

“... ”

1) 15/11/2018 tarihli ve 7151 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali talep edilen düzenleme; 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna “Terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabiplerden Devlet hizmeti yükümlüsü olanlar, çıkarılma veya göreve alınmama kararının verildiği tarihten itibaren, 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında üçüncü grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile dördüncü grup ilçe merkezleri için belirlenen Devlet hizmeti süresinin sonunda mesleklerini icra edebilirler. Devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirirken kamu görevinden çıkarılanların hizmet süreleri bu süreden düşülür.” şeklinde ek yapmaktadır. Özetle; yaptırım işleminin bir yargısal karar olmayışı bir yana, icrai nitelikte bir idari karar özelliği bile bulunmamaktadır.

İptal talebinin konusunu oluşturan madde, birçok bakımdan anayasaya ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası normlara aykırılık teşkil etmektedir. İptali talep edilen düzenleme ile öncelikle Devlet hizmeti yükümlüsü olan tabiplerden; terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmamış olanların kamu görevinden çıkarılmaları veya göreve alınmamalarına ilişkin kararı müteakip mesleklerini icra etmeleri hüküm altına alınmaktadır. Ayrıca, iptali talep edilen düzenleme uyarınca, Devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirirken kamu görevinden çıkarılanların hizmet süreleri bu süreden düşülecektir.

Bir başka deyişle, iptali talep edilen düzenleme;

1. Terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan hekimlerden devlet hizmeti yükümlüsü olanlar ile

2. Güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan hekimlerden devlet hizmeti yükümlüsü olanlara ilişkindir.

Bu hekimlerin görev yapabilmelerine ilişkin kapsamının ne olduğu belirsiz olan “ilgili mevzuat” doğrultusunda çıkarılma veya göreve alınmama kararının verildiği tarihi esas alınarak görev yapmaları düzenlenmektedir. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız gerekçelerimiz öncelikle olağanüstü hal dönemi ile hukuk düzenimize giren defaten Yüce Mahkemenize itiraz ettiğimiz belirsiz kavramlar ile usuli güvencelerden yoksun olarak yapılan ihraç kararlarının esas alınması ile başlamaktadır.

Akabinde yine hukuk düzenimizde devlet memurları kanununa da eklenen güvenlik soruşturması hususu ile ilgili mevzuat kavramının belirsizliğinin evrensel hukuka ve anayasamıza aykırılığı ve bu hususların yaratacağı telafisi mümkün olmayan zararlar aktarılacaktır.

İptali talep edilen düzenleme ile terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen tabiplere ilişkin başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın kamu görevinden çıkarılma veya güvenlik soruşturması sonucuna göre göreve alınmamasına ilişkin kararın esas alınarak mesleklerini icra edebilmeleri düzenlenmiştir.

“Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı” kavramı, 15 Temmuz darbe girişiminin ardından mevzuatta yer verilen ve en çok kullanılan ibare olmuştur. Bu ibare, olağanüstü hal süresince, her meslek grubu için kamudan ihraç veya kamu hizmetine alınmamanın gerekçesi olarak müteaddid defa kullanılmıştır. Bu sebeple, iptali talep edilen düzenlemenin geride kalan olağanüstü hal süreci ile bütüncül değerlendirilmesi gerekmektedir. OHAL sürecinde çok sayıda anayasal hak ihlal edilmiş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi Türkiye'nin uymakla yükümlü olduğu uluslararası düzenlemeler geçici süreli askıya alınmıştır. Bu süreçte en yaygın ve kapsamlı olarak ihlal edilen haklardan biri, çalışma hakkı olmuştur. Sağlık emekçileri ve hekimler, bu hak ihlalden yoğun şekilde etkilenen meslek grubudur. OHAL döneminde çıkartılan KHK ek listelerinde adlarına yer verilerek görevden uzaklaştırılan hekim sayısı, 1.927'si Sağlık Bakanlığı'ndan, 1.417'si tıp fakültelerinden olmak üzere toplam 3.344'dür. Ayrıca, güvenlik soruşturması nedeniyle atanmayan 1.500 kadar yeni mezun tıp doktoru bulunmaktadır. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması ön şartı devam ettiği sürece, bu sayının daha da artacağı öngörülmektedir.

Aşikar olduğu üzere, Anayasa'nın 121. maddesine göre olağanüstü hal süresince, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda KHK çıkarılabilir ve bu nitelikteki KHK'ler TBMM tarafından onaylanabilir. Yurttaşların kamudan ihraçlarına veya göreve başlatılmamalarına ilişkin düzenlemeler, OHAL KHK'si niteliği taşımadığı gibi olağan dönemde de alınması gereken ölçülü bir tedbir değildir. Nitekim iptali talep edilen düzenleme, suç ve cezaların geçmişe yürütülemezliği ilkesi ve masumiyet karinesini de ihlal etmektedir. Suç ve cezaların geçmişe yürütülemezliği ilkesini ve masumiyet karinesi Anayasa'nın 15. maddesinde olağanüstü hallerde dahi dokunulamayacak haklar arasında sayılmaktadır. Buna rağmen olağan dönemde anılan güvencelerin ortadan kaldırılması kabul edilemez. Düzenlemenin olağanüstü halde bile belirlenen sınırları olağan dönemde aştığının bir diğer göstergesi de Anayasa'nın 125/6 maddesinde kendini göstermektedir.

Yukarıdaki paragrafta belirtilen nedenleri açıklamak gerekirse öncelikle Anayasa'nın 121/3 maddesine göre KHK ile alınacak tedbirlerin olağanüstü halin neden ve amacıyla sınırlı olması gerekir. Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından 20.7.2016 tarihinde, Anayasa'nın 120. maddesi ile 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 3/1. maddesinin (b) bendine göre ülke genelinde 21.7.2016 tarihinden itibaren doksan gün süreyle olağanüstü hal ilan edilmesine Milli Güvenlik Kurulu'nun 20.7.2016 tarihli ve 498 sayılı tavsiye kararı göz önünde bulundurularak

karar verilmiştir. Bu karar 21.7.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. TBMM, olağanüstü halin ilanına ilişkin 2016/9064 sayılı söz konusu Bakanlar Kurulu kararını 21.7.2016 tarihli 117. birleşiminde onaylamıştır. TBMM kararı 22.7.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Daha sonra OHAL yedi kez uzatılmıştır.

Olağanüstü hal ilanının 15 Temmuz 2016 tarihinde Fethullahçı Terör Örgütünün yaptığı belirtilen darbe girişimi nedeniyle şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin bozulması karşısında hukuk devletine, vatandaşların hak ve özgürlüklerine yönelik olarak ortaya çıkan tehditlerin ortadan kaldırılması amacıyla karara bağlandığı anlaşılmaktadır.

Anayasanın 120. ve 121. maddeleri uyarınca, OHAL döneminde çıkarılacak Kanun Hükmünde Kararnamelerin amaç ve kapsamı, 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ilan edilen olağanüstü hal ilan sebebine uygun olmalı, bu sebebi ortadan kaldırarak en kısa sürede olağan yönetime dönmeyi amaçlamalıdır.

Bakanlar Kurulu'nun 2016/9064 sayılı kararıyla olağanüstü hal ilan edilmesinin sebebi ve amacı her türlü terörle mücadeleyi olağanüstü hal rejimi altında yürütmek değil, Fethullahçı terör örgütünün yaptığı belirtilen darbe girişimi sonucunda bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmektir. Bir başka ifadeyle, olağanüstü hal, başarısız darbe girişimine katılan, bunu düzenleyen ve destekleyenlere karşı etkili ve hızlı önlem alma amacıyla ilan edilmiştir. OHAL KHK'lerinin ana maddelerinden biri kamudan ihraçları ekli liste usulü düzenlenmesiydi. OHAL KHK'leri ve devamında bu KHK'lerin kanunlaşmasıyla ilgili kanun maddelerinin de iptal istemlerinde belirtildiği üzere, ilgili düzenlemelerde darbe girişimine katılan, bunu düzenleyen ve destekleyenlerden söz edilmemekte, terör örgütleriyle veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan kişilerden söz edilmektedir. Dolayısıyla getirilen bu düzenlemelerin kapsamı olağanüstü halin ilan edilme amacından çok daha geniş tutulmuştu. Olağanüstü halin ilan edilme amacını aşan bir düzenlemenin olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarıldığını söylemeye olanak bulunmamaktaydı. Bu nedenle kural Anayasa'nın 121/3. maddesine aykırılık taşımaktaydı.

Diğer taraftan olağanüstü hal geçici süreli bir yönetim biçimi olup, olağanüstü hal KHK'leri ile alınan önlemlerin sadece olağanüstü hal süresince geçerli olması geçici yönetimin doğası gereğidir. Ancak kişiler hakkında alınan önlemler, OHAL süresiyle sınırlı olmamış, aksine bu kişilerin ömür boyu statüsünü etkileyeceği anlaşılmıştır. Olağanüstü hal sona erdikten sonra da etkisini devam ettirecek bu tedbirleri düzenleyen kuralların olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarıldığını söylemeye olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle de Anayasa'nın 121/3 maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan, OHAL KHK'leri ile alınan önlemlerin ölçülü olması, yani kamu düzeni için oluşan tehdidi ortadan kaldırmaya yönelik ve bu tehdidi ortadan kaldırmak için zorunlu olması gerekir. Alınan önlemlerin mevcut tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli ve daha hafif başka bir tedbir ile tehlikeyi bertaraf etmenin mümkün olmaması gerekir. Yukarıda belirtildiği gibi düzenleme kapsamına alınan kişilerin darbe teşebbüsü ile ilgisinin bulunması aranmadığı gibi, kamu düzeni için herhangi bir tehdit oluşturacak görevlerde bulunmayan akademisyen, doktor, öğretmen, imam, ebe, hemşire, müstahdem, hizmetli, şoför, teknisyen vb. meslekleri icra edenlerde düzenleme

kapsamında kamu görevinden çıkarılmış ve ömür boyu kamu görevinde ve kamu hizmetinde çalışmaları yasaklandığı gibi pek çoğu için özel sektörde çalışmak da imkânsız hale gelmiştir. Belirtilen nedenlerle, alınan önlemler ölçülülük ilkesini oluşturan üç öğeye aykırılık oluşturmaktadır: önlem için müdahalenin zorunlu olması, amaca ulaşmak için elverişli araç kullanılması ve kullanılan araç ile amaç arasında orantılı bir dengenin bulunması.

Objektif, tarafsız ve şeffaf bir soruşturma yapmadan ve ilgili kişilere savunma hakkı tanınmadan, hangi ölçü ve delillere dayalı olarak alındığı belli olmayan bir karara dayalı olarak kişiler hakkında uygulanan bu yaptırımların kişilerin hayatını sürdürmesini olanaksız hale getirdiği açıktır. Ne kamu görevinden çıkarmaların ne de iadelerin hangi ölçülere göre yapıldığı, nasıl bir usul uygulandığı bilinmemektedir. Hal böyle iken, iptali talep edilen düzenlemede bu kararların esas alınması kabul edilemez.

İptali istenen kural ile söz konusu kişilerin pek çok temel hakkına sınırlama getirildiği görülmektedir. Başta Anayasa'nın 70. maddesinde düzenlenen kamu hizmetine girme hakkı olmak üzere, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile "insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele" yasağına, 20. maddede güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkı, 38. maddede güvence altına suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ve masumiyet karinesi, 48. ve 49. maddelerde güvence altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğüne doğrudan ya da dolaylı olarak sınırlamalar getirilmiştir. Ayrıca dolaylı olarak hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkına da önemli kısıtlamalar getirilmiştir.

İptali istenen düzenleme, terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabiplerden Devlet hizmeti yükümlüsü olanlar, çıkarılma veya göreve alınmama kararının verildiği tarihi esas olarak belirlenen süreler doğrultusunda Devlet hizmeti süresinin sonunda mesleklerini icra edebilecekleri düzenlenmektedir. Bu düzenleme, adil yargılanma hakkı açısından bir ceza normu niteliği taşımaktadır. Belirtmek gerekir ki, iptali istenen kuralın öngördüğü işleme benzer vakalar, Doğu Avrupa Devletlerindeki ayıklama (lustration) uygulamaları kapsamında AİHM'in önüne gelmiş, Mahkeme özellikle Polonya vakalarında gerçekleştirilen işlemleri, yaptırımın niteliği ve ağırlığı gibi unsurlar çerçevesinde "cezai isnat" kapsamında değerlendirmiştir (*Matyjek/ Polonya* (dec.), no. 38184/03, 30.05.2006, para. 48-59). AİHM, bu değerlendirmeyi yaparken Polonya ayıklama vakalarında izlenen muhakeme usulünün ceza muhakemesine yakın olması ile birlikte işlenen suçun niteliği ve verilen cezanın ağırlığını dikkate almıştır. Bu davalarda, başvuruçular, hapis cezasına mahkûm edilmediği gibi para cezasına da çarptırılmamıştır. Ne var ki, Komünist geçmişi ile ilgili yalan söylediği saptanan kişiler, 10 yıla kadar kamu hizmetinde çalışma ve siyasete katılma hakkından mahrum bırakılmıştır. AİHM, bu yaptırımları diğer unsurlarla birlikte değerlendirerek, yaptırımların cezai bir isnat olduğu yönünde karar vermiştir.

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi içtihatlarına da yansıdığı gibi disiplin suç ve cezaları da Anayasanın ceza normları için öngördüğü kurallara tabidirler. Anayasa'nın 38. maddesindeki suç ve cezalara ilişkin ilkeler, hem ceza hukuku hem de disiplin hukuku kapsamındaki suçlar açısından geçerlidir. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında

Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelerin disiplin suç ve cezaları için de geçerli olduğuna karar vermiştir (bkz. E.2014/100, K.2015/6, K.T. 14.1.2015; E. 2010/28, K. 2011/139, K.T. 20.10.2011).

İptali istenen kuralda yer alan aidiyet, iltisak ve irtibat kavramları yürürlükteki hukukumuzda ilk defa 22 Temmuz 2016 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 667 sayılı KHK'nin 4. maddesiyle girmiştir. Bu tarihten önce hukukumuzda bu fiiller tanımlanmadığı gibi suç ya da disiplin suçu olarak da düzenlenmiş değildir. Bu kavramların içeriği ne 667 sayılı KHK'de ne de daha sonra çıkarılan KHK'lerde tanımlanmamış, herhangi bir kanunda da tanımlamaya yer verilmemiştir. Nitekim iptali istenen kuralda da tanımlanmamıştır. Hangi fiillerin bu kavramın kapsamına girdiğini açıklayan bir yargı kararı ya da alt bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenle kurala tabi olanlar açısından hangi fiillerin yasaklanmış olduğunu öngörmek mümkün değildir. Bu yönüyle düzenleme, kanunilik ilkesini ihlal ettiği gibi bu kurallar geçmişe yürürlü olarak da uygulanmıştır. Geçmişe yürürlüğün de iki boyutu bulunmaktadır. Bir taraftan bu kavramlar hukukumuzda ilk defa girdiği 22.07.2016 tarihinden önceki fiillere de uygulanmıştır. Diğer taraftan terör örgütü ya da Milli Güvenlik Kurulunca milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen, yapı oluşum ve grupların tespiti açısından da geçmişe yürürlü olarak uygulanmıştır. Hukukumuzda bir örgütün terör örgütü olduğuna kesinleşmiş yargı kararı ile karar verildiği tarihten sonra üye olan ya da üyeliğini sürdürenler yaptırıma tabi tutulur. Aynı şekilde bir yapı, oluşum veya grubun milli güvenliğe tehdit oluşturduğu Milli Güvenlik Kurulunca tespit edildikten sonra hala bu yapılara üyeliğini devam ettirenler açısından yaptırım uygulanması gerekir. Bu tespit geçmişe yürürlü olarak uygulanmaz. Burada, bir anayasal düzenlemenin yanlış kullanıma işaret etmek gerekir: MGK, icrai nitelikte idari karar almaya yetkili olmayıp, sadece Bakanlar Kurulu'na tavsiye niteliğinde karar almaya yetkilidir (Any., md.118). Dolayısıyla bu kararlar uyarınca hekimlerin mecburi hizmetlerine ilişkin yapılan düzenlemeler anayasamıza aykırılık teşkil etmektedir.

Sorunlu bir diğer alan da hakkında karar alınmış olan hekimlerin tespitinde açık bir soruşturma yürütülerek ilgililere savunma hakkı tanınmadığından bu kişilerin tespitinde sadece belirtilen tarihten sonraki fiillerin esas alınıp alınmadığı da anlaşılabilir. AİHM içtihadına göre, eğer devam eden bir durum söz konusu ve kanundan önce ve sonra işlenmiş fiiller mevcut ise, yargılama ve mahkûmiyetin sadece kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonraki eylemler için verildiği açıklanmamışsa 7. maddenin ihlali ortaya çıkacaktır (*Ecer ve Zeyrek/Türkiye*, nos. 29295/95 and 29363/95, 27.02.2001, para. 33-37; *Veeber/Estonya (No.2)*, no. 45771/99, 21.01.2003, para. 35-38; *Puhk/Estonya*, no. 55103/00, 10.02.2004, para. 38-41). Dolayısıyla sadece belirtilen tarihten sonraki fiillerin esas alınarak yaptırım uygulandığı açıklanmadığına göre suç ve cezaların geçmişe yürürlü uygulandığını kabul etmek kaçınılmazdır.

İkinci olarak, Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan suçluluğu bir mahkeme kararıyla saptanıncaya kadar kimsenin suçlu sayılmayacağı ilkesi de ihlal edilmektedir. Binlerce kişi ile ilgili herhangi bir soruşturma ve yargı kararı olmaksızın terör örgütü ile ilişkili oldukları şeklinde kararlar alınmıştır. Bu kararları esas almak, haklarında hiçbir yargı kararı bulunmayan hatta pek çoğu hakkında herhangi bir idari ya da adli soruşturma olmayan kişilerin terör örgütleri ile ilişkili olmakla damgalanması anlamına gelmektedir. Bu şekilde masumiyet karinesine müdahale edildiği açıktır.

Sonuç olarak, Anayasa'nın 121/3 maddesinde öngörülen olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılmamış, kapsamı, süresi ve konusu itibariyle olağanüstü halin gereklerini aşmış olan kamudan ihraç kararlarını esas alarak yapılan düzenleme olağanüstü dönem için bile yetkisiz, dokunulamayacak haklara müdahale niteliği taşıyan bir düzenlemedir.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 1996 yılında Eski Komünist Totaliter Sistemlerin Mirasını Ortadan Kaldırmaya Yönelik Tedbirlere ilişkin 1096¹ sayılı kararı kabul etmiştir.

Bu çerçevede demokratik bir hukuk devletinin totaliter komünist sistemden kurtulmak için hukuk devletinin usulü gereklerine uyması gerektiği, aksi halde kurtulmaya çalıştığı totaliter sistemden farkının kalmayacağına işaret edilmiştir. Demokratik bir hukuk devletinin suçluları cezalandırarak, adaleti sağlayacak yeterli imkânlarla sahip olduğu ve öç alma arayışına giremeyeceği belirtilerek, hukuk devletinde yöneticilerin geçmiş rejimde kendilerine tanınmayan adil yargılanma ve savunma temel haklarını yönetimdeyken kendilerine tanımayanlara da tanımaları gerektiği vurgulanmıştır. Bir hukuk devletinin komünist tehlikeyle hukuk devleti ilkelerine uyarak mücadele edebileceği bunun için ceza ve idare hukuku olanaklarının yeterli olduğu ifade edilmiştir.

Ayrıca karar ekinde yer alan dokümanda "Arındırma Yasaları ve benzer tedbirlerin hukuk devleti gereklerine uygunluğunu sağlayacak rehber ilkeler"e de yer verilmiştir. 7568 sayılı Dokümanın² 46. paragrafında 13 ilke yer almaktadır. Bu ilkelerden başlıcaları şunlardır: arındırma bağımsız bir komisyon tarafından gerçekleştirilmelidir; arındırma yalnızca sağlıklı bir demokrasi kurulması için tehdit oluşturan ve bulunduğu pozisyon itibariyle insan haklarını ihlal edebilecek ya da demokratikleşmeyi engelleyebilecek konumda olanları hedef almalıdır; arındırma cezalandırma ya da öç veya intikam alma amacıyla kullanılmamalı, geçmiş fiiller için cezalandırma ancak olağan ceza yasalarına uygun olarak tüm usulü güvencelere uyulması suretiyle mümkün olmalıdır; arındırma sadece demokrasi ve insan haklarına ciddi tehdit oluşturduğuna inanmak için yeterli sebep olan makamlarla sınırlı olarak uygulanmalıdır; seçimle gelinen makamlar arındırmaya tabi tutulmamalıdır; özel ve yarı özel kurumlar arındırmaya tabi tutulmamalıdır, arındırmaya dayalı görevden uzaklaştırma beş yıldan daha uzun olmamalıdır; ciddi insan hakları ihlali fiillerini işleyenler, emir verenler ya da yardım edenler kamu görevinden yasaklanabilir; hiç kimse işlendiği zaman hukuka uygun bir fiil ya da hukuka uygun olarak kurulmuş bir derneğe üyelik dolayısıyla arındırmaya tabi tutulmamalıdır; gönüllü işbirlikçilerin arındırması yalnızca kamu görevine fiilen katılan kişiler için söz konusu olmalıdır; fiili işlediği zaman 18 yaşın altında olanlar, arındırmaya tabi tutulmamalıdır; usule ilişkin güvencelere ve savunma haklarına riayet edilmeden kimse arındırmaya tabi tutulmamalıdır.

¹ 27 Haziran 1996 (22. Oturum Tartışma, 23. Oturum Kabul) (Hukuki İşler ve İnsan Hakları Komitesi raporu [Doc. 7568](http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=16507&lang=en)).

² <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=7506&lang=EN>

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından benimsenen bu ilkeler 2006 yılında yeni bir AKPM kararıyla tekrarlanmıştır. 1481 sayılı AKPM kararında³ totaliter komünist rejimlerin suçlarının kınanmasına ilişkin kararda yapılacak arındırmalarda 1096 sayılı karar ve eki dokümanda belirtilen ilkelere uyulması gerektiği vurgulanmıştır.

Venedik Komisyonu, çeşitli ülkelerde hazırlanan arındırma yasalarıyla ilgili olarak verdiği görüşlerde yukarıda açıklanan ilkelere vurgu yaparak hazırlanan yasalarda yer alan bu ilkelere aykırı hükümlerin yasalardan çıkarılması yönünde görüş vermiştir⁴.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde kamu görevine girme hakkı düzenlenmemiş olmakla birlikte AİHM kamu görevinden çıkarmalarla ilgili şikâyetleri Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında incelemiştir. Bu çerçevede temel usulü güvencelere ve savunma haklarına saygı göstermeden gerçekleştirilen kamu görevinden çıkarma işlemlerinin Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiği yönünde karar vermiştir (bkz. *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992, para. 29; *Sidabras ve Džiautas/Litvanya*, nos. 55480/00 ve 59330/00, 27.07.2004; *Pfeifer/ Avusturya*, no. 12556/03, 15.11.2007, para. 35; *Özpinar/Türkiye*, no: 20999/04, 19/10/2010, para. 45; *D.M.T. and D.K.I./Bulgaristan*, no. 29476/06, 24.07.2012; *Oleksandr Volkov/Ukrayna*, no. 21722/11, 09.01.2013, para.165-166; *Şahin Kuş/Türkiye* no. 33160/04, 07.06.2016; *Kulykov ve Diğerleri/Ukrayna*, nos. 5114/09, 19.01.2017, para.138). AİHM aynı şekilde arındırma uygulamalarında müdahalenin usulü güvencelere uyulmaksızın gerçekleştirilmiş olması ya da müdahalenin hukuka uygunluğunu denetlemek için gerekli yargısal olanakların etkili ve yeterli bir şekilde sağlanmamış olması dolayısıyla hakkın ihlal edildiğine karar vermiştir. Mesela *Turek v. Slovakia*⁵ davasında başvurucunun adının işbirlikçi olarak tespiti aleyhine açtığı davanın çok uzun sürmesi, açtığı davada belgelere ulaşmasına olanak tanınmamış olması ve iddialarını etkili bir şekilde mahkemeler önünde dile getirmesine olanak sağlanmamış olması dolayısıyla özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Slovakya aleyhine yapılan birkaç başvuruya ilişkin kararında arındırma konusunu inceleme olanağı bulmuştur. Söz konusu başvurular, Slovak İstihbarat Servisinde çalışırken yeni çıkan arındırma kanunu kapsamında 2003 yılında amirleri tarafından istifaya zorlanan kişilerce yapılmıştır. Komite kararında özellikle insan hakları ve demokrasiye ciddi tehdit oluşturduğu gerekçesiyle kamu görevlilerinin devletten arındırılmasının kategorik olarak Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesine aykırı olmadığını belirtmiştir. Ancak bu uygulamaların Sözleşmeye uygun olabilmesi için belli koşulların sağlanması gerekir.

³ <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17403&lang=en>

⁴ Venedik Komisyonu Arnavutluk, Makedonya ve Ukrayna Arındırma Yasalarına ilişkin görüş vermiştir. Bu görüşlerde 1096 sayılı AKPM kararı, AİHM içtihatları ve ulusal Anayasa Mahkemelerinin içtihatlarına uygun olarak görüşlerini oluşturmuştur. Bkz. Venice Commission, CDL-AD(2009)044, *Amicus Curie on the Law on the Cleanliness of the Figure of High Functionaries of the Public Administration and Elected Persons of Albania*, Opinion no. 524/2009, 13 October 2009; 20 Venice Commission, CDL-AD(2012)028, *Amicus Curie Brief on Determining a Criterion for Limiting the Exercise of Public Office, Access to Documents and Publishing, the Co-operation with the Bodies of the State Security*, Opinion no. 694/2012, 17 December 2012; Venice Commission, CDL-AD(2015)012, *Final Opinion on Law on Government Cleansing (Lustration Law) of Ukraine*, Opinion no. 788/2014, 19-20 June 2015.

⁵ *Turek v. Slovakia*, Application No. 57986/00, 14 February 2006.

Buna göre bu uygulamalar ancak, meşru amaca ulaşmak için objektif ve makul ölçütlere dayalı olarak adil yargılanma güvencelerine uyularak yapılacak bireysel değerlendirme sonucu yapılabilir (*M.K., et. al v. Slovakia*, Communication No. 2062/2011, 23.03.2016, §§ 9.3-9.4).⁶

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri N. Muiznieks, KHK'ler ile ilgili olarak idare ve yürütmeden sorumlu kişilere sınırsız takdir yetkisi tanındığı, uygulamada erkler ayrılığı, hukukun üstünlüğü ve insan hakları temel ilkelerinden ayrıldığını tespit etmiştir. KHK'lerin uygulanmasındaki keyfiliğe dikkat çeken Komiser, ihraçların basamaklıp ve kişisel nedenler belirtilmeden yapıldığına dikkat çekmiştir. Komiser, KHK'lerin uygulanması, ihraçlardaki hukuksuzluk ve keyfiliğe özellikle vurgu yapmıştır (Memorandum on the human rights implications of the measures taken under the state of emergency in Turkey, by Nils Muiznieks, Council of Europe Commissioner for Human Rights, CommDH(2016)35, 07.10.2016).

Venedik Komisyonu, OHAL uygulamalarını değerlendirdiği raporunda, OHAL uygulamalarında çok ileri gidildiği, alınan tedbirlerin, Türk Anayasası ve Uluslararası hukukun çok ötesine geçtiği, kamu görevlilerinin atılmasına ilişkin kararların doğrulanabilir kanıtlardan yoksun olduğu, ihraç listelerinin hazırlanma hızının işten çıkarmalarda asgari usul teminatlarına uyulmadığına işaret ettiği tespiti yapılmıştır (Turkey - Opinion on Emergency Decree Laws N°s 667-676 adopted follo wing the failed coup of 15 July 2016, 9-10 December 2016, [CDL-AD(2016)037-e]). Tüm bu tespitlere rağmen, olağanüstü hal rejiminin sona erdiği dönemde, OHAL dönemi kararlarını esas alarak hekimlerin görev yapmalarının engellenmesi insan haklarına saygılı hukuk devleti ile bağdaşmaz.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu hükme bağlanmış ve 4. maddesinde bu kuralın değiştirilmesi yasaklanmıştır. Hukuk devleti, keyfi yönetimin karştı olup yönetimin hukuka tabi olması anlamına gelmektedir. Yöneticilerin tabi olacağı hukukun da yönetilenlere hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlayacak nitelikte olması gerekir. Bu çerçevede hukuk kurallarının bireyler açısından açık, erişilebilir ve öngörülebilir olması, hukuk devleti ilkesinin en temel gerekleri arasında yer almaktadır.

Bu kuralın devamı olarak Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre bireyler ancak işlendiği zaman yürürlükteki kanunların suç saydığı fiiller nedeniyle sorumlu tutulabilirler ve ancak fiil işlendiği zaman kanunda öngörülen ceza ile cezalandırılabilirler. Bu kuralın gereği olarak ceza ve ceza yerine geçen tedbirler ancak kanun yoluyla konulabilir. Kanun altı düzenlemeler, hatta KHK'ler ile ceza normu konamaz. İkinci olarak suçlar ve cezalar geçmişe yürütülemezler. Aynı şekilde suç ve cezaların kanuniliğinden söz edilebilmesi için bunu düzenleyen yasa hükmünün bireyler açısından en azından bir hukukçunun yardımıyla anlaşılabilir olması, yani bireylerin hangi fiillerin yasaklandığını ve yaptırıma tabi tutulduğunu öngörebilmesi gerekir. Yukarıda açıklandığı gibi iptali istenen düzenleme, terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen

⁶ *M.K., et. al v. Slovakia*, Communication No. 2062/2011, 23.03.2016, §§ 9.3-9.4

https://www.mzv.sk/documents/10182/2093446/Stanovisko+V%C3%BDboru+OSN+pre+%C4%BEuds k%C3%A9+pr%C3%A1va+2062_2011/14e6d04c-70e2-4b28-b228-4b631c8f2922

yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabiplerden Devlet hizmeti yükümlüsü olanlar, çıkarılma veya göreve alınmama kararının verildiği tarihi esas alınarak görev yapmalarını düzenlemektedir. Bu bağlamda iptali talep edilen düzenleme, Anayasa'nın 38. maddesini ihlal etmektedir.

İkinci olarak, getirilen düzenlemenin içeriği belirsiz ve öngörülemezdir. Dava konusu kuralda suç olarak düzenlenmiş olan "*milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen, yapı, oluşum ve gruplara ya da terör örgütlerine aidiyet veya iltisak ya da bunlarla irtibat*" fiilleri oldukça muğlak olup bunların içeriğini öngörmek tamamen imkânsızdır. Hangi somut eylemlerin bu suçları oluşturduğu ve bu suçlar arasındaki farkın ne olduğunu ortaya koyan hiçbir düzenleme ya da açıklık bulunmamaktadır. Yine aynı şekilde, "ilgili mevzuat" kavramı da belirsizdir. Oysa bir hukuk devletinde hukuk kurallarının belli ve öngörülebilir olması asgari koşuldur. Hangi fiilleri dolayısıyla bireylerin yaptırıma tabi tutulabileceklerini önceden öngörebilmeleri gerekir. Adı geçen kavramların içeriği ve ağırlığı belirli olmamakla birlikte uygulanacak yaptırımın ağırlığı bakımından da bir belirleme bulunmayıp tamamı aynı yaptırıma tabi tutulmuştur. Bu derece muğlak ve belirsiz bir düzenlemenin öngörülebilir olduğunu söylemeye olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle de hukuk devletine, temel hakların kanunla sınırlandırılması ilkesine ve suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık mevcuttur.

Bir başka nokta da Anayasa'nın 15. maddesine göre olağanüstü hallerde temel hakları sınırlayıcı nitelikteki tedbirlerin durumun zorunlu kıldığı ölçüyü aşmaması gereğidir. Burada öngörülen ölçülülük ilkesi Anayasa'nın 13. maddesinde olağan dönemler için öngörülen ölçülülük ilkesine göre daha sıkı kurallara tabidir, zira burada zaten olağan dönemde alınamayacak tedbirler alınmaktadır. Aşağıda ayrıca açıklanacağı gibi bireylerin itibar, özel hayat, çalışma, kamu görevine girme gibi pek çok anayasal hakkını esaslı bir şekilde etkileyen ve yukarıda belirtildiği gibi oldukça muğlak ve içeriği belirsiz bir düzenleme ile bu derece ağır bir yaptırımın öngörülmesi hiç bir şekilde olağanüstü halin zorunlu kıldığı bir tedbir olmadığı gibi olağan dönem açısından da kamu yararı ile birey hakları arasında makul bir denge gözettiğini söylemeye olanak yoktur. Bu nedenle iptali istenen düzenleme ve bu düzenleme çerçevesinde uygulanan kamu görevinden çıkarma işlemi ölçüsüz olup Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır. Öte yandan yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi iptali istenen kural ile Anayasa'nın 15/2. maddesinde öngörülen olağanüstü hallerde dahi dokunulamayacak haklara müdahale edilmiştir. Hem ceza normlarının geçmişe yürütülmezliği, hem de masumiyet karinesine müdahale edilmiştir.

Diğer taraftan iptali istenen kural ile Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı da ihlal edilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki yukarıda açıklandığı gibi iptali istenen kural ile görevine son verilen ve diğer yaptırımlara tabi tutulan kişilerin yargıya başvuru hakkı ortadan kaldırılmıştır ve bu durum adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkını ihlal etmektedir.

Diğer taraftan iptali istenen kural ile uygulanan yaptırımlar, adil yargılanma hakkı kapsamında cezai yaptırım niteliği taşımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Sözleşme'nin 6. maddesine ilişkin içtihadına bakıldığında suç ve ceza kavramlarının

özerk yorumlandığı ve iç hukukta ceza hukuku alanında kabul edilmese bile suçlamaların niteliği, uygulanan usul, uygulanan yaptırımların ağırlığı vb unsurları dikkate alarak Sözleşmenin ilgili güvenceleri kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Bu çerçevede kamu görevlilerinin görevine son verilmesi de suçlamanın niteliği ve yaptırımın ağırlığı dikkate alınarak Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında değerlendirilmiştir (*Matyjek/Polonya (dec.)*, no. 38184/03, 30.05.2006, para. 48-59).

İptali istenen düzenlemenin de göreve başlama süresinde esas alınacak kararların dayanağında, hem suçlamanın niteliği hem de yaptırımın ağırlığı dikkate alındığında cezai nitelik taşıdığına kuşku bulunmamaktadır. Ancak söz konusu yaptırımlar uygulanırken AİHS'in 6. maddesinde yer alan ve Anayasa Mahkemesinin 36. maddesi kapsamında değerlendirdiği usulü güvencelerden hiçbirine uyulmamıştır. İlgili kişilere suçlamalar bildirilmemiş, savunmaları alınmamış, tarafsız ve bağımsız bir soruşturma süreci yürütülmemiş, içeriği belirsiz ve muğlak ceza normu geçmişe yürütülerek uygulanmış ve sonuçta verilen karar için herhangi bir yargısal denetim olanağı tanınmamıştır. Bu nedenle adil yargılanma hakkı, cezai boyutu yönünden bir bütün olarak ihlal edilmiştir. Aynı şekilde kamu görevinden çıkarma ve diğer yaptırımların Sözleşmenin 6. maddesi bağlamında kişilerin medeni haklarına müdahale teşkil ettiğinde kuşku bulunmamaktadır. Aynı usulü güvenceler, medeni haklar bakımından da geçerli olup bu haklardan hiç birine riayet edilmemiştir. Bu nedenle adil yargılanma hakkı bir bütün olarak medeni haklar bakımından da ihlal edilmiştir. Sonuç olarak, Anayasa'nın 36. maddesi hem mahkemeye erişim hakkı, hem de medeni ve cezai yönden bir bütün halinde ihlal edilmiştir.

Gerçek bir savunma hakkı verilmeden uygulanan işlemlerin AİHS ve AİHM içtihatlarına aykırı olduğu ve ilgili kişilerin anayasal temel haklarını ihlal ettiği açıktır. Sözleşmede kamu görevine girme hakkı düzenlenmemiş olmakla birlikte AİHM kamu görevinden çıkarmalarla ilgili şikâyetleri Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında incelemiştir. Bu çerçevede temel usulü güvencelere ve savunma haklarına saygı göstermeden gerçekleştirilen kamu görevinden çıkarma işlemlerinin Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiği yönünde karar vermiştir (bkz. *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992, para. 29; *Sidabras ve Džiautas/Litvanya*, nos. 55480/00 ve 59330/00, 27.07.2004; *Pfeifer/Avusturya*, no. 12556/03, 15.11.2007, para. 35; *Özpınar/Türkiye*, no: 20999/04, 19/10/2010, para. 45; *D.M.T. and D.K.I./Bulgaristan*, no. 29476/06, 24.07.2012; *Oleksandr Volkov/Ukrayna*, no. 21722/11, 09.01.2013, para.165-166; *Şahin Kuş/Türkiye* no. 33160/04, 07.06.2016; *Kulykov ve Diğerleri/Ukrayna*, nos. 5114/09, 19.01.2017, para.138). Anayasa Mahkemesi de benzer yönde kararlar vermiştir (*Şengül Kayan*, B. No. 2013/1614, 03.04.2014, para. 66; *Serap Tortuk*, 2013/9660, 21.01.2015, para. 59-61; *Ata Türkeri*, B.No. 2013/6057, 16.12.2015, para. 52).

İptali istenen kural ile usulü güvencelere uyulmadan içeriği muğlak ve belirsiz bir norm geçmişe yürütülerek terör örgütleri ile bağlantıları olduğu şeklinde damgalanan hekimlerin toplum nezdinde itibarları zedelenmiştir. Bu nedenle pek çoğunun toplumda ayrımcı muamelelere maruz kalacağı açıktır. İlgili kişilerin SGK kaydına düşülen kayıt ile özel sektörde iş bulmaları neredeyse imkânsız hale getirilmiştir. Bu da ilgili kişilerin hukuki durumunu medeni ölüye dönüştürmüştür. Bu kişilerin çalışmadan ailelerini geçindirmeleri mümkün değildir. Bu kişilerin ve ailelerinin açlığa mahkûm edilmesi, hem itibar haklarına hem de maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına yönelik ağır bir ihlal oluşturmaktadır. Diğer taraftan bu durum özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının

da ihlalini teşkil eder. Bu nedenle iptali istenen kural Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerine aykırıdır. Her ne kadar iptali talep edilen düzenlemede belirli bir süre öngörülerek devlet mecburi hizmeti düzenlenmiş olsa da bu kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme ile özel hayatlarına saygıya yönelik anayasal güvencelerin ihlal edilmediği sonucunu doğurmaz.

Makedonya'da da, 2012 yılında çıkarılan arındırma kanununda Komisyonun bir kişinin işbirlikçi olduğunu tespit etmesi halinde bu kişinin, Kanun'un yürürlükte olduğu sürece (Komisyonun kurulmasından itibaren on yıl boyunca) kamu görevi yürütemeyeceği, ayrıca Komisyonun kararlarının internet sitesinde yayınlanacağı ve Parlamento'ya, hükümete ve seçim komisyonuna bildirileceği hükmüne yer verilmiştir. Komisyonun kararında işbirlikçi olarak tespit edilen kişinin kimlik bilgileri yer alacak, delil olarak kullanılan belgeler yayınlanacak ve incelemeye tabi tutulan kişiler sonuçtan haberdar edilecektir. Komisyonun kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğu kuralına yer verilmiştir. Venedik Komisyonu, 2012 tarihli Kanunla ilgili vermiş olduğu *amicus curiae* görüşünde kişilerin isimlerinin bir mahkeme kararı olmadan yayınlanmasının itibarlarına geri dönüşü olmayan zararlar vereceğini ve Sözleşmenin 8. maddesini ihlal edeceğini belirtmiştir. 2015 yılında çıkarılan ve 1 Eylül 2015 tarihinde yürürlüğe giren bir Kanun (Resmî Gazete 143/2015) ile 2012 tarihli Arındırma Kanunu yürürlükten kaldırılmış, bütün soruşturmaların sona erdiği ve Komisyonun görevinin sona erdiği hükme bağlanmıştır. Makedonya Anayasa Mahkemesi, 2010 yılında (24.03.2010, U.br.42/2008) 2008 tarihli Arındırma Kanunu'nun bazı maddelerini iptal etmiştir. Bunlar arasında İşbirlikçi olarak tespit edilenlerin isimlerinin Resmî Gazetede yayınlanmasına ilişkin hüküm de bulunmaktadır. Mahkeme bu hükmün kanunun işbirlikçilerin kamuda çalışmasını önleme amacı ile orantısız olduğuna ve gereksiz bir şekilde kişilerin manevi bütünlüğüne ve itibarına zarar verdiğine karar vermiştir. Görüldüğü gibi herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın kişilerin isimlerinin terörist veya işbirlikçi olarak kamuoyuna açıklanması, insan hakları normlarına ve hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan hekimler bakımından da Anayasa'nın 17. ve 20. maddeleri ile güvence altına alınan itibar ve özel hayata saygı haklarını ihlal edilmiştir.

Terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabiplerden Devlet hizmeti yükümlüsü olanlar, çıkarılma veya göreve alınmama kararının verildiği tarihin esas alınması, Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınan çalışma ve teşebbüs özgürlüğü hakkına müdahale oluşturmaktadır. Nitekim AIHM, eski KGB çalışanları için on yıl boyunca bazı özel sektör firmalarında çalışma yasağı getiren Litvanya kanununun sözleşmenin 8. maddesi ile bağlantılı olarak 14. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir (*Sidabras ve Džiautas/Litvanya*, nos. 55480/00 ve 59330/00, 27.07.2004). Mahkeme bu sonuca ulaşırken eski işgal gücünün gizli servisinde çalışan kişilerin ülkeye bağlılığı konusundaki kuşkuvarın, bunların özel sektörde çalışmalarına engel olmak için yeterli gerekçe oluşturmayacağı tespitinde bulunmuştur. İptali talep edilen düzenleme ile OHAL KHK'si ile getirilen güvenlik

soruşturması ve arşiv araştırması olumsuz sonuçlanan hekimlerin hizmetlerini icra etmeleri belirli süre ile yasaklanmıştır.

Nitekim bu hekimler, yukarıda da ayrıntılı olarak aktarıldığı üzere, usulü güvencelere uyulmaksızın kamu görevinden çıkarılmış veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmamıştır. Bu Anayasa'nın 70. maddesinde güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkına müdahale teşkil etmektedir. Anayasa'nın 70. maddesinde kamu hizmetine girme her Türk vatandaşı için bir hak olarak tanınmış ve kamu hizmetine girmede hizmetin gerektirdiği niteliklerin dışında hiçbir koşulun aranmayacağı belirtilmiştir. İptali istenen kural ile kamu görevine girme hakkına yapılan müdahale, ilgili maddede öngörülen koşullara uyulmadan yapılmış, ölçüsüz bir müdahaledir.

Terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan hekimlerin yanı sıra Devlet hizmeti yükümlüsü olan ancak güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayanlar da, iptali talep edilen düzenleme kapsamındadır. Yasal düzeyde, mevzuatta güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması, ilk defa 26/10/1994 tarihli ve 4045 sayılı Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli İle Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile yer bulmuştur. Bu Yasa ise, 2 madde ve 6 geçici maddeden oluşmaktadır. Yasanın ilk maddesi birinci fıkrasında, fıkrada sayılan görevlerde bulunanlarla alakalı güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması şartını getirmekte, ikinci fıkrasında iptali istenen kural yer almakta, üçüncü fıkrası ise bazı hususların alt düzenleyici işlemlere bırakılmaktadır. Söz konusu yetkiye dayanılarak da 25/10/2018 tarihli ve 30576 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 228 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararıyla anayasal açıdan yasa ile yapılması gereken birçok değişiklik, yürütme tarafından gerçekleştirilmiştir.

Yakın dönemde 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın Devlet memurluğuna alınacaklarda aranan genel ve özel şartları düzenleyen 48. maddesinde genel şartlar arasına önce 3/10/2016 tarihli ve 676 sayılı OHAL KHK'sının 74. maddesiyle, daha sonra bunu aynen kabul eden 1/2/2018 tarihli 7070 sayılı Yasa'nın 60. maddesiyle yapılan ekleme ile, "bütün memuriyetler için güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılmış olmak", genel bir şart olarak eklenmiştir. Diğer bazı yasal düzenlemelerde de güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması şartının koşulduğu meslek grupları belirtilmiştir. Bu bir OHAL düzenlemesi olup, Anayasa'ya aykırı olmasının yanı sıra, olağan döneme geçilmiş olmasına rağmen mevzuatta mevcudiyetini devam ettirmektedir. Bilindiği üzere olağanüstü hal düzenlemelerin temel niteliklerinden biri olağan üstü hal süresi ile sınırlı olmasıdır, bir başka deyişle geçicilik olağanüstü halde alınması gereken tedbirlerin ana özelliklerinden biridir. Olağanüstü dönem için bile ölçüsüz, temel hakların kullanılmasını ortadan kaldırır nitelikteki düzenlemelerin olağan dönemde yapılan düzenlemelerde esas alınması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz.

"Güvenlik soruşturması ile, bir kişi hakkında, bir kurum veya makamın talebi üzerine, belli bir amaçla kullanılmak üzere rapor düzenlenip ilgili makama iletilir. Amaç, kişinin, bir kamu hürriyetini kullanmasının "sakıncalı" olup olmadığının saptanmasıdır"

(O. Karahanoğulları, “Güvenlik Soruşturması”, AÜ SBF Dergisi, Cilt: 53, Sayı: 1-4, 1998).

Anayasa'nın kamu hizmetlerine girme hakkını düzenleyen 70. maddesi, “*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.*” hükmünü içerir. Anayasanın bütünlüğü dikkate alındığında memurluğa girişe ilişkin üç temel ilkenin olduğu kabul edilmektedir. Memurluğa girişin kişinin kendi isteğine bağlı olduğunu belirten *serbestlik* ilkesi (AY m. 18); kişiler arasında birtakım sebeplerle ayrımcılık yapılmaması ve koşulları taşıyan herkesin alınmasını ifade eden eşitlik ilkesi (AY m. 10 ve 70); ve görevin gerektirdiği niteliklerden başka niteliklerin aranmaması esasını kabul eden liyakat ilkesidir (AY m. 70) (Bkz., K. Gözler, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi 8. Baskı, 2009, s.633-634). Dolayısıyla kamu görevlilerinin alımında bu ilkeler çerçevesinde nesnel ve tarafsız ölçütlerin belirlenmesi, bu ölçütlerin kamu yararına uygun olarak, hukuku ve adaleti sarsmayacak şekilde uygulanması gerekir. Yasa koyucu kamu hizmetine girme koşullarını belirlerken bu Anayasal ilkelere uymak zorundadır.

Anayasa Mahkemesi de yasa koyucuya kamu hizmetine alımda aranacak koşulları belirlemede takdir yetkisi tanıdığını, ancak bu koşulların görevin gerektirdiği niteliklerle uyumlu olması gereği vurgulanarak takdirin sınırlandırıldığını kabul eder. “*Kanunların kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.*” Tam da bu nedenle AYM askerî hâkimlik mesleğine alınmada aranan “*askerliğini yapmamış olmak*” şartının, Anayasa 70. Madde bağlamında görevin gerektirdiği bir nitelik olduğu söylenemeyeceğini belirterek Anayasanın 2. ve 70. maddelerine aykırılığına karar vermiştir (E.2014/34, K.2014/79, 9.4.2014).

Mahkeme bir başka kararında ise liyakat ilkesini açıklamıştır: “*bir kamu hizmetine alınacaklarla ilgili yasal niteliklerle kısıtlamalar düzenlenirken, doğrudan doğruya, o hizmetin gereklerinin göz önünde tutulması, başka bir anlatımla konulan nitelik ve kısıtlamalarla hizmet arasında gerçeklere uyan, nesnel ve zorunlu bir neden sonuç ilişkisinin kurulması gereklidir ... (görevin gerektirdiği nitelikler sözcüğü) o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi bir biçimde yerine getirilmiş olmayacak demektir.*” (E.1979/19, K.1979/39, 9.10.1979). Kamu görevine girmeyi engelleyen ya da kamu görevinden çıkarılmaya neden olan bir hususun anayasada temel hakların sınırlandırılmasında temel ilke olan yasayla sınırlama kuralına uygun olabilmesi için kuralın kişilere öngörülebilirlik sağlaması zorunludur (Anayasa, md.13). Oysa yasalarda mevcut haliyle güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere temel esaslarını, ilkelerini ortaya koyan ve söz konusu işlemlerin çerçevesini çizen bir hükme yer verilmemiştir.

İptali talep edilen düzenlemede, ilgili mevzuata atıf yapılmaktadır. Her ne kadar maddeye konu düzenleme hekimlere ilişkin olduğu düşünülerek sağlık hukuku mevzuatı gelse de; madde aynı zamanda çalışma hak ve özgürlüğünü düzenlemekte bu bakımdan iş mevzuatını, ve bununla bağlantılı olarak sosyal güvenlik mevzuatını; terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu

karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan hekimleri ilgilendirdiği için olağanüstü hal süresince değiştirilen veya tesis edilen mevzuat ile de ilintili olabilecektir. İptali talep edilen düzenlemenin sadece lafzi yorumuyla bile kapsayabileceği mevzuat muğlaktır, bu sebeple hukuk devleti ilkesinin düzenlemelerin belirlilik olması unsuru ile çelişmektedir. İptali talep edilen düzenleme, bu bağlamda da Anayasanın 2. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Hekimlerin çalışmasına ciddi kısıt getiren düzenleme doğrudan hekimleri etkilemekte olsa da düzenleme aslında halkı doğrudan etkilemektedir. Bizzat halk sağlığı ve kamu yararı da bu düzenlemenin yasalaşması neticesinde ciddi zarar görecektir. Ülkemizde hali hazırda ciddi bir hekim açığı mevcutken, uzun bekleme sürelerinin kısaltılması için nitelikli hekim yetiştirilmesi konusuna hassasiyetle eğilmek gerekiyorken, düzenleme tam aksi bir anlayış ile binlerce yetişmiş nitelikli hekimin sağlık hizmeti alanından uzaklaşmasına sebep olacak, doktor başına düşen hasta sayısının artmasına, halk sağlığının bozulmasına yol açacaktır. Bu açık, kamudan özel sektöre geçişi artıracak, kamu kurumlarının sağlık hizmeti sunmasında önemli aksamalara yol açacaktır. Yeni açılan şehir hastanelerinin ihtiyacı olan kadroları bulmakta sıkıntı yaşanırken, mevcut kamu hastanelerindeki hekimler de kamudan uzaklaşmış olacaktır. Yaşanan sürecin sağlıkta şiddeti arttıracak bir olaylar silsilesine yol açacak olması ise üzerinde düşünülmesi gereken ayrı bir husustur. İlgili hekimler mecburi hizmet yükümlülüğü olanların belirlenen süreye tekabül eden 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 3. maddesinin birinci fıkrasında birinci grup ilçe merkezleri için belirlenen Devlet hizmeti süresi kadar müddetle mesleklerini icra edemeyecek olmaları bu hekimlerin mesleklerine ve uzmanlıklarına ilişkin bilgilerinin meslek hayatlarının başında en taze olduğu dönemde, bilgilerinin, el becerilerinin, mesleki yetkinliklerinin körelmesine de yol açacaktır. Mecburi hizmet kanununun gerekçesi bir cezalandırma değil, hekim ihtiyacı olan yerlerde bu ihtiyacın karşılanmasıdır. Devlet, halkın hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlüdür. Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Halk sağlığına doğrudan etki edecek olan düzenleme özellikle hekim ihtiyacının olduğu yerlerde yoksulluk ve yoksunluk içinde yaşayan yurttaşlar ile kırılğan grupları daha çok etkileyecektir.

Hekimlerin olağanüstü hal döneminde dahi alınmaması gereken belirsiz ve temel insan haklarını ihlal eder nitelikteki kararlar ile güvenlik soruşturmaları esas alınarak verilen kararlar dikkate alınarak, Devlet hizmeti süresinin sonunda mesleklerini icra edebilmelerinde kamu yararı gözetilmemiştir. Gerek yürütmenin gerek kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak kanun koyucunun, takdir yetkisini kullanırken belirli sınırlamalara tabi olduğu defaten Yüce Mahkemenin kararlarında da yer almaktadır. Takdir yetkisinin sınırlanmasına ilişkin ilk gözetilen kriter, kanun koyucunun takdir yetkisini kullanırken kamu yararını gözetmesi zorunluluğudur. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma yetkisine sahip olup, düzenlemenin kamu yararına, başka bir

anlatımla ülke koşullarına uygun olup olmadığının belirlenerek takdir edilmesi kanun koyucuya aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığı incelenebilir (29.3.2017 Tarihli, E: 2016/168, K:2017/82 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı). Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, hukuk devleti ilkesi; devletin tüm organlarının üstünde hukukun mutlak egemenliğinin bulunmasını, yasa koyucunun da her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı sayması sonucunu yaratan bir niteliktedir. Bu bağlamda yasa koyucunun yasal düzenlemelerin yapılmasındaki takdir yetkisi, sınırsız ve keyfi olmayıp, hukuk devleti ilkesiyle sınırlıdır. Bu bakımdan hekimlerin Devlet hizmeti yükümlülüklerine ilişkin süre belirlemelerinde kamu yararı bulunmamaktadır. Gerek terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan hekimler bakımından gerek güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan hekimler bakımından gerekse Devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirirken kamu görevinden çıkarılan hekimler bakımından süre hesaplamaları kamu yararı ile örtüşmediğinden hukuk devleti ilkesi ile çelişmekte, Anayasanın 2. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Sonuç olarak, iptali istenen kural Anayasa'nın 2., 10, 13., 17., 20., 36., 38., 48., 49., 70. ve 118. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

Özet olarak; madde 5 ile getirilen düzenleme, "geçicilik, kısmi olma ve yargı denetimine açık olma" özellikleri ile tanımlanan OHAL yönetiminin doğasına aykırı olduğu gibi, OHAL yönetiminin neden olduğu tahribatı, genişletme, derinleştirme ve kalıcı kılma tehlikelerini beraberinde getirmektedir.

Madde 5 düzenlemesi, hukukun genel ilkelerine, bilime ve uzmanlık ilkelerine aykırı olduğu gibi, liyakat, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı gibi Anayasa'nın ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu gibi, ülkemizin mahkeme kararları yoluyla yakın geçmişteki kazanımlarına da aykırıdır.

Madde metni, bir yasal düzenlemenin temel özellikleri olarak eşitlik, nesnellik ve soyutluk ilkelerine yabancı olduğu gibi; nitelik olarak da, öngörülebilir, ulaşılabilir ve anlaşılabilir olmaktan uzaktır. Ayrımcı, kategorize edici, öznel değerlendirmeler ile belli meslek mensuplarını anayasal haklarından yoksun kılıcı düzenlemeler, sadece Türkiye'nin taraf olduğu sözleşme ve uygulama organlarının belirlediği ilkelere değil, Anayasamıza ve hukuki kazanımlarımıza açıkça aykırılık göstermektedir.

Özellikle 15 Temmuz sonrası darbe girişimi bahane edilerek sürdürülen cadı avında sıklıkla kullanılan "irtibat ve iltisaklı olma" kavramı soyut, subjektif değer yargılarına dayalı içerikte olduğu için hukuk devleti ilkesi ile aleni bir çelişki içermektedir. İltisak ya da irtibat, hukuki ölçütlere vurulabilecek kavramlar olmamakla birlikte bu kavramlar, sadece çağdaş ceza hukukuna yabancı olmakla sınırlı kalmayıp, yürürlükteki Türk Ceza Hukuku kurallarına da aykırıdır.

İçerik olarak, madde, Anayasa madde 2'nin ve devamı maddelerin gereği olan erkler ayrılığı ilkesini kaldırıp, "yasama/yürütme ve yargı" erklerinin görev ve

yetkilerinin inkârı ile “cezalandırma” (daha doğrusu “yargısız infaz”) biçiminde bir düzenlemeyi yansıtmaktadır.

Hukuku, bilimi ve uzmanlık ilkelerini dışlayan bir düzenlemenin terörle mücadele ile ilgisi bulunmadığı gibi, tam tersine, toplumsal barışı dinamitleyici etkilere yol açar.

Toplumsal barış, liyakat gereklerini ortadan kaldıran ayrımcı düzenlemeler ile değil, ancak hukuka, bilime ve akla dönüş ile sağlanabilir. (Any. md.2)

Anayasa’nın 2 nci, 6ncı, 7, 8, 9 ve 10uncu, 11inci, 17 ve 20 nci, 38 ve 48inci, 49uncu, 56 ve 90ıncı, 118 ve 128inci maddeleri başta olmak üzere, Anayasa’nın özüne ruhuna ciddi aykırılıklar taşımakta, hukuk devletini derinden sarsma tehlikesi barındırmaktadır.

Cezalandırma (yargısız infaz), md. 2, hukuk devleti ile kural koyma yetkisi (md.7), kuralları uygulama yetkisi (md.8) ve denetleme-yargılama ve yaptırım uygulama yetkisi (md.9) şeklinde sırasıyla yasama, yürütme ve yargı organlarına verilmiştir. Oysa md.5, “yargısız infaz” yaptırımını bir yasa maddesi olarak düzenlemektedir.

Kaldı ki, ilgili maddede belirtilen değerlendirmeyi gerçekleştirecek kişi ve makam belli değildir. Oysa Anayasa madde 6’ya göre, “hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz”. Yine maddede yer alan “ilgili mevzuat” hükmü de belirsiz ve muğlak bir atıftır.

Düzenleme, Anayasanın “Kanun Önünde Eşitlik” başlıklı 10 uncu maddesine de açık aykırılık taşımaktadır. “Görev+yetki+sorumluluk” ilkesi yok sayılarak, sübjektif kriterler ve gerekçeler ile bu eşitliği bozucu tutum ve davranış geliştirme yetkisi verilmektedir.

Yine Anayasanın “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” başlıklı 11 inci maddesi de düzenleme ile açıkça çiğnenmekte, İdare, Anayasaya açıkça aykırı bir yetki ile donatılmak istenmektedir.

Düzenlemenin ihlal ettiği önemli bir Anayasa ilkesi de “Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar” başlıklı 38 inci maddesi gereğince “suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz” kuralının tersine, bahse konu düzenleme ile kişiler herhangi bir yargı kararı olmaksızın, bir OHAL KHK’si ile ya da sübjektif bir güvenlik soruşturması sonucunda suçlu ilan edilerek hak mahrumiyeti ile cezalandırılmak istenmektedir.

Yine Anayasa gereğince ceza sorumluluğu şahsi iken görevden çıkarma yaptırımı, mağdurun bakmakla yükümlü olduğu kişiler ile yakınlarını da sosyal ve iktisadi bakımdan cezalandıran bir hüküm niteliği taşımaktadır.

Anayasamızın, “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlıklı 48 inci madde açıkça “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir” derken; 49 uncu madde “Çalışma, herkesi hakkı ve ödevidir” der. Yine “Hizmete Girme” başlıklı 70 inci madde “Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez” der. Düzenleme bu üç hükmü de açık şekilde ihlal etmektedir.

“Güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabipler ve dış tabipleri” deyimi, Anayasal düzenlemelere aykırıdır.

Milli Güvenlik Kurulu bir karar mercii değildir. Bu nedenle, bu kullanım tarzı, Anayasa madde 118'e açıkça aykırıdır.

Yine Anayasamızın "Kamu Hizmeti Görevlileriyle İlgili Hükümler"ini düzenleyen 128 inci maddesi "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir" derken ilgili düzenlemede yer alan güvenlik soruşturması kriterinin bir OHAL KHK'sı ile mevzuatımıza girmiş olması da bir diğer açık aykırılıktır.

İhlaller, sağlık hakkı konusunda -nitelikli sağlık hizmeti sunma- olumlu yükümlülük altında olması bakımından Anayasa 56 ve 17'yi de kapsamına almaktadır. Bu itibarla, hak ve özgürlüklere saygı ve bunları koruma yükümlülüğü ötesinde, "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 çalışmak" la yükümlü kılınmıştır (md.5).

7151 sayılı yasanın 5. Maddesi, Anayasa madde 5'e aykırı olduğu gibi, madde 56 ve 17'ye de aykırıdır. Gerçekten; "Herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleme" yükümlülüğü altındaki Devlet ilkesini (md.56) zedelediği gibi, herkesin, "yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı" (md.17) nı ihlal etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı gibi uluslararası sözleşmelere aykırılık içeren düzenleme "usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı" hükmü gereği, Anayasa madde 90'a da aykırıdır.

Hekimlerin çalışmasına ciddi kısıt getiren düzenlemenin etkilediği kesim elbette yalnızca konunun öznesi hekimler ve dış hekimleri değildir. İHAS'ın birçok maddesi yanında özellikle "cezaların yasallığı" ilkesine (md.7) aykırıdır.

2) 15/11/2018 tarihli ve 7151 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 11. maddesi, 18. maddesi ve 19. maddesinin Anayasaya Aykırılığı

7151 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 11. maddesiyle 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanununun 5. ve Ek 1. maddeleri yürürlükten kaldırılmış; 18 ve 19. maddeleriyle de 3224 sayılı Türk Dışhekimleri Birliği Yasasının 42 ve 46. maddelerinde değişiklik yapılmıştır. İş bu dilekçemizin dava konusu, iptali istenen hükümler ile sonuç ve istem bölümlerinde sırasıyla (4) ve (5) numaralı istemleri oluşturan 18. ve 19. maddelerin anayasaya aykırılıkları, 11. maddenin anayasaya aykırılık gerekçeleri ile müşterek olduğu için bu bölümde açıklanmaktadır.

İptali talep edilen 11. madde ile 23/1/1953 tarihli ve 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanununun 5 inci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları ile ek 1 inci

maddesi yürürlükten kaldırılmaktadır. 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanununun ilgili maddeleri şu şekildedir;

Madde 5 – (Değişik: 11/12/1957 - 6909/1 md.):(Değişik birinci ve ikinci fıkra: 7/6/1985 - 3224/49 md.)Özel kurum ve işyeri tabipleri; çalıştıkları yerlerin sağlık hizmetlerinin başka bir yerde ikinci bir görev yapmalarına elverişli bulunduğu tabip odaları idare heyetince kabul edilmedikçe, her ne suretle olursa olsun, diğer bir kurum ve işyerinin tabipliğini alamazlar.

Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerine ait kadrolarda çalışan tabiplere kurumlarınca verilecek ikinci görevler bu hükmün dışındadır.

Tabip odaları idare heyetleri; tayin hususunda vaki müracaatları, iş hacmi, vazifenin tabipler arasında adilane bir surette tevzii, hizmetin iyi yapılması ve benzeri sebepler dairesinde tetkik eder ve esbabı mucibeli bir karara bağlar.

(Değişik: 7/6/1985 - 3224/49 md.) Gerek tabipler ve gerekse bunları istihdam eden bilim dairesi, müessese ve işyerleri, tayin, nakil, işten ayrılma ve sair suretlerle hasıl olan değişiklikleri en geç 15 gün zarfında mahalli tabip odalarına bildirmeye mecburdurlar.

Ek Madde 1 – (Ek: 11/2/1957 - 6909/2 md.; (Değişik: 23/3/2006 – 5477/10 md.)5 inci maddeye göre kayıtlı buldukları tabip odaları idare heyetinin muvafakatini almadan ek bir tabiplik vazifesi kabul eden veya bu Kanunun yayımı tarihinde uhdesinde birden fazla tabiplik vazifesi olup da üç ay zarfında bir beyanname ile keyfiyeti tabip odalarına bildirmeyen veya gerçeğe aykırı beyanname veren veyahut bu beyanname üzerine idare heyetinin vereceği karara uymayarak vazifeye devam eden tabipler, Haysiyet Divanınca o yılki en yüksek yıllık üye aidatının beş katı ile on katı arasında değişen para cezasıyla cezalandırılırlar.

Yukarıdaki fiillerden dolayı mahkûm olmasına rağmen, beyanname vermeyen veya hakikate uymayacak şekilde beyanname veren veyahut ek vazifeye devamda ısrar eyleyen veya bu vazifeyi bıraktığı halde idare heyetinin muvafakati olmadıkça başka bir ek vazife kabul eden tabipler hakkında Haysiyet Divanınca o yılki en yüksek yıllık üye aidatının on katı ile yirmi katı arasında değişen para cezasına hükmolunur.

Yürürlükten kaldırılan hükümler bütüncül değerlendirildiğinde özel kurum ve işyeri hekimlerinin çalıştıkları yer dışında görev yapmaları durumunda, bu tür çalışmaların sağlık hizmetlerine ve sağlık hizmet ortamına etkilerinin meslek odalarınca değerlendirilmesine ilişkin olduğu kolaylıkla tespit edilebilmektedir. İptali talep edilen düzenlemenin yasalaşması sürecinde, teklif sahipleri düzenleme gerekçesini, tabiplerin çalışma izinlerinin Sağlık Bakanlığı tarafından verilmesi olarak göstermişlerdir. Ancak kaldırılmak istenen hükümler, teklif sahiplerinin iddiasının aksine yalnızca salt bir bildirim alma ve düzenleme yapma yetkisi ile sınırlı değildir. Türk Tabipleri Birliği (TTB) ve tabip odaları ülkemizdeki hekimlerin hak ve yükümlülüklerini geçmişten gelen mesleki dayanışma anlayışı ile düzenleyen, gücünü ve yetkilerini doğrudan Anayasadan alan, ahilik anlayışını hekimlik mesleği çerçevesinde devam ettirmeye çalışan mesleki

örgütlenme kuruluşudur. Ayrıca TTB doğası gereğince halk sağlığıyla ilgili her tür olumsuz gidişatı da gözetip gerekli tedbirleri almak ve uyarıları yapmakla mükelleftir.

Türkiye'deki hekimlerin %80'inin yani 83 bin hekimin üye olduğu TTB ve tabip odaları kaldırılmak istenen hükümlerde yer alan yetkileri kullanırken kamu yararını birincil kriter olarak alır. İptali talep edilen düzenleme ile kaldırılan yetkiyi kullanırken TTB bir hekimin birden çok yerde çalışması durumunun sağlık hizmetlerine, sağlık hizmeti ortamına ve dolayısıyla kamu sağlığına olası etkilerini gözleterek hareket eder. Yetkinin kullanımında temel amaç kamu yararının sağlanmasıdır.

Sağlık Bakanlığı'nca kullanılan izin verme yetkisi çalışma belgesi verilmesinden ibarettir. Bu yetkinin kullanımını sırasında bu hekimlerin birden fazla yerde çalışmasının diğer sağlık kuruluşlarında çalışmalarına olan etkisi ve dolayısıyla sağlık hizmetlerinin akışına, bu sağlık hizmetlerinden yararlanacak olan hastalara etkisi dikkate alınmamaktadır. Ek olarak, Bakanlık tarafından düzenlenen çalışma belgesi yeni bir uygulama olmamakla birlikte tabip odaları tarafından kamu yararını önceleyerek yapılan değerlendirmelerin de alternatifi değildir. Hekimlerin birden fazla yerde çalışmasını düzenleyen Sağlık Bakanlığı yönetmeliği Danıştay tarafından iptal edilmiştir. Mevcut durumda kontrol sadece TTB tarafından sağlanmaktadır. Getirilen düzenleme ile TTB'nin kontrol mekanizması da ortadan kaldırılacağından denetimsiz bir alan ortaya çıkacaktır. Hiçbir kontrol mekanizması olmayacağı için bir hekimin haftalık çalışma müddetince Türkiye'nin dört bir yanında sınırsız kurumda çalışmasına da olanak tanınmış olacaktır. Hekimler zincir hastanelerde Türkiye'nin dört bir yanında çalışmaya zorlanacaktır. Özellikle cerrahi branşlarda operasyon sonrası oluşabilecek komplikasyonlar karşısında hastalar riskle karşı karşıya kalırken; Türkiye'nin herhangi bir bölgesinde operasyon yapan hekimine ulaşamayacaktır. Bu da telafisi mümkün olmayan zararlara sebebiyet verecektir.

İptali talep edilen 7151 sayılı Kanunun 18. maddesi şu şekildedir;

MADDE 18- 7/6/1985 tarihli ve 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanununun 42 nci maddesinin başlığı "Bildirim zorunluluğu" şeklinde değiştirilmiş ve maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır.

3224 sayılı Türk Dişhekimleri Birliği Kanununun iş bu değişiklikten önceki hali şu şekildedir;

İkinci görev yasağı ve bildirim zorunluluğu

Madde 42 – Özel kurum ve işyerinde görevli diş hekimlerinin bu görevlerini başka bir yerde de yapmaları, kayıtlı buldukları Oda Yönetim Kurulunca kabul edilmedikçe her ne suretle olursa olsun, diğer bir kurum veya işyerinin diş hekimliği görevini alamazlar.

Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerine ait kadrolarda çalışan diş hekimlerine, kurumlarınca verilecek ikinci görevler bu hükmün dışındadır.

Oda Yönetim Kurulları, ikinci görev konusunda başvuruları iş hacmi, ikinci görevlerin dış hekimleri arasında adil şekilde dağıtılması, hizmetin iyi yapılması ve benzeri hususları da gözönünde bulundurarak inceler ve gerekçeli olarak karara bağlar.

Gerek dış hekimleri ve gerekse bunları istihdam eden bütün özel kurum ve işyerleri tayin, nakil, işten ayrılma ve benzeri değişiklikleri en geç bir ay içinde buldukları yerin Odalarına bildirmeye mecburdurlar.

İptali talep edilen 7151 sayılı Kanunun 19. maddesi şu şekildedir;

MADDE 19- 3224 sayılı Kanunun 46 ncı maddesinde yer alan “42 nci maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarındaki hükümlere” ibaresi “42 nci maddesine” şeklinde değiştirilmiştir.

3224 sayılı Türk Dişhekimleri Birliği Kanununun iş bu değişiklikten önceki hali şu şekildedir;

Yasalara ve bildirim mecburiyetine uymayanlar

Madde 46 –(Değişik : 23/1/2008-5728/443 md.)Bu Kanununun 17 nci maddesinin dördüncü fıkrası ile 42 nci maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarındaki hükümlere uymayanlara mahallî mülkî amir tarafından bin Türk Lirası idarî para cezası verilir.

6023 sayılı Kanunun 5. maddesi ile 3224 sayılı Kanununun 42. maddesindeki ortak düzenlemeye göre özel sağlık kuruluşlarında çalışan hekim ve dişhekimleri mesleklerini başka bir sağlık kuruluşunda da yerine getirmek istedikleri takdirde ilgili oda; iş hacmi, işin iyi yapılması, ikinci görevlerin meslek mensupları arasındaki dağılımı ve benzeri ölçütlere göre değerlendirerek hekim ve dişhekimlerinin ikinci yerlerdeki çalışmalarının uygun olup olmadığına karar vermek durumundadır. 7151 sayılı Kanun ile kaldırılan bu hükümler, hekim ve dişhekimlerinin pek çok yerde çalışmalarının meslektaşlar arasında yaratacağı rekabet ve mesleğin yapılmasına etkilerinin ilgili oda tarafından değerlendirilmesine ilişkindir. Söz konusu değerlendirme ölçütleri bağlamında bakıldığında, odalara verilen bu yetkiyle, ikinci işler sebebiyle sağlık hizmetinin niteliğinin zarar görmesinin önlenmesi ile meslek mensupları arasında rekabetin önlenmesinin amaçlandığı görülmektedir.

Anayasa'nın 135. maddesine göre “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 tüzelkişilikleridir.”

6023 sayılı Kanuna göre, Türkiye sınırları içerisinde meslek ve sanatlarını icraya yetkili olup da sanatını serbest olarak yapan veya meslek diplomasından istifade etmek suretiyle resmi veya özel görev yapan tabiplerin katıldığı Türk Tabipleri Birliği; tabipler arasında mesleki deontolojiyi ve dayanışmayı korumak, tabipliğin kamu ve kişi yararına

uygulanıp geliştirilmesini sağlamak ve meslek mensuplarının hak ve yararlarını korumak amacıyla kurulmuş kamu kurumu niteliğinde mesleki bir kuruluştur.(m.1)

Aynı Kanununun 4. maddesine göre de Birlik, (a) Halk sağlığına ve hastalara fedakarlık ve feragatle hizmeti ideal bilen meslek geleneklerini muhafaza ve geliştirmeye çalışmak; (b) Azalarının maddi ve manevi hak ve menfaatlerini korumak ve bunları halkın ve Devletin menfaati ile en iyi bir şekilde denkleştirmeye çalışmak; (c) Halkın sağlığını korumaya, azalarını muayyen refah seviyesine ulaştıracak gerekli iş sahaları bulmaya, İş Kanunu ile sosyal kanunların ve bunlara bağlı nizamname ve talimatname hükümlerinin tatbikatında meslek ve meslektaşların hak ve menfaatlerini korumaya ve her türlü iş tevziinin adilane bir surette düzenlenmesine çalışmak görevlerini de yerine getirmekle yükümlü tutulmuştur.

Aynı şekilde Türk Diş Hekimleri Birliği de diş hekimliği mesleğine mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, bu mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ve hastaları ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak amacıyla kurulmuş kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşudur. (m. 3, 19)

Her iki meslek kuruluşu da Anayasanın 135. maddesi ile tanımlanan görevleri, yasayla verilen kamusal yetkileri kullanmak suretiyle yerine getirmekle görevlidir.

Tabip odası ve diş hekimleri odasının meslek mensubunun birden çok özel sağlık kuruluşundaki çalışmaları değerlendirip karara bağlama yetkisi, ilgili yasalarla verilen; mesleğin genel menfaatlere, kamu ve kişi yararına gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının hak ve yararlarını korumak ve meslek mensuplarının birbirleri ve hastaları ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak görevlerinin yerine getirilmesi için tanınmıştır.

Söz konusu görevler varlığını sürdürürken, bunun için gerekli yetkinin meslek kuruluşlarından alınması, Anayasa'nın 135. maddesine aykırı olduğu gibi bu kuruluşların anılan görevleri yerine getirmelerinde de önemli zorluklar yaratacaktır.

Belirli mesleklerin idare içinde özerk yapılanmalar olan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları vasıtasıyla düzenlenmesi ve denetlenmesi Anayasa'nın 135. maddesi gereğidir. Bu kuruluşlara Anayasa ile verilmiş olan işlevlerin kısıtlanması, bu başvuruya konu yasada, belirli bir alandaki denetim fonksiyonunun bütünüyle ortadan kaldırılması Anayasal bir kurumun işlevsizleştirilmesine neden olacak niteliktedir.

Anayasa Mahkemesi de, bir meslek odasının üyelerine verdiği bir belgeye ilişkin yetkilerinin kaldırılmasıyla ilgili yasal düzenlemenin denetiminde; meslek kuruluşları ile ilgili değerlendirmeler yapmış, yasal düzenlemelerle bu kuruluşların işlevsizleştirilmesinin Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir:

“Demokrasi, siyasal mekanizma dışında, aynı zamanda bir yaşam biçimidir. Bir meslek örgütüne üyelik, işlevsiz olur ve biçimsel üyelikten öteye geçemezse, demokratik bir örgütlenmeden de söz edilemez. Bu tür işlevsiz örgütlenmeler, kuramsal ve somut olarak var olmalarına karşın, gerçek anlamda varlıkları tartışmalı ve etkisiz hale gelir. Kamu hukuku kurallarına göre yönetilmesi anayasal güvence altında bulunan kamu

kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının işlev ve etkileri de hukukun koruması altındadır. 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, ilgili meslek kuruluşuyla organik bağlantının, meslek kuruluşunun kimlik ya da belgesinin esas alınması, diğer bir deyişle, meslekle ilgili faaliyetlerle meslek kuruluşu arasındaki olgusal bağın koparılmamasıdır.

Dava konusu kuralların, meslekle bağlantılı kimi alanlarda meslek kuruluşu tarafından verilen belgenin kullanılmasını sınırlandırması ve böylece mesleğin en önemli organının oluşumunu işlevsiz hale getirmesi, Ziraat Odalarının işleyişinde, demokrasiye ve hukuk güvenliğine aykırı düşen, demokratik örgütlenmenin sürekliliğini zaafa uğratan bir düzenlemedir.

Bu nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasanın 2 nci ve 135 inci maddelerine aykırıdır ve iptalleri gerekir.”(Anayasa Mahkemesi’nin 06.11.2008 t. E.2007/66 K.2008/157 sayılı kararı)

Yapılan bu değişiklikle, sağlık hizmetleri gibi, hizmeti sunan ile hizmetten yararlanan arasında önemli ölçüde bilgi farklılığı (asimetrisi) bulunan bir alanda, mesleki çalışmaların düzenlenmesine ilişkin bir olanak ortadan kaldırılmıştır. Sağlık hizmeti almak için başvuran kişilerin, alacakları sağlık hizmetinin niteliğini ölçebilmeleri, yapılması gereken işlerin zorunluluğunu değerlendirebilmeleri genellikle mümkün değildir. Bu bakımdan, benzer alanlar gibi sağlık hizmetinde de asıl olan hastanın sağlık kuruluşuna ve hekime güvenmesi; hekimin de mesleğini etik değerleri gözeterek uygulamasıdır. Bu durum hekim ve dış hekimlerinin bütün çalışmalarında geçerlidir. Ancak, birden çok yerde çalışma söz konusu olduğunda; hastaya ayrılacak zaman, gerektiğinde hastanın hekime ulaşabilmesi ve birden çok yerde yapılacak çalışmalarla ortaya çıkan rekabetin sağlık hizmetine olumsuz etkileri gözetilerek bu çalışmaların öncelikle ilgili meslek odası tarafından değerlendirilip uygun bulunması şartıyla söz konusu çalışmanın yapılabilmesi, sağlık hizmetlerinin niteliğinin korunması ve toplumun nitelikli sağlık hizmetinden yararlanması bakımından gereklidir. Anayasa, TBMM’ye yasama erkini, netice itibarıyla, kamu yararını sağlamak üzere vermiştir. Yapılan yasama işlemlerinin, kamu yararı amacına değil, öznel (subjektif) amaçlara yönelik olarak yapılması halinde ise yasama yetkisinin saptırıldığı belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesi de “*Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir*” (E.2014/34, K.2014/79, 9.4.2014) vurgusunu yapmıştır. Yapılan değişiklikler ile meslek örgütlerinin halkın yararına yönelik görevleri ve yetkileri kaldırılmaktadır. Kamu yararına aykırı bu düzenleme, Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ile de bu bağlamda çelişmektedir.

Açıklanan tüm bu nedenlerde iptali talep edilen düzenlemeler Anayasa’nın 2. ve 135. maddelerine aykırılık teşkil eder, iptali gerekir.

3) 15/11/2018 tarihli ve 7151 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 17. maddesi ile 28/3/1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununun ek 158

inci maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen “eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı, Sağlık Bakanının seçtiği bir üye” ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

İptali talep edilen ibare, üniversitenin yönetim organlarından biri olan Mütevelli Heyeti'nin yapısına ilişkindir. Beş üyeden oluşan mütevelli heyetinde Rektör, Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilen profesör unvanına sahip bir üye ile Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığı Yönetim Kurulunca belirlenen Sağlık Bilimleri Üniversitesi dışından bir üyenin yanı sıra eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı ile Sağlık Bakanının seçtiği bir üye de yer almaktadır.

Bilim özgürlüğü üniversitelerin bilimsel özerkliği birlikte değerlendirilmelidir. Günümüzde bilimsel özerkliği korumak daha fazla özeni gerektirmektedir. Çünkü yükseköğretim kurumlarının teşkilat ve denetimine ilişkin anayasal düzenlemeler yasal düzenlemelerle birlikte ayrıntılı bir sınırlama korsesi oluşturmaktadır. Bilim özgürlüğü devletin desteğine diğer özgürlüklerden daha çok gereksinim duyar. Nitekim, siyasal etki tehlikesi bilim özgürlüğünü zayıflatır.

Bilimsel özerkliğe müdahale niteliği taşıyabilecek herhangi bir düzenleme bu bağlamda, bilim özgürlüğünün sınırı olarak değerlendirilemez. Nitekim üniversitelerin, üniversite vasfı taşıyabilmesi ancak bilimsel özerkliğe sahip olmaları ile mümkündür. 1961 Anayasası bağlamında Anayasa Mahkemesi üniversitelerin sahip olması gereken ilkeleri şu şekilde belirlemiştir:

Anayasa açısından üniversite kavramını belirleyecek ölçülerden birisinin yasa ile üniversite adı altında kurulmuş bulunma ölçüsü olduğu, yasa ile kurulmuş olsalar bile üniversite adı altında kurulmuş bulunmayan yükseköğretim ve eğitim kurumlarının üniversite sayılmayacağı ileri sürülebilir. Şunu belirtelim ki, yasalarla üniversite adı altında ve Anayasa'nın 120. maddesindeki ilkeler doğrultusunda kurulan kurumların Anayasa açısından üniversite sayılacakları herkesin tartışmasız kabul edeceği bir gerçektir. Ancak bunun dışında kalan belli nitelikteki bir takım yükseköğretim kurumlarının dahi üniversite sayılıp sayılmayacaklarının belirlenmesi için Anayasa'nın 120. maddesindeki ilkelerin neye dayanılarak konulmuş buldukları araştırılmalıdır.

a) Çağdaş uygarlığın temeli, insanların davranışlarında, eylemlerinde akli egemen kılımlarıdır. Bunun yolu ise bilimsel çalışma yoludur; bu yolun kılavuzu olan ilke de bilimin insanların yaşamasında gerçek yol gösterici sayılması ilkesidir. Bu ilkenin eylemli olarak uygulanabilmesi için toplumun yapısının kilit yerlerinde bilimsel gerçeği arayıp bulabilecek, uygulayabilecek ve bütün düşünce ve davranışlarında bilimsel gerçeğin isterlerinden ayrılmayacak kişilerin bulunması, bunun sağlanması için de bu nitelikte kişilerin yetiştirilmiş olması zorunludur. Bilimsel çalışma, yalnız aklın ve gözlemin biçimlendirdiği bir çalışma olması dolayısıyla böyle bir çalışmaya ve bilimsel yolda eyleme yönelecek kişilerin bilimsel gerekler dışında bir etki ile karşılaşmaksızın yetiştirilmeleri temel bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Yalnızca bilimsel ve nesnel ölçülere göre biçimlendirilmiş bir öğretim ve eğitimin gerçekleştirilmesi, toplumsal açıdan büyük önem gösteren alanlardaki yükseköğretim ve eğitimin gerek siyasal çevrelerin ve özellikle siyasal iktidarın, gerekse toplumdaki çeşitli kümelerin etkilerinin dışında tutulmuş bir öğretim ve eğitim düzeni ile olabilir. Bu düzenin gerçekleştirilmesi

düşüncesi üniversitelerin Devletçe ve yasa ile kurulması ve üniversitelerin yönetsel ve bilimsel özerklikle donatılması ilkelerinin ortaklaşa gerekçesidir.

Aşağıdaki b bendinde Devletçe kurulma ilkesine, başka deyimle Devlet tekeli ilkesine, c bendinde özerklik ilkesine temel olan Özel gerekçeler açıklanacaktır.

b) Toplumdaki çeşitli kümelerin toplum açısından önemli alanlardaki yükseköğretimi etkilemesini önlemek için Anayasa'nın 120. maddesinde üniversitelerin ancak Devlet eli ile ve yasa ile kurulması öngörülmüştür. Gerçekten üniversitelerin ancak Devletçe ve yasa ile kurulabileceği ilkesi, özel kişilerin üniversite açmalarını yasaklamakta ve böylelikle bir takım yarar veya düşünce topluluklarının kendi çıkarlarına uygun ve tek yanlı bir yüksek eğitim ve öğretim vermelerini önlemektedir.

Temsilciler Meclisindeki görüşmelerden anlaşıldığı üzere (Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, cilt 4, S. 28-45 ve 389-400) üniversite açılmasının Devlet tekeline verilmesinin bir gerekçesi de yabancıların Türkiye'de yüksek eğitim yerleri açma yolu ile Türk kültürünün zararına ve kendi kültürleri yararına işleyen bir eğitim ve öğretim sağlamalarını önlemektir.

c) Üniversitelere yönetim ve bilim açısından özerklik tanınmasının gerekçesi ise siyasal çevrelerin ve özellikle iktidarın üniversite çalışma, öğretim ve eğitimi etkisi altında bulundurma yolunu kapamak ve üniversite çalışmalarıyla öğretim ve eğitimi her türlü dış etkiden uzak bir ortam içinde sürdürmektir. Her siyasal kuruluşun kendisine göre birtakım görüşleri ve anlayışları vardır ve bu kuruluşlar eğitim ve öğretimi kendi görüş ve anlayışları doğrultusunda etkileme eğilimini gösterebilirler. Oysa toplumsal açıdan çok önemli bulunan alanlarda görev alacak yetenekli kimselerin yetiştirilmesi, (Az yukarıda da belirtildiği gibi) bunların yalnızca nesnel ve bilimsel düşüncelere dayanan bir eğitim ve öğretimden geçmiş bulunmalarına bağlıdır. Her ne kadar bilimin ilerlemesi ile bilimsel gerçeklerde de birtakım değişimler olabilmekte ve olmakta ise de bu değişimlerin nedeni siyasal çevrelerin ve özellikle iktidarların ya da çeşitli kümelerin düşünceleri değildir ve bu türlü değişimler, toplum için zararlı değil, ancak yararlı olabilir.

ç) Anayasa'nın 120 nci maddesindeki üniversitelerin Devletçe ve yasa ile kurulması, yönetim ve bilim yönlerinden özerk olması ilkelerinin, bilimsel gerekler dışındaki etkilerden uzak tutulmuş bir çalışmayı öğretimi ve eğitimi sağlamak ereği ile benimsendiği. Anayasa Mahkemesinin bundan önce vermiş olduğu iki kararının gerekçelerinde de açıkça bildirilmiştir. (Esas 65/32,.Karar 66/3 sayılı, 4/2/1966 günlü karar - Resmî Gazete sayı 12317, gün 8/6/1966, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi sayı 4, S. 33 ve sonra; Esas 67/32, Karar 68/57 sayılı, 3/2/1968 günlü karar Resmî Gazete sayı 13346, gün 8/11/1969, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi sayı 7, S. 84 ve sonrası)- Böylece Anayasa Mahkemesinin bu konuda, şimdiki kararda belirtilen görüşü, bundan önce belirtmiş olduğu düşüncelerinin aynıdır.

d) Anayasa'nın 120 nci maddesindeki Devlet tekeli ve özerklik ilkelerinin benimsenmesine temel olan düşünce, toplum yapısının kilit yerlerinde görev alacak kişilerin yalnızca bilimsel gereklere uygun biçimde ve bilimsel istekler dışında kalan etkilerden uzak olarak yetiştirilmesi olunca, toplumun kilit yerlerinde görev alacak kişileri yetiştiren ve fakat adı üniversite olmayan bütün kurumların Anayasa'nın 120 nci maddesine göre üniversite niteliğinde sayılması gerekir, başka deyimle üniversite diye

anılmayan, ancak verdiği yükseköğretim, nitelikçe üniversite öğretimi olan veya bu öğretimin sonuçlarını sağlayan bütün kurumlar, Anayasa'nın 120 nci maddesi açısından üniversite kavramı içinde sayılmak gerekir.

e) Hukuk düzeni bir kurum için kural koyarken bu kurumu tanımlamazsa, koyduğu kurala o kurumun toplumsal alanda geçerlikte bulunan tanımını temel tutmuş ve o kurumun toplum içindeki görevini yapan bütün kurumları o kurala bağlamak istemiş demektir. Gerçekten hukuk kuralları toplumsal ilişkileri düzenleyen ve genellikle yaptırıma bağlayan kurallardır. Öğretim ve eğitim kurumlarının toplumsal görevi ise genellikle nitelikli adam yetiştirmek ve yetişenlere belli yetkiler sağlayan belgeler vermektir. Nitelikli adam yetiştirilmesi, belli dersleri okutmak, belli uygulamaları yaptırmak yoluyla, yetişenlere belge verilmesi ise belli öğretim dönemi içinde ve sonunda öğrencileri belli kuramsal ve uygulamaya ilişkin sınavlardan geçirmek ve sınavların sonucunda başarıyı saptamak yolu ile olur. Eğitim ve öğretim kurumlarının toplumsal görevi belli dersleri okutmak ve belli sınavlardan geçirdikten sonra belli yetkiler sağlayan belgeler vermek olduğuna, Anayasa'nın 120 nci maddesinde üniversitenin her şeyden önce bir öğretim kurumu olarak göz önünde tutulmuş olduğuna ve onun tanımının ancak toplumsal görevine bakılarak yapılmasının zorunlu olmasına göre Anayasa'nın 120 nci maddesince üniversite demek, yalnız üniversite adını taşıyan kurumlar demek değildir; üniversitelerin toplumsal görevini yapan, başka deyimle, hiç olmazsa temel çizgileri bakımından üniversite öğretim ve eğitimi sağlayan, üniversite diplomasına eşit değerde diploma veren ve ancak adı üniversite olmayan yüksek öğretim ve eğitim kurumları da bu tanımın kapsamına girmektedir (Anayasa Mahkemesi Kararı, 1969/31 E., 1971 /3 K., 12/1/1971 tarih).

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde oluşturduğu bu çerçeveyi defaten vurgulamıştır.

1982 Anayasasının Yükseköğretim Kurumları başlıklı 130. maddesinin birinci fıkrası "Çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler Devlet tarafından kanunla kurulur" şeklindedir. 1982 Anayasası'nın "Yükseköğretim Kurumları" başlıklı 130. maddesinin gerekçesi ise şu şekildedir;

"Üniversitelerin bilimsel özerkliğe sahip kamu tüzelkişileri olarak Devlet eliyle ve kanunla kurulabileceği ilkesi getirilmiştir.

Üniversitelerin, Devletin gözetim ve denetimi altında, kendi organları eliyle yönetilmesi, öğretim üye ve yardımcılarının göreve alınmaları, yükseltilmeleri ve görevlerine son verilmesinin kendi organları tarafından yürütülmesi de bilimsel özerkliğin bir gereği olarak belirtilmiştir.

Üniversitelerde öğretim ve eğitimin özgürlük ve güvenlik içinde yürütülmesi, yurt düzeyinde yaygınlaşan üniversitelerin öğretim üye ihtiyaçlarının dengeli biçimde, ülke ihtiyaçları ve kalkınma planı gerekleri dikkate alınarak karşılanması konularının ve genel olarak Devletin üniversiteler üzerindeki gözetim ve denetim yetkilerinin düzenlenmesi konuları, bilimsel özerklik dikkate alınmak suretiyle kanun koyucuya bırakılmıştır.

Getirilen düzenleme ile üniversiteler ve diğer yükseköğretim kurumları, Atatürk inkılapları ve ilkeleri doğrultusunda Türk Milletinin millî değerleri ile çağdaş bilim ve teknolojinin gereklerine uygun eğitim ve öğretime hizmet eden kurumlar olarak düşünülmekte; Türkiye Cumhuriyeti Devleti hizmetinde hür, bilimsel düşünme yeteneğine ve geniş dünya görüşüne sahip bir kuşak yetiştirilmesi amaçlanmaktadır."

Bu bağlamda, Anayasa'nın 130. maddesinin birinci fıkrasında amacı ve işlevi belirtilen üniversitelerin taşınması gereken zorunlu niteliklerin yine bu fıkrada şu şekilde yer aldığını söylemek yanlış olmayacaktır;

- a. Değişik birimlerden oluşmak,
- b. Kamu tüzelkişiliğine,
- c. Ve bilimsel özerkliğe sahip olmak,
- d. Devlet tarafından,
- e. Ve yasayla kurulmak,

Bir yapının yasa ile kurulup adına üniversite denilmesi ile o yapı üniversite niteliği taşımaz. Nitekim "Üniversiteler, sadece günlük teknik gereksinimleri karşılayan bir yükseköğretim durumunda da değildirler; ülkenin içindeki ve dışındaki bilimsel hareketleri ve gelişmeleri izlemek ve incelemek kurumlar hakkında bilimsel araştırmalar, değerlendirmeler ve eleştiriler yapmak, böylece ülkenin bilimsel, teknik, ekonomik, sosyal, kültürel ve hukuki gelişmesine katkıda bulunmak zorundadırlar. Bu günün üstüne çıkamayan, yurttaki hareketleri izleyip eleştirmeyen bilimsel verileri yayınlama gücünden yoksun ve sadece olanı öğretmekle yetinen, yaratıcılık gücü olmayan kuruluşlar, adı ne olursa olsun, gerçek anlamda üniversite sayılamazlar (Anayasa Mahkemesi Kararı, 1976/1 E., 1976/28 K., 25/5/1976 tarih).

Anayasa Mahkemesi daha yakın tarihli bir kararında üniversiteler ve bilimsel özerkliği şu şekilde yorumlamıştır;

"Anayasa'nın 130. maddesi, üniversitelerin yine bir hukuk devletinin üniversitesine yaraşır biçimde, uygar ve evrensel karakterde öğretim-egitim, araştırma ve yayın konularında bilimsel özerkliğe sahip bir kamu tüzelkişisi biçiminde kurulmasını ve Cumhuriyetin temel organları içinde bu niteliğiyle yer almasını istemiş, üniversitelerin öğretim üyeleri ve yardımcılarını kapsayan kendine özgü önem ve değerinde bir meslek sınıfı düşünmüş ve buna göre düzenlemeler yapmıştır.

Anayasa'nın 130. maddesinde, üniversitelerin, bilimsel özerkliğe sahip kamu tüzelkişileri olarak tanımlanması ve bunların ancak Devlet tarafından yasayla kurulabileceklerinin saptanması ile güdülen ereğin, siyasal çevrelerin, özellikle iktidarların ve ayrıca çeşitli baskı gruplarının, üniversite çalışmalarlarıyla öğretim ve eğitimini etki altında tutabilmeleri yolunu kapatmak ve bu faaliyetlerin bilimsel gerekler ve gereksinimlerden başka, herhangi bir dış etkiden uzak kalacak bir ortamda sürdürülmesini sağlamak olduğunda kuşku yoktur.

... Anayasa üniversitelere bilimsel özerklik tanımıştır. Üniversitelerin, Anayasal ilke ve gereklere bağlı olacaklarından, devrim yasalarına, bu arada özellikle Öğretim

Birliği Yasası'na özenle uyacakları kuşkusuzdur. Üniversitelerin bilimsel özerkliği benimsenirken güdülen erkek, üniversite öğretimi niteliğindeki yükseköğretimi siyasal çevrelerin ya da çeşitli çıkar veya düşünce kümelerinin dışında tutmaktır. Her türlü bilimsel görüş ve düşüncelerin öğrenilmesi ve öğretilmesi, bunun yayılması ve özgürlük olarak demokratik düzende yerini bulmuş ve "düşünce özgürlüğü"nü varlığını ortaya koymuştur. Eğitim ve öğretim özgürlüğü düşünce özgürlüğünün bir bölümünü oluşturmaktadır. Anlaşılmaktadır ki, Devletin sadece eğitim ve öğretim özgürlüğünü kabul etmesi yeterli bulunmayıp, bu özgürlükten bütün kişilerin yararlanabileceği bir düzen kurmakla yükümlü kılınması öngörülmüştür.

.... Anayasa'nın 130. maddesinde açıklanan bu hükümler; maddenin birinci fıkrasında sayılan amaçlar ile yasayla kurulma, kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip olma, üniversitelerin ülke sathına dengeli bir biçimde yayılmasının gözetilmesi kuralları ve üniversite elemanlarının serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilmeleri ve bunun sınırı, üniversite yönetim ve denetim organlarının ve öğretim elemanlarının Yükseköğretim Kurulu'nun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne suretle olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılmayacaklarına ilişkin güvence ile yükseköğretim kurumlarının örgütlenmeleri ve işleyişleriyle ilgili olarak maddenin dokuzuncu fıkrasında sayılan konuların da yasayla düzenlenmesi zorunluluğu olarak gösterilebilir. Bu ilkeler, ister Devlet, isterse vakıflar tarafından kurulsun, tüm yükseköğretim kurumlarına yönelik kurallardır.

Anayasa'nın 130. maddesi, üniversite çalışmalarını, eğitim ve öğretimin her türlü dış etkiden uzak, bilimin gerektirdiği yansız ve baskısız bir ortam içinde yapılmasını sağlayacak biçimde düzenlenmiştir. Anayasa'da, üniversiteler konusunda yasama organını bağlayan ilkeler ve hükümler 130. maddede ö/el olarak belirtilmiştir. Bu ilkelere dayanarak kurulan ve Devlet yapısıyla bilim kuruluşları içinde yer alan üniversiteye, Devletin herhangi bir yönetim kademesinin, bu kurullarla bağdaşmayacak müdahaleler yapmasına ve böyle bir karışmaya olanak verecek yasal düzenlemelerde bulunulmasına yer yoktur. (Anayasa Mahkemesi Kararı, 1990/2 E., 1990/10 K., 30.5.1990 tarih)

Anayasa'nın 130. maddesinin birinci fıkrasında, üniversitelerin bilimsel özerkliğe sahip kamu tüzelkişileri olarak tanımlanması ve bunların ancak Devlet tarafından yasayla kurulabileceklerinin saptanması ile güdülen ereğin, siyasal çevrelerin, özellikle iktidarların ve ayrıca değişik baskı gruplarının, üniversite çalışmalarınıyla öğretim ve eğitimini etki altında tutabilme yolunu kapatmak ve bu çalışmaların bilimsel gerekler ve gereksinimlerden başka, herhangi bir dış etkiden uzak kalacak bir ortamda sürdürülmesini sağlamak olduğunda kuşku bulunmamaktadır (Anayasa Mahkemesi Kararı, 1993/25 E., 1994/2 K., 25.1.1994 tarih). Ancak iptali talep edilen düzenleme ile mütevellî heyeti siyasal erk temsilcileri de dahil edilerek oluşturulmuştur, bu düzenleme tam olarak siyasal iktidarın bilimsel gerekler ve gereksinimleri dikkate almadan bilimsel özerkliği yok sayarak bilim özgürlüğüne müdahalesi anlamına gelmektedir. Bilimsel özerklik, kuruluştan işleyişe değin, bilimin gerektirdiği özgürlük ortamının tüm çalışmalarla yönetimde bir yaşam biçimi olarak sağlanmasıdır. Üniversiteler, en üst düzeydeki bilim kuruluşlarıdır. Özgür toplumun bilim alanındaki simgeleridir. Yönetim yapısı ve biçimi, üniversitenin niteliğini açıklar. Bilgi edinme, bilgi üretme ve insan yetiştirme amacının ortaya çıkardığı yapının, araştırma, deneyim ve tüm çabalarla gerçeği bulma ereğine özgün bir kurum olduğu göz ardı edilemez. Özetlenen bu özellikleriyle üniversite, bilimi yaşama katan, usun öncülüğünü, düşüncenin aydınlığını somutlaştıran

kurumlardır. Varlığının temeli kendi toplumu olmakla birlikte, amaç ve işlevinin gerektirdiği atılımlar ve devingenlikle onun önünde yürürler. Kurumlaşmış gelenek ve ilkeleriyle toplumun itici gücüdürler. Anayasa gerekleriyle uyumsuz bir üniversite yapısına geçerlik tanınmaz. Üniversitede devlet yönetimindeki sıralama türünde bir yönetim biçimi, düşünce üretimine, özgür düşünce ve özgür çalışmaya elverişli bir ortama engeldir. Bilimsel çalışmalarının, bilimsel yönetim ve bu özelliğe uyumlu olmak gerekir. Danışmanın, dayanışmanın ve kimi günde yarışmanın yerini akçalı olanaklara dayanan biçimsel üstünlük çabaları alırsa, bilgi ve bilim yerine görüntü egemen olur. Nesnel kurallara uymayıp öznel kuralları yeğleyerek özel konumlu üniversite oluşturmak Anayasa'nın öngördüğü üniversite yapısıyla bağdaşmamaktadır (Anayasa Mahkemesi Kararı, 1991/21 E., 1992/42 K., 29.6.1992 tarih).

Nitekim Anayasa Mahkemesi, 27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'a dair yaptığımız iptal başvurusunda, yukarıda yer verilen yerleşik içtihat ile uyumlu şekilde, Mütevelli Heyetine, Üniversite yönetiminde söz hakkı tanındığı vurgusunu yaparak (paragraf 47), bilimsel özerkliğe yapılacak müdahalenin idari ve mali özerkliği de olumsuz şekilde etkileyeceğini belirtmiştir (2015/61E., 2016/172K., 2.11.2016, R.G. 9/12/2016/29913).

Tüm bu açıklanan sebeplerle iptali talep edilen düzenleme Anayasanın 27. ve 130. maddelerine aykırılık teşkil eder, iptali gerekir.

6) 15/11/2018 tarihli ve 7151 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 26. maddesiyle 24/11/2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3. maddesine eklenen "Aile hekimleri ferden veya müştereken personel çalıştırabilir ve işveren olabilir" fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

İptali talep edilen düzenleme, aile hekimlerinin ferden veya müştereken personel çalıştırabilirmesi ve işveren olabilmesini düzenlemektedir. Bilindiği üzere, birinci basamak sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi, birey ihtiyaçları doğrultusunda koruyucu sağlık hizmetlerine ağırlık verilmesi, kişisel sağlık kayıtlarının tutulması ve bu hizmetlere eşit erişimin sağlanması amacıyla aile hekimliği hizmetleri mevzuatımızda düzenlenmiştir.

24/11/2004 tarih ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun tanımlar başlıklı 2. maddesi uyarınca aile hekimi; kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini yaş, cinsiyet ve hastalık ayrımı yapmaksızın her kişiye kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekânda vermeye yükümlü, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti veren ve tam gün esasına göre çalışan aile hekimliği uzmanı veya Sağlık Bakanlığının öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip veya tabip olarak belirlenmiştir.

İşçi alacağına ilişkin davanın temyiz incelemesinde Yargıtay aile hekimliğinin işveren olma niteliğini kapsamlı şekilde tartışmıştır.

Kişinin sağlık hakkı, sağlıklı olma hakkı ve sağlık hizmetlerinden yararlanma haklarını kapsar. Devlet vatandaşının sağlık hizmetlerinde yararlanması için gerekli

tedbirleri almak zorundadır. Bu kapsamda da T.C. Sağlık Bakanlığı tarafından yürütülen Aile Hekimliği Uygulaması getirilmiştir. Aile hekimi, bu kapsamda devletin görevi olan sağlık hizmetini sunmasında “organ” olarak görev yapmaktadır. Bu anlamda yapılan işin kamu hizmeti, Hekiminde kamu görevlisi olduğu açıktır.

Yasal mevzuat hükümleri dikkate alındığında, aile hekimliği ve aile sağlık elemanları için önce sözleşme, sonra faaliyetin gösterileceği uygun bir yerin (işyeri) oluşturulması ve düzenlenmesi gerekecektir. Sözleşme, çalışma şartları, çalışacakların nitelikleri ve ücretleri yukarıda belirtilen ve T.C. Sağlık Bakanlığı tarafından uygulanan mevzuat hükümleri ile belirlenmiştir. Aile Hekimliğine dönüştürülen ya da yeni kurulan işyerinin 4857 sayılı İş Kanunu ve 5510 sayılı kanun kapsamında bir işyeri olduğu açıktır. Ancak bu işyerinin sözleşme imzalanan aile hekimine mi, yoksa yasal koşullarını belirleyen Bakanlığa mı ait olacağı çözülmesi gereken bir sorundur.

Ticari ve mesleki faaliyette bulunmanın amacı bu yolla gelir elde etmektir. Bu bir serbest faaliyet olarak kabul edilir ve bağımsız işyeri ve işveren olmada bir kriter olarak kabul edilir. Bir gelir elde etme amacını taşımadan yapılan faaliyetin ticari veya mesleki olduğu söylenemez. Aile hekimleri, çalışılmaları sırasında sağlık hizmeti verdikleri kişilerden hiçbir şekilde ücret alamazlar. O nedenle aile hekimlerinin işveren, aile hekimliğinin Vergi Usul Kanunu ve Gelir Vergisi Kanunu yönünden ayrı bir işyeri olmadıkları açıktır.

İş hukuku ve 4857 sayılı İş Kanunu yönünden değerlendirmede ise; ilgili hükümler değerlendirildiğinde bu işyerinde çalışan aile sağlık elemanları, sevk ve idare yönünden aile hekimlerine bağlı olmakla birlikte çalışma koşullarının Bakanlık tarafından belirlendiği, ücretlerini aile hekimlerinden değil, aile hekimi gibi sağlık müdürlerinin onayı ile devletten aldıkları, bu anlamda aile hekiminin işveren vekili konumunda kaldığı, işverenin Bakanlık olduğu kabul edilmelidir. (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2018/7550 E. , 2018/16826 K.)

Yargıtay’ın yaptığı değerlendirmede aile hekimlerinin kamu görevlisi olduğu ancak işveren olmadığı vurgulanmıştır. Aile hekimlerinin işveren olmaması, Sağlık Bakanlığı’nın işveren konumunda olması sağlık gibi yaşamsal önemi olan bir hakka yönelik ihlallerin veya ihmallerin önüne geçilmesini sağlamaktır. Her bir aile hekiminin ferdin veya müştereken personel çalıştırabilmesi sağlık alanında yeni bir “taşeronlaşma” anlamına gelmektedir.

1982 Anayasası’nın 56. maddesinde “Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması” başlığı altında: “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.” Birinci basamak sağlık hizmeti, yerelde halkın sağlık hizmetlerine erişimini kolaylaştırmakta, devletin alacağı koruyucu ve önleyici sağlık tedbirlerinin ivedilikle uygulanmasını ve herkese erişmesini sağlamaktadır. Bir başka deyişle, Anayasanın 56. maddesinde güvence altına alınan sağlık hakkının en önemli unsurlarından birini birinci basamak olarak belirlenen aile hekimliği ve aile hekimleri yapmaktadır. Bu alanda, hekimlerin işveren haline getirilmesi, aile hekiminin elden, direkt hizmet verdiği kişilerden ücret almaması veya fatura karşılığında gelir elde etmemesiyle çelişmektedir. Hekimi işveren haline getiren bu düzenlemede herhangi bir kamu yararı da bulunmamaktadır. Nitekim iptali talep edilen iş bu düzenlemeden önce Sağlık Bakanlığı sorumlu iken şimdi sorumluluk

aile hekimlerine tevdi edilmektedir. Devlet etkinliklerinin düzenle sürdürülmesine engel teşkil edebilecek, kamu yararına amacı taşımayan, kamu hizmetinin nitelikleriyle bağdaşmayan bu düzenlemenin Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ile de bağdaştırılması imkansızdır.

Tüm bu açıklanan sebeplerle iptali talep edilen düzenleme Anayasanın 2. ve 56. maddelerine aykırılık teşkil eder, iptali gerekir.

7) 15/11/2018 tarihli ve 7151 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 34. maddesiyle 21/2/2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının (e) bendinde yer alan "on yılı" ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

İptali talep edilen düzenleme tıbbi destek hizmetlerinde, en geç 5 yılda bir yapılması gereken piyasa testi süresini 10 yıla kadar çıkarmaktadır. Teknolojideki hızlı gelişmeler fiyatların hızlı düşmesine yol açmaktadır. Piyasa testi süresinin 10 yıla çıkarılması, yüksek fiyattan malzeme ve tıbbi destek alınmasına yol açacaktır.

Kamu-özel ortaklığı modeli olarak geliştirilen şehir hastaneleri projesi özetle, halen faaliyette olan kamu hastanelerinin, tahsis edilmiş kamu arazileri üzerinde müteahhitlere yaptırılan binalara taşınması ve bu hastanelerin 25 yıl süreyle müteahhit ortaklarla birlikte işletilmesi olarak tanımlanabilir. Türkiye'deki şehir hastaneleri ihaleleri incelenerek kamu-özel ortaklığı modeli klasik kamu sektörü yatırımları ile karşılaştırıldığında; sermaye maliyeti daha pahalı, inşaat maliyeti daha pahalı, işletme/çalıştırma maliyeti daha pahalı, işlem maliyeti daha pahalı ve finansal değişkenlik daha risklidir. Hastaneleri inşaa edecek firmalara %70 doluluk garantisi verilmesi, yatırımcıya sağlanan hesapsız imtiyazlar yine kamu bütçesini zorlayacak ve bu bütçenin gelir kaynağı olan vatandaşa doğrudan yansıyacaktır.

Yapılan değişiklik belirli bir grup şirketin menfaati gözetilerek yapılmıştır. Şirketlere hasta garantisi verilen tıbbi hizmetlerde, pazar testi süresi 5 yıldan 10 yıla çıkartılmaktadır. Bu yolla Sağlık Bakanlığı'nın bu projeyi savunurken sıkça kullandığı "beş yılda bir pazar testi yaparak günün koşullarına göre en uygun şirketlerle çalışılacak" söylemi boşa çıkartılmakta, hali hazırda ihaleyi alan firmalara pozitif ayrımcılık yapılmış olmaktadır. Fiyat güncellemesi amacıyla pazar testi yapma ara sürecinin 5 yıldan 10 yıla çıkartılacak olması, anlaşma yapılmış olan firmaya, işletmecilik anlamında 5 yıl daha kazandırmış olurken, kârlılığını 10 yıllık süre boyunca maksimize etmiş olmaktadır. Bu durum, işletmeciyeye garanti olarak verilmiş olan hastaların, yani vatandaşlarımızın sağlık harcamalarının kümülatif bazda artışı anlamına gelmektedir. Bu sebeple iptali talep edilen düzenleme kamu yararını gözetmeden hali hazırda ihaleyi kazanmış olan firmalarla diğer firmalar arasında ayrımcılık yaratan bir nitelik taşımaktadır. Kaldı ki ihaleyi kazanamamış olan firmalar bakımından, ihalenin yapıldığı zamanki kurala göre, ihale başvurusu yapıldığı, ve ihalelerin tamamlanmasından sonra karı arttıcı iş bu iptali talep edilen düzenleme yapıldığı için belirsizlik yaratılmıştır. Nitekim ihale başvurusu yapan firmalar 5 yılda bir testlerin yenileneceğini ve ihalenin sona erebileceği öngörüsü ile hareket etmişlerdir. Anayasa, TBMM'ye yasama erkini, netice itibariyle, kamu yararını sağlamak üzere vermiştir. Yapılan yasama işlemlerinin, kamu yararı amacına değil, özne

(subjektif) amaçlara yönelik olarak yapılması halinde ise yasama yetkisinin saptırıldığı belirtilmektedir. Halbuki, hukuk devleti olmanın birincil koşulu düzenlemelerin belirli olması anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle, hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de “belirlilik ilkesi”dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın verilen yetkiler hukukî güvenlik sağlayamayacağı için Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bunun yanı sıra, Kanunlar nihayetinde, kamu yararını gerçekleştirmek ve uygulanmak amacıyla çıkarılır. Kamu yararına amacı taşımayan, kamu hizmetinin nitelikleriyle bağdaşmayan, hak, hukuk ve adalet anlayışına aykırı, makul olmayan bir düzenlemenin, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ile de bağdaştırılması imkansızdır.

Anayasa Mahkemesi, “hukuk devleti” ilkesini; hukuk güvenliği, kamu yararı, yasaların öngörülebilir olmaları ölçütleriyle birlikte açıkladığı kararında şu tespitlerde bulunmuştur: “Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu güçlendirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumları benimsemeyen, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yasaların üstünde Anayasa’nın ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. (Anayasa Mahkemesi Kararı, 2003/86 E., 2004/6 K., 28.1.2004 tarih). Bu açıdan da bakıldığında iptali talep edilen düzenleme Anayasa’nın 2. maddesine aykırılık teşkil etmektedir, iptali gerekir. İptali talep edilen düzenleme hali hazırda ihaleyi kazanmış firmalara yönelik bir haksız avantaj sağlamakta olduğu için Anayasa’nın 10. maddesinde belirli bir gruba yönelik imtiyaz tanınmayacağına dair güvence ile de çelişmektedir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptali talep edilen düzenlemeler, halk sağlığına yönelik ciddi riskler barındıran, kamunun menfaatini gözetmeyen, meslek örgütlerinin yetkilerini kısıtlayan, belirli gruplara haksız avantajlar sağlayan düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler anayasamızda güvenceye alınan temel ilkelere, hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil etmektedir. Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelere maruz bırakılması kabul edilemez. Hukuk devleti sayılmanın en önemli gereklerinden biri de Anayasa’ya aykırılık teşkil eden normların ivedilikle arındırılması, bireylerin haklarında telafisi mümkün olmayan sonuçlara yol açılmasının engellenmesi bir başka deyişle bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almayı ifade eder. 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 durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

15/11/2018 tarihli ve 7151 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1) 5. maddesinin Anayasa'nın 2., 10, 13., 17., 20., 36., 38., 48., 49., 70. ve 118. maddelerine,

2) 11. maddesinin Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine,

3) 17. maddesi ile 28/3/1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununun ek 158 inci maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen "eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı, Sağlık Bakanının seçtiği bir üye" ibaresinin Anayasa'nın 27. ve 130. maddelerine,

4) 18. maddesinin Anayasa'nın 2., 13., 17., 20., 36., 38., 48., 49. ve 70. maddelerine,

5) 19. maddesinin Anayasa'nın 2., 13., 17., 20., 36., 38., 48., 49. ve 70. maddelerine,

6) 26. maddesiyle 24/11/2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3. maddesine eklenen "Aile hekimleri ferdin veya müştereken personel çalıştırabilir ve işveren olabilir" fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 56. maddelerine,

7) 34. maddesiyle 21/2/2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının (e) bendinde yer alan "on yılı" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine

aykırı olduklarından iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine makul bir sürede görüşülerek karara bağlanmasına ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."