ilkesine uygun olmayan bu düzenleme sonucu Kararname ile yapılan atamaya karşı dava açma olanağından da yararlanamayacaklardır.

Kamu hastane birliklerine dahil edilen eğitim ve araştırma hastanelerinde eğitim sorumluluğunu üstlenecek eğitim görevlilerinin hastane yöneticisi tarafından bir yıllığına seçileceği, idari sorumluların ise eğitim görevlisi olmayan uzmanlar arasından seçileceği düzenlenmiştir. Klinik şef ve şef yardımcılarının eş değer bir kadroya atanmadıklarını gösteren bu düzenleme 4 yıllık yüksekokul mezunu ve kamu ya da özel sektörde iş tecrübesine sahip kişiler arasından iki yıllık süre ile atanan hastane yöneticilerinin eğitim süreçlerini belirleyeceği anlamına gelmektedir.

Oysa eğitim ve araştırma hastanelerinde tıpta uzmanlık ve yan dal uzmanlık eğitimi verilmektedir. Bu eğitimler 2547 sayılı Yükseköğretim Yasasının 3 üncü maddesinde bir yükseköğretim türü olarak düzenlenen lisansüstü eğitimidir. Bu alandaki yükseköğretimin her türlü dış etkiden uzak, bilimin gerektirdiği yansız ve özgürlük ortamında yapılması gerekir. Üniversite öğretim üyelerine paralel bir biçimde tıpta uzmanlık ve yan dal uzmanlık eğitimi verecek eğitim görevlilerinin bilimsel özgürlük, serbestçe araştırmada ve yayında bulunabilme, öğrenim ve öğretimi, her türlü baskıdan uzak, özgürlük ortamı ve güvence içinde sürdürebilme hak ve yetkilerine sahip olmaları gerekir.

Böylece siyasal çevrelerin, özellikle siyasi iktidarların ve ayrıca çeşitli baskı gruplarının, öğretim ve eğitimi etki altında tutabilmeleri yolunun kapatılması, bu faaliyetlerin bilimsel gerekler ve gereksinimlerden başka, herhangi bir dış etkiden uzak kalacak bir ortamda sürdürülmesini sağlamak olanaklı olabilecektir. Aynı şekilde idari özerkliğinin de eğitim ve araştırmaları güvence altına alacak bir biçimde düzenlenmesi gerekir. Eğitim ve araştırma hastaneleri yalnızca sağlık hizmeti sunulan yerler olmayıp tıpta uzmanlık eğitimi verilmesi ve bu kapsamda araştırma yapılan yerler olması nedeniyle, hizmet üretilirken eğitim ve bilim alanlarında da sonuçlar elde edilmesi amaçlanmaktadır.

Ne var ki eğitim görevlisine ilişkin her üç madde ile oluşan yapılanma içinde nitelikli uzmanlık eğitiminin sunulması mümkün olmayıp, hastane yöneticisinin uzmanlık eğitiminin içeriğinde inisiyatifinin bulunması uzmanlık eğitiminin bilimsel niteliğini de zedeleyecektir. Uzmanlık eğitiminde yaşanan sorunların toplum sağlığını olumsuz etkileyeceği ise ortadadır.

Birliğe bağlı hastanelerin alt gruba düşmesi veya süresi içinde bir üst gruba yükselmemesi ya da kişisel performans denetimi nedeniyle her an belirli süreli sözleşmesinin feshedilmesi olasılığı bulunan, eğitimci hatta hekim bile olmayan hastane yöneticilerine eğitim sorumlusunu ve hizmet sorumlusunu belirleme yetkisi veren ve klinik şef ve şef yardımcılarının görev ve unvanlarını ortadan kaldıran düzenlemeler tüm bu nedenlerle demokratik hukuk devleti ilkesine ve yükseköğretime ilişkin Anayasal ilkelere aykırıdır.

Klinik şef ve şef yardımcılarının yasalarla güvence altına alınan eğitim yetkisini kısıtlayan, sonuçları yönünden uzmanlık eğitimi ve halk sağlığını etkileyen KHK'nın 58 inci maddesinin (6) numaralı fıkrasının (e) bendinin, (7) numaralı fıkrasının (a) bendinin 3 üncü fıkrasının ve Geçici Madde 6'nın Anayasanın 2 nci, 17 nci, 36 ncı, 56 ncı ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

26) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 58 inci Maddesinin (7) Numaralı Fıkrasının (c) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nin 58 inci maddesinin (7) numaralı fıkrasının (c) bendi ile 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 9 uncu maddesi değiştirilmiştir. Maddeye göre Sağlık Bakanlığı'na bağlı sağlık kurum ve kuruluşları ile üniversitelerin ilgili birimleri, Bakanlık ve üniversitelerce karşılıklı olarak işbirliği çerçevesinde birlikte kullanılabilecektir. Yine maddede üniversite tarafından, birlikte kullanılan kurum ve kuruluşlarda görevli personelin profesör ve doçent kadrolarına atanabilmesi için Bakanlığa ve bağlı kuruluşlarına ait eğitim görevlisi kadrolarının kullanılabileceği belirtilmiştir.

Maddenin devamında ise 'işbirliği' ve 'birlikte kullanıma' ilişkin herhangi bir ilke ve kural konulmadan, Maliye Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurumundan görüş alarak Sağlık Bakanlığı'na yönetmelikle düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır.

İşbirliği kapsamında üniversite hastanesinin Sağlık Bakanlığı'nca kullanılması veya öğretim üyeleri ile tıpta uzmanlık eğitimi alan veya tıp fakültesinde eğitim alan öğrencilerin Sağlık Bakanlığı'nca işletilen hastanelerde, Sağlık Bakanlığının tabi olduğu mevzuat çerçevesinde, sağlık hizmeti vererek eğitim almaları veya eğitim vermeleri mümkün hale gelmektedir. KHK hükmü bu yönden Anayasanın 130 uncu maddesine aykırılık taşımaktadır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 3 üncü maddesi uyarınca üniversitelerin tıp fakültelerine ait hastaneler bir uygulama ve araştırma merkezi olarak, üst düzey eğitim verilen ve 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 nedenle üniversitelerde tedavi hizmeti de üretilse esasen eğitim ve bilim alanlarında sonuçlar elde etmek amaçlanmaktadır.

Anayasanın 130 uncu maddesinde üniversitelerin bilimsel özerkliği düzenlenmiş ve güvence altına alınmıştır. Anayasa hükmü ile üniversitelerin bilimsel çalışmalarının, eğitim ve öğretimin, her türlü dış etkiden uzak, bilimin gerektirdiği yansız ve özgürlük ortamında yapılması amaçlanmıştır. Bilimsel özerklik kapsamında öğretim üyelerinin; bilimsel özgürlük, serbestçe araştırmada ve yayında bulunabilme, öğrenim ve öğretimi, her türlü baskıdan uzak, özgürlük ortamı ve güvence içinde sürdürebilme gibi belirli haklar ve yetkiler bulunmaktadır. Bilimsel özerklik, ancak eğitim ve öğretimin her türlü baskıdan uzak bir ortamda verilmesiyle sağlanabilecektir. Tıp fakültesi hastanelerini Sağlık Bakanlığı'nın müdahalesine açık hale getirmekle Anayasanın güvence altına aldığı bilimsel özerklik ortadan kaldırılmaktadır.

Diğer yandan Anayasanın 131 inci maddesi uyarınca, üniversiteler ve üniversite eğitimi konusunda karar almaya yetkili organ Yükseköğretim Kurulu'dur. KHK hükmünde bu konuya ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacıyla yönetmelik çıkarma yetkisi Sağlık Bakanlığı'na verilmekte, Yükseköğretim Kurulu'nun sadece görüşünün alınması yeterli kabul edilmektedir. Düzenleme bu yönden Anayasanın 131 inci maddesine aykırıdır. Ayrıca 'işbirliği' ve 'birlikte kullanıma' ilişkin herhangi bir ilke ve kural konulmaması, yasal çerçevenin çizilmemesi nedeni ile yasama yetkisinin devredilmezliği ve hukuk devleti ilkesi de ihlal edilmiştir.

Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Tesisleri ve Üniversitelere Ait İlgili Birimlerin Birlikte Kullanımı ve İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin kimi maddelerinin iptali istemi ile açılan ve Danıştay 10. Dairesi'nin E.2011/6024 numaralı esasına kayıtlı davada düzenlemenin dayanağı 3359 sayılı Yasanın Ek 9 uncu Maddesinin Anayasa Mahkemesi'ne taşınmasına karar verilmiştir.

Anayasanın 2 nci, 7 nci, 124 üncü, 130 uncu ve 131 inci maddelerine aykırı olduğu savı ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar verilen bu kural 'Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kurum ve kuruluşları ile üniversitelerin ilgili birimleri, Bakanlık ve üniversitelerce karşılıklı olarak işbirliği çerçevesinde birlikte kullanılabilir. Birlikte kullanım ve işbirliğine ilişkin usul ve esaslar ile ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde döner sermaye gelirlerinden personele yapılacak ek ödemelere ilişkin esaslar Maliye Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulunun görüşü alınarak Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.' şeklindedir. Düzenlemedeki işbirliği ve birlikte kullanıma dair esaslar KHK'nin 58 inci maddesinin (7) numaralı fıkrasının (c) bendi ile aynı içeriktedir. Danıştay kararındaki saptamalar bu nedenle KHK'nin 58 inci maddesinin (7) numaralı fıkrasının (c) bendi bakımından da geçerlidir.

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 58 inci maddesinin (7) numaralı fıkrasının (c) bendi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 124 ncü, 130 ncu ve 131 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

27) 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 58 inci Maddesinin (8) Numaralı Fıkrasının (a) Bendi ve (b) Bendi ile 1219 Sayılı Kanunun 4 üncü Maddesinde Yapılan Değişik ile (9) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nın 58 inci maddesinin 8 inci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde yapılan düzenlemeler ile ülkemizde hekimlik yapmak için, 9 uncu fıkrasında yapılan düzenleme ile de hemşirelik yapmak için aranılan vatandaşlık koşulu kaldırılmıştır.

Vatandaşlık koşulu kaldırılırken eş zamanlı olarak uluslararası ve ulusal sermayenin personel ve diğer mali yükümlülüklerden kaynaklanan maliyetlerini ortadan kaldıracak sağlık serbest bölgelerinin kurulmasına yönelik düzenleme yapılmıştır. Ülkemizdeki sağlık serbest bölgelerinin kurulması ile vatandaşlık koşulunun kaldırılması benzer amaçlarla yürürlüğe konmuştur.

Sağlık serbest bölgelerinin açılması, özel sağlık kuruluşlarının yaygınlaştırılması görevinin Bakanlığın görevleri arasında sayılması ile ülkemizdeki sağlık personeli dağılımındaki dengesizliği daha da arttırıcı düzenlemeler yapılırken, ülkemizdeki sağlık çalışanlarının ve toplumun sağlık hakkının korunması için KHK'da herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

Hekim ve hemşire olarak çalışabilmek için gerekli vatandaşlık koşulunun kaldırılmasının dışarıdan yabancı sağlık personelinin gelmesi için değil yabancı sağlık personelinin çalıştırılabileceği tazyiki ile ülkemizdeki çalışanların ücretlerinin düşürülmesine yönelik olduğu Sağlık Bakanı Recep Akdağ'ın 'Türkiye'ye dışarıdan doktor gelsin demekle o kadar çok doktor gelmez. Ama bu çeşit bir serbest bölgelerde daha çok turist, sağlık turistine hizmet verecek alanlar oluşturabiliriz. Bunların üzerinde çalışıyoruz, büyük bir fırsat var' sözü ve devamında 'Çok kaliteli bir hizmet verme imkânımız var ve bütün Avrupa'yı cezbedecek ucuzlukta verme imkânımız var' sözleri ile ortaya konmuştur.

Vatandaşlık koşulunun kaldırılması üzerine, yabancı hekim ve hemşirelerin ülkemizde çalışmalarına yönelik yeterli derecede Türkçe dil bilgisinin aranmasına, mesleki disiplin ve yaptırımlara, yeterlilik ölçümüne, mesleki kusurlarda zarar görenlerin haklarının güvence altına alınmasına yönelik düzenlemeler de yapılmamıştır. Yabancıların ülkemizde çalışmalarına ilişkin genel nitelikteki düzenlemeler, yaşam hakkı ile bütünsel sağlık hakkına yönelik müdahaleleri yapmakla yükümlü sağlık personeli yönünden aranacak unsurları içermemektedir.

Nitekim hastaya konulan ön tanı doğru ve zamanında yapılacak bir tedavinin ön şartıdır. Ön tanı hastanın şikayetleri ile doğrudan ilgili olup, hekimin hastanın aktarımlarını doğrudan ve tüm yönleri ile anlayabilmesini gerekli kılmaktadır. Yine hekimin muayene neticesinde elde ettiği bulguları hastaya açıklayabilmesi, önerilen tedavinin olumsuz sonuçlarını aktarabilmesi, hasta haklarının başında gelen aydınlatılmış onamın verilebilmesi için hastanın hekimi de hastayı anlayabilmesi gereklidir. Bilgilendirme karşılıklıdır. Bu anlamda hastayla hekimin aynı dili konuşması bir zorunluluktur. Doğru tanı için de hastanın rızası için de insanlar arasında anlaşmayı sağlayan dilin ortaklığına ihtiyaç vardır. Dil sağlık hizmetinin niteliğini ve içeriğini belirlemektedir. Yabancı hekim ve hemşirelerin ülkemizde çalışmalarına yönelik yeterli derecede Türkçe dil bilgisinin aranmaması kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının ihlal edilmesi sonucunu yaratacaktır

Bununla birlikte hekimlerin etik kurallara uygun davranıp davranmadığı, mesleki sorumlulukları yerine getirip getirmediği meslek örgütünün denetimi altındadır. Mesleki yaptırımlarda hekimin geçmiş sicil durumu önem taşımaktadır. Yabancı hekimlerin ülke içinde mesleki faaliyetine izin verilirken bu unsurların tamamlanması yönünde bir düzenleme yapılmamış, hekimin mesleki yeterliliğinin ölçülmesi kriteri de getirilmemiştir.

Benzer bir düzenleme daha önceki yasama döneminde de yapılmış ancak dönemin Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in geri gönderme kararı ile yürürlüğe girememiştir. Geri gönderme kararında, yabancı hekim çalıştırılmasının ülkemizin sosyo-kültürel yapısına uygun olmadığı, yabancı hekimlerin hangi kriterlere göre istihdam edileceği konusunda belirsizlikler olduğu, yabancı bir doktorun toplumsal gerçekleri ve koşulları bilmeden sağlık alanında hizmet vermesinin nitelikli hizmet üretilmesi yönünden sakıncalı olduğu, yabancı doktorların dil sorunlarının da bu olumsuzluğu artırıcı bir öge olduğu, ülkemizde doktor sayısının yetersizliğinden çok dengeli ve adil olmayan bir dağılım olduğu, sağlıkta alt yapı eksikliği olduğu, Türkiye Cumhuriyeti yurttaş doktorların henüz istihdam sorunu çözülmemişken, yabancı uyruklu doktorların serbest dolaşım hakkına sahip bulunmadıkları gerçeği bir yana, düzenleme ile yalnızca Avrupa Birliği ülkelerinin değil, tüm ülkelerin doktorlarına ülkemizde çalışma olanağı sağlanacağı, eğitim ve çalışma koşulları kötü olan ülkelere, düşük ücretle çalışmaya istekli doktorların ülkemize gelmesinin sağlıktaki niteliği düşüreceği belirtilmiştir.

Bu gerekçeler günümüzdeki geçerliliğini halen korumaktadır. Kaldı ki tıp fakültelerinde kontenjanların artırılması ve devlet hizmeti yükümlülüğü uygulaması nedeniyle 2007 yılından bu zamana hekim sayısında ve kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen hekim sayısında ciddi bir artış da olmuştur. Hemşireler yönünden ise bugün hemşirelik yüksekokullarından mezun olanlar işsizlik sorunu ile karşılaşmaktadır.

Bu bağlamda ülkemizdeki sorun hekim ve hemşire sayısındaki yetersizlik olmadığı, kimi yerlerdeki sağlık personeli sayısındaki azlığın dağılıma ilişkin dengesizlik sorunu olduğu açıktır. Yabancı hekim ve de hemşirelerin hangi koşullarda, hangi bölgelerde çalıştırılacağı, niteliğinin ne olacağı ise belirsizliğini korumaktadır.

Toplum sağlığına katkısı belirsiz olan ancak uyum sorunları nedeni ile riskleri ortada olan yabancı hekim ve hemşire istihdamının çalışma koşulları ve niteliğinin Kanun'la düzenlenmemiş olması, ülkemizdeki hekim ve hemşire mesleğine mensup insanların haklarının korunmasına yönelik devletin ödevlerine aykırı olması nedeniyle Anayasal ilkelere aykırıdır. Yaşam hakkını ilgilendiren bir konunun KHK düzenlenmesi nedeni ile de Anayasanın 91 inci maddesine aykırıdır.

663 sayılı KHK'nın 58 inci maddesinin 8 inci fıkrasının (a) bendi ile (b) bendindeki '4 üncü maddesinin birinci cümlesindeki 'Türk hekimlerinin' ibaresi 'hekimlerin' şeklinde değiştirilmiş' cümlesi ve de Kararnamenin 9 uncu maddesi Anayasanın 2 nci, 5 nci, 17 nci, 49 ncu ve 56 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

28) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 58 inci Maddesinin (8) Numaralı Fıkrasının (b) Bendi ile 1219 Sayılı Yasa'ya Eklenen Geçici 9 uncu Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

663 sayılı Kararname'nin 58 inci maddesinin (8) numaralı fıkrasının (b) bendi ile 1219 sayılı Kanuna Geçici Madde 9 eklenmiştir. Bu madde ile sözleşmeli statüde aile hekimi olarak çalışan hekimlerin merkezi yerleştirmeye tabi olmaksızın, Tıpta Uzmanlık Kurulunca belirlenecek esaslar çerçevesinde aile hekimliği uzmanlık eğitimi yapabilecekleri düzenlenmiş, bu eğitimi uzaktan ve/veya kısmî zamanlı eğitim metotları da uygulanmak suretiyle en az altı yılda tamamlayabilecekleri belirtilmiştir.

Aile hekimliği 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 farklı uzmanlık dallarında rotasyonlarla gerçekleşmektedir.

Bir yükseköğretim olan uzmanlık eğitiminin yükseköğretimin ilkelerine uygun olarak eğitim vermeye yetkisine sahip eğitimciler eşliğinde ve eğitim kurumlarında uygulamalı olarak yürütülmesi gerekir. Tıp alanındaki toplam 88 alandaki uzmanlık ve yan dal uzmanlık eğitimi tam gün eğitim kurumlarında, eğitim sorumluları nezaretinde yürütülmektedir. Diğer uzmanlık alanları için öngörülen kural ve yöntemden yalnızca sözleşmeli olarak çalışan aile hekimlerinin yapacağı aile hekimliği uzmanlık eğitimi yönünden farklılık gerektirir bilimsel nedenler bulunmamaktadır. Aksine tıp alanındaki bilimsel gereklilikler aile hekimliği uzmanlık eğitiminin de aynı kural ve koşullarda yapılmasını gerektirmektedir. Aile hekimi uzmanı olmayan hekimlerin farklı koşullara tabi tutularak hizmet içi eğitim sonucunda uzmanlık yetkisi almasının Anayasal eşitlik ilkesine aykırı olduğu açıktır.

KHK'nın 663 sayılı KHK'nın 58 inci maddesinin (8) numaralı fıkrasının (b) bendi ile 1219 Sayılı Yasa'ya eklenen Geçici Madde 9'un Anayasanın 2 nci, 10 ncu ve 130 ncu maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

29) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 58 inci Maddesinin (12) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

663 sayılı KHK'nın 58 inci Maddesinin (12) numaralı fıkrasında 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'ndaki Birliğin ve Odaların asgarî muayene ve tedavi ücret

tarife tekliflerini hazırlamak görevini düzenleyen hükümler, muayene ve tedavi ücretlerine ilişkin rehber tarife teklifi hazırlamak şeklinde değiştirilmiştir.

Bu değişiklikle diş hekimlerinin meslek örgütü olan Türk Diş Hekimleri Birliği'nin Anayasanın 135 inci maddesinden kaynaklanan üyelerinin emeklerinin karşılığı olan ücretlerin alt sınırını belirleme görevi rehber tarife hazırlamak haline gelmiştir. Rehber tarife öneri niteliğindeyken asgari muayene ve tedavi ücreti tarifesi tüm işlemlerde esas alınan tarifiedir.

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2010/41 sayılı Genelgesi ile genel sağlık sigortalılarının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin kamu kurum ve kuruluşlarında sağlanamayan ağız ve diş sağlığı tedavilerinin hastanın sevk edilerek Kurumla sözleşmesi olmayan diş hekimlerince sürdürülmesi benimsenmiştir. Genel sağlık sigortalılarının tedavilerini gerçekleştiren serbest çalışan diş hekimlerine ödenecek ücret ise Türk Diş Hekimleri Birliği tarafından belirlenen asgari ücret tarifesindeki ücrettir. Bu Genelgeden önce serbest çalışan hekimlere verilecek ücretin doğrudan Kurum tarafından ve tarifenin altında belirlenmesine yönelik işlemler uyumsuzluk konusu olmuştur. Yargı kararları ile Kurum tarafından ödenecek ücretin Türk Diş Hekimleri Birliği Asgari Muayene ve Tedavi Ücret Tarifesi'nde yer alan ücretlerin esas alınacağı karara bağlanmıştır. Yürütme organları tarafından yargı kararlarına aykırı olarak aynı hükümler yeniden yürürlüğe konulmuş ve yargı organları tarafından iptal edilmiştir. Yargı kararları bu kez yasama işlemleri ile hükümsüz kılınmıştır. Anayasanın 138 inci maddesi uyarınca yargı kararları yasama organı için de bağlayıcı olup yargı kararlarını etkisiz kılacak kuralların yasalaştırılması Anayasaya aykırıdır.

Bununla birlikte asgari muayene ve tedavi ücreti, diş hekimlerinin emeklerinin karşılıklılandırılmasına ilişkin olup idarenin bugüne kadar uygulamaları buna yönelik işlemlerde Anayasanın 55 inci maddesinin gözetilmediğini göstermektedir. 3224 sayılı Yasa'nın 40 inci maddesinin 663 sayılı KHK ile değişikliğe uğramadan önceki halinde Sağlık Bakanlığı meslek örgütü tarafından Odalardan gelen görüşler doğrultusunda oluşturulan tarifeyi aynen ya da değiştirerek onaylayıp Resmi Gazete'de yayımlamakla yetkili kılınmıştır. Bakanlık, 2007 yılından bu yana Türk Diş Hekimleri Birliği tarafından gönderilen tarifeleri bekletmiştir. Bu işlemler idarenin güvenilirliği ve istikrar ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle hukuka aykırı bulunmuştur.

Türk Diş Hekimleri Birliği'ne diş hekimliği mesleğine mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, bu mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak amacıyla Anayasanın 135 inci maddesi ile verilen kamusal yetkinin kullanımı KHK düzenlemesi ile Sağlık Bakanlığı'na devredilmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında merkezi idarenin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun yerine geçerek faaliyet göstermesi anlamına gelecek düzenlemelerin Anayasanın 135 inci maddesine aykırı olacağına karar verilmiştir.

663 sayılı KHK'nın 58 inci Maddesinin (12) numaralı fıkrası Anayasanın 55 nci ve 135 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

30) 663 Sayılı KHK'nın 58 inci Maddesinin (13) Numaralı Fıkrasının (b) Bendi ile Değiştirilen 209 Sayılı Kanunun 3 üncü Maddesinin (d) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nın 58 inci maddesinin (13) numaralı fıkrası 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanunun pek çok maddesi değiştirilmiştir. (13)

Numaralı fıkranın (b) bendi ile değiştirilen 209 Sayılı Kanunun 3 üncü maddesi Sağlık Bakanlığı kurum ve kuruluşları ile bağlı kuruluşlarındaki hangi mal ve hizmetlerden elde edilecek gelirlerin döner sermayeye gelir kaydedileceğini düzenlemektedir. Bu maddenin 1 inci fıkrası 'Trafik kazaları ile ilgili olarak özel veya 13.10.1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre zorunlu sigortalı olan kişilere verilecek hizmetler ile sigortalı turistlere ve yabancı hastalara verilen sağlık hizmetlerini' şeklinde iken KHK 58 inci maddesinin 13 üncü fıkrasının (b) bendi ile (d) Yabancı hastalara verilen sağlık hizmetlerini,' şeklinde değiştirilmiştir.

Kamu hastane birliklerine dahil kamu hastanelerinin işlevi ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmetlerini nitelikli, eşit ve ulaşılabilir bir biçimde ülkemizdeki insanlara sunmaktadır. Bu hastaneler bir ticarethane olmadığından gelir elde etmek dahası yabancı hastalardan gelir elde etmek üzere örgütlenip yönetilemez. 209 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemelerle hastanelerin sağlık hakkını gerçekleştirecek sağlık ve eğitim hizmetini sunması değil, gelir elde etmek üzere işletilmesi öngörülmüştür. Bu değişiklik KHK ile öngörülen serbest bölgelerle birlikte değerlendirildiğinde amacın ülkeye gelen ve acil sağlık hizmetine ihtiyaç duyan hastaların sağlık hizmetine erişmesi olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim Sağlık Bakanı'nın 'bir serbest bölgelerde daha çok turist, sağlık turistine hizmet verecek alanlar oluşturabiliriz. Bunların üzerinde çalışıyoruz, büyük bir fırsat var. Çok kaliteli bir hizmet verme imkânımız var ve bütün Avrupa'ya cezbedecek ucuzlukta verme imkânımız var' şeklindeki beyanı bu durumu ortaya koymaktadır.

663 sayılı KHK'nın 58 inci maddesinin (13) numaralı fıkrasının (b) bendi ile değiştirilen 209 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (d) bendinin devletin temel amacını sağlığı korumaktan 'kar' elde etmeye dönüştürmesi nedeniyle Anayasanın 2 nci, 5 nci ve 56 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

31) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 58 inci Maddesinin (13) Numaralı Fıkrasının (ç) Bendi ile Değiştirilen 209 Sayılı Kanunun 5 inci Maddesinin 2 nci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı;

663 Sayılı KHK'nın 58 inci maddesinin (13) numaralı fıkrasının (ç) bendinde yapılan düzenleme ile 209 sayılı Kanun'un 5 inci maddesi değiştirilmiştir. Bu maddede sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık personeline yapılacak performans dayalı ek ödemelere yönelik düzenlemeler yapılmıştır.

663 sayılı KHK ile değişik 5 inci maddenin 2 inci fıkrasında sağlık personeline yapılacak ek ödemenin tavan oranları belirlenmiş, mesai saatleri dışında gelir getirici çalışmalarından doğan katkılarına karşılık olarak ayrıca ek ödeme yapılacağına yer verilmiş, yapılacak ek ödemenin 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Ek 9 uncu maddesi uyarınca kadro ve görev unvanı veya pozisyon unvanı itibarıyla belirlenmiş ek ödemeden az olamayacağı düzenlenmiştir.

209 sayılı Yasanın 5 inci maddesi 663 sayılı KHK'dan önce 5947 sayılı Yasa değiştirilmiş ve bu değişiklik ile maddede benzer şekilde ek ödeme tavan oranları belirlenmiş, mesai dışı çalışmaya ek ücret ödenmesi öngörülmüştür. Bu düzenleme ile getirilen performans dayalı ek ödeme sistemi personelin alacakları döner sermaye katkı paylarında asgari bir garanti içermediği, devletin tüm işlem ve eylemlerine bireylerin güven duymasını zedeleyici nitelik taşıdığı, hukuk devletinin gereği olan hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturduğu, Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle

Anayasa Mahkemesi'nin 16.07.2010 günlü ve E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararıyla Anayasaya aykırı bulunmuştur.

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kararında değinilen hukuka aykırılık giderilmemiş, hekimlere, dış hekimlerine, sağlık çalışanlarına güvence içeren, emeklerinin karşılığı olan bir ücretlendirme yöntemi 663 sayılı KHK ile de düzenlenmemiştir.

375 sayılı KHK'nın Ek 9 uncu maddesinin ilk fıkrasında 'aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'na göre almakta olan personel ile 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (II) sayılı Cetvele dahil pozisyonlarda istihdam edilen sözleşmeli personele, subay, sözleşmeli subay, astsubay, sözleşmeli astsubay, sözleşmeli subay ve astsubay adayları ile uzman jandarma ve uzman erbaşlara, mali haklar kapsamında yapılan her türlü ödemeler dahil almakta oldukları toplam ödeme tutarı dikkate alınmak suretiyle aynı veya benzer kadro ve görevlerde bulunan personel arasındaki ücret dengesini sağlamak amacıyla, en yüksek Devlet memuru aylığına (ek gösterge dahil), ekli (I) sayılı Cetvelde yer alan kadro ve görev unvanlarına karşılık gelen oranların uygulanması suretiyle hesaplanan tutarda ek ödeme yapılacağı' belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında ise hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleştirilebilmesi için bir taban oranına açıkça Yasa kuralında yer verilerek yürütmeye tanınacak yetkinin üst ve alt sınırının belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Yasama organı Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda alt sınırı düzenlemek yerine 375 sayılı KHK'ya atıf yapmıştır. Ayrıca 375 sayılı KHK ile oranların uygulanması ile bulunacak ek ödeme tutarları, oldukça düşük miktarlar olup halen ödenmekte olan ek ödeme tutarları yönünden bile bir asgari güvence, garanti oluşturmamaktadır. Anayasanın 2 inci maddesinde öngörülen hukuki güvenlik ilkesine aykırı düzenlemede ısrar edilmiş ve Anayasa Mahkemesi kararlarına uygun bir düzenlemeden kaçınılmıştır. Anayasanın 153 üncü maddesinde 'Anayasa Mahkemesi kararları kesindir' denilerek kararların bağlayıcılığı ortaya konmuştur. Yasama ve yürütme organı kararın gerekçesi ile de bağlı olup gerekçeye uygun işlem tesis etmekle yükümlüdür.

Bununla birlikte aynı maddede 'Nöbet hizmetleri hariç olmak üzere mesai saatleri dışında gelir getirici çalışmalarından doğan katkılarına karşılık olarak tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlara bu fıkradaki oranların yüzde 30'unu, diğer personele yüzde 20'sini geçmeyecek şekilde ayrıca ek ödeme yapılır.' hükmüne yer vermiştir.

Yasa koyucu böylece normal çalışma saatlerinin dışında hizmetin gereği de olmayan bir çalışma şekline gitmekte, mesai dışı çalışma mali haklarla ilişkilendirilerek sağlık çalışanlarının üst sınırı da olmayan fazla çalışması teşvik edilmektedir.

Türkiye'nin onayladığı Avrupa Sosyal Şartı 2 nci maddesinde taraf devletlerin haftalık çalışma sürelerini aşamalı olarak azaltması öngörülmüş, çalışanların dinlenmeleri için gerekli düzenlemeleri yapmaları gerektiğinin altı çizilmiştir. Anayasanın 49 uncu maddesinde devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak ve çalışmayı desteklemekle yükümlü olduğu vurgulanmıştır. Anayasanın 'Çalışma Şartları Ve Dinlenme Hakkı' başlıklı 50 nci maddesinin üçüncü fıkrasına göre de 'Dinlenmek çalışanların hakkıdır.' Bu hak, temel hak ve hürriyetlerden olması nedeniyle şahsa bağlı devredilemez sosyal bir haktır. Anayasanın 50 nci maddesinin gerekçesine göre dinlenme hakkı "hem çalışanın bedenlen korunması için zorunlu hem de çalışanın dinlenme sonrası

çalışmasının verimi için gereklidir.' Dinlenme hakkının çalışanların olduğu kadar toplumun menfaatine bir hak olduğuna, hakkın çalışanların yaşam ve sağlıklarının korunması ve geliştirilmesine hizmet ettiğine, hakkın gerçekleşmesi için ise diğer sosyal haklarla birlikte devletin etkin müdahalesinin gerektiğine şüphe yoktur.

Sağlık söz konusu olduğunda dinlenme hakkı aynı zamanda hastaların sağlık ve yaşam hakkı ile de ilgili olmaktadır. 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 açacağı bilim çevrelerince kabul edilmektedir. Anılan olumsuzluklar ise çalışanların yanı sıra sağlık hizmeti alanların temel hak ve özgürlüklerinden olan yaşama ve sağlık hakkını ihlal eden sonuçlara neden olabilecektir. 09.12.2003 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesinin 4 üncü maddesi ile Mesleki Standartlar başlığı adı altında; 'Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.' denilerek 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.

Avrupa Birliği Mahkemesi'nin 03.10.2000 tarihli SİMAP ve 09.09.2003 tarihli JAGLER kararında, hekimlerin nöbetler dahil haftalık çalışma sürelerinin en çok 48 saat olabileceği belirtilmiştir. Hekimlerin her 8 veya 10 saatlik çalışma periyotları arasında en az 11 saatlik dinlenme süreleri bulunacaktır.

Sağlık çalışanlarının dinlenme sürelerinin bireylerin yaşam ve sağlık hakkı ile olan doğrudan bağı ve Avrupa Sosyal Şartı ve Anayasanın 50 nci maddesinde uyarınca çalışanların çalışma sürelerinin azaltılmasına yönelik düzenleme yapmak ödevinin ihlal edilerek süreleri artıran, çalışanları daha fazla çalışmaya zorlayan hükümler getirilmektedir. Anayasanın 50 inci maddesinde dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu vurgulanmaktadır. Bu kurallar, çalışanların ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumanın devletin temel görevlerinden biri olduğunu göstermektedir.

Kamu görevlileri söz konusu olduğunda çalışma sürelerine ilişkin üst sınır aynı zamanda Anayasanın 128 inci maddesinin de gereği olmaktadır. Statünün yapıcı unsurlarının da kanunla düzenlenmesi gerektiği Anayasanın 128 inci maddesinde yer aldığından çalışma süresine üst sınır getirilmemesi ve dinlenme hakkına açıkça yer verilmemesi bu yönden de Anayasa aykırılık oluşturmaktadır.

Ayrıca uzun çalışma süreleri ve dolayısıyla meslek dışı boş zamanların kısıtlanması, sağlık çalışanlarının kişisel gereksinimlerini doyurmasını engelleyecek, mesleki anlamda kendini yetiştirmesi ve araştırmalara zaman ayırması gibi mesleki yükümlülük ve hakların da önüne geçecektir. Hastalarla geçirilen uzun çalışma süreleri kısa vadede o hastaya yarar sağlar gibi görünürken; geleceğe dönük olumlu sonuçlar yaratabilecek araştırmaların ertelenmesine ve güncel gelişmelerin takip edilememesine yol açmaktadır.

Anayasanın 2 nci maddesinde öngörülen sosyal devlet, emek-sermaye dengesini kuran, zayıfları güçlüler karşısında koruyan, bireysel girişim ve sorumluluğu esas almakla birlikte bireylerin kendi güçleriyle üstesinden gelemeyecekleri sosyal riskleri

üstlenen, bu yolla sosyal adaleti kuran devlettir. Bu ilke Anayasanın birçok maddesinde somutlaştırılmıştır. Anayasanın 5 inci maddesiyle devlet 'kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya' çalışmakla yükümlü kılınmaktadır.

663 Sayılı KHK'nın 58 inci maddesinin (13) numaralı fıkrasının (ç) bendi ile değiştirilen 209 Sayılı Kanunun 5 inci maddesinin 2 inci fıkrası Anayasanın 2 nci, 5 nci, 7 nci, 17 nci, 49 ncu, 50 nci, 128 nci ve 153 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

32) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 58 inci Maddesinin (14) Numaralı Fıkrasının (ğ) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK'nın 58 inci maddesinin (14) numaralı fıkrasında çeşitli Kanunların yürürlükten kaldırılan madde ve fıkraları sıralanmaktadır. Fıkranın (ğ) bendi ile 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunun 1 inci maddesinde geçen 'tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak' ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

Anayasanın 135 inci maddesinde 'Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleri' düzenlemesine yer verilmiştir.

Kararname ile yürürlükten kaldırılan 'tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak' ibaresi Anayasanın 135 inci maddesinde meslek kuruluşlarına verilen işlevin tabiplik mesleği alanındaki yansımasıdır. Anayasanın 135 inci maddesi ile verilen hak ve yetki KHK'nın bu hükmü ile ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi meslek kuruluşlarına, üyelerinin nitelik ve niceliği, ürettikleri iş ve hizmetlerin toplumun temel ihtiyaçlarına yönelik olması ve ülke genelinde yaygınlığı, çoğulcu demokratik gelişim ortamında etkili bir sivil toplum örgütü rolünde bulunmaları, örgütlülüğün üyelere getirdiği yararlar ile toplum çıkarlarının uygun düzeylerde dengelenebilmesi ve demokratik toplum kültürünün kamu düzeninde olumsuzluk yaratmadan derinleştirilebilmesi nedenleriyle, kamusal nitelik kazandırılarak, Anayasada yer verildiğini ifade etmiştir.

Bununla birlikte 'tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak' ibaresi yürürlükten kaldırılarak Türk Tabipleri Birliği'nin işlevlerinin boşaltılması amaçlanmaktadır. Sağlık Bakanlığının politikalarıyla uyumlu tavır almayan meslek kuruluşlarının ilgili kuruluş yasalarında çeşitli değişiklikler yapılarak baskı grubu özellikleri sindirilmeye çalışılmaktadır. Bağımsız, kurumsal kimliği tanıyan, koruyan, güçlendiren bir yaklaşım yerine meslek kuruluşlarının rol ve niteliğinde değişim amaçlanması demokratik ve sosyal hukuk devlet niteliğine aykırıdır.

Kararnamede getirilen düzenlemeler ile yeniden organize edilen sağlık sisteminin toplumun yararına yapılandırılmadığını ortaya koyan 58 inci maddenin (14) numaralı

fıkrasının (ğ) bendi, Anayasanın 2 nci, 5 nci 11 nci ve 135 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

33) 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 4 üncü Maddesinin (1), (3) ve (4) Numaralı Fıkraları ile 7 nci Maddesinin (ğ) Bendinin ve 16 ncı Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 4 ncü maddesinin (1) numaralı fıkrası ile Sağlık Bakanlığı, Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü ve Refik Saydam Hıfzıssıhha Merkezi Başkanlığının merkez, taşra ve döner sermaye kadrolarına atanmış olan ve kadroları iptal edilen personelden; Teftiş Kurulu Başkanı, Genel Müdür, Genel Müdür Yardımcısı, Müstakil Daire Başkanı, Bakanlık Müşaviri, Daire Başkanı, Özel Kalem Müdürü, Basın ve Halkla İlişkiler Müşaviri, Başkan Yardımcısı, Döner Sermaye Merkez Müdürü, İl Sağlık Müdürü, İl Sağlık Müdür Yardımcısı, Şube Müdürü ile Müdür ve Müdür Yardımcısı unvanlı kadrolarda bulunanların görevlerinin sona ereceği; görevleri sona erenlerden Teftiş Kurulu Başkanı, Genel Müdür, Genel Müdür Yardımcısı, Müstakil Daire Başkanı, Bakanlık Müşaviri, Daire Başkanı, Özel Kalem Müdürü, Basın ve Halkla İlişkiler Müşaviri, Başkan Yardımcısı ve İl Sağlık Müdürü kadrolarında bulunanlar ekli (2) sayılı liste ile ihdas edilen Bakanlık Müşaviri kadrolarına; diğerlerinden merkez teşkilatında bulunanların ekli (2) sayılı liste ile ihdas edilen Araştırmacı, taşra teşkilatında bulunanların ise ekli (3) sayılı liste ile ihdas edilen Araştırmacı kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle atanmış sayılacakları; Bakanlık Müşaviri ve Araştırmacı kadrolarına atanmış sayılanların, Bakanın uygun göreceği merkez veya taşra teşkilatına ait birimlerde çalıştırılabileceği;

(4) numaralı fıkrasında, birinci fıkra uyarınca atanan veya atanmış sayılan personelin yeni kadrolarına atandıkları veya atanmış sayıldıkları görevlerdeki mali hakları düzenlenmekte;

(3) numaralı fıkrasında, bu maddenin yayımı tarihinde başmüfettiş, müfettiş ve müfettiş yardımcısı kadrolarında bulunanların, durumlarına göre bulundukları kadro dereceleriyle Bakanlık ve bağlı kuruluşlarının sağlık başdenetçisi, sağlık denetçisi ve sağlık denetçi yardımcısı kadrolarına atanacakları; bunların başmüfettiş, müfettiş ve müfettiş yardımcısı kadrolarında geçirdikleri sürelerin sağlık başdenetçisi, sağlık denetçisi ve sağlık denetçi yardımcısı kadrolarında geçmiş sayılacakları hükmüne yer verilmekte; 7 nci maddesinde Denetim Hizmetleri Başkanlığı, Bakanlığın Hizmet Birimleri arasında sayılmakta ve 16 ncı maddesinde Denetim Hizmetleri Başkanlığı düzenlenmektedir.

663 sayılı KHK ile Sağlık Bakanlığı ile Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü ve Refik Saydam Hıfzıssıhha Merkezi Başkanlığı yeniden yapılandırılmaktadır.

Sağlık Bakanlığının 181 sayılı KHK'nin 8 nci maddesinde, Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü, İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü, Sağlık Eğitimi Genel Müdürlüğü, Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Genel Müdürlüğü, Sıtma Savaşı Dairesi Başkanlığı, Verem Savaşı Dairesi Başkanlığı, Kanseri Savaş Dairesi Başkanlığı, Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı, Avrupa Topluluğu Koordinasyon Dairesi Başkanlığından oluşan Ana Hizmet Birimleri ile 18 nci maddesinde, Teftiş Kurulu Başkanlığı, Hukuk Müşavirliği, Bakanlık Müşavirleri, Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliğinden oluşan Danışma ve Denetim Birimleri ve 23 ncü maddesinde, Personel Genel Müdürlüğü, İdari ve Mali İşler Daire Başkanlığı, Savunma Sekreterliği, Özel Kalem Müdürlüğünden oluşan Yardımcı Birimleri; 663 sayılı KHK'de

Ana Hizmet-Danışma ve Denetim-Yardımcı Birimler ayırımına gidilmeden 'Hizmet birimleri' başlıklı 7 nci maddesinde, 'Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Acil Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Sağlık Geliştirilmesi Genel Müdürlüğü, Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü, Sağlık Araştırmaları Genel Müdürlüğü, Sağlık Yardımları Genel Müdürlüğü, Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Hukuk Müşavirliği, Denetim Hizmetleri Başkanlığı, Strateji Geliştirme Başkanlığı, Yönetim Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Özel Kalem Müdürlüğü' şekline dönüştürülmüş ve ayrıca Bakanlığın bağlı kuruluşları olarak Türkiye Halk Sağlığı Kurumu, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu, Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu oluşturulmuştur.

Bu bağlamda, Sağlık Bakanlığı kapatılmamış; 181 sayılı KHK'de Sağlık Bakanlığının Ana Hizmet, Danışma ve Denetim ile Yardımcı Hizmet birimleri, aynı ya da değişik adlar altında Bakanlığın Hizmet Birimleri yada Bağlı Kuruluşları olarak 663 sayılı KHK'de de yer almışlardır. Söz konusu birim ve kurumların görevlerinden yola çıkılarak hangi birimin neye dönüştürüldüğü de anlaşılabilmektedir. Dahası Bakanlığın hizmet birimi sayısı azalmamış, aksine artmıştır.

Dolayısı ile Sağlık Bakanlığının, 663 sayılı KHK'de 3046 sayılı Kanuna aykırı teşkilatlanma içine girmesi ve hizmet birimlerinin adının değişmiş olması, Bakanlık personelinin ilgisine göre 'Bakanlık Müşaviri' ve 'Araştırmacı' kadrolarına atanmalarına hukuksal gerekçe oluşturamaz.

Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği üzere, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, 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 hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasanın ve yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Hukuk devleti hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukukî güvenliğin bir sonucu da kazanılmış haklara saygı gösterilmesi ilkesidir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş olan haktır. Kişilerin hukuk düzenine güvenerek elde ettikleri hakların sonradan çıkarılacak yasal düzenlemelerle ihlal edilmemesi bu ilkenin gereğidir. Aksine düzenleme Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur.

657 sayılı Kanunun Temel ilkeler başlıklı 3 ncü maddesinin birinci fıkrasının (B) bendinde kariyer, Devlet memurlarına yaptıkları hizmetler için gerekli bilgilere ve yetiştirme şartlarına uygun şekilde, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme imkanını sağlamaktır şeklinde; liyakat ise, Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır şeklinde tanımlanmıştır.

663 sayılı KHK'nin geçici 4 ncü maddesiyle görevlerinden alınarak 'Bakanlık Müşaviri', ve 'Araştırmacı' görevlerine atananlar, söz konusu görevlere 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun kariyer ve liyakat ilkeleri çerçevesinde yükseldiğine ve

dolayısıyla bu görevler kendileri yönünden hukuken kesinleşerek kişisel alacak niteliğine dönüştüğüne göre, bu görevleri statü hukukuna göre yürüten kamu görevlilerinin yasayla görevlerinden alınarak 'Bakanlık Müşaviri' ve 'Araştırmacı' gibi pasif görevlere atanmaları, Yasanın öngördüğü güvenliklerinin ortadan kaldırılarak, statü hukukunun gereği olan kazanılmış haklarının ellerinden alınması demektir. Dolayısıyla, kazanılmış hakları ortadan kaldıran söz konusu düzenlemeler Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Kamu görevlilerinin atanmalarındaki usule göre görevlerinden alınmaları idare hukukunun temel ilkelerinden biridir. Nitekim, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarında Atanma Usulüne İlişkin Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasında, 2451 sayılı Kanuna ekli (1) sayılı Cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevler Bakanlar Kurulu kararı ile, (2) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere ise müşterek kararla atama yapılacağı belirtilmiş ve ikinci fıkrasında ise, bunların nakil ve görevden alınmalarının da aynı usule göre olacağı kuralına yer verilmiştir. 2451 sayılı Kanunun 2 nci maddesindeki, nakil ve görevden almanın atamadaki usule göre yapılacağı kuralı, tüm devlet memurlarını kapsayan genel bir kuraldır.

Yasayla görevlerinden alınarak 'Bakanlık Müşaviri', 'Araştırmacı' ve 'Sağlık Denetçisi' görevlerine atananlardan, Teftiş Kurulu Başkanı ve müfettişler, Genel Müdür ve yardımcılar, Bakanlık Müşaviri, Daire Başkanı, İl Şube Başkanı (İl Sağlık Müdürü) 2451 sayılı Kanuna ekli 2 sayılı Cetvelde sayılmışlardır. Söz konusu görevlere 'Müşterek Karar' ile atananların yasayla görevlerinden alınmaları, bir yetki saptırmasıdır ve Anayasanın 2 nci maddesindeki 'hukuk devleti' ilkesiyle bu açıdan da bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 36 ncı maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu; 125 nci maddesinde ise, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiştir.

Kamu görevlilerinin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun kariyer ve liyakat ilkelerine göre yükseldikleri ve hukuki güvenliğe sahip kıldıkları kadro görev unvanlarından, 'Bakanlık Müşaviri', ve 'Araştırmacı' görevlerine olağan hukuki yol olan idari işlemle atamalarının yapılması durumunda kullanabilecekleri Anayasal güvence altındaki hak arama özgürlüğü ile yetkili yargı mercilerine dava açma haklarının, Yasayla atanmaları suretiyle ellerinden alınması Anayasanın 36 ve 125 nci maddelerine aykırıdır.

Anayasanın 91 nci maddesinde, Anayasanın ikinci kısmının ikinci bölümünde düzenlenen kişi hakları ve ödevlerinin kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceği kuralına yer verilmiş, Anayasanın hak arama hürriyeti başlıklı 36 ncı maddesi ise Anayasanın ikinci kısmının ikinci bölümünde düzenlenmiştir. Bu bağlamda hak arama özgürlüğünü ortadan kaldıran iptali istenen düzenlemeler, Anayasanın 91 nci maddesine bu açıdan da aykırıdır.

3046 sayılı Kanunun 27 nci maddesinde, Bakanlıklarda, özel önem ve öncelik taşıyan konularda bakanlık makamına yardımcı olmak üzere özel yeteneği olanlardan bakanlık müşavirleri bulunabileceği ve Bakanlık müşavirlerinin bakanlık makamına bağlı oldukları hüküm altına alınmış; 3146 sayılı Kanunun 18 nci maddesinde de aynen, 'Bakanlıkta, özel önem ve öncelik taşıyan konularda Bakanaya yardımcı olmak üzere otuz Bakanlık Müşaviri görevlendirilebilir. Bakanlık müşavirleri Bakanlık makamına bağlıdır.' denilmiştir.

657 sayılı Kanunda ise, memuriyet kadroları; kadro unvanı, görev unvanı, hizmet sınıfı ve mesleki kariyerlerine göre sınıflandırılmış; 33 üncü maddesinde kadrosuz memur çalıştırılmayacağı; 39 uncu maddesinde, 657 sayılı Kanuna tabi kurumlarda sınıflar dışında memurluk kadroları ihdas edilemeyeceği; 45 inci maddesinde ise hiçbir memurun sınıfının dışında ve sınıfının içindeki derecesinin altında bir derecenin görevinde çalıştırılmayacağı kurallarına yer verilmiştir.

Hukuksuz bir biçimde, Bakanlık Müşavirliği ve Araştırmacı kadrolarına atanmış bulunanlara, Bakanlık Müşavirliğine ilişkin görevler de yaptırılmayarak, hizmet sınıfları ile meslek kariyerlerinden unvanlı veya unvansız hangi kadrolara ait hangi görevleri yürütecekleri de belirtilmeden, Bakana tanınan sınırsız bir yetki kapsamında, Bakanın uygun göreceği Bakanlığın merkez veya taşra teşkilatına ait birimlerde görevlendirilecekleri gibi belirsiz bir görevlendirmeye tabi tutularak hukuki güvenliklerinin ortadan kaldırılması, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz.

Bakana tanınan söz konusu yetki bağlamında, Sağlık Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanı iken, 663 sayılı KHK ile Bakanlık Müşavirliğine atanan müfettiş kariyerli kamu görevlisi, Bakanlığın taşra teşkilatında 'tahsilat şefi' olarak görevlendirilebilecek ve tahsilat servisinde çalıştırılabilecektir.

Yasa koyucu, Anayasanın 128 inci maddesi uyarınca, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerini kanunla düzenlerken, Anayasanın 11 inci maddesi gereğince, Anayasanın diğer hükümlerine de uygun hareket etmek zorundadır.

Anayasanın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin temel nitelikleri arasında, hukuk devleti ilkesine de yer verilmiştir. 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 devlettir.

Yasakoyucunun adaletsiz, hakkaniyete aykırı kazanılmış hakları gasp eden ve hukuk güvenliğini ortadan kaldıran söz konusu düzenlemesi Anayasanın hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Kişî ve kuruluşların devlete güven duymaları, maddî ve manevî varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğü sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde gerçekleştirilebilir.

Hukuk güvenliği ilkesi ise, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesi, tutum ve davranışlarını buna göre düzene sokabilmesidir. 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 gerektirir.

Hukuk güvenliği ilkesi, akşam yatağına Anayasa Mahkemesi üyesi olarak yatan kişinin sabahleyin uykusundan, yargı organının teşkilat ve görevlerini yeniden düzenliyoruz görüntüsü altında 'Adalet Bakanlığı Müşaviri' olarak uyandırılmamasını; ertesi gün de eline Digor Hakimliğinde görevlendirildiğine ilişkin görevlendirme yazısı verilmemesini gerekli kılar.

Sosyal hukuk devleti, toplum ve çalışma yaşamında adalete ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak; kazanılmış hakları korumak durumundadır. Hukukta kazanılmış hakların korunması, hukuki güvenliğin kanıtı, uygunluğun ölçüsüdür.

Öte yandan geçici 4 ncü maddenin (4) numaralı fıkrasında, (1) numaralı fıkra ile görevlerinden 'Bakanlık Müşaviri', ve 'Araştırmacı' kadrolarına atanan kamu görevlilerinin mali hakları düzenlenmiş ve mali haklarının korunduğu gibi bir izlenim yaratılmıştır.

Ancak fıkra, 'toplam net tutarının' ibaresinden sonra parantez içinde 'bu tutar sabit bir değer olarak esas alınır' ifadesine yer verilerek, kadro görev unvanlarına ait aylık net hak edişleri sabitlenmiştir. Bu durumda örneğin genel müdürün en son aldığı net maaşı 100 TL ve 'Bakanlık Müşaviri'nin maaşı ise 90 TL ise aradaki 10 TL içinde bulunulan ayda tazminat olarak ödenerek maaşı yine 100 TL olacak; örneğin yıllık %11 oranındaki enflasyonun maaşlara yansıtılmasından dolayı bir sonraki ay genel müdür maaşı 111 TL, 'Bakanlık Müşaviri' maaşı da 100 TL olduğunda ise, net maaş sabitlendiğinden dolayı, genel müdür iken, yasayla Bakanlık Müşaviri görevine atanan kişiye herhangi bir ödemede bulunulmayacak, kişinin maaşı nominal olarak yine 100 TL olurken; reel olarak 90 TL'ye gerileyecektir. Dolayısıyla kazanılmış statü kaybının yanında kazanılmış mali hak kaybı da söz konusu olduğundan iptali istenen düzenlemeler Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bu açıdan da bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin geçici 4 ncü maddesinin (1) ve (4) numaralı fıkraları, Anayasanın 2 nci, 36 ncı, 91 nci ve 125 nci maddelerindeki kurallarla bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, 181 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede, Sağlık Bakanlığının Danışma ve Denetim Birimleri arasında yer alan ve doğrudan Bakana bağlı olan Teftiş Kurulu Başkanlığı, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kapatılarak yerine Kararnamenin Hizmet Birimleri başlıklı 7 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ğ) bendiyle Denetim Hizmetleri Başkanlığı kurulmakta ve Başkanlık doğrudan Bakana bağlı olmak yerine 7 nci madde ile Bakanlığın Hizmet Birimleri arasında sayılıp Kararnamenin ekinde yer alan (1) Sayılı Cetvel 'Sağlık Bakanlığı Teşkilatı'nda görüldüğü üzere Müsteşar Yardımcısına bağlanmaktadır.

Anayasanın 112 nci maddesinin ikinci fıkrasında, her bakanın Başbakana karşı sorumlu olup, ayrıca kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin etlem ve işlemlerinden de sorumlu olacağı kuralına yer verilmiş; 3046 sayılı Kanunun 21 nci maddesinde ise, Bakanın Anayasal sorumluluklarına yer verildikten sonra ikinci fıkrasında, her bakanın, bakanlık merkez, taşra ve yurt dışı teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşların faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkili olduğu belirtilmiştir.

Bakanın Anayasal sorumluluğunun gereği olan bakanlık merkez, taşra ve yurt dışı teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşların faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetleme görev ve yetkisini kendi eliyle yerine getiremeyeceğine göre, söz konusu görev ve yetkileri Bakan adına ve Bakana bağlı olarak yapmak üzere ise 3046 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde bakanlık ve bağlı kuruluşların merkez teşkilatındaki kurulacak danışma ve denetim birimleri arasında (a) bendinde Teftiş Kurulu Başkanlığına yer verilmiş; 23 ncü maddesinde, Teftiş Kurulu Başkanlığına, bakanın emri veya onayı üzerine bakan adına, (a) bakanlık teşkilatı ile bakanlığa bağlı ve ilgili kuruluşların her türlü faaliyet ve işlemleriyle ilgili olarak teftiş, inceleme ve soruşturma işlerini yürütmek, (b) bakanlığın

amaçlarını daha iyi gerçekleştirmek, mevzuata, plan ve programa uygun çalışmasını temin etmek amacıyla gerekli teklifleri hazırlamak ve bakana sunmak, (c) özel kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak görevleri verilmiş; 'Bağlı ve ilgili kuruluş birimleri' başlıklı 33 ncü maddesinde ise, 'Bakanlık bağlı ve ilgili kuruluşlarındaki danışma, denetim ve yardımcı birimlerinin görevleri bakanlık merkez teşkilatındaki benzer birimlerin görevleri esas alınarak kanunla düzenlenir.' Denilmiştir; Teftiş Kurulu Başkanlığı, 15 nci maddesinde, hiyerarşik kademeler arasında sayılmamıştır.

Anayasa ve 3046 sayılı Kanundaki düzenlemelerin gereği olarak da 181 sayılı KHK'nin 19 ncü maddesiyle kurulan Teftiş Kurulu Başkanlığına, Bakanın emri veya onayı üzerine Bakan adına, Bakanlık teşkilatı ile Bakanlığa bağlı kuruluşların her türlü faaliyet ve işleriyle ilgili olarak teftiş, inceleme ve soruşturma işlerini yürütmek; Bakanlığın amaçlarını daha iyi gerçekleştirmek, mevzuata plan ve programa uygun çalışmasını temin etmek amacıyla gerekli teklifleri hazırlamak ve Bakana sunmak; özel kanunlarla verilen diğer görevleri yürütmek görevleri verilmiştir.

Doğrudan Bakana bağlı olarak Bakanın emri ve onayı üzerine Bakan adına görev yapan Teftiş Kurulu Başkanlığının kaldırılıp 663 sayılı KHK'nin 7 nci maddesiyle, Bakanlık hizmet birimleri içinde ve müsteşar yardımcısına bağlı olarak görev yapmak üzere, 5018 sayılı Kanunun öngördüğü 'iç denetim' başkanlığı ile eşdeğer Denetim Hizmetleri Başkanlığının kurulup, 16 ncı maddesiyle de iç denetime ve iç denetçilere verilen görevlerin verilmesi; geçici 4 ncü maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla da kariyer mesleki unvanlarının ellerinden alınıp sağlık denetçisi yapılarak Bakanlığın bağlı kuruluşlarına dağıtılmaları, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile 112 nci maddesindeki kurallarla bağdaşmamaktadır.

Bakanlıkların kurulmasına ilişkin temel kanun olan ve bakanlıkların kurulması, görevleri, yetkileri ve teşkilatını düzenleyen 3046 sayılı Kanunun 'Bakanlıkların kurulması' başlıklı 3 ncü maddesinin birinci fıkrasında, 'Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, mevcut bakanlıkların bölünmesi veya birleştirilmesi, bakanlıkların görevleri, yetkileri ve teşkilatı bu Kanun esaslarına göre düzenlenir.' kuralına yer verilmiştir. Dolayısıyla, Sağlık Bakanlığının denetim birimi de 3046 sayılı Kanunda öngörülen kurallara uygun olması gerekmektedir.

Bakanın Anayasal sorumluluğunun gereği olarak Bakan adına ve doğrudan Bakana bağlı olarak yürütülmesi gereken denetim, teftiş ve soruşturma görevlerinin, idari hiyerarşik kademeler içinde müsteşar yardımcısı ile bağlı kuruluşların genel müdür/ başkan yardımcısına bağlı olarak yürütülmesi denetimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile bağdaşmamaktadır. Denetim hizmetinin gerekleri denetimin bağımsız ile tarafsız yürütülmesini gerektirdiğinden, bağımsızlık ve tarafsızlığın ortadan kaldırılması, kamu yararı ile bağdaştırılamayacağından, iptali istenen düzenlemeler, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine bu açıdan da aykırılık oluşturmaktadır.

Öte yandan, Anayasanın dördüncü bölümünün siyasi haklar ve ödevler kapsamındaki 70 nci maddesinde düzenlenen kamu hizmetine girme hakkı, söz konusu hizmete girenlerin görevlerinde kalma hakkına da güvence oluşturmakta ve siyasi haklar ve ödevler, Anayasanın 91 nci maddesine göre kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyecek yasak alan içinde bulunmaktadır.

Kişilerin statü hukukuna göre elde ettikleri kariyer meslek unvanlarının ellerinden alınması ve görevlerini mesleki statülerinde ve mesleki unvanlarıyla sürdürmeleri engellenerek, Bakanlığın bağlı kuruluşlarında görevlendirilecek olmaları, Anayasanın

70 nci maddesine aykırı olmanın yanında bunun kanun hükmünde kararname ile yapılması, ayrıca 91 nci maddesindeki kuralla da bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin, geçici 4 ncü maddesinin (1) ve (4) numaralı fıkraları, 2 nci, 36 ncı, 91 nci ve 125 nci maddelerine; geçici 4 ncü maddesinin (3) numaralı fıkrası ile 7 nci maddesinin (ğ) bendi ve 16 ncı maddesi ise Anayasanın 2 nci, 70 nci ve 91 nci ve 112 nci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişiklik yapılan ve yürürlükten kaldırılan yasa ve yasa gücünde kararnameler 181 sayılı KHK hariç 6223 sayılı Yetki Yasasının kapsamında değildir. Öte yandan, 663 sayılı KHK ile 'kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesine', 'yeni bakanlık kurulmasına', 'var olan bakanlıkların birleştirilmesine', 'bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının yeniden belirlenmesine' ilişkin düzenleme de yapılmadığı için 663 sayılı KHK ile yapılan düzenlemelerin, Anayasa Mahkemesinin 27.10.2011 günlü ve E.2011/60, K.2011/147 sayılı (Başkanın oyundan dolayı 6216 sayılı Kanunun 65 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre çoğunluk sayılan) Kararına göre de, 6223 sayılı Yetki Yasasının kapsamında olmadığı açıktır. Öte yandan, 663 sayılı KHK ile kanun hükmünde kararname ile düzenleme yasağı alanı içinde olan 'sağlık hakkı' düzenlenmektedir. 663 sayılı KHK'nin uygulanması durumunda toplum sağlığı ile yurttaşların sağlığı ileride telafisi mümkün olmayan zararlar göreceğinden 663 sayılı KHK'nin tümünün ve ayrı ayrı tüm maddeleri ile eklerinin yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi gerekeceği değerlendirilmektedir.

Öte yandan Anayasaya aykırılığı ileri sürülerek iptali istenen tüm düzenlemeler, önleyici ve tedavi edici sağlık hizmetleriyle doğrudan ilgilidir. Önleyici ve tedavi edici sağlık hizmetleri toplumun beden ve ruh sağlığı ile tek tek bireylerin beden ve ruh sağlıklarını konu alırlar. Anayasaya aykırılığı ileri sürülerek iptali istenen düzenlemelerin, sağlık ve yaşam gibi ileride telafisi olmayan zararlara yol açacağı açıktır.

Öte yandan, Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti olmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasaya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

02.11.2011 tarihli ve 28103 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı 'Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin;

1) İptal davasıyla ilgili ilk ve esas incelemelerinde, 6216 sayılı Kanunun 59 uncu ve 60 ıncı maddeleri uyarınca Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın reddine,

II) 1) Tümü ve ayrı ayrı tüm maddeleri ile ekindeki (I) Sayılı Cetvel, (II) Sayılı Cetvel, (III) Sayılı Cetvel ve Listeler, Anayasanın Başlangıcının dördüncü fıkrası ile 2 nci, 6 ncı 7 nci, 8 inci 87 nci ve 91 inci maddelerine;

2) 2 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının son cümlesinde yer alan 'ile ilgili olarak.' ibaresi, Anayasanın 2 nci, 17 nci, 56 ncı, 123 üncü ve 126 ncı maddelerine;

3) 6 ncı maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları, Anayasanın 2 nci ve 128 inci maddelerine;

4) 8 inci maddesinin;

a) (1) numaralı fıkrasının (c) bendindeki 'gerektiğinde sürekli veya süresiz iptal etmek' ibaresi, Anayasanın 2 nci, 13 üncü ve 48 inci maddelerine;

b) (1) numaralı fıkrasının (ç) bendi, Anayasanın 2 nci ve 135 inci maddelerine;

c) (1) numaralı fıkrasının (e) bendindeki 'politika ve düzenlemelerine' ve 'gerekli' ibareleri, Anayasanın 2 nci ve 38 inci maddelerine;

d) (1) numaralı fıkrasının (g) bendi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 9 uncu, 36 ncı ve 138 inci maddelerine;

e) (1) numaralı fıkrasının (ğ) bendi, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 17 nci ve 56 ncı maddelerine;

f) (1) numaralı fıkrasının (i) bendi, Anayasanın 5 inci ,123 üncü ve 126 ncı maddelerine;

g) (1) numaralı fıkrasının (k) bendi, Anayasanın 2 nci, 130 uncu ve 131 inci maddelerine;

h) (1) numaralı fıkrasının (n) Bendindeki 'sertifikalı eğitim', 've benzeri eğitimleri' ile 'kredilendirme' ibareleri, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 130 uncu ve 135 inci maddelerine;

ı) (1) numaralı fıkrasının (o) bendi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 130 uncu ve 135 inci maddelerine;

5) 21 inci maddesi, Anayasanın 2 nci, 36 ncı, 123 üncü, 126 ncı ve 138 inci maddelerine;

6) 23 üncü maddesi, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 38 inci, 91 inci, 123 üncü, 130 uncu, 135 inci ve 138 inci maddelerine,

7) 24 üncü maddesi, Anayasanın 2 nci, 9 uncu, 36 ncı ve 138 inci maddelerine;

8) 27 nci maddesinin;

a) (2) numaralı fıkrasının (b) bendi, Anayasanın 2 nci, 17 nci, 56 ncı ve 138 inci maddelerine;

b) (2) numaralı fıkrasının (d) bendi, Anayasanın 2 nci ve 56 ncı maddelerine;

c) (2) numaralı fıkrasının (ğ) bendindeki 'yaptırmak' ibaresi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 56 ncı ve 123 üncü maddelerine;

d) (2) numaralı fıkrasının (ı) bendi, Anayasanın 2 nci, 9 uncu, 36 ncı ve 138 inci maddelerine;

e) (3) numaralı fıkrasının (e) bendi, Anayasanın 2 nci, 5 inci ve 56 ncı maddelerine;

9) 26 ncı ve 29 uncu maddeleri, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 17 nci, 56 ncı, 123 üncü ve 126 ncı maddelerine;

10) 30 uncu maddesi, Anayasanın 2 nci, 17 nci, 56 ncı, 123 üncü ve 126 ncı maddelerine;

11) 31 inci maddesi, Anayasanın 2 nci, 17 nci, 56 ncı, 123 üncü ve 126 ncı ve 128 inci maddelerine;

12) 32 ncı maddesi, Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 128 inci maddelerine;

13) 33 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi ile (5) numaralı fıkrası, Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 128 inci maddelerine;

14) 34 üncü maddesi, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 17 nci, 56 ncı ve 128 inci maddelerine;

15) 36 ncı maddesinin (2) numaralı fıkrasının (b) bendindeki 'ikincil düzenlemeleri yapmak' ibaresi, Anayasanın 2 nci, 6 ncı ve 7 nci maddelerine;

16) 45 inci maddesinin (1) ve (4) numaralı fıkraları, Anayasanın 7 nci ve 128 inci maddelerine;

17) 47 ncı maddesi, Anayasanın 17 nci ve 20 ncı maddelerine;

18) 48 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendi ile (2) ve (3) numaralı fıkraları, Anayasanın 2 nci ve 7 nci maddelerine;

19) 49 uncu maddesi, Anayasanın 63 üncü ve 168 inci maddelerine;

20) 13 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendi ile 51 inci maddesinin (1) ve (3) numaralı fıkraları, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 7 nci, 10 uncu, 17 nci, 47 ncı, 55 inci, 56 ncı ve 128 inci maddelerine;

21) 52 ncı maddesi, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 56 ncı, 123 üncü, 126 ncı ve 128 inci maddelerine;

22) 55 inci maddesi, Anayasanın 10 uncu ve 23 üncü maddelerine;

23) 56 ncı maddesi, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 17 nci, 18 inci ve 48 inci maddelerine;

24) 57 ncı maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 7 nci, 17 nci, 48 inci, 49 uncu ve 56 ncı maddelerine;

25) 58 inci maddesinin (6) numaralı fıkrasının (e) bendinin, (7) numaralı fıkrasının (a) bendiyle değiştirilen 3359 sayılı Kanunun ek 1 inci maddesinin üçüncü fıkrasının ve geçici 6 ncı maddesi, Anayasanın 2 nci, 17 nci, 36 ncı, 56 ncı ve 128 inci maddelerine;

26) 58 inci maddesinin (7) numaralı fıkrasının (c) bendi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 124 üncü, 130 uncu ve 131 inci maddelerine;

27) 58 inci maddesinin (8) numaralı fıkrasının (a) bendi ve (b) bendi ile 1219 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde yapılan değişik ile (9) numaralı fıkrası, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 17 nci, 49 uncu ve 56 ncı maddelerine;

28) 58 inci maddesinin (8) numaralı fıkrasının (b) bendi ile 1219 Sayılı Yasa'ya eklenen geçici 9 uncu maddesi, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 130 uncu maddelerine;

29) 58 inci maddesinin (12) numaralı fıkrası, Anayasanın 55 inci ve 135 inci maddelerine;

30) 58 inci maddesinin (13) numaralı fıkrasının (b) bendi ile değiştirilen 209 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (d) bendi, Anayasanın 2 nci, 5 inci ve 56 ncı maddelerine;

31) 58 inci maddesinin (13) numaralı fıkrasının (ç) bendi ile değiştirilen 209 Sayılı Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrası, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 7 nci, 17 nci, 49 uncu, 50 nci, 128 inci ve 153 üncü maddelerine;

32) 58 inci maddesinin 14 üncü fıkrasının (ğ) bendi, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 11 inci ve 135 inci maddelerine;

33) Geçici 4 üncü maddesinin (1), (3) ve (4) numaralı fıkraları ile 7 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ğ) bendi ve 16 ncı maddesi, Anayasanın 2 nci, 36 ncı, 70 inci, 91 inci, 112 nci ve 125 inci maddelerine;

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

B- İtiraz Başvurularının Gerekçe Bölümleri Şöyledir:

1- E.2012/41 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"

T.C. Anayasası'nın 'Başlangıç' bölümünde kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu, 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu, 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu, 91. maddesinde ise, Türkiye Büyük Millet Meclisinin belirli konularda düzenleme yapmak üzere sınır ve süre ile sayısı belli olmak üzere kanun hükmünde kararname çıkarma konusunda Bakanlar Kuruluna yetki verebileceği hükme bağlanmıştır.

Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmuş, bunu geliştirerek sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uymak zorunda olduğu Anayasa'nın ve temel hukuk ilkelerinin

bulunduğu bilincinde olan devlettir. Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması da hukuk devletinin ön koşullarındandır.

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici 4. maddesi, daha önce unvanlı görevlerde bulunmuş kamu personelinin kişisel durumlarını ve mesleki kazanımlarını gözetmeksizin doğrudan araştırmacı kadrolarına atanmalarını öngörmektedir.

İdari görevlere atanma ve dolayısıyla görevlerin sona erdirilmesi işlemleri idare fonksiyonuyla ilgili olduğundan idari makamlarca tesis edilmesi gereken tasarruflardır. 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin geçici 4. maddesi ile yeni bir göreve atanma işlemi idari bir tasarrufla değil kanun hükmünde kararname ile tesis edilmiş olup, bu durum Anayasa'nın yukarıda anılan maddelerine aykırı olduğu gibi, yasaların genel, soyut, sürekli, düzenleyici ve nesnel olması ilkesine de uymamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 6.4.2006 günlü, E:2003/112, K:2006/49 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, 'Hukuk devletinde yasaların ilke olarak genel, soyut ve nesnel olmaları gerektiğinden bir statüye atanmış olan kişilerin bu hukuki statüde bir değişiklik olmaksızın hukuk güvenliklerini ihlal edecek biçimde yasama tasarrufunda bulunulması Anayasa'ya aykırılık oluşturur. Bu nedenle genel, soyut ve nesnel olma özellikleri taşımayan kural hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.'

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.' hükmüne karşın, halen görevde bulunan Bakanlık, taşra teşkilatında şube müdürü olarak görev yapmakta olanların araştırmacı kadrosuna kanun hükmünde kararname ile atanması, ilgililerin bu tasarrufa karşı dava açma hakları bulunmadığından hak arama özgürlüklerini ortadan kaldırmak suretiyle yargı denetimini de engellemektedir.

Sağlık Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının yeniden yapılandırılması amacıyla Bakanlık teşkilatının, merkez ve taşra teşkilatı ile bağlı kuruluşlardan oluştuğu belirtilerek Bakanlığın taşra teşkilatında şube müdürü olarak görev yapanların durumlarının kariyer ve liyakat ilkeleri ile kadro dereceleri gözetilip değerlendirilerek atanmalarına olanak verecek şekilde genel, soyut, sürekli, düzenleyici ve nesnel yasal düzenleme yapılması gerekirken, şube müdürü kadrosuna atananların bu görevlerini sürdürmelerini önleyecek şekilde araştırmacı kadrolarına atanmalarının, kanun hükmünde kararnamenin zorunlu bir sonucunu oluşturması ve kanun hükmünde kararname kuralına karşı ilgililerin dava açma haklarının bulunmaması, hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesine engel oluşturmakta ve kişilerin hukuk güvenliğini ihlal etmektedir.

Ayrıca Anayasanın 91. maddesi hükmü uyarınca verilen kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin kullanılması sırasında yetki kanunu ile verilen sınır çerçevesinde hareket edilmesinin gerekeceği ve verilmemiş bir yetkinin kullanılmasına olanak bulunmayacağı kuşkusuzdur. 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin yetki kanunu olan 6223 sayılı Kamu Hizmetlerinin Düzenli Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat Görev ve Yetkileri İle Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu'nun 1. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde 'kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin çalışmalarında etkinliği artırmak üzere,

bunların atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına,' ilişkin konularda düzenlemelerde bulunmak üzere Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verildiği görülmektedir. Söz konusu yetki kanununda atama ve görevden almaya ilişkin yalnızca genel ve soyut olan usul ve esasları belirleme yetkisinin verilmiş olmasına karşın itiraza konu 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin geçici 4. maddesinde bu durum aşılarak bireysel idari işlem tesis edildiği, kanun hükmünde kararname ile verilen yetkinin yukarıda anılan Anayasa Mahkemesinin kural tasarrufların genel, soyut ve nesnel olma özelliklerini taşıması gerektiği yolundaki kararında çizilen sınıra uygun olmasına karşın Bakanlar Kurulu tarafından bu yetki aşılarak statü hukukuna ilişkin tasarruflarda bulunacak şekilde kanun hükmünde kararname çıkardığı, bu durumun ise Anayasanın 91. maddesine aykırı olduğu görülmektedir.

Sonuç olarak; itiraza konu kanun hükmünde kararname kuralının Anayasanın Başlangıç, 2, 36. ve 91. maddesine aykırı olduğu sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır.

...'

2- E.2012/43 ve E.2012/44 Sayılı İtiraz Başvurularının Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"

Kuvvetler ayrılığı esasını benimseyen Anayasa'da, yasama, yürütme ve yargı erklerinin görev ve yetkileri belirtilirken sınırları da çizilmiştir. Ancak, sert bir kuvvetler ayrılığı sistemi öngörülmemiştir. Anayasanın 'Başlangıç' bölümünde de belirtildiği gibi; bu ayrımın, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbirliği ve işbirliğine dayandığı kabul edilmiştir. Anayasa, erkler arasında bir uyum ve işbirliği esasına dayansa da kural olarak, bunlardan birinin diğerinin görev alanına girecek bir tasarrufta bulunmasına izin vermemiş, kanun hükmünde kararnamelerde olduğu gibi ayırık durumları da açıkça düzenlemiştir. Buna göre, erklerden birinin kendi görev alanı dışında hukuki işlemler gerçekleştirmesinin, fonksiyon gaspına yol açacağı için, Anayasa'ya aykırılık oluşturacağı kuşkusuzdur.

Öte yandan, Anayasa'nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti; bütün işlem ve eylemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmuş, bunu geliştirerek sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uymak zorunda olduğu Anayasa'nın ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması da hukuk devletinin ön koşullarındandır.

,

02.11.2011 günlü ve 28103 sayılı Mükerrer Resmi Gazete'de yayımlanan 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici 4. maddesinin, 1. fıkrasında; 'Bu maddenin yayımı tarihinde görevde bulunan, Sağlık Bakanlığı, Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü ve Refik Saydam Hıfzıssıhha Merkezi Başkanlığının merkez, taşra ve döner sermaye kadrolarına atanmış olan ve kadroları iptal edilen personelden; Teftiş Kurulu Başkanı,

Genel Müdür, Genel Müdür Yardımcısı, Müstakil Daire Başkanı, Bakanlık Müşaviri, Daire Başkanı, Özel Kalem Müdürü, Basın ve Halkla İlişkiler Müşaviri, Başkan Yardımcısı, Döner Sermaye Merkez Müdürü, İl Sağlık Müdürü, İl Sağlık Müdür Yardımcısı, Şube Müdürü ile Müdür ve Müdür Yardımcısı unvanlı kadrolarda bulunanların görevleri, bu maddenin yayımı tarihinde sona erer. Bu fıkra uyarınca görevleri sona erenlerden Teftiş Kurulu Başkanı, Genel Müdür, Genel Müdür Yardımcısı, Müstakil Daire Başkanı, Bakanlık Müşaviri, Daire Başkanı, Özel Kalem Müdürü, Basın ve Halkla İlişkiler Müşaviri, Başkan Yardımcısı ve İl Sağlık Müdürü kadrolarında bulunanlar ekli (2) sayılı liste ile ihdas edilen Bakanlık Müşaviri kadrolarına; diğerlerinden merkez teşkilatında bulunanlar ekli (2) sayılı liste ile ihdas edilen Araştırmacı, taşra teşkilatında bulunanlar ekli (3) sayılı liste ile ihdas edilen Araştırmacı kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle atanmış sayılır. Bu madde uyarınca ihdas edilen Bakanlık Müşaviri ile Araştırmacı kadroları herhangi bir sebeple boşalması halinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır. Bu fıkraya göre Bakanlık Müşaviri ve Araştırmacı kadrolarına atanmış sayılanlar. Bakanın uygun göreceği merkez veya taşra teşkilatına ait birimlerde çalıştırılabilir.' hükmü bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2003 günlü ve E.2003/36, K.2003/91 sayılı kararında da; 'Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumları benimsemeyen, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yasaların üstünde Anayasanın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. 'Yasaların kamu yararına dayanması' gereği kuşkusuz hukuk devletinin temel değerlerinden birini oluşturmaktadır. Hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için yasakoyucunun öngörülebilir düzenlemeler getirmesi de esastır.' denilmiştir.

Hukuk devletinde ilke olarak yasaların, genel, soyut ve nesnel olmaları; kişilere, bu yasalara göre atandıkları statüde önceden belirlenmiş koşullar değişmedikçe görevlerine devam edebilme güvencesi sağlar. Kamu hizmetinin zorunlu kıldığı durumlarda ise idari usullere uyularak idarenin bu kişilerin görevlerine son verilebileceği açıktır, idarenin Anayasal işlevi çerçevesinde ve geleneksel yapısı içinde gerçekleşen bu işleyiş, idari usullerin dışına çıkılarak genel, soyut ve nesnel olma özellikleri taşımayan, somut olarak sadece belirli bir durumunu düzenleyen bir yasa kuralı ile müdahale edilmesi hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 06.04.2006 günlü, E:2003/112, K:2006/49 sayılı kararında da; 'Hukuk devletinde yasaların ilke olarak genel, soyut ve nesnel olmaları gerektiğinden bir statüye atanmış olan kişilerin bu hukuki statüde bir değişiklik olmaksızın hukuk güvenliklerini ihlal edecek biçimde yasama tasarrufunda bulunulması Anayasa'ya aykırılık oluşturur. Bu nedenle genel, soyut ve nesnel olma özellikleri taşımayan ... kural hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.' hususları vurgulanmıştır.

Bu bağlamda, idari görevlere atanma ve dolayısıyla görevlerin sona erdirilmesi işlemlerinin idare fonksiyonuyla ilgili olduğu, yani idari makamlarca tesis edilmesi gereken tasarruflar olduğu, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin geçici 1. maddesinin, 1. fıkrası ise, yeni bir göreve atanma işlemini kanun hükmünde kararname ile tesis etmiş olup, bu durum Anayasa'nın kuvvetler ayrılığı ilkesine ve 2. maddesine aykırı olduğu gibi, yasaların genel, soyut, sürekli, düzenleyici ve nesnel olması ilkesine de aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle; 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin geçici 4. maddesinin, birinci fıkrasında yer alan 'Bu maddenin yayımı tarihinde görevde bulunan, Sağlık Bakanlığı', 'taşra', 'kadrolarına atanmış olan ve kadroları iptal edilen personelden', 'Şube Müdürü', 'unvanlı kadrolarda bulunanların görevleri, bu maddenin yayımı tarihinde sona erer. Bu fıkra uyarınca görevleri sona erenlerden', 'diğerlerinden', 'taşra teşkilatında bulunanlar ekli (3) sayılı liste ile ihdas edilen Araştırmacı kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle atanmış sayılır.' ibarelerinin Anayasa'nın kuvvetler ayrılığı ilkesine ve 2. maddesine aykırı olduğu gibi, yasaların genel, soyut, sürekli, düzenleyici ve nesnel olması ilkesine de aykırı olduğu kanısına varıldığından anılan ibarelerin iptali ve öncelikle yürürlüğünün durdurulması istemiyle Anayasanın 152. ve 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, bu kararla birlikte dosyada bulunan belgelerin onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, başvurunun, davanın görüm ve çözümü ile yürütmenin durdurulması isteminin karara bağlanması için Anayasa Mahkemesi'ne noksansız olarak tesliminden başlamak üzere beş ay süreyle Anayasa Mahkemesi'nin konu hakkındaki kararının beklenilmesine, kararın birer örneğinin taraflara tebliğine 15/03/2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.'

3- E.2012/53 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"

Anayasa'nın 2. maddesinde, 'Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir' hükmü yer almaktadır.

Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu Anayasa'nın ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması da hukuk devletinin ön koşullarındandır.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında da, 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.' denilmektedir.

İtiraz konusu kuralla, bu maddenin yayımı tarihinde görevde bulunan, Sağlık Bakanlığı, Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü ve Refik Saydam Hıfzıssıhha Merkezi Başkanlığının merkez, taşra ve döner sermaye kadrolarına atanmış olan ve kadroları iptal edilen personelden; Teftiş Kurulu Başkanı, Genel Müdür, Genel Müdür Yardımcısı, Müstakil Daire Başkanı, Bakanlık Müşaviri, Daire Başkanı, Özel Kalem Müdürü, Basın ve Halkla İlişkiler Müşaviri, Başkan Yardımcısı, Döner Sermaye Merkez Müdürü, İl Sağlık Müdürü, İl Sağlık Müdür Yardımcısı, Şube Müdürü ile Müdür ve Müdür Yardımcısı unvanlı kadrolarda bulunanların görevleri, bu maddenin yayımı tarihinde sona ereceği, bu fıkra uyarınca görevleri sona erenlerden Teftiş Kurulu Başkanı, Genel Müdür, Genel Müdür Yardımcısı, Müstakil Daire Başkanı, Bakanlık Müşaviri, Daire Başkanı, Özel Kalem Müdürü, Basın ve Halkla İlişkiler Müşaviri, Başkan Yardımcısı İl Sağlık Müdürü kadrolarında bulunanların ekli (2) sayılı liste ile ihdas edilen Bakanlık Müşaviri kadrolarına; diğerlerinden merkez teşkilatında bulunanların ekli (2) sayılı liste

ile ihdas edilen Araştırmacı, taşra teşkilatında bulunanların ekli (3) sayılı liste ile ihdas edilen Araştırmacı kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle atanmış sayılacakları belirtilmektedir. Bu amaçla, belirtilen konumda bulunan kişiler gözetilerek itiraz konusu kuralın yer aldığı maddeye ekli listelerde Bakanlık Müşaviri ve Araştırmacı unvanlı kadro ihdas edilmiştir.

Kanun Hükmünde Kararnamede, kadroları kaldırılan ve (2) ve (3) sayılı listedeki kadrolara atanan personel dâhil, kadrolarının iptali sebebiyle yeni kadrolara atanacakların, kadro standartları uygun olmak ve altı ay içinde müracaatta bulunmak kaydıyla, bir defaya mahsus olmak üzere, mevzuattaki atama ve nakillerle ilgili kısıtlamalara bağlı olmaksızın istedikleri il veya ilçelerdeki birimlerin durumlarına uygun kadrolarına atama ve nakillerinin gerçekleştirileceği yolunda getirilen düzenlemenin, ilgililerin durumlarının kariyer ve liyakat ilkeleri ile kadro dereceleri gözetilip değerlendirilerek atanmalarına olanak verecek nitelikte bulunmaması, bunların bulundukları kadro unvanlarına göre Bakanlık Müşaviri ve Araştırmacı kadrolarına atanmalarının, Kanun Hükmünde Kararnamenin zorunlu bir sonucunu oluşturması ve Kanun Hükmünde Kararname kuralına karşı dava açma haklarının bulunmaması, hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesine engel oluşturmakta ve kişilerin hukuk güvenliğini ihlal etmektedir.

Sonuç olarak, 2 Kasım 2011 tarihli ve 28103 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Geçici 4. maddesinin birinci fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

...'

4- E.2012/99 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"

Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmuş, bunu geliştirerek sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uymak zorunda olduğu Anayasa'nın ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması da hukuk devletinin ön koşullarındandır.

,

663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici 4. maddesi, daha önce Şube Müdürlüğü görevini yapmış, Bakanlar Kurulu Kararı ile kadroları değiştirilmiş bulunanların kişisel durumlarını, mesleki kazanımlarını gözetmeksizin doğrudan Araştırmacı kadrosuna atanmalarını öngörmektedir.

İdari görevlere atanma ve dolayısıyla görevlerin sona erdirilmesi işlemleri idare fonksiyonuyla ilgili olduğundan idari makamlarca tesis edilmesi gereken tasarruflardır. 5456 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ise yeni bir göreve atanma işlemini yasa ile tesis etmiş olup, bu durum Anayasa'nın yukarıda anılan maddelerine aykırı olduğu gibi, yasaların genel, soyut, sürekli, düzenleyici ve nesnel olması ilkesine de uymamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 6.4.2006 günlü, E:2003/112, K:2006/49 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, 'Hukuk devletinde yasaların ilke olarak genel, soyut ve nesnel olmaları gerektiğinden bir statüye atanmış olan kişilerin bu hukuki statüde bir değişiklik olmaksızın hukuk güvenliklerini ihlal edecek biçimde yasama tasarrufunda bulunulması Anayasa'ya aykırılık oluşturur. Bu nedenle genel, soyut ve nesnel olma özellikleri taşımayan ... kural hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.'

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.' hükmüne karşı, Bakanlar Kurulu Kararı ile değiştirilen Şube Müdürlerinden halen görevde bulunanların Araştırmacı kadrosuna yasa ile atanması, ilgililerin bu yasama tasarrufuna karşı dava açma hakları bulunmadığından hak arama özgürlüklerini ortadan kaldırmak suretiyle yargı denetimini de engellemektedir.

...'

5- E.2012/126 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"

Anayasanın 'Başlangıç' bölümünde; kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve Kanunlarda bulunduğu, 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu, 36. maddesinin 1. fıkrasında ise; herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu hükmüne bağlanmıştır.

Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmuş, bunu geliştirerek sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uymak zorunda olduğu Anayasa'nın ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması da hukuk devletinin ön koşullarındandır.

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici 4. maddesinin daha önce şube müdürü görevini yapmış bulunanların kişisel durumlarını, mesleki kazanımlarını gözetmediği görülmektedir.

İdari görevlere atanma ve dolayısıyla görevlerin sona erdirilmesi işlemleri idare fonksiyonuyla ilgili olduğundan idari makamlarca tesis edilmesi gereken tasarruflardır. 663 sayılı KHK geçici 4/1 maddesi ise yeni bir göreve atanma işlemini yasa ile tesis etmiş olup, bu durum Anayasa'nın yukarıda anılan maddelerine aykırı olduğu gibi yasaların genel, soyut, sürekli, düzenleyici ve nesnel olması ilkesine de uymamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 06.04.2006 tarih ve E:2003/112, K:2006/49 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, 'Hukuk devletinde yasaların ilke olarak genel, soyut ve nesnel olmaları gerektiğinden bir statüye atanmış olan kişilerin bu hukuki statüde bir değişiklik olmaksızın hukuk güvenliklerini ihlal edecek biçimde yasama tasarrufunda

bulunulması Anayasa'ya aykırılık oluşturur. Bu nedenle genel, soyut ve nesnel olma özellikleri taşımayan ... kural hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.'

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.' hükmüne karşı, Bakanlar Kurulu Kararı ile değiştirilen Şube Müdürlerinden halen görevde bulunanların Araştırmacı kadrosuna yasa ile atanması, ilgililerin bu yasama tasarrufuna karşı dava açma hakları bulunmadığından hak arama özgürlüklerini ortadan kaldırmak suretiyle yargı denetimini de engellemektedir.

...'

6- E.2012/159 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"

Anayasa'nın 2. maddesinde 'Türkiye-Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.' hükmüne yer verilmiştir.

Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan 'hukuk devleti', bütün işlem ve eylemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu Anayasa'nın ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması da hukuk devletinin ön koşulların dandır.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında da; 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan adil yargılanma hakkına sahiptir.' denilmektedir.

,

İtiraz konusu 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile; şube müdürü olarak görev yapan ve halen memuriyet görevi devam eden kişilerin kişisel durumları ve mesleki kazanımları gözetilmeksizin doğrudan araştırmacı kadrolarına atanmış sayılacakları belirtilmektedir.

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici 4. maddesinin 1. fıkrası uyarınca İl Sağlık Müdürlüğünde Şube Müdürü kadrolarında bulunanların durumlarının kariyer ve liyakat ilkeleri ile kadro dereceleri gözetilip değerlendirilerek atanmalarına olanak verecek şekilde yasal düzenleme yapılması gerekirken, 'müdür' olarak atanabilmelerini önleyecek şekilde 'araştırmacı' kadrolarına atanmalarının, kanun hükmünde kararnamenin zorunlu bir sonucunu oluşturması ve kanun hükmünde kararname kuralına karşı ilgililerin dava açma haklarının bulunmaması, hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesine engel oluşturmakta ve kişilerin hukuk güvenliğini ihlal etmektedir.

Bu durumda; itiraza konu Kanun Hükmünde Kararname kuralının Anayasa'nın 2 ve 36. maddesine aykırı olduğu sonuç ve kanaatine varılmaktadır.

