

“... ”

1) 16.06.2022 tarihli ve 7411 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 3. maddesiyle 04.01.1961 tarihli ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun’un 5. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen mevcut ikinci cümlesinde yer alan “disiplin durumu,” ibaresi ile “yönetmelikle” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun’un 5. maddesinde döner sermaye gelirlerinden, döner sermayeli sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve sözleşmeli personel ile açıktan vekil olarak atanarlara mesai içi veya mesai dışı ayırımı yapılmaksızın ek ödeme yapılabileceği düzenlenmektedir.

7411 sayılı Kanun’un 3. maddesiyle 209 sayılı Kanun’un 5. maddesinde birtakım değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu değişikliklerin yapılmasının saiklerinden biri, Danıştay 11. Dairesi’nin 28.12.2016 tarihli ve 2013/1812 E.; 2016/5079 K. sayılı kararıdır.¹ Bu kapsamda anılan 5. maddenin birinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere “Her bir sağlık tesisinde ek ödemeye esas işlemleri denetlemek üzere inceleme heyetleri oluşturulur.” şeklindeki cümle eklenmiş; söz konusu birinci fıkranın mevcut ikinci cümlesi değiştirilmiştir. Değiştirilen mevcut ikinci cümleye göre sağlık kurum ve kuruluşlarında Bakanlıkça belirlenen hizmet sunum şartları ve kriterleri, personelin unvanı, görevi, disiplin durumu, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, tetkik, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimsel işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi unsurlar dikkate alınmak suretiyle; ek ödemenin oranı, usul ve esasları ile inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esasları Hazine ve Maliye Bakanlığı’nın uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir.

İhtilafı kurala ilişkin Anayasa’ya aykırılıklar gerekçelendirilmeden önce 209 sayılı Kanun’un 5. maddesinin kapsamında kalan döner sermayeli sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve sözleşmeli personel ile açıktan vekil olarak atanarlarnın hukuki statüsünü ortaya koymak gerekmektedir. Anayasa’nın 2. maddesiyle sosyal devlet olarak nitelendirilen Devletin, temel hak ve özgürlüklerin verimli, etkili ve güvenli biçimde kullanılmasına elverişli ortamı hazırlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Zira Anayasa’nın 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında; kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak sayılmaktadır. O halde Devlet, anılan yükümlülüğü Anayasa’nın 17. maddesinde güvencelenen yaşam hakkıyla da ilintili olan

¹ 7411 sayılı Kanun’un 3. maddesinin gerekçesinin ilgili bölümü: “Danıştay’ın girişimsel işlem puanlarını inceleyen inceleme heyetlerinin kanunla teşkilinin gerektiği yolundaki kararı uyarınca, halihazırda ek ödeme ile ilgili yönetmelikte mevcut olan inceleme heyeti oluşturulması ve heyetin görevi kanun ile düzenlenmektedir.” şeklindedir. Kayseri Milletvekili İsmail Tamer ve Antalya Milletvekili Tuba Vural Çokal ile 52 Milletvekilinin Sağlıkla İlgili Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4485) ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporları, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 337, Ankara, TBMM Basımevi, 2022, s. 12.

Anayasa'nın 56. maddesinde hüküm altına alınan sağlık hakkı bakımından yerine getirmekle mükelleftir. Başka bir anlatımla Devlet, sağlık meslek mensupları marifetiyle bireylere sağlık hakkının kullanımı için gerekli koşulları temin etmelidir. O halde Devlet tarafından sunulan sağlık özelindeki kamu hizmetinin, kamu görevlileri eliyle yerine getirilmesi lazım gelmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında;

“Kamu hizmeti, geniş tanımıyla, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir.

5258 sayılı Yasa'ya göre aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınca sunulacak hizmetler, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak tanı koyucu, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetleridir.

Sağlık Bakanlığı'nın, aile hekimliği hizmetlerini, pilot olarak belirleyeceği illerde görevlendireceği ya da sözleşmeli olarak çalıştıracağı personel eliyle yürütmesi, bu hizmetlerin niteliği itibariyle belli bir düzenlilik içinde sunulması gereken, kişilerin ve dolayısıyla aile ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilmez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetler olması, aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının bu hizmetleri kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekânda ve tam gün çalışma esasına göre sunmaları, aile hekimliği pilot uygulamasına geçilen illerde bu hizmetlerin ücretsiz olarak verilmesi, kişilerin bu sağlık hizmetlerinden yararlanabilmelerinin aile hekimlerine kayıt olmalarına bağlı olması ve bu illerde aile hekimliği kapsamındaki hizmetlerin sadece aile hekimlerince sunulması, birinci basamakta düzenlenmesi öngörülen her türlü reçete, rapor ve sevklerin ve diğer resmi belgelerin, aile hekimleri tarafından düzenlenmesi, birinci basamaktan ikinci ve üçüncü basamak sağlık kurum ve kuruluşlarına sevklerin aile hekimlerince yapılması, sözleşmeli çalışacak aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının idare ile imzalayacakları sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunması, sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının ücretlerinin idarece ödenmesi, aile hekimlerinin düzenledikleri tüm kayıt, evrak ve belgelerin resmi kayıt ve evrak niteliğinde olması, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının mevzuat ve sözleşmeye uygunluk ve diğer konularda, Bakanlık, ilgili mülki idare ve sağlık idaresinin denetimine tabi olmaları, görevleriyle ilgili ya da görevleri başında işledikleri veya kendilerine karşı işlenen suçlarda Devlet memuru gibi kabul edilmeleri gözetildiğinde, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınca sunulacak olan aile hekimliği hizmetlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olduğu açıktır.

Bu durumda, ihtiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Yasa'nın 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları, Sağlık Bakanlığı'nın önerisi, Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine idari hizmet sözleşmesi yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabileceklerdir. Bu şekilde çalıştırılanlar Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan 'diğer kamu görevlisi' kapsamında olduğundan, iptali istenen kural Anayasa'ya aykırılık oluşturmamaktadır.”

şeklindeki gerekçeyi kaleme almak suretiyle; aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınca sunulacak olan aile hekimliği hizmetlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmeti olduğuna işaret etmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 21.02.2008 tarihli ve 2005/10 E.; 2008/63 K. sayılı Kararı).

O halde 209 sayılı Kanun'un 5. maddesinin kapsamında kalan döner sermayeli sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve sözleşmeli personel ile aşıktan vekil olarak atananları da Anayasa'nın 128. maddesi bağlamında değerlendirmek gerekmektedir. Yine bu kimselere yapılacak ek ödemeler, akçeli iş olması itibarıyla özlük hakkı niteliğindedir.

a) 16.06.2022 tarihli ve 7411 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle 04.01.1961 tarihli ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen mevcut ikinci cümlesinde yer alan "disiplin durumu," ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

Yukarıda açıklandığı üzere; 7411 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle 209 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının mevcut ikinci cümlesi değiştirilmiştir. Değiştirilen mevcut ikinci cümlede yer alan ve iptali talep edilen ibareyle; Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığı'nın çıkaracağı yönetmelikle; ek ödemenin oranı, usul ve esasları ile inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esaslarını belirlenirken; personelin disiplin durumunun dikkate alınması, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın "Disiplin Kovuşturması" başlıklı 46. maddesi "Hekimler bu kurallar bütünü hükümlerine aykırı davranışlarda bulduklarında, 6023 Sayılı Türk Tabipleri Birliği Yasası'na göre tabip odaları yönetim kurulları tarafından onur kurullarına sevk edilirler. Hekimlerin disiplin soruşturmasına uğraması, haklarında ayrıca hukuki veya cezai takibat yapılmasına engel değildir." şeklindedir.² Bununla birlikte 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu uyarınca disiplin cezası verilecek kişileri ve durumları belirlemek ve disiplin cezası verilmesinde uyulması gereken usul ve esasları saptamak amacıyla 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 59. maddesine dayanılarak Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği 28.04.2004 tarihli ve 25446 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Yine 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 124 ilâ 136. maddeleri, disipline ilişkin ayrıntılı hükümler ihtiva etmektedir. Söz gelimi anılan Kanun'un 125. maddesinde aylıktan kesme cezası düzenlenmektedir.

i)Hukuk devleti ilkesi: ne bis in idem ilkesi bakımından: Ne bis in idem ilkesi, Anayasa'da açıkça zikredilmese de hukukun genel ilkelerindedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi tarafından da belirtildiği üzere; "Hukuk devletinin temel ilkeleri arasında yer alan aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (ne bis in idem) ilkesi gereğince kişi aynı fiil nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz" (Anayasa Mahkemesi'nin 10.04.2019 tarihli ve 2017/33 E.; 2019/20 K. sayılı Kararı, 49).

² Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Mayıs 2012, https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf (Erişim Tarihi: 03.08.2022).

Buna ilave olarak Anayasa Mahkemesi mal beyanında bulunmama eylemi nedeniyle İcra İflas Kanunu'nun hem 76 hem de 337. maddesinde ayrı ayrı disiplin ve tazyik hapis cezalarının öngörülmesi hakkında verdiği bir iptal kararında;

“Hukuk Devletinde hangi eylemlerin suç sayılacağı ve bu suçları işleyenlere ne tür ve miktarda ceza verileceği yasa koyucunun belirleyeceği bir alandır. İnfaz hukukunun maddi ceza hukukunu tamamladığı ve onun ayrılmaz parçası olduğu gözetildiğinde, hangi cezaların ertelenip ertelenmeyeceğinin, seçenek yaptırımlara çevrilip çevrilemeyeceğinin, önödeme uygulanıp uygulanmayacağıının, tekerrüre esas olup olmayacağıının, şartla salıverilme hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağıının veya adli sicil kayıtlarına geçirilip geçirilmeyeceği konusunun Anayasa'ya ve Ceza Hukukunun genel ilkelerine aykırı olmamak koşuluyla yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olduğunun kabulü gerekir..... İcra ve İflas Kanunu'nun 337. maddesinin birinci fıkrasında ve 76. maddesinde borçlunun özgürlüğü bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasını gerektiren eylem, mal beyanında bulunmama eylemidir. Yukarıda belirtildiği gibi hukuk devleti ve ceza hukuku ilkeleri gereği kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanmaz ve cezalandırılmaz. İtiraz konusu kural uyarınca, müddeti içinde mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı olarak mal beyanında bulunmayan kimse disiplin hapsi cezası ile cezalandırılmasının yanı sıra, İcra ve İflas Kanunu'nun 76. maddesine göre de mal beyanında bulunmama eylemi nedeniyle tazyik hapsi cezası ile cezalandırılabilir. Böyle bir olasılığın varlığı İcra ve İflas Kanunu'nun 337. maddesinde öngörülen disiplin hapsi cezasını, Anayasa'nın hukuk devleti ilkesinin düzenlendiği 2. maddesine aykırı hale getirmektedir.”

şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 28.02.2008 tarihli ve 2006/71 E.; 2008/69 K. sayılı Kararı). Yine Anayasa Mahkemesi'ne göre;

“Ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile disiplin hukukunun birbirinden farklı kural ve ilkelere tâbi disiplinler olduğunda kuşku yoktur. Ceza hukuku alanında öngörülen yaptırımlar, toplumsal düzene aykırı olan ve ceza kanunlarında suç sayılan davranışlara uygulanıp, toplum düzeninin korunması ve sağlanması amacına yönelik iken; disiplin cezaları, bir teşkilat düzeninin korunması, devam ettirilmesi, onun verimli ve yararlı bir biçimde çalışmasının sağlanması amacına yöneliktir. Bu bağlamda kişilerin fiili, disiplin cezasının yanı sıra ceza hukuku alanında yaptırımı da gerektirebilir. Böyle durumlarda ceza muhakemesi ve disiplin soruşturması ayrı ayrı yürütülür ve ceza muhakemesi sonucunda kişinin isnat edilen eylemi işlemediğine dair hükümler dışında, ceza muhakemesi hükmü disiplin makamları açısından doğrudan bağlayıcı değildir...Öte yandan, hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan “aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (ne bis in idem)” ilkesi gereğince, kişi aynı fiil nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz. Ancak, bu ilke mutlak olmayıp, korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesi farklı olması nedeniyle ayrı hukuk disiplinleri kapsamında aynı fiilin farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bu ilke sadece ceza davalarına ilişkin olduğu için aynı fiilden dolayı ceza soruşturması yanında ayrıca hukuk davası veya disiplin soruşturması açılmasına engel teşkil etmez. Dolayısıyla bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılması hukuk devleti ve “aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz” ilkesine aykırılık oluşturmaz. Bu nedenle izinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler hakkında farklı amaç ve hukuki yararları gerçekleştirmeye yönelik olarak hem disiplin cezası hem de ceza yaptırımı verilebilmesinde Anayasa'ya ve ceza hukukunun belirtilen temel ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.”

(Anayasa Mahkemesi'nin 31.05.2017 tarihli ve 2017/28 E.; 2017/107 K. sayılı Kararı, §12 ve 15).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, non bis in idem ilkesinin üç temel bileşeni yer almaktadır (Mihalache/ Romanya [BD], § 49): “1. Her iki yargılamanın “cezai” niteliğe sahip olup olmadığı, 2. Suçun her iki yargılamada aynı olup olmadığı ve 3. Mükerrer yargılamaların yapılıp yapılmadığı.”³ AİHM, örneğin Sismanidis ve Sitaridis-Yunanistan kararında; davada söz konusu idari prosedürün, daha önce kesinleşmiş bir beraat kararının ilişkin olduğu fiillerle aynı olan ikinci bir suçta tekabül etmesi hasebiyle, 7 numaralı Protokol'ün 4. maddesinin ihlaline hükmetmiştir (AİHM, Sismanidis ve Sitaridis-Yunanistan, 9 Haziran 2016, başvuru no: 66602/09 ve 71879/12, § 46). Yine, Mahkeme, örneğin Maszni-Romanya kararında da, her ne kadar Romanya iç hukuku söz konusu ehliyet iptalini idari bir tedbir olarak nitelese de; bu ehliyet iptalinin ağırlık derecesi itibariyle cezalandırıcı ve caydırıcı bir nitelik taşıması sebebiyle, ceza müeyyidesi oluşturduğuna hükmetmiştir (AİHM, Maszni-Romanya, 21 Eylül 2006, başvuru no : 59892/00. Aynı yönde, bkz.: AİHM, Sismanidis ve Sitaridis-Yunanistan, 9 Haziran 2016, başvuru no : 66602/09 ve 71879/12, § 35). AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında “cezai alanda ... yöneltilen suçlama” terimini, üç ölçütte değerlendirmektedir: Fiilin iç hukuktaki hukuki nitelemesi, fiilin mahiyeti ve müeyyidenin ağırlık derecesi (AİHM, Engel et diğerleri-Hollanda, 8 Haziran 1976, başvuru no : 5100/71 ve diğerleri, § 82). Sözleşme'nin 6. maddesi çerçevesindeki bu yaklaşım ve söz konusu ölçütler, 7 numaralı Protokol'ün ne bis in idem ilkesine ilişkin 4. maddesi bakımından da geçerlidir. (AİHM, Prina-Romanya, kabul edilebilirlik, 8 Eylül 2020, başvuru no : 37697/13, § 48 vd.).

Öte yandan belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden (red) kararında;

“Başvuru kararında, disiplin hukukunda da geçerli ve hukuk devletinin gereği olan, aynı konu ve eylemden dolayı mükerrer yargılama yapılmaması ve ceza verilmemesi(ne bis in idem)ilkesine aykırı biçimde itiraz konusu kuralın disiplin cezası alan bir kimsenin aynı zamanda disiplin cezası niteliğindeki ek ödemeden de mahrumiyetine yol açmasının Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, Anayasa'nın ve yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

5502 sayılı Yasa'nın 28. maddesinin itiraz konusu ibarenin de yer aldığı ikinci fıkrasında, Sosyal Güvenlik Kurumu çalışanlarına yapılacak ek ödeme usul ve esaslarına ilişkin çerçeve düzenlemeye yer verilmiş, ek ödemeye ilişkin tutarlar ile ödemeye ilişkin diğer usul ve esasların, iptali istenilen' disiplin cezaları'ölçütü dışında, görev yapılan birim

³ Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesine İlişkin Rehber Aynı Suçtan İki Kez Yargılanmama ve Cezalandırılmama Hakkı, Ankara, Avrupa Konseyi, 2020, s. 5, § 4.

ve iş hacmi, görev mahalli, görevin önem ve güçlüğü, personelin sınıfı, kadro unvanı, derecesi ve atanma biçimi, serbest çalışıp çalışmadığı, personelin performansı, kullanılan izin ve istirahat raporları gibi ölçütler gözetilerek belirlenmesi öngörülmüştür.

İptali istenilen ibarenin de bulunduğu kuralın gerekçesinde; personele normal ücretinin dışında ödenen ek ödeme ve ikramiyelerde, personelin performansının, istirahat raporunun ve disiplin cezası alıp almadığının dikkate alınarak belirlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

Disiplin cezaları, kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamu yararının devamlılığının sağlanması amacıyla kamu görevlileri için görev, yetki ve sorumlulukları bakımından yasal olarak düzenlenmiş yaptırımlardır. Kamu hizmetlerini yürüten kamu görevlilerinin görev anlayışları, yetki ve sorumlulukları kamu hizmeti ve hizmet gerekleri ile sınırlandırılmış, bu sınırlar dışına çıkanların ise disiplin cezaları ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Bu bağlamda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 124. maddesinde, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin devlet memurlarına yüklediği ödevleri yurt içinde ve yurt dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre, 125. maddede sıralanan disiplin cezalarından birinin verileceği hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun temel ilkeleri 3. maddesinde, "Sınıflandırma", "Kariyer" ve "Liyakat" olarak belirlenmiş olup, kariyer ilkesi, devlet memurlarına yaptıkları hizmetler için lüzumlu bilgilere ve yetiştirme şartlarına uygun şekilde, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme imkânı sağlanmasını; liyakat ilkesi ise, kamu görevlerine girişin ve hizmet içinde yükselişin 'işe uygunluk' ve 'performans' ölçütüne bağlanması, ücret ve diğer çalışma koşullarının hizmetin etkinliğine ve sürekliliğine katkıda bulunulmasını ifade eder.

5502 sayılı Yasa'nın 28. maddesi kapsamındaki ek ödeme, genel bütçeden yapılan maaş ödemelerinin eklentisi niteliğinde değildir. Aylıklar gibi genel ve zorunlu bir nitelik taşımayıp, kamu personelinin daha etkin ve verimli çalışmasını sağlayan, kurumun üstlendiği kamu hizmetlerinin daha iyi yürütülmesi amacına yönelik etkili bir performans yönetimi aracıdır. Disiplin cezası almanın sonucu olarak ek ödemeden kesinti yapılması disiplin cezası niteliğinde olmayıp, kamu performans yönetiminde verimliliğin artırılmasını sağlamak için tercih edilmiş bir yöntem olduğundan aynı konu ya da eylem nedeniyle iki kez cezalandırma anlamına gelmez.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu ibare Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.”

şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 01.04.2010 tarihli ve 2008/114 E.; 2010/53 K. sayılı Kararı). Buna ilave olarak Anayasa Mahkemesi, Anayasa hükümlerinin veya Anayasa anlayışının değişmesi, zaman içinde farklı Anayasal yorum yöntemlerinin kullanılması, somut olayın koşullarının değişmesi veya soyut kuralın somut uygulamasında meydana gelen aksaklıklar gibi nedenlerle; hukuki istikrar ilkesini göz önünde bulundurmamak suretiyle ve bu değişikliğin hukuki temellendirilmesini yapmak kaydıyla, içtihat değişikliği yapabilir. Nitekim Gözler'e göre;

“Anayasa Mahkemesi kararları, maddi anlamda kesin hüküm oluşturduğuna göre, Anayasa Mahkemesi kararı, sadece yasama, yürütme ve yargı organlarını değil, bizzat Anayasa Mahkemesinin kendisini de bağlar. Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği bir kanun, Anayasa Mahkemesi için de ortadan kalkmıştır. Anayasa mahkemesi artık iptal ettiği bir kanunu bir kez daha iptal edemez. İptal ettiği bir kanuna dayanarak kendisi bir işlem tesis edemez. Ancak, Anayasa Mahkemesi kararının bizzat Anayasa Mahkemesi için bağlayıcılığı da yine, Anayasa Mahkemesi kararının, gerekçesi için değil, hüküm fıkrası içindir. Anayasa Mahkemesi, kendi kararının gerekçesi ile bağlı değildir. Anayasa Mahkemesi, bir kararında ileri sürdüğü görüşü, aynı konuda bir başka kararında benimsemeyebilir. Her ne kadar hukuk güvenliği bakımından Anayasa Mahkemesinin içtihadlarında belli bir istikrar arzu edilirse de, Anayasa Mahkemesi için hukuken böyle bir istikrar zorunluluğu yoktur. Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesi bağlayıcı olmadığına göre, Anayasa Mahkemesinin içtihad değiştirmesi, hatta, daha önce iptal etmediği bir kanunu daha sonra önüne geldiğinde iptal etmesi ve hatta önce iptal ettiği bir kanunun tekrar çıkarılması durumunda iptal etmemesi imkan dahilindedir. Anayasa Mahkemesi kararlarının Anayasa Mahkemesini de bağlamasının tek anlamı, Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği bir kanunun Anayasa Mahkemesi için de ortadan kalkmasıdır.”⁴

Bu bağlamda disipline yönelik söz konusu mevzuat karşısında bir de iptali talep edilen ibare nedeniyle; ek ödeme yapılırken, personelin disiplin durumunun dikkate alınması; aynı fiilden dolayı iki kez ceza verilmesi sonucunu doğuracaktır. Başka bir anlatımla personel, disiplin durumunu etkileyecek bir fiilin faili konumuna geldiğinde; hem Devlet Memurları Kanunu'nun ilgili hükümlerine hem de 209 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen mevcut ikinci cümlesine muhatap kılınacaktır. Personele disiplin hukuku bağlamında (aynı hukuk disiplini içinde) aynı fiilden dolayı iki farklı akçeli yaptırım (sırasıyla söz gelimi aylıktan kesme cezası verilmesi veya ek ödeme yapılmaması / az yapılması) uygulanacaktır; iki kez mali haklarından yoksun bırakılacaktır. Yukarıda anılan içtihatlar ışığında, anılan müeyyidelere ne bis in idem ilkesinin uygulanacağı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Kaldı ki iptali talep edilen ibare, disiplin cezasını değil disiplin durumunu düzenlemektedir. Hangi türden disiplin durumunun ek ödemenin az yapılması ya da hiç yapılmaması sonucunu doğuracağı da belirsizdir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, ne bis in idem ilkesine ve dolayısıyla Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

ii)Kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkeleri, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve yasama organının mahkeme kararlarına uyma zorunluluğu bakımından: Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasına göre yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. O halde “Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ile Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasındaki "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" hükmünün gereği olarak Anayasa Mahkemesince yapılan yukarıdaki tespitler, yargı kararlarının sonuçsuz kalmasına yol açtığı belirlenen kanuni

4 Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, “Anayasa Mahkemesi Kararları, Anayasa Mahkemesini Bağlar mı?”, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018, s. 1122.

düzenlemelerin de iptaline karar verilmesiyle sonuçlanmaktadır.” (Anayasa Mahkemesi’nin 28.01.2016 tarihli ve 2014/92 E.; 2016/6 K. sayılı Kararı, Üye M. Emin Kuz ve Üye Hasan Tahsin Gökcan tarafından kaleme alınan Karşıoy Gerekçesi).

Danıştay, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir kararında:

“Dairemizin 23.12.2015 tarihli ve E:2013/1008; K:2015/6514 sayılı kararı ile "209 sayılı Kanunun 5. maddesiyle, davalı idareye ek ödemenin oran ve miktarı ile bu ödemeye ilişkin usul ve esasları belirleme ve düzenleme yetkisi "yönetmelik"e verilmiş iken, bu yetkinin "yönerge" ile düzenlenmesi hukuka uygun bulunmayarak, "birim performans katsayısı"nın Kurum tarafından çıkarılacak yönerge ile belirlenmesine ilişkin düzenleme ve 209 sayılı Kanun'da yer almayan disiplin cezası kriteri esas alınarak disiplin cezası alan personelin belirlenen süreler kadar ek ödemededen yararlandırılmamasına ilişkin düzenlemede hukuka uygunluk bulunmadığı" gerekçesiyle anılan düzenlemenin iptaline karar verilmiş olduğundan, iptali istenilen aynı düzenleme hakkında ayrıca karar verilmesine yer bulunmamaktadır.”

şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Danıştay 11. Dairesi’nin 28.12.2016 tarihli ve 2013/1812 E.; 2016/5079 K. sayılı Kararı).⁵

Her ne kadar Danıştay, “Usul, esasa mukaddemdir.” ilkesinden hareketle; şekil yönünden alt düzenleyici işlemin, kanun hükmünde yer almayan bir unsur (disiplin

⁵ Danıştay 11’inci Dairesi’nin 23.12.2015 tarihli 2013/1008 E.; 2015/6514 K. sayılı Kararının ilgili bölümü: “Dava konusu Yönetmeliğin dayanağını oluşturan 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun’un 5. maddesinin 1. fıkrasında, döner sermaye gelirlerinden, döner sermayeli sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve sözleşmeli personel ile açıktan vekil olarak atanarlara mesai içi veya mesai dışı ayrımı yapılmaksızın ek ödeme yapılabileceği, sağlık kurum ve kuruluşlarında Bakanlıkça belirlenen hizmet sunum şartları ve kriterleri de dikkate alınmak suretiyle, bu ödemenin oranı ile esas ve usûllerinin; personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, tetkik, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimsel işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi unsurlar esas alınarak Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği kurala bağlanmış olup; personele ek ödeme yapılırken esas alınacak unsurlar arasında disiplin cezası kriterine yer verilmemiştir. Bu itibarla, 209 sayılı Kanun'da yer almayan disiplin cezası kriteri esas alınarak; disiplin cezası alan personelin belirlenen süreler kadar ek ödemededen yararlandırılmamasına ilişkin anılan Yönetmeliğin dava konusu 5. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinin 5. cümlesinde yapılan düzenlemede hukuka uygunluk bulunmamaktadır.” şeklindedir.

Danıştay Savcısı Şenol Bolat’ın Danıştay 11’inci Dairesi’nin 23.12.2015 tarihli 2013/1008 E.; 2015/6514 K. sayılı Kararında yer alan düşüncesinin ilgili bölümü: “Disiplin cezasına konu eylemler için uygulanacak yaptırımlar 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda belirlenmiştir. Davaya konu Yönetmeliğin dayanağı olan 209 sayılı yasanın 5. maddesinde, davalı idareye ek ödemenin oran ve miktarı ile bu ödemeye ilişkin usul ve esasların idarece yönetmelikle belirlenmesi kurala bağlanmış ancak, ek ödeme yapılırken esas alınacak unsurlar arasında disiplin kriterine yer verilmemiştir. Bu durumda, 657 ve 209 sayılı **Yasalarda idari düzenlemeyle disiplin cezasının yanında aynı eylemden dolayı bir de gelir mahrumiyetine yol açacak biçimde ikinci kez yaptırım uygulanması** niteliğinde düzenleme yapılmasına olanak tanıyan bir hükme yer verilmediğinden, disiplin cezası alan personelin belli bir süre ek ödemededen yararlandırılmaması yolunda yapılan düzenlemeyi içeren dava konusu Yönetmelik maddesinde üst hukuk normlarına uyarlık bulunmamaktadır.” şeklindedir.

cezasını), ek ödeme yapılması için kriter olarak belirlenmesinde, hukuka uyarlık bulunmadığından bahisle iptal kararı verse de; Danıştay Savcısının da belirttiği üzere⁶; tek suça tek ceza ilkesinden hareketle; esas yönünden ek ödeme yapılması için disiplin cezasının dikkate alınmasında (bu durum, kanun düzeyinde belirlenmiş olsa dahi) hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

O halde Danıştay kararının maddi anlamda manasının hilafına; kanun koyucunun “disiplin durumu” kriterini, şekli anlamda kanun formuna getirmesi ve fakat maddi anlamda bu kriterin, ne bis in idem ilkesinin gereklerini karşılamaması; Anayasa’nın 138. maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6. maddesine ve Anayasa’nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine ve 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine de hâlel getirmektedir.

iii)Mülkiyet hakkı ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri bakımından: Ek ödemeler üzerinde söz konusu personelin mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, ek ödemelerle benzer mali hak niteliğinde bulunan nöbet ücretlerini, mülkiyet hakkı bağlamında ele almıştır:

“56. Yukarıda da değinildiği üzere kamu personeli hakkında yerine getirilen hizmetin şartları ile mali hakların belirlenmesine ilişkin farklı düzenlemelerin yapılması söz konusu olabilir. Ancak somut olayda aynı nitelikte kamu hizmeti veren ve uzman doktorların da dâhil olduğu 657 sayılı Kanun'a tabi personel ile 2547 sayılı Kanun'a tabi tıpta uzmanlık öğrencilerine, ayrıca Sağlık Bakanlığı ile üniversitelerce birlikte kullanılan sağlık tesislerinde nöbet tutan 2547 sayılı Kanun'a tabi öğretim üyelerine nöbet ücreti ödenirken üniversite hastanelerinde 2547 sayılı Kanun'a tabi olarak çalışan uzman doktorlara nöbet ücreti ödenmemesinin nesnel ve makul bir gerekçeye dayandırılmasını gerektirecek bir sebep bulunmadığı görülmüş, ayrıca müdahalenin nesnel ve makul bir gerekçeye dayandığı yolunda bir tespiti ulaşılmamasını gerektiren somut bir veri bulunmamıştır. Dolayısıyla kamu otoritesinin ortaya çıkardığı farklılığın başvuruçunun mülkiyet hakkına yönelik ayrımcı bir muameleyle yol açtığı görülmektedir.

57. Sonuç olarak kamu makamlarının kamu personel rejimi ve buna bağlı olarak hizmet şartları ve mali haklarının belirlenmesi bakımından geniş bir takdir yetkisi bulunmakla birlikte somut olayın koşulları altında 657 sayılı Kanun'a tabi uzman doktorlar ile 2547 sayılı Kanun'a tabi uzman doktorlar arasında nöbet ücreti yönünden bir farklılık yaratıldığı dikkate alındığında bu durumun mülkiyet hakkına yönelik ayrımcı bir muameleyle yol açtığı anlaşılmaktadır. Buna göre olayda objektif ve makul bir gerekçe

⁶ Danıştay Savcısı Nilüfer Yılmaz'ın Danıştay 11'inci Dairesi'nin 28.12.2016 tarihli ve 2013/1812 E.; 2016/5079 K. sayılı Kararında yer alan düşüncesinin ilgili bölümü: “657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde disiplin suçları ile bu suçlara karşılık verilecek disiplin cezaları sayma yolu ile belirlenmiş bulunmaktadır. Dava konusu Yönetmeliğin dayanağını oluşturan 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasında personele ek ödeme yapılırken esas alınacak kriterler arasında disiplin kriterine yer verilmemiştir. Bu itibarla, disiplin cezasına konu eylemler için uygulanacak yaptırımların 657 sayılı Kanunla belirlendiği; idari düzenlemeyle disiplin cezasının yanında aynı eylemden dolayı bir de gelir mahrumiyetine yol açacak biçimde ikinci kez yaptırım uygulanması niteliğinde düzenleme yapılmasına olanak tanıyan bir hükmün gerek 657 ve gerekse 209 sayılı Kanunda yer almadığı dikkate alındığında, disiplin cezası alan personelin belli bir süre ek ödemeden yararlandırılmamasına ilişkin dava konusu Yönetmelik hükmünde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.” şeklindedir.

gösterilmeden mülkiyet hakkına yapılan ayrımcı müdahale nedeniyle başvurucuya aşırı bir külfet yüklenmesine yol açılmıştır. Dolayısıyla başvuru konusu olayda mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.’’

(Anayasa Mahkemesi’nin 03.07.2019 ve 2018/9074 Başvuru No’lu Tevfik İlker Akçam Kararı).

Ancak ilgili personele ek ödeme yapılırken; disiplin durumunun dikkate alınması, personelin mülkiyet hakkına kamu yararı olmaksızın (Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma ilkeleri ve güvence ölçütlerinin gereklerinin aksine) müdahale edilmesi sonucunu doğuracaktır. Zira personel, sağlık hizmeti sunması itibarıyla söz konusu ek ödemeye hak kazanmaktadır. Öte yandan disiplin durumu olumsuz etkileyecek biçimde davrandığında; zaten ilgili mevzuata muhatap kılınarak yaptırıma tabi tutulacaktır. Ancak personelin ek olarak bir de ek ödemedi mahrum bırakılması; demokratik bir toplumun gereklerine ve ölçülülük ilkesinin –bilhassa gereklilik unsurunun- aksine disiplin yaptırımının (personelin sağlık hizmetini düzenli bir şekilde yerine getirmesine ilişkin) işlevinin ötesine geçerek; personelin performansının düşmesine neden olacaktır. Demokratik bir toplumda, ne bis in idem ilkesini ihlal eden herhangi bir kuralın kamu yararı içerdiği kabul edilemez. Kaldı ki disiplin durumu tespit edilirken esas alınacak objektif ölçütlere yer verilmediği gibi disiplin cezalarının varlığı halinde bunların kesinleşmesinin beklenmesinin öngörülmemesi, eşitsiz uygulamaların önünü açacaktır. Bu durum ise mülkiyet hakkına idari işlemlerle müdahale edilme olasılığını doğuracaktır. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 13 ve 35. maddelerine aykırıdır.

iv) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, hak arama hürriyeti, masumiyet karinesi, temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından: İptali talep edilen ibare, Anayasa’nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinde teminat altına alınan adil yargılanma hakkını, Anayasa’nın 38. maddesinde temelini bulan masumiyet karinesini Anayasa’nın 40. maddesinde güvencelenen Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma olanağının sağlanmasını isteme hakkını ihlal etmektedir.

Zira ek ödeme yapılırken personelin disiplin durumu dikkate alınacak ve fakat bir disiplin cezası var ise; bu disiplin cezasına yönelik yürütülecek yargılamanın kesin hükümle sonuçlanması beklenmeyecektir. Başka bir anlatımla iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümlede disiplin durumuna ilişkin yargısal işlemlerin ve kararların kesinleşmesi, öngörülmemiştir. Halbuki kesin hüküm, bir yargısal işlemin ve kararın bağlayıcı hale gelmesinin bir ön şartıdır. Başka bir anlatımla ‘‘Res judicata’nın anlamı bir hukuk mahkemesi kararının veya bir beraat kararının kesinleşmesiyle birlikte derhal bağlayıcı hale gelmesi ve iptal edilme riskinin bulunmamasıdır (Brumărescu)’’.⁷ O halde yargısal işlem ve karar, idare makamları bakımından henüz bağlayıcı hale gelmeden; Sağlık Bakanlığı’nın ek ödeme yaparken; disiplin durumunu dikkate alması, kesin hükmün bağlayıcılığı ilkesini dolayısıyla adil yargılanma hakkını ihlal edecektir. Başka bir anlatımla disiplin durumuna ilişkin yargısal işlemlerin ve kararların kesin hükümle karara bağlanması bir ön şart olarak tespit edilmediğinden; (Anayasa’nın 13. maddesinde

7 Vitkauskas, Dovydas, Dikov, Grigoriy, (Çev. Serkan Cengiz), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012, s. 35.

yer alan sınırlandırmanın sınırlarına aykırı olarak) adil yargılanma hakkının özüne dokunulacaktır.

Öte yandan adil yargılanma hakkının tüm unsurlarının (kanunla kurulmuş-bağımsız-tarafsız bir mahkemede, makul bir sürede, adil ve aleni biçimde yargılanma hakkı, mahkemeye erişim hakkı, silahların eşitliği-yargılamada çelişme-yargılamada vicahilik ilkelerinin) tecessüm edeceği bir mahkumiyet (kesin nitelikteki) hükmü aranmadan, personel bakımından ek ödemenin nazara alınarak yapılması, Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen masumiyet karinesini de ihlal edecektir. Gerçekten de; Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan masumiyet (suçsuzluk) karinesi, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına alır. Bunun sonucu olarak kişinin masumiyeti asıl olduğundan suçluluğu ispat külfeti iddia makamına ait olup kimseye suçsuzluğunu ispat mükellefiyeti yüklenemez. Ayrıca hiç kimse suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz. Bu çerçevede masumiyet karinesi, kural olarak hakkında bir suç isnadı bulunan ve henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş kişileri kapsayan bir ilkedir (Kürşat Eyol, B. No: 2012/665, 13/6/2013, §§ 26, 27). Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere, "Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan suçsuzluk karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır" (AYM, E. 2017/109, K. 2018/39, K.T. 02.05.2018, R.G. 6/6/2018 – 30443, III-8). Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan masumiyet karinesinin sağladığı güvencenin iki yönü bulunmaktadır. Güvencenin ilk yönü; kişi hakkındaki ceza yargılaması sonuçlanıncaya kadar geçen, bir başka ifadeyle kişinin ceza gerektiren bir suçla itham edildiği (suç isnadı altında olduğu) sürece ilişkin olup suçlu olduğuna dair hüküm tesis edilene kadar kişinin suçluluğu ve eylemleri hakkında erken açıklamalarda bulunulmasını yasaklar. Güvencenin bu yönünün kapsamı, sadece ceza yargılamasını yürüten mahkemeye sınırlı değildir. Güvence aynı zamanda diğer tüm idari ve adli makamların da işlem ve kararlarında, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kişinin suçlu olduğu yönünde ima ya da açıklamalarda bulunmamasını gerekli kılar. Dolayısıyla sadece suç isnadına konu ceza yargılaması kapsamında değil ceza yargılaması ile eş zamanlı olarak yürütülen diğer hukuki süreç ve yargılamalarda da (idari, hukuk, disiplin gibi) masumiyet karinesinin ihlali söz konusu olabilir (Galip Şahin, B. No: 2015/6075, 11/6/2018, § 39; Turgut Duman, B. No: 2014/15365, 29/5/2019, § 103). Güvencenin ikinci yönü ise ceza yargılaması sonucunda mahkûmiyet dışında bir hüküm kurulduğunda devreye girer ve daha sonraki yargılamalarda ceza gerektiren suçla ilgili olarak kişinin masumiyetinden şüphe duyulmamasını, kamu makamlarının toplum nezdinde kişinin suçlu olduğu izlenimini uyandıracak işlem ve uygulamalardan kaçınmasını gerektirir (Galip Şahin, § 40; Turgut Duman, § 104).

Nasıl ki AYM, masumiyet karinesinin kamu otoritelerini bağladığını ifade ediyorsa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, masumiyet karinesinin ihlalinin bir hâkim veya mahkemeden kaynaklanabileceği gibi, başka kamu otoritelerinden de gelebileceğine dikkat çekmektedir (AİHM, Allenet de Ribemont-Fransa, 10 Şubat 1995, başvuru no : 15175/89, § 36). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, Sözleşme'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasında güvence altına alınan masumiyet karinesinin iki boyutu bulunmaktadır. Buna göre, ilk boyut, bir suç isnadında bulunulmasından ceza yargılamasının

sonuçlanmasına kadar geçen süreci güvence altına almaktadır. İkinci boyut ise, mahkûmiyet hükmüyle sonuçlanmayan ceza yargılamalarıyla bağlantılı müteakip yargılamalar bağlamında kişinin masumiyetine saygı gösterilmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Ceza yargılamasının devam ettiği sürece ilişkin ilk unsurun kapsamı sadece ceza yargılamalarının adilliğini temin etmek adına usule ilişkin bir güvence olmakla sınırlı değildir. Bu ilke daha geniş kapsamlı olup hiçbir devlet temsilcisinin kişinin suçluluğu bir mahkeme tarafından tespit edilmeden o kişinin suçlu ilan edilmemesini veya suçlu muamelesine tabi tutulmamasını gerektirir. (AİHM, Kemal Coşkun/Türkiye, B. No: 45028/07, 28/3/2017, §§ 41, 43; AİHM, Seven/Türkiye, B. No: 60392/08, 23/1/2018, § 43).

Bu itibarla, ihtilafı ibare; disiplin cezasını gerektirecek fiili işlediği yargı kararıyla hükmen sabit olmayan personele, bu kişilere suçlu muamelesi yapılarak ek ödemenin verilmeyeceği (ya da az miktarda verileceği) anlamına geldiğinden; Anayasa'nın 38. maddesini ihlal etmektedir.

Yine Anayasa'nın 40. maddesi mucibince herkes, Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Kanun koyucu da Anayasa'nın amir hükmüne istinaden hakkında disiplin cezası verilen personele bu karar karşı yargı yoluna başvurma imkanı tanımış ve fakat yapılacak ek ödemede disiplin durumunun esas alınacağını öngörmüştür. Başka bir anlatımla kanun koyucu, personele yargı yoluna başvuru imkanı tanımak suretiyle; Anayasa'nın 40. maddesinin gereklerini karşılamış ve fakat disiplin durumuna ilişkin işlemlerin kesin hükümle karara bağlanması şartını öngörmeyerek; anılan hakkın özüne (Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen 13. maddesinde yer alan kanunilik kaydını aksine) idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 13, 36, 38 ve 40. maddelerine aykırıdır.

v)Çalışma barışı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5. maddeleriyle Devlet için öngörülen "sosyal devlet" niteliğinin bir görünümü, Anayasa'nın 49. maddesiyle Devlete yüklenen çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüdür. Anayasa Mahkemesi, "Anayasa'nın 49. maddesine göre, çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlete karşı ileri sürülecek bu hak, bireylere zorlama yetkisi ve yaptırımı vermemiştir. Devlet, olanakları ölçüsünde, yeterli örgütler kurarak iş bulmayı kolaylaştırıp sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Devletin herkese iş verme, herkesi işe yerleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır. İşsizliği önlemek amacıyla yapacağı çalışmalarla Devlet, öncelikle kamu sektöründe iş vermek yolunu izleyecek, bu nedenle de yasal düzenlemeler yapacaktır." şeklinde hüküm kurmak suretiyle; Anayasa'nın 49. maddesinin kapsama alanında özel sektörün yanı sıra kamu sektörünün de değerlendirileceğine işaret etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.1989 tarihli ve 1989/14 ve 1989/49 sayılı Kararı). O halde Devlet, hem özel sektörde hem de kamu sektöründe çalışma barışını sağlamalıdır. Ancak maddi anlamda kanuna tekabül etmeyen iptali talep edilen ibare; sağlık hizmetlerinin bütüncül bir şekilde yerine getirildiği de göz önüne alındığında; benzer hizmet veren personel arasında eşitsiz muamelelere, farklı ek ödeme yapılmasına (veya hiç ek ödeme yapılmamasına) yol açacağından, çalışma barışının da bozulmasına neden olacaktır. Çalışma barışının bozulması; personel arasında

bölümlere ve hastane idaresi – hekim (ve sağlık meslek mensubu) – hasta arasında anlaşmazlıklara yol açabilecektir; mesleki dayanışmayı azaltabilecektir; sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan personelin ilgilerini başka alanlara yöneltmesine; sorumluluklarını yeteri kadar yerine getirememelerine sebep olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2, 5 ve 49. maddelerine de aykırıdır.

vi)Angarya yasağı ve ücrette adaletin sağlanması bakımından: Çalışma hukukumuzda, angarya yasaktır. Zira “Anayasa'nın 18. maddesinde, zorla çalıştırma ve angarya kavramlarına yer verilmiştir. Maddenin gerekçesinde angarya, kişinin emeğinin karşılığını almadan zorla çalıştırılması olarak tanımlanmıştır. Angaryada da zorla çalıştırmada olduğu gibi kişinin yaptırım tehdidi altında ve iradesi dışında çalıştırılması söz konusudur. Ancak angaryada zorla çalıştırmadan farklı olarak çalıştırılana ücret de ödenmemekte veya bariz bir şekilde düşük ücret ödenmektedir. Buna göre zorla çalıştırma ile angarya arasındaki fark, yaptırım tehdidiyle desteklenen irade dışı çalıştırma karşılığında ücret ödenip ödenmeyeceği hususu ile sınırlıdır. İrade dışı çalıştırmada ücret ödeniyorsa zorla çalıştırmadan, ücret ödenmiyor veya ödenen ücret bariz bir şekilde düşük ise angaryadan söz edilebilir (Yasemin Balcı, § 69).” (Anayasa Mahkemesi'nin 06.09.2018 tarihli ve 2017/163 E.; 2018/90 K. sayılı Kararı, § 17, 18).

Öte yandan Anayasa'nın 10. maddesinin somutlaştığı görünülerden biri de Anayasa'nın 55. maddesinde temelini bulan “eşit işe eşit ücret ilkesi”dir. Nitekim “Anayasa'nın "Ücrette adalet sağlanması" başlıklı 55. maddesinde, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri için Devletin gerekli önlemleri alacağı öngörülmüş; madde gerekçesinde, "Bu madde, bütün çalışanlara çalışmalarının karşılığı olarak ödenecek olan ücret, aylık, ikramiyeler ve sosyal yardımların belli esasa dayandırılmasını öngörmektedir. Bu esaslardan ilki, ücret, aylık, ikramiye ve sosyal yardımlar ancak "fiilen çalışma" karşılığı olarak ödenecektir. Bunun için de iş süreleri, işin verimi, değeri ve niteliği dikkate alınacaktır..." denilmiştir. Makam tazminatı, belirli makam ve sorumluluk gerektiren görevlerde bulunanlara ödenen bir para olup, tutarı, her makam (unvan) için ayrı ayrı saptanmış olan gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak miktar kadardır. 1961 Anayasası'nın 45., 1982 Anayasası'nın da 55. maddesinde yer alan ücrete ilişkin kuralın dayanağı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 43. maddesidir. Sözü edilen Bildirgenin 43. maddesinin (2) nolu bendinde, "herkesin herhangi bir ayırım gözetilmeksizin eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır." denilmiş, Avrupa Sosyal Şartı'nın 4. maddesinin (1) nolu, Çalışanların Temel, Sosyal Hakları Topluluk Şartı'nın 6/İ ve 6/III maddelerinde de, eşit ve adil ücret hakkına ilişkin kurallara yer verilmiştir. Eşit işe eşit ücret ilkesi, kamu çalışanlarının aylıklarının belirlenmesinde yaşamsal bir ölçüt olarak alınmalı, Anayasa ve uluslararası normlarda öngörülen biçimde ücret ödenmesini sağlayacak yasal kurallar getirilmelidir. Kuşkusuz ki, İLO sözleşmesinde öngörüldüğü gibi ücret deyimi, her türlü ek ödemeyi de kapsamaktadır.” (Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.1998 tarihli ve 1998/1 E.; 1998/86 K. sayılı Kararına karşı Üye Haşim Kılıç ve Üye Mustafa Bumin tarafından kaleme alınan karşıoy yazısı).

Ancak iptali talep edilen ibareyle personelin, sağlık hizmeti sunmasına rağmen, disiplin durumuna bakılarak ona ek ödeme yapıp yapılmayacağına karar verilecektir. Bu durum aynı görevi ifa eden ve fakat farklı disiplin durumlarına sahip iki personelin; salt (kesinleşmemiş) disiplin durumu (Kesinleşse dahi tek suça tek ceza ilkesi bulunmaktadır.) farklılığı nedeniyle aynı nitelikteki çalışma karşılığında farklı ek ödeme

alması (veya hiç almaması) sonucunu doğuracaktır. Bununla birlikte personel, yaptırım uygulanacağı tehdidiyle -iradesi hilafına- çalıştırılacak ve fakat emeği karşılığında düşük ek ödeme almak ya da hiç ek ödeme almamak suretiyle insan onuruna aykırı biçimde angaryaya maruz kalacaktır. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 10, 18 ve 55. maddesine aykırıdır.

vii)Çalışma hürriyeti ve çalışma hakkı ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri bakımından: Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği üzere “Anayasa'nın "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" başlıklı 48. maddesinde, "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." denilmek suretiyle çalışma özgürlüğü güvenceye bağlanmıştır. Çalışma özgürlüğü, kişinin çalışıp çalışmama, çalışacağı işi seçme ve çalıştığı işten ayrılma özgürlüğünü korur. Çalışma özgürlüğü ücretli olarak bağımlı çalışma hakkını olduğu kadar, iktisadi-ticari faaliyet yapma hakkını da içerir.” (Anayasa Mahkemesi'nin 13.11.2014 tarihli ve 2013/95 E.: 2014/176 K. sayılı Kararı).

Disiplin durumu dikkate alınacak personel, 209 sayılı Kanun'un 5. maddesinin kapsamında kalan döner sermayeli sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve sözleşmeli personel ile açıktan vekil olarak atananlardır.

Yukarıda açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesi aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınca sunulacak olan aile hekimliği hizmetlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmeti olduğuna, imzalanan sözleşmelerin nev'inin idari hizmet sözleşmesi olduğuna işaret etmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 21.02.2008 tarihli ve 2005/10 E.; 2008/63 K. sayılı Kararı).

O halde söz konusu personel, çalışma hürriyetine binaen idare ile sözleşme akdetmek suretiyle; kendisine ek ödeme yapılacak personel konumuna gelmektedir. Ancak ek ödeme, disiplin durumu dikkate alınarak yapılacaktır. Bu durum ise idare ile personel arasında kurulan akdi ilişkinin mali yönünün idarenin düzenleyici işlemlerine konu edilmesine sebep olacağından; Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen 13. maddesinde yer alan kanunilik kaydının aksine çalışma hürriyeti kısıtlanacaktır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırıdır.

Öte yandan Anayasa'nın 2 ve 5. maddelerinde yer alan sosyal devlet ilkesinin bir görünümü, Anayasa'nın 49. maddesinde güvencelenen çalışma hakkıdır. Diğer bir deyişle herkese hak ve ödev olarak tanınan çalışma hakkı, Devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Devlet, herkes için uygun bir çalışma ortamı hazırlamalıdır. Ancak iptali talep edilen ibare, Devletin anılan yükümlülüğünü ifa etmesine engel olacaktır. Nitekim idare, keyfi biçimde, disiplin durumunu esas almak suretiyle ek ödeme yaparak (veya yapmayarak); Devlet tarafından onlar bakımından çalışma hakkının kullanılması için gerekli ortam, hazırlanamayacaktır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 13. ve 49. maddelerine aykırıdır.

viii)Kamu görevlilerinin özlük hakları bağlamında kanunilik ilkesi bakımından: Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir (Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2012 tarihli ve 2011/107 E.; 2012/184 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi'nin sıkça vurguladığı gibi kanunilik

ölçütünün sağlandığından söz edilebilmesi için kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kurallar keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Esasen kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa'nın 128. maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2018/88, K.2020/24, 11/6/2020 §§ 13, 14) (Anayasa Mahkemesi'nin, 22.10.2020 tarihli ve 2020/1 E.; 2020/563 K. sayılı Kararı, § 41).

Ancak personelin mali nitelikteki özlük haklarına ilişkin olan ve iptali talep edilen ibare, şekli anlamda kanun formunda kaleme alınmakta ve fakat yukarıda detaylı biçimde açıklandığı üzere Anayasa'nın ilgili diğer hükümlerinin (Anayasa'nın 2, 5, 13, 18, 35, 36, 38, 40, 48, 49, 55. maddelerinin) ve özellikle hukuki belirlilik ve güvenlik alt ilkelerini içeren hukuk devleti ilkesinin gereklerini karşılamadığından maddi anlamda bir kanun niteliğini haiz değildir. Ek ödemenin yapılmasında disiplin durumunun dikkate alınması öngörülmek suretiyle; özlük hakların belirlenmesi idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılmıştır. Oysa bir kamu görevlisi olan personele yapılacak ek ödeme özelindeki mali özlük haklarının maddi anlamda kanun düzeyinde belirlenmesi ve idarenin öznel takdirine bağlı işlem ve eylemlerine terk edilmemesi gerekirdi. İptal istenen ibare, bu nedenle Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

ix)Hukuk devleti, idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

Öte yandan, Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle öncelikle disiplin durumunun ek ödeme yapılırken dikkate alınacak bir kriter olarak öngörülmemesi gerekirdi. Ancak bir an için disiplin durumu, ek ödeme

yapılması için dikkate alınacak bir kriter olarak belirlenecek idiyse; disiplin durumu özelinde mali özlük işlerinin; Anayasa'nın 128. maddesinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; –Anayasal ilkelerin aksine– disiplin durumunun nasıl değerlendirileceği hususunda sessiz kalmış, eğer bir disiplin cezası söz konusu ise bunun kesinleşmesinin beklenmesini dahi öngörmemiş, bu konuların düzenlenmesini idarenin uhdesine bırakmıştır, disiplin durumuna ilişkin usul ve esasları yönetmeliğin düzenleme alanının konusu yapmış, kamu personel rejimine ilişkin ek ödemeyi kanuni dayanaktan yoksun bırakmıştır. Kanun düzeyinde tanımlanması gereken disiplin durumunun içeriğini idarenin düzenleyici işlemlerine tevdi eden ve yukarıda tanımlandığı anlamda maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilafli ibare, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, “Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, “Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütünü kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur.” denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)” (Anayasa Mahkemesi'nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18). Ancak iptali talep edilen ibare hükmünde; kadro ihdası gibi özlük işleri kapsamında değerlendirilen ek ödeme yapılırken dikkate alınacak disiplin durumunun genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır.

Öte yandan normlar arasında hukuka uygun kademelenmenin sağlanabilmesi, diğer bir deyişle normlar hiyerarşisinde disiplin durumuna ilişkin yönetmeliğin 7411 sayılı Kanun'a uygun olması, yalnız bu Kanun'un temel ilkeleri ortaya koymasıyla mümkündür. Aksi takdirde, Kanun'un genel çerçeveyi çizmemesi, yönetmeliğin hukuka uygunluk denetiminde gözetilecek ölçü normun (7411 sayılı Kanun'un) maddi anlamda kanunun asgari öğelerini karşılamaması durumunda, yönetmelik hukuki dayanakten yoksun kılınacaktır.

Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2, 123 ve 128. maddelerine aykırıdır.

x)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep

edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmünde olduğu gibi disiplin durumu özelinde özlük işlerine ilişkin temel ilkeler belirlenmediğinden ve çerçeve çizilmediğinden; idarenin disiplin durumuna ilişkin ayrıntıları düzenlemesi (Bakanlığın yönetmelik çıkarması) sonucunu doğuracak olan ibare, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

xi)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, normlar hiyerarşisi, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaması ve idarenin kanuniliği ilkesi bakımından: Yukarıda açıklandığı üzere söz konusu değiştirilen mevcut ikinci cümlelerin kanunlaştırılmasının saiklerinden biri, Danıştay'ın anılan kararına ilişkindir. Danıştay'ın anılan kararına konu düzenleyici işlem, 14.02.2013 tarihli ve 28559 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna Bağlı Sağlık Tesislerinde Görevli Personele Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelik'tir. Kanun koyucu, Danıştay'ın söz konusu iptal kararının akabinde idarenin düzenleyici işlemini (Yönetmelik), kanun hükmü haline getirmiştir. Başka bir anlatımla kanun koyucu, iptali istenen ibare bakımından de facto hali, de jure hale getirmiştir.

Halbuki hukuk devleti ilkesinin temelinde yer alan Kelsen'in normlar hiyerarşisi teorisine göre "Devletin hukuk düzeni bir hiyerarşik normlar sistemidir. ... Bir hukuk normunun diğerine dayanması demek, bir hukuk normu geçerli olduğu için diğer normun geçerli olması demektir."⁸ Öte yandan idarenin kanuniliği ilkesi ile hukuk mantığı gereğince, bir düzenleyici işlemin (yönetmeliğin) hukuki varlığının amacı bir üst normun (kanunun) somut olaya uygulanmasını mümkün kılmaktır. "Yasamanın iradesini yerine getirmeğe yürütme dersek"⁹; bilakis iptali talep edilen ibare kanunlaştırıldığında; önce yürütmenin iradesi (Yönetmelik) oluşmuş; de facto hali de jure hale getirmek için; sonra kanun koyucu, iradesini (kanun-iptali talep edilen ibare) ortaya koymuştur.

Başka bir anlatımla öncelikle (söz konusu iptal kararından önce) anılan Yönetmelik gereğince (hukuka aykırı) ek ödeme yapılmış; (söz konusu iptal kararından sonra) anılan Yönetmelik hükmü, kanun metni haline getirilmiştir. Bu durum; bir fonksiyon gaspına sebep olacak, Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6. maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanmamasına yönelik hükmü ihlal edecektir. Zira Anayasa gereği idarenin bir kanun hükmünün uygulanması için işlem tesis etmesi gerekirken; kanun koyucu, bir idari işlemin hukuka uygun kılınması için iptali talep edilen ibareyi kanunlaştırmış; yasama kuvveti ile yürütme kuvveti arasındaki ayrılığa hanel getirmiştir. O nedenle Anayasa'nın arkasından dolaşmak anlamına da gelen iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6 ve 123. maddelerine aykırıdır.

xii)Kamu hizmetinde görevin gerekli kıldığı nitelikler bakımından: Anayasa'nın 70. maddesinde yer alan ve her Türk vatandaşına eşit şekilde tanınan kamu hizmetine girme hakkı, kamu hizmeti icra edecek personellerin istihdamının liyakata dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlar. Anayasa; ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayrımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye

8 Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, B. 10, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2014, s. 312, 313.

9 Derbil, Süheyp, İdare Hukuku, B. 5, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1959, s. 44.

olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev, görevin gerekleri doğrultusunda yerine getirilmemiş olacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir (Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.1979 tarihli ve 1979/19 E.; 1979/39 K. sayılı Kararı).

Anayasa'nın 128. maddesinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70. maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez" şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan "görevin" ibaresinin; kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin (ve mali özlük hakkı olan ek ödemenin), (personele, verdiği sağlık hizmeti nedeniyle, objektif kriterlere göre; ek ödeme yapılabilmesi amacıyla) kanun düzeyinde açıklanmasını gerektirir. Aksi bir tutum, bir başka deyişle sağlık özelinde kamu hizmeti görececek personele yapılacak ek ödemede dikkate alınacak disiplin durumunu belirleme yetkisini idarenin keyfi uygulamalarına, kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; Anayasal amacın (kamu hizmeti icra edecek personelin istihdamının liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini teminen hak ettiği ödemeleri vermek) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın her bir personel bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacaktır. Diğer bir deyişle, ek ödeme özelinde mali özlük işlerinin liyakat esasının gereklerini karşılayacak açıklıkta olması ve vatandaşların eşit şekilde kamu hizmetine girmesinin akabinde hak ettiği ödemeleri almasının idarenin keyfi işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması gerekmektedir. İhtilafli düzenlemenin temel bir hakkın uygulanma alanında keyfiliği olanaklı kılması, onun Anayasa'ya aykırılığını tespit bakımından yeterlidir. Bu nedenle anılan gereklilikleri karşılamayan ihtilafli ibare, Anayasa'nın 70. maddesine de aykırıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 70. maddesi ile ilişkilendirerek verdiği bir iptal kararının müteallik bölümü:

"1- KHK'nin 37. Maddesinin (2), (3) ve (4) Numaralı Fıkraları

KHK'nin 37. maddesinde, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadroları kurulmuş ve bu kadrolarda görev yapacak kişilerin atanma usul ve esasları düzenlenmiştir. Anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzman Yardımcılığına atanmanın koşulları; (3) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığına atanmanın koşulları ile bu koşulları yerine getiremeyen Uzman Yardımcılarının bu unvanlarını kaybedecekleri ve Bakanlıkta durumlarına uygun kadrolara atanacakları; (4) numaralı fıkrasında ise Gümrük ve Ticaret Uzmanı ile Uzman Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında "Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler..."in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın "Kamu hizmetlerine girme hakkı" başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten

sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın "Siyasi Haklar ve Ödevler" başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve 70. maddesinde korunan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadrolarına giriş koşullarının belirlenmesi, Anayasa'nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olduğundan, bu hususu düzenleyen KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı fıkraları, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptalleri gerekir."

şeklinde (Anayasa Mahkemesi'nin 08.11.2012 tarihli ve 2011/87 E.; 2012/176 K. sayılı Kararı).

xiii)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibareyle ek ödeme özelinde mali özlük işlerine ilişkin kanun düzeyinde çerçeve çizilmemesi dolayısıyla idareye verilen sınırsız takdir yetkisi, aynı nitelikte sağlık hizmeti sunan personel arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. İhtilaflı kural, aynı şekilde, kamu hizmetini ifa eden personele yapılacak ek ödemede esas alınacak objektif esas ve usulleri öngörmemesi sebebiyle de, yine eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; "[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir" (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ne var ki, iptali talep edilen ibarenin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare tarafından aynı nitelikteki sağlık hizmeti sunan personele farklı meblağların verilmesine ya da hiç verilmemesine ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, mali özlük işleri kapsamında kalan ek ödemenin yapılmasında dikkate alınacak disiplin durumu kriterinin belirlenmesinin idareye bırakılması, akçeli işler bakımından aynı nitelikteki sağlık hizmeti sunan kişi kategorileri arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. İptali istenen kuralın aynı durumdaki personeller arasında muamele farklılığına yol açabileceği hasebiyle kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunun tespiti için, ihtilaflı kuralın haklı gerekçeye dayanmayan muamele farklılığını

yalnızca olası kıldığıının tespiti yeterli addedilmek gerekir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

xiv) Sosyal devlet ilkesi, Devletin temel amaç ve görevleri, yaşam ve sağlık hakları bakımından: Öncelikle belirtmek gerekir ki Cumhuriyetimizin kurucusu Ulu Önder Mustafa Kemal Atatürk, "Türk halkının sağlığı ve sağlamlığı vazgeçilmez bir milli meselemizdir." şeklindeki sözüyle sağlık politikalarının önemini vurgulamış; "Beni Türk hekimlerine emanet edin." şeklindeki sözüyle hekimlere verdiği değeri dile getirmiştir.

Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'na göre sağlık, sadece hasta veya sakat olmama hali değil, fiziksel, ruhsal ve sosyal açıdan iyi olma halidir.¹⁰ Anayasa'nın 17. maddesinde herkesin yaşama hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmış ve yaşama hakkının gerçekleştirilmesini teminen sağlık hakkı, Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenmiştir. En temel insan hakkı niteliğine sahip yaşama hakkının bir görünümü olan sağlık hakkı, uluslararası belgelerde de yerini bulmuştur. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesiyle yaşam hakkı güvencelenerek sağlık hakkı yaşam boyutu itibarıyla koruma altına alınmıştır. Sözleşme'nin 8. maddesi ise, sağlık hakkını dolaylı olarak ama daha geniş bir kapsamda korumaktadır. Yine İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25.; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12.; Avrupa Sosyal Şartı'nın 11. maddelerinde herkesin sağlık hakkına sahip olduğu, açıkça zikredilmiştir.

Anayasa'nın 56. maddesi, sağlık hakkının pozitif statü hakkı olması itibarıyla; Anayasa'nın 2. maddesi uyarınca sosyal devlet niteliğini haiz Devlete, anılan hakkın kullanımı (anılan hakka erişim) için elverişli ortam hazırlama yükümlülüğü yüklemektedir. Devlet, bu yükümlülüğü sağlık meslek mensupları marifetiyle yerine getirmektedir. Başka bir anlatımla bireylerin sağlık ihtiyaçlarının giderilmesi, sağlık meslek mensuplarının elverişli çalışma ortamında yeterli biçimde sağlık hizmeti sunmasıyla mümkündür.

Ne var ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Devletin sağlık hizmeti sunumuna ilişkin ihlal kararları bulunmaktadır. Söz gelimi; "tedavi için kabul edilmediği hastaneler arasında sevk edilmesi ardından, doğumdan kısa bir süre sonra, prematüre doğmuş bir bebeğin hayatını kaybetmesiyle ilgili" Asiye Genç / Türkiye kararında:

"Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, ilk olarak, Türk Devleti'nin yeteri kadar devlet hastanesi hizmet işleyişini ya da bizzat sağlığın korunması sistemini düzgün olarak organize etmeyi ve çalıştırmayı sağlamadığını değerlendirmiştir. Bebek hayatını kaybetmiştir çünkü herhangi bir tedavide bulunulmamıştır. Mahkeme, bu tür bir durumun bir kişinin yaşamını tehlikeye atmak gibi tıbbi bakım sağlamama anlamına geldiğini gözlemlemiştir. İkinci olarak, Mahkeme Türk yargı sisteminin söz konusu feci olaya karşılık verme şeklinin bebeğin ölümünün kesin koşullarını aydınlatmaya dair elverişli olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme, bu nedenle, doğumundan kısa bir süre sonra hayatını kaybeden bebek

¹⁰ Constitution of the World Health Organization, <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1> (Erişim Tarihi: 03.08.2022).

hususunda, Türkiye'nin Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında yükümlülüklerini yerine getirmediği şeklinde değerlendirebileceğini tespit etmiştir.”¹¹

Kanun koyucu, sağlık hizmeti sunan personelin mali haklarından olan ek ödemenin yapılmasında disiplin durumunun göz önünde bulundurulacağını dikkate almak suretiyle; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan kanunilik kaydına hanel getirmiştir; demokratik toplumun gereklerine ve ölçülülük ilkesine –bilhassa gereklilik unsuruna- riayet etmemiştir. Diğer bir deyişle sağlık hakkının kullanılması için gerekli ortamı sunma yükümlülüğü olan Devletin, bu yükümlülüğü tam manasıyla ifası, iyi yetişmiş, donanımlı, mali hakları temin edilen sağlık meslek mensuplarıyla mümkündür. Aksi bir tutum, sağlık hakkının gerçekleştirilmesine yönelik pozitif yükümlülüklerin ifa edilmemesi sonucunu doğuracaktır. Kanun koyucu da mali özlük işlerinin yürütme tarafından tespit edilmesine cevaz vererek; devletin sağlık hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinin önünü açmıştır. Kaldı ki sosyal devlet anlayışı, sağlık hakkının herkese nitelikli bir biçimde tanınmasını gerektirir. Tüm bu nedenlerle anılan ibare, Anayasa'nın 2, 5, 17 ve 56. maddelerine aykırıdır.

xv)Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibare, yaşam ve sağlık haklarına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. ve 8.; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25.; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12.; Avrupa Sosyal Şartı'nın 11. maddelerini; adil yargılanma hakkına ve masumiyet karinesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesini; mülkiyet hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesini; ne bis in idem ilkesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11 No'lu Protokol İle Değişik Ek 7 No'lu Protokol'ünün 4. maddesini; kölelik ve zorla çalıştırma yasağına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. maddesini ve ILO'nun 29 No'lu Zorla Çalıştırma Sözleşmesi'ni; çalışma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23., (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. maddelerini; Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu ILO Sözleşmelerini¹²; adil çalışma koşullarına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23., (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın 3 ve 22. maddelerini; ILO'nun 94 No'lu Çalışma Şartları (Kamu Sözleşmeleri) Sözleşmesi ile 151 No'lu Çalışma İlişkileri (Kamu Hizmeti) Sözleşmesi'ni; eşit işe eşit ücret ilkesine ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 43. maddesi ve ILO'nun 100 No'lu Eşit Ücret Sözleşmesi'ni ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7411 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle 04.01.1961 tarihli ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen mevcut ikinci cümlesinde yer alan “disiplin durumu,” ibaresi,

¹¹ Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Tematik Bilgi Notu – Sağlık, Aralık 2015, s. 17, 18, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 03.08.2022).

¹² Türkiye'nin onayladığı ILO Sözleşmeleri, çalışma hakkının farklı boyutlarına (söz gelimi hakkın tanınması, hakkın kullanım koşulları) ilişkindir. <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm> (Erişim Tarihi: 02.03.2022).

Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 17, 18, 35, 36, 38, 40, 48, 49, 55, 56, 70, 90, 123, 128 ve 138. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

b) 16.06.2022 tarihli ve 7411 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle 04.01.1961 tarihli ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen mevcut ikinci cümlesinde yer alan "yönetmelikle" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

Yukarıda açıklandığı üzere; 7411 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle 209 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının mevcut ikinci cümlesi, değiştirilmiştir. Değiştirilen mevcut ikinci cümleye göre sağlık kurum ve kuruluşlarında Bakanlıkça belirlenen hizmet sunum şartları ve kriterleri, personelin unvanı, görevi, disiplin durumu, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, tetkik, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimsel işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi unsurlar dikkate alınmak suretiyle; ek ödemenin oranı, usul ve esasları ile inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esasları Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir. Ancak ek ödemenin oranı, usul ve esasları ile inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esaslarının idarenin düzenleyici işleminin konusu yapılması, Anayasa'ya aykırıdır.

i) Kamu görevlilerinin özlük hakları bağlamında kanunilik ilkesi bakımından: Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir (Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2012 tarihli ve 2011/107 E.; 2012/184 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi'nin sıkça vurguladığı gibi kanunilik ölçütünün sağlandığından söz edilebilmesi için kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kurallar keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Esasen kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa'nın 128. maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2018/88, K.2020/24, 11/6/2020 §§ 13, 14) (Anayasa Mahkemesi'nin, 22.10.2020 tarihli ve 2020/1 E.; 2020/563 K. sayılı Kararı, § 41).

Ancak personelin mali nitelikteki özlük haklarına ilişkin olan ve iptali talep edilen ibare, şekli anlamda kanun formunda kaleme alınmakta ve fakat aşağıda detaylı biçimde açıklanacağı üzere Anayasa'nın ilgili diğer hükümlerinin (Anayasa'nın 2, 5, 13, 18, 35, 48, 49, 55) gereklerini karşılamadığından maddi anlamda bir kanun niteliğini haiz değildir. Ek ödemenin oranı, usul ve esasları ile inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esasları yönetmelikle tespit edilmek suretiyle; özlük hakların belirlenmesi, idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılmıştır. Oysa bir kamu görevlisi olan personele yapılacak ek ödeme özelindeki mali özlük haklarının maddi anlamda kanun düzeyinde belirlenmesi ve idarenin özne takdirine bağlı işlem ve eylemlerine terk edilmemesi gerekirdi. İptal istenen ibare, kanunilik ilkesinin gereklerini sağlamaması hasebiyle Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

ii)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

Öte yandan Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle ek ödemenin oranı, usul ve esasları ile inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esaslarının; Anayasa'nın 128. maddesinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle heyetin kimlerden teşekkül edeceği, ilgili kurum ve kuruluşlardan bilgi- belge talep etme yetkisi, ön inceleme yapma yetkisi, dosya üzerinden değerlendirme yapma yetkisi, değerlendirme yaparken esas alacağı nesnel kriterler, değerlendirme sonucunun idari itiraz usulüne tabi olup olmaması, değerlendirme sonucunda karar verme süresi, ek ödemede dikkate alınacak unsurların puan değeri, performans / mesleki yeterlilik değerlendirmesi yapılması, öz değerlendirme olup olmayacağı, nihai değerlendirme puanı hesaplanırken esas alınan kıstaslar ve bu kıstasların katsayısının neye göre belirleneceği, puanlama sırasında kullanılacak göstergeler: 1, 2, 3, .../ çok iyi, iyi, orta, ... gibi hususların tamamı yönetmeliğe bırakılmıştır. Kanun koyucu, ek ödemenin oranı, usul ve esasları ile inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esaslarının içeriği, –Anayasal ilkelerin aksine- hakkında tamamen sessiz kalmış, bu konuların düzenlenmesini idarenin (Sağlık Bakanlığı'nın) uhdesine bırakmıştır. Kaldı ki Sağlık Bakanlığı'nın, Hazine ve Maliye Bakanlığı'ndan alacağı uygun görüşün niteliği istişari olduğu gibi; idarenin (Sağlık Bakanlığı'nın) yine idare (Hazine ve Maliye Bakanlığı) tarafından kayıtlanması, kanunilik ilkesinin gereğini yerine getirmez.

Yine ek ödemenin oranı, usul ve esasları ile inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esasları belirlenirken; sağlık kurum ve kuruluşlarında Bakanlıkça belirlenen

hizmet sunum şartları ve kriterleri, personelin unvanı, görevi, disiplin durumu, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, tetkik, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimsel işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi unsurlar dikkate alınacaktır. Ancak bu unsurların nasıl tespit edileceğine ilişkin objektif kriterlere yer verilmediğinden; bu durum, eşitsiz uygulamaların önünü açacaktır. (Öte yandan belirtmek gerekir ki açıklandığı üzere disiplin durumunun kıstas olarak kabul edilmesi; Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 17, 18, 35, 36, 38, 40, 48, 49, 55, 56, 70, 90, 123, 128 ve 138. maddelerine aykırıdır.)

Kaldı ki iptali talep edilen ibarenin bulunduğu cümlede “gibi” ibaresinin kullanılması suretiyle; bu unsurların, tahdidi değil tadadi metotla sayılması; idarenin ek ödemeye yaparken belirsiz ve çok geniş bir kıstas spektrumunu esas almasına sebep olacaktır.

Kanun koyucu, ek ödemenin oranı, usul ve esasları ile inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esaslarını yönetmeliğin düzenleme alanının konusu yapmış; kamu personel rejimine ilişkin ek ödemeyi kanuni dayanaktan yoksun bırakmıştır. Kanun düzeyinde tanımlanması gereken oran, yapı, usul ve esasların içeriğini idarenin düzenleyici işlemlerine tevdi eden ve yukarıda tanımlandığı anlamda maddi anlamda kanunilik ilkesinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilaflı ibare, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, “Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, “Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütünü kuruluşun ayrı düşünmeğe imkân yoktur.” denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)” (Anayasa Mahkemesi'nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18). Ancak iptali talep edilen ibare hükmünde; kadro ihdası gibi özlük işleri kapsamında değerlendirilen ek ödemenin oranı, usul ve esasları ile ek ödemeye esas işlemleri denetleyecek inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esaslarının genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır.

Öte yandan normlar arasında hukuka uygun kademelenmenin sağlanabilmesi, diğer bir deyişle normlar hiyerarşisinde ek ödemenin oranı, usul ve esasları ile inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esaslarına ilişkin yönetmeliğin 7411 sayılı Kanun'a uygun olması, yalnız bu Kanun'un temel ilkeleri ortaya koymasıyla mümkündür. Aksi takdirde, Kanun'un genel çerçeveyi çizmemesi, yönetmeliğin hukuka uygunluk denetiminde gözetilecek ölçü normun (7411 sayılı Kanun'un) maddi anlamda kanunun asgari öğelerini karşılamaması durumunda, yönetmelik hukuki dayanaktan yoksun kılınacaktır.

Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2, 123 ve 128. maddelerine aykırıdır.

iii)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve erevesi izilmeksizin; idareye (Bakanlığa); ek ödemenin oranı, usul ve esasları ile inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esaslarını belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

iv)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, normlar hiyerarşisi, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaması ve idarenin kanuniliği ilkesi bakımından: Yukarıda açıklandığı üzere söz konusu değiştirilen mevcut ikinci cümlenin kanunlaştırılmasının saiklerinden biri, Danıştay'ın anılan kararına ilişkindir. Danıştay'ın anılan kararına konu düzenleyici işlem, 14.02.2013 tarihli ve 28559 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna Bağlı Sağlık Tesislerinde Görevli Personele Ek deme Yapılmasına Dair Yönetmelik'tir. Kanun koyucu, Danıştay'ın söz konusu iptal kararının akabinde idarenin düzenleyici işlemini (Yönetmelik), kanun hükmü haline getirmiştir. Başka bir anlatımla kanun koyucu, iptali istenen ibare bakımından de facto hali, de jure hale getirmiştir.

Halbuki hukuk devleti ilkesinin temelinde yer alan Kelsen'in normlar hiyerarşisi teorisine göre "Devletin hukuk düzeni bir hiyerarşik normlar sistemidir. ... Bir hukuk normunun diğerine dayanması demek, bir hukuk normu geçerli olduğu için diğer normun geçerli olması demektir."¹³ öte yandan idarenin kanuniliği ilkesi ile hukuk mantığı gereğince, bir düzenleyici işlemin (yönetmeliğin) hukuki varlığının amacı bir üst normun (kanunun) somut olaya uygulanmasını mümkün kılmaktır. "Yasamanın iradesini yerine getirmeğe yürütme dersek"¹⁴; bilakis iptali talep edilen ibare kanunlaştırıldığında; önce yürütmenin iradesi (Yönetmelik) oluşmuş; de facto hali de jure hale getirmek için; sonra kanun koyucu, iradesini (kanun-iptali talep edilen ibare) ortaya koymuştur.

Başka bir anlatımla öncelikle (söz konusu iptal kararından önce) anılan Yönetmelik gereğince (hukuka aykırı) ek ödeme yapılmış ve inceleme heyetleri oluşturulmuş; (söz konusu iptal kararından sonra) anılan Yönetmelik hükmü, kanun metni haline getirilmiştir. Bu durum; bir fonksiyon gaspına sebep olacak, Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6. maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanmamasına yönelik hükmü ihlal edecektir. Zira Anayasa gereği idarenin bir kanun hükmünün uygulanması için işlem tesis etmesi gerekirken; kanun koyucu, bir idari işlemin hukuka uygun kılınması için iptali talep edilen ibareyi kanunlaştırmış; yasama kuvveti ile yürütme kuvveti arasındaki ayrılığa halel getirmiştir. O nedenle Anayasa'nın arkasından dolaşmak

13 Grız, Adnan, Hukuk Felsefesi, B. 10, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2014, s. 312, 313.

14 Derbil, Süheyp, İdare Hukuku, B. 5, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1959, s. 44.

anlamına da gelen iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6 ve 123. maddelerine aykırıdır.

v)Yönetmelikle düzenleme bakımından: Anayasa koyucu, idarenin düzenleyici işlemlerinin bir türü –kural işlem- olan yönetmelikler için özel bir Anayasal hüküm öngörmüştür. Anayasa'nın 124. maddesine göre Cumhurbaşkanı, Bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Sağlık Bakanlığı'nın ek ödemenin oranı, usul ve esasları ile inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esasları hususunda çıkaracağı yönetmeliğin 7411 sayılı Kanun'un 3. maddesinin uygulanmasını sağlaması ve ona aykırı olmaması için; yönetmelik çıkartılmasına cevaz veren kanuni hükmün, hangi iş ve işlemlerin yasal çerçeve içinde kalacağına yönelik temel çerçeve ve sınırları belirlemesi gerekmektedir. Aksi bir tutum, kanunun uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, yönetmeliğe, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması ve aşırı geniş bir düzenleme alanının idarenin uhdesine bırakılması anlamına gelecektir. İhtilafı kurala bakıldığında, ortada, idare tarafından tecessüm ettirilmeye elverişli bir kanuni genel düzenleme yoktur. İdare tarafından takdir yetkisinin keyfi biçimde kullanılmasına neden olabilecek iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 124. maddesine de aykırıdır.

vi)Kamu hizmetinde görevin gerekli kıldığı nitelikler bakımından: Anayasa'nın 70. maddesinde yer alan ve her Türk vatandaşına eşit şekilde tanınan kamu hizmetine girme hakkı, kamu hizmeti icra edecek personellerin istihdamının liyakata dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlar. Anayasa; ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayırımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev, görevin gerekleri doğrultusunda yerine getirilmemiş olacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir (Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.1979 tarihli ve 1979/19 E.; 1979/39 K. sayılı Kararı).

Anayasa'nın 128. maddesinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70. maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez" şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan "görevin" ibaresinin; kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin (ve mali özlük hakkı olan ek ödemenin ve buna esas işlemleri denetleyecek olan inceleme heyetinin), (personele, verdiği sağlık hizmeti nedeniyle, objektif kriterlere göre; ek ödeme yapılabilmesi amacıyla) kanun düzeyinde açıklanmasını gerektirir. Aksi bir tutum, bir başka deyişle sağlık özelinde kamu hizmeti görececek personele yapılacak ek ödemenin oranı, usul ve esasları ile inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esaslarını belirleme yetkisini idarenin keyfi uygulamalarına, kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; Anayasal amacın (kamu hizmeti icra edecek personelin istihdamının liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini teminen hak

ettiği ödemeleri vermek) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın her bir personel bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacaktır. Diğer bir deyişle, ek ödeme özelinde mali özlük işlerinin liyakat esasının gereklerini karşılayacak açıklıkta olması ve vatandaşların eşit şekilde kamu hizmetine girmesinin akabinde hak ettiği ödemeleri almasının, idarenin keyfi işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması gerekmektedir. İhtilaflı düzenlemenin temel bir hakkın uygulanma alanında keyfiliği olanaklı kılması, onun Anayasa'ya aykırılığını tespit bakımından yeterlidir. Bu nedenle anılan gereklilikleri karşılamayan ihtilaflı ibare, Anayasa'nın 70. maddesine de aykırıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 70. maddesi ile ilişkilendirerek verdiği bir iptal kararının müteallik bölümü:

“1- KHK'nin 37. Maddesinin (2), (3) ve (4) Numaralı Fıkraları

KHK'nin 37. maddesinde, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadroları kurulmuş ve bu kadrolarda görev yapacak kişilerin atanma usul ve esasları düzenlenmiştir. Anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzman Yardımcılığına atanmanın koşulları; (3) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığına atanmanın koşulları ile bu koşulları yerine getiremeyen Uzman Yardımcılarının bu unvanlarını kaybedecekleri ve Bakanlıkta durumlarına uygun kadrolara atanacakları; (4) numaralı fıkrasında ise Gümrük ve Ticaret Uzmanı ile Uzman Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında “Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler...”in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın “Kamu hizmetlerine girme hakkı” başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve 70. maddesinde korunan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadrolarına giriş koşullarının belirlenmesi, Anayasa'nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olduğundan, bu hususu düzenleyen KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı fıkraları, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptalleri gerekir.”

şeklinde (Anayasa Mahkemesi'nin 08.11.2012 tarihli ve 2011/87 E.; 2012/176 K. sayılı Kararı).

vii)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibareyle ek ödeme (ve ek ödemeye esas işlemleri denetleyecek inceleme heyeti) özelinde mali özlük işlerine ilişkin kanun düzeyinde çerçeve çizilmemesi dolayısıyla idareye verilen sınırsız takdir yetkisi, aynı nitelikte sağlık hizmeti sunan personel arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık

yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. İhtilafı kural, aynı şekilde, kamu hizmetini ifa eden personele yapılacak ek ödemede esas alınacak objektif esas ve usulleri öngörmemesi sebebiyle de, yine eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; "[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir" (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktaya dikkate alınır: "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ne var ki, iptali talep edilen ibarenin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare tarafından aynı nitelikteki sağlık hizmeti sunan personele farklı meblağların verilmesine ya da hiç verilmemesine ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, mali özlük işleri kapsamında kalan ek ödemenin oranı, usul ve esasları ile inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esasların belirlenmesinin idareye bırakılması, akçeli işler bakımından aynı nitelikteki sağlık hizmeti sunan kişi kategorileri arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. İptali istenen kuralın aynı durumdaki personeller arasında muamele farklılığına yol açabileceği hasebiyle kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunun tespiti için, ihtilafı kuralın haklı gerekçeye dayanmayan muamele farklılığını yalnızca olası kıldığının tespiti yeterli addedilmek gerekir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

viii)Kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkeleri, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve yasama organının mahkeme kararlarına uyma zorunluluğu bakımından: Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasına göre yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. O halde "Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ile Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasındaki "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" hükmünün gereği olarak Anayasa Mahkemesince yapılan yukarıdaki tespitler, yargı kararlarının sonuçsuz kalmasına yol açtığı belirlenen kanuni düzenlemelerin de iptaline karar verilmesiyle sonuçlanmaktadır." (Anayasa Mahkemesi'nin 28.01.2016 tarihli ve 2014/92 E.; 2016/6 K. sayılı Kararı, Üye M. Emin Kuz ve Üye Hasan Tahsin Gökcan tarafından kaleme alınan Karşıoy Gerekçesi).

Danıştay, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir kararında:

“Tabiplerin muayene ve girişimsel işlemlerinin incelenmesi ve bu incelenme raporu esas alınarak tabipler hakkında disiplin soruşturması açılabilmesini mümkün kılan bir kurula 209 sayılı Kanun'da yer verilmediği gibi, böyle bir kurulun oluşturulması durumunda, bu kurulun kimlerden oluşacağı, üyelerin atanma biçimleri ve görev süreleri ile kararların ne şekilde alınacağı, kurulan çalışma usul ve esaslarının ilgili kanunda veya kanunun düzenleme yetkisi öngördüğü yönetmelik ile objektif kurullarla belirlenmesi gerekeceği açıktır. Bu durumda, denetim yetkisinin ancak Kanunla düzenlenebileceğine ilişkin Anayasal ilke ve bu ilkenin aşılmasının Anayasanın 2. maddesinde yer verilen "hukuk devleti ilkesi"ni zedeleyeceği hususu göz önünde bulundurulduğunda, kanunda öngörülmeleyen bir inceleme kurulunun yönetmelik ile oluşturulmasında ve kurulun yapısı ile çalışma usul ve esaslarının ise yönerge ile düzenleneceğine ilişkin anılan düzenlemede hukuka uygunluk bulunmamaktadır.”

şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Danıştay 11. Dairesi'nin 28.12.2016 tarihli ve 2013/1812 E.; 2016/5079 K. sayılı Kararı).

Danıştay anılan kararında, bir kurul oluşturulacak idiyse ilgili kanununda bu kurulun teşekkülüne yer verilmesi gerektiğini ve bununla da sınırlı kalmayıp bu kurulun kimlerden oluşacağı, üyelerin atanma biçimleri ve görev süreleri ile kararların ne şekilde alınacağı, kurulan çalışma usul ve esaslarının ilgili kanunda veya kanunun düzenleme yetkisi öngördüğü yönetmelik ile objektif kurullarla belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Kanun koyucu da inceleme heyetinin oluşturulacağını (şekli anlamda) kanun düzeyinde hüküm altına almış ve fakat Danıştay kararının maddi anlamda manasının hilafına (maddi anlamda) ek ödemenin oranı, usul ve esasları ile inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esaslarının belirlenmesini, genel çerçevesini objektif kurullarla çizmeksizin yönetmeliğin düzenleme alanına bırakmıştır. Bu durum, iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmünün kanunlaştırılmasının saiklerinden biri olan Danıştay kararının gerekleri karşılanmadığından; Anayasa'nın 138. maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6. maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine ve 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine de halel getirmektedir.

ix)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kurulla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir iptal kararında “... Buna göre, (Telekomünikasyon) Kurum'da çalışan memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemelerin Bakanlar Kurulu'na bırakılması, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır. Bu nedenle

kuralın iptali gerekir...” şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi’nin 12.12.2007 tarihli ve 2002/35 ve 2002/95 sayılı Kararı).

Yine Anayasa Mahkemesi, bir kararında:

“8. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa’nın 13., 49. ve 70. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

9. Anayasa’nın 70. maddesinin birinci fıkrasında “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.” denilmek suretiyle kamu hizmetlerine girme hakkı güvence altına alınmıştır.

10. Anılan hak sadece kamu hizmetlerine girmeyi değil kamu hizmetlerinde bulunmayı/kalmayı da güvence altına almaktadır (AYM, E.2021/104, K.2021/87, 11/11/2021, §§ 41-48). Bu itibarla Türk vatandaşı olan sağlık çalışanın sözleşmesinin feshedilmesi suretiyle kamu hizmetinden çıkarılması sonucunu doğuran kural kamu hizmetlerine girme hakkına yönelik bir sınırlama getirmektedir.

11. Öte yandan Anayasa’nın 49. maddesinin birinci fıkrasında “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.” denilmek suretiyle herkesin çalışma hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır.

12. 5258 sayılı Kanun’un 3. maddesi uyarınca Türk vatandaşı olmayan kişilerin de anılan Kanun kapsamında sağlık çalışanı olarak görevlendirilebilmesinin mümkün olduğu gözetildiğinde sözleşmenin feshini gerektiren nedenlerin yönetmelikle düzenlenmesini öngören kuralın Türk vatandaşı olmayan sağlık çalışanlarının da çalışma hakkını sınırladığı anlaşılmaktadır.

13. Anayasa’nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma rejimini düzenleyen 13. maddesi ile yabancıların durumunun düzenlendiği 16. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükleri sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.

14. Esasen temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması Anayasa’nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde; kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa’nın 13. ve 16. maddelerinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa’nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

15. İtiraz konusu kural, aile hekimleri ve aile sağlığı çalışanlarının sözleşmelerinin feshini gerektiren nedenlerin Cumhurbaşkanınca ıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğini hüküm altına almaktadır. Kural, yaptırım konusu eylemleri belirlememek suretiyle ilgililerin hangi somut fiil ve olguya dayanılarak sözleşmelerinin feshedileceğini belirli bir açıklık ve kesinlikte ngrebilmelerine yasal çerçevede imkân tanımamaktadır.

16. Bu bağlamda sağlık çalışanlarının kamu hizmetlerine girme ve çalışma haklarını sınırlayan sözleşmenin feshini gerektiren nedenlere ilişkin genel ilkeler ortaya konulup kanuni ereve çizilmemiş; konunun bütün ayrıntılarıyla düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılmak suretiyle yürütmeye sınırsız, belirsiz, geniş bir düzenleme yetkisi tanınmıştır. Bu itibarla kamu hizmetlerine girme ve çalışma hakkına sınırlama getiren kuralın belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmadığı ve bu yönüyle kanunilik şartını taşımadığı anlaşılmaktadır.

17. Anayasa'nın 7. maddesinde "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren Anayasa'nın 7. maddesinin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoya ait olması "demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum" olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca gerekçede "Millet adına kanun koyma yetkisini yasama meclisi yerine getirir. Bu yetki devredilemez. Ancak, Anayasanın 99 ve 129 uncu maddeleri hükümleri saklıdır" denilmek suretiyle bu ilkenin anlamı ve istisnaları belirtilmiştir. Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere yasama yetkisinin devredilemezliği, esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılamaması anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 7. maddesi ile yasaklanan, kanun yapma yetkisinin devredilmesidir (AYM, E.2011/42, K.2013/60, 9/5/2013; E.2021/73, K.2022/51, 21/4/2022, ř 15).

18. Türevsel nitelikteki düzenleyici işlemler bakımından kural olarak kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu nedenle Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanması, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmenin türevsel nitelikteki işlemlerine bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz (AYM, E.2011/42, K.2013/60, 9/5/2013; E.2019/36, K.2021/15, 4/3/2021, ř 57).

19. Kuralda Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü ve temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin olan aile hekimi ve aile sağlığı çalışanlarının sözleşmelerinin feshini gerektiren nedenlere ilişkin olarak genel ilkeler ortaya konulmadan, kanuni ereve çizilmeden, sözleşmenin feshini gerektiren durumlar genel hatlarıyla da olsa belirlenmeden, ilgili hususların tamamının düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılması suretiyle yürütmeye sınırsız, belirsiz, geniş bir düzenleme yetkisi tanınmıştır. Bu itibarla kural, yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

20. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 7., 13., 49. ve 70. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.2021 tarihli ve 2022/43 ve 2022/81 sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 7, 13, 49 ve 70 ile 128. maddelerine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen ibareyi kanunlaştırması, Anayasa'nın 153. maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6. maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

x)Mülkiyet hakkı ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri bakımından: Ek ödemeler üzerinde söz konusu personelin mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, ek ödemelerle benzer mali hak niteliğinde bulunan nöbet ücretlerini, mülkiyet hakkı bağlamında ele almıştır:

“56. Yukarıda da değinildiği üzere kamu personeli hakkında yerine getirilen hizmetin şartları ile mali hakların belirlenmesine ilişkin farklı düzenlemelerin yapılması söz konusu olabilir. Ancak somut olayda aynı nitelikte kamu hizmeti veren ve uzman doktorların da dâhil olduğu 657 sayılı Kanun'a tabi personel ile 2547 sayılı Kanun'a tabi tıpta uzmanlık öğrencilerine, ayrıca Sağlık Bakanlığı ile üniversitelerce birlikte kullanılan sağlık tesislerinde nöbet tutan 2547 sayılı Kanun'a tabi öğretim üyelerine nöbet ücreti ödenirken üniversite hastanelerinde 2547 sayılı Kanun'a tabi olarak çalışan uzman doktorlara nöbet ücreti ödenmemesinin nesnel ve makul bir gerekçeye dayandırılmasını gerektirecek bir sebep bulunmadığı görülmüş, ayrıca müdahalenin nesnel ve makul bir gerekçeye dayandığı yolunda bir tespiti ulaşılmamasını gerektiren somut bir veri bulunamamıştır. Dolayısıyla kamu otoritesinin ortaya çıkardığı farklılığın başvuruçunun mülkiyet hakkına yönelik ayrımcı bir muameleye yol açtığı görülmektedir.

57. Sonuç olarak kamu makamlarının kamu personel rejimi ve buna bağlı olarak hizmet şartları ve mali haklarının belirlenmesi bakımından geniş bir takdir yetkisi bulunmakla birlikte somut olayın koşulları altında 657 sayılı Kanun'a tabi uzman doktorlar ile 2547 sayılı Kanun'a tabi uzman doktorlar arasında nöbet ücreti yönünden bir farklılık yaratıldığı dikkate alındığında bu durumun mülkiyet hakkına yönelik ayrımcı bir muameleye yol açtığı anlaşılmaktadır. Buna göre olayda objektif ve makul bir gerekçe gösterilmeden mülkiyet hakkına yapılan ayrımcı müdahale nedeniyle başvuruçuya aşırı bir külfet yüklenmesine yol açılmıştır. Dolayısıyla başvuru konusu olayda mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.”

(Anayasa Mahkemesi'nin 03.07.2019 ve 2018/9074 Başvuru No'lu Tefvik İlker Akçam Kararı).

Ancak ilgili personele yapılacak ek ödemenin oranı, usul ve esasları ile ek ödemeye esas işlemleri denetleyecek inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esaslarının yönetmelikle belirlenmesi, (Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarının –bilhassa kanunilik kaydının-gereklerinin aksine) ilgili personelin mülkiyet hakkına müdahale edilmesi sonucunu doğuracaktır.

Başka bir anlatımla ek ödemenin oranı, usul ve esasları ile inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esasları belirlenirken; sağlık kurum ve kuruluşlarında Bakanlıkça belirlenen hizmet sunum şartları ve kriterleri, personelin unvanı, görevi, disiplin durumu, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, tetkik, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimsel işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi unsurlar dikkate alınacaktır. Ancak bu unsurların nasıl tespit edileceğine ilişkin objektif kriterlere yer verilmediğinden; bu durum, eşitsiz uygulamaların önünü açacaktır. (Öte yandan belirtmek gerekir ki açıklandığı üzere disiplin durumunun kıstas olarak kabul edilmesi; Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 17, 18, 35, 36, 38, 40, 48, 49, 55, 56, 70, 90, 123, 128 ve 138. maddelerine aykırıdır.)

Kaldı ki iptali talep edilen ibarenin bulunduğu cümlede “gibi” ibaresinin kullanılması suretiyle; bu unsurların, tahdidi değil tadadi metotla sayılması; idarenin ek ödemeyi yaparken belirsiz ve çok geniş bir kıstas spektrumunu esas almasına sebep olacaktır. Bu durum ise mülkiyet hakkına idari işlemlerle müdahale edilme olasılığını doğuracaktır. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 13 ve 35. maddelerine aykırıdır.

xi)Çalışma barışı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5. maddeleriyle Devlet için öngörülen “sosyal devlet” niteliğinin bir görünümü, Anayasa'nın 49. maddesiyle Devlete yüklenen çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüdür. Anayasa Mahkemesi, “Anayasa'nın 49. maddesine göre, çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlete karşı ileri sürülecek bu hak, bireylere zorlama yetkisi ve yaptırımını vermemiştir. Devlet, olanakları ölçüsünde, yeterli örgütler kurarak iş bulmayı kolaylaştırıp sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Devletin herkese iş verme, herkesi işe yerleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır. İşsizliği önlemek amacıyla yapacağı çalışmalarla Devlet, öncelikle kamu sektöründe iş vermek yolunu izleyecek, bu nedenle de yasal düzenlemeler yapacaktır.” şeklinde hüküm kurmak suretiyle; Anayasa'nın 49. maddesinin kapsama alanında özel sektörün yanı sıra kamu sektörünün de değerlendirileceğine işaret etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.1989 tarihli ve 1989/14 ve 1989/49 sayılı Kararı). O halde Devlet, hem özel sektörde hem de kamu sektöründe çalışma barışını sağlamalıdır. Ancak maddi anlamda kanuna tekabül etmeyen iptali talep edilen ibare; sağlık hizmetlerinin bütüncül bir şekilde yerine getirildiği de göz önüne alındığında; personel arasında eşitsiz muamelelere, farklı ek ödeme yapılmasına (veya hiç ek ödeme yapılmamasına) yol açacağından, çalışma barışının da bozulmasına neden olacaktır. Çalışma barışının bozulması; personel arasında bölünmelere ve hastane idaresi – hekim (ve sağlık meslek mensubu) – hasta arasında anlaşmazlıklara yol açabilecektir; mesleki dayanışmayı azaltabilecektir; sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan personelin ilgilerini başka alanlara yöneltmesine; sorumluluklarını yeteri kadar yerine getirememelerine sebep olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2, 5 ve 49. maddelerine de aykırıdır.

xii)Angarya yasağı ve ücrette adaletin sağlanması bakımından: Çalışma hukukumuzda, angarya yasaktır. Zira “Anayasa'nın 18. maddesinde, zorla çalıştırma ve angarya kavramlarına yer verilmiştir. Maddenin gerekçesinde angarya, kişinin emeğinin karşılığını almadan zorla çalıştırılması olarak tanımlanmıştır. Angaryada da zorla çalıştırmada olduğu gibi kişinin yaptırım tehdidi altında ve iradesi dışında çalıştırılması söz konusudur. Ancak angaryada zorla çalıştırmadan farklı olarak çalıştırılana ücret de

ödenmemekte veya bariz bir şekilde düşük ücret ödenmektedir. Buna göre zorla çalıştırma ile angarya arasındaki fark, yaptırım tehdidiyle desteklenen irade dışı çalıştırma karşılığında ücret ödenip ödenmeyeceği hususu ile sınırlıdır. İrade dışı çalıştırmada ücret ödeniyorsa zorla çalıştırmadan, ücret ödenmiyor veya ödenen ücret bariz bir şekilde düşük ise angaryadan söz edilebilir (Yasemin Balcı, § 69).” (Anayasa Mahkemesi’nin 06.09.2018 tarihli ve 2017/163 E.; 2018/90 K. sayılı Kararı, § 17, 18).

Öte yandan, Anayasa’nın 10. maddesinin somutlaştığı görünümünden biri de Anayasa’nın 55. maddesinde temelini bulan “eşit işe eşit ücret ilkesi”dir. Nitekim “Anayasa’nın "Ücrette adalet sağlanması" başlıklı 55. maddesinde, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri için Devletin gerekli önlemleri alacağı öngörülmüş; madde gerekçesinde, "Bu madde, bütün çalışanlara çalışmalarının karşılığı olarak ödenecek olan ücret, aylık, ikramiyeler ve sosyal yardımların belli esasa dayandırılmasını öngörmektedir. Bu esaslardan ilki, ücret, aylık, ikramiye ve sosyal yardımlar ancak "fiilen çalışma" karşılığı olarak ödenecektir. Bunun için de iş süreleri, işin verimi, değeri ve niteliği dikkate alınacaktır..." denilmiştir. Makam tazminatı, belirli makam ve sorumluluk gerektiren görevlerde bulunanlara ödenen bir para olup, tutarı, her makam (unvan) için ayrı ayrı saptanmış olan gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak miktar kadardır. 1961 Anayasası’nın 45., 1982 Anayasası’nın da 55. maddesinde yer alan ücrete ilişkin kuralın dayanağı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 43. maddesidir. Sözü edilen Bildirgenin 43. maddesinin (2) nolu bendinde, "herkesin herhangi bir ayırım gözetilmeksizin eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır." denilmiş, Avrupa Sosyal Şartı’nın 4. maddesinin (1) nolu, Çalışanların Temel, Sosyal Hakları Topluluk Şartı’nın 6/İ ve 6/III maddelerinde de, eşit ve adil ücret hakkına ilişkin kurallara yer verilmiştir. Eşit işe eşit ücret ilkesi, kamu çalışanlarının aylıklarının belirlenmesinde yaşamsal bir ölçüt olarak alınmalı, Anayasa ve uluslararası normlarda öngörülen biçimde ücret ödenmesini sağlayacak yasal kurallar getirilmelidir. Kuşkusuz ki, İLO sözleşmesinde öngörüldüğü gibi ücret deyimi, her türlü ek ödemeyi de kapsamaktadır.” (Anayasa Mahkemesi’nin 22.12.1998 tarihli ve 1998/1 E.; 1998/86 K. sayılı Kararına karşı Üye Haşim Kılıç ve Üye Mustafa Bumin tarafından kaleme alınan karşıoy yazısı).

Ancak personel, sağlık hizmeti sunmasına rağmen; bu personele yönetmelikle belirlenen oran, usul ve esaslara göre ek ödeme yapılacak ve ek ödemeye esas işlemleri denetleyecek inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esasları yine yönetmelikle tespit edilecektir. Bu durum, aynı görevi ifa eden ve fakat iptali talep edilen ibarenin bulunduğu cümlede yer alan örnekleyici unsurların bazılarını sağlayan ya da farklı inceleme heyetleri tarafından farklı esaslara göre değerlendirilen iki personelin; aynı nitelikteki çalışma karşılığında farklı ek ödeme alması sonucunu doğuracaktır. Bunun yanında, personel, yaptırım uygulanacağı tehdidiyle-irade dışı- çalıştırılacak ve fakat emeği karşılığında düşük ek ödeme almak ya da hiç ek ödeme almamak suretiyle insan onuruna aykırı biçimde angaryaya maruz kalacaktır. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 10, 18 ve 55. maddesine aykırıdır.

xiii)Çalışma hürriyeti ve çalışma hakkı ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri bakımından: Anayasa Mahkemesi’nin belirttiği üzere “Anayasa’nın "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" başlıklı 48. maddesinde, "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." denilmek suretiyle çalışma özgürlüğü güvenceye bağlanmıştır.

Çalışma özgürlüğü, kişinin çalışıp çalışmama, çalışacağı işi seçme ve çalıştığı işten ayrılma özgürlüğünü korur. Çalışma özgürlüğü ücretli olarak bağımlı çalışma hakkını olduğu kadar, iktisadi-ticari faaliyet yapma hakkını da içerir.” (Anayasa Mahkemesi’nin 13.11.2014 tarihli ve 2013/95 E.: 2014/176 K. sayılı Kararı).

Ek ödeme yapılacak personel, 209 sayılı Kanun’un 5. maddesinin kapsamında kalan döner sermayeli sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve sözleşmeli personel ile açıktan vekil olarak atananlardır.

Yukarıda açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesi, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınca sunulacak olan aile hekimliği hizmetlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmeti olduğuna, imzalanan sözleşmelerin nev’inin idari hizmet sözleşmesi olduğuna işaret etmektedir (Anayasa Mahkemesi’nin 21.02.2008 tarihli ve 2005/10 E.; 2008/63 K. sayılı Kararı).

O halde söz konusu personel, çalışma hürriyetine binaen idare ile sözleşme akdetmek suretiyle; kendisine ek ödeme yapılacak personel konumuna gelmektedir. Ancak ek ödeme, yönetmelikle belirlenen oran, usul ve esaslara göre yapılacak ve ek ödemeye esas işlemler yapısı, çalışma usul ve esasları yönetmelikle belirlenen inceleme heyetleri tarafından denetlenecektir. Bu durum ise, idare ile personel arasında kurulan akdi ilişkinin mali yönünün idarenin düzenleyici işlemlerine konu edilmesine sebep olacağından Anayasa’nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen 13. maddesinde yer alan kanunilik kaydının aksine çalışma hürriyeti kısıtlanmaktadır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa’nın 13. ve 48. maddelerine aykırıdır.

Öte yandan Anayasa’nın 2 ve 5. maddelerinde yer alan sosyal devlet ilkesinin bir görünümü, Anayasa’nın 49. maddesinde güvencelenen çalışma hakkıdır. Diğer bir deyişle herkese hak ve ödev olarak tanınan çalışma hakkı, Devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Devlet, herkes için uygun bir çalışma ortamı hazırlamalıdır. Ancak iptali talep edilen ibare, Devletin anılan yükümlülüğünü ifa etmesine engel olacaktır. Nitekim idare, keyfi biçimde, ek ödemenin oranı, usul ve esasları ile inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esaslarını yönetmelikle belirleyerek; Devlet tarafından onlar bakımından çalışma hakkının kullanılması için gerekli ortam, hazırlanamayacaktır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa’nın 13. ve 49. maddelerine aykırıdır.

xiv) Sosyal devlet ilkesi, Devletin temel amaç ve görevleri, yaşam ve sağlık hakları bakımından: Öncelikle belirtmek gerekir ki Cumhuriyetimizin kurucusu Ulu Önder Mustafa Kemal Atatürk, “Türk halkının sağlığı ve sağlamlığı vazgeçilmez bir milli meselemizdir.” şeklindeki sözüyle sağlık politikalarının ehemmiyetini vurgulamış; "Beni Türk hekimlerine emanet edin." şeklindeki sözüyle hekimlere verdiği değeri dile getirmiştir.

Dünya Sağlık Örgütü Anayasası’na göre sağlık, sadece hasta veya sakat olmama hali değil, fiziksel, ruhsal ve sosyal açıdan iyi olma halidir.¹⁵ Anayasa’nın 17. maddesinde herkesin yaşama hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmış ve yaşama hakkının gerçekleştirilmesini teminen sağlık hakkı, Anayasa’nın 56. maddesinde düzenlenmiştir. En temel insan hakkı niteliğine sahip yaşama hakkının bir görünümü olan sağlık hakkı,

¹⁵ Constitution of the World Health Organization, <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1> (Erişim Tarihi: 03.08.2022).

uluslararası belgelerde de yerini bulmuştur. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesiyle yaşam hakkı güvencelenerek sağlık hakkı yaşam boyutu itibarıyla koruma altına alınmıştır. Sözleşme'nin 8. maddesi ise, sağlık hakkını dolaylı olarak ama daha geniş bir kapsamda korumaktadır. Yine İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25.; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12.; Avrupa Sosyal Şartı'nın 11. maddelerinde herkesin sağlık hakkına sahip olduğu, açıkça zikredilmiştir.

Anayasa'nın 56. maddesi, sağlık hakkının pozitif statü hakkı olması itibarıyla; Anayasa'nın 2. maddesi uyarınca sosyal devlet niteliğini haiz Devlete, anılan hakkın kullanımı (anılan hakka erişim) için elverişli ortam hazırlama yükümlülüğü yüklemektedir. Devlet, bu yükümlülüğü sağlık meslek mensupları marifetiyle yerine getirmektedir. Başka bir anlatımla bireylerin sağlık ihtiyaçlarının giderilmesi, sağlık meslek mensuplarının elverişli çalışma ortamında yeterli biçimde sağlık hizmeti sunmasıyla mümkündür.

Ne var ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Devletin sağlık hizmeti sunumuna ilişkin ihlal kararları bulunmaktadır. Söz gelimi; “tedavi için kabul edilmediği hastaneler arasında sevk edilmesi ardından, doğumdan kısa bir süre sonra, prematüre doğmuş bir bebeğin hayatını kaybetmesiyle ilgili” Asiye Genç / Türkiye kararında:

“Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, ilk olarak, Türk Devleti'nin yeteri kadar devlet hastanesi hizmet işleyişini ya da bizzat sağlığın korunması sistemini düzgün olarak organize etmeyi ve çalıştırmayı sağlamadığını değerlendirmiştir. Bebek hayatını kaybetmiştir çünkü herhangi bir tedavide bulunulmamıştır. Mahkeme, bu tür bir durumun bir kişinin yaşamını tehlikeye atmak gibi tıbbi bakım sağlamama anlamına geldiğini gözlemlemiştir. İkinci olarak, Mahkeme Türk yargı sisteminin söz konusu feci olaya karşılık verme şeklinin bebeğin ölümünün kesin koşullarını aydınlatmaya dair elverişli olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme, bu nedenle, doğumundan kısa bir süre sonra hayatını kaybeden bebek hususunda, Türkiye'nin Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında yükümlülüklerini yerine getirmediği şeklinde değerlendirebileceğini tespit etmiştir.”¹⁶

Kanun koyucu, sağlık hizmeti sunan personelin mali haklarından olan ek ödemenin oranı, usul ve esasları ile inceleme heyetlerinin yapısı, çalışma usul ve esaslarının yönetmelikle belirleneceğini hüküm altına almak suretiyle; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan kanunilik kaydına hanel getirmiştir. Diğer bir deyişle sağlık hakkının kullanılması için gerekli ortamı sunma yükümlülüğü olan Devletin, bu yükümlülüğü tam manasıyla ifası, iyi yetişmiş, donanımlı, mali hakları temin edilen sağlık meslek mensuplarıyla mümkündür. Aksi bir tutum, sağlık hakkının gerçekleştirilmesine yönelik pozitif yükümlülüklerin ifa edilmemesi sonucunu doğuracaktır. Kanun koyucu da mali özlük işlerinin yürütme tarafından tespit edilmesine cevaz vererek; devletin sağlık hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinin önünü açmıştır. Kaldı ki sosyal

¹⁶ Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Tematik Bilgi Notu - Sağlık, Aralık 2015, s. 17, 18, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 03.08.2022).

devlet anlayışı, sağlık hakkının herkese nitelikli bir biçimde tanınmasını gerektirir. Tüm bu nedenlerle anılan ibare, Anayasa'nın 2, 5, 17 ve 56. maddelerine aykırıdır.

xv)Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibare, yaşam ve sağlık haklarına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. ve 8.; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25.; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12.; Avrupa Sosyal Şartı'nın 11. maddelerini; mülkiyet hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesini; kölelik ve zorla çalıştırma yasağına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. maddesini ve ILO'nun 29 No'lu Zorla Çalıştırma Sözleşmesi'ni; çalışma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23., (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. maddelerini; Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu ILO Sözleşmelerini¹⁷ ;adil çalışma koşullarına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23., (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın 3 ve 22. maddelerini; ILO'nun 94 No'lu Çalışma Şartları (Kamu Sözleşmeleri) Sözleşmesi ile 151 No'lu Çalışma İlişkileri (Kamu Hizmeti) Sözleşmesi'ni; eşit işe eşit ücret ilkesine ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 43. maddesi ve ILO'nun 100 No'lu Eşit Ücret Sözleşmesi'ni ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7411 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle 04.01.1961 tarihli ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen mevcut ikinci cümlesinde yer alan “yönetmelikle” ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 17, 18, 35, 48, 49, 55, 56, 70, 90, 123, 124, 128, 138 ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

2) 16.06.2022 tarihli ve 7411 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesiyle 07.05.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen ikinci cümlesinde yer alan “yönetmelikle” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine göre kamu kurum ve kuruluşlarının uzman tabip, tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman, tabip, diş tabibi ve eczacı kadro ve pozisyonlarına yapılacak açıktan atamalar, açıktan atama izni alınmaksızın mevzuatta öngörülen işlemlerin tamamlanmasından sonra gerçekleştirilmekte ve bunların yerleştirilmeleri Sağlık Bakanlığınca sınavsız ve kura ile yapılmaktadır.

7411 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle 3359 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi değiştirilmiştir. Buna göre kuraya ilişkin usul ve esaslar ile bunların Sağlık Bakanlığı'ndaki atamalarına ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir. Ancak kuraya ilişkin usul ve esaslar ile bunların Sağlık Bakanlığı'ndaki atamalarına ilişkin usul ve esasların, idarenin

17 Türkiye'nin onayladığı ILO Sözleşmeleri, çalışma hakkının farklı boyutlarına (söz gelimi hakkın tanınması, hakkın kullanım koşulları) ilişkindir. <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm> (Erişim Tarihi: 02.03.2022).

düzenleyici işlemlerinin (Sağlık Bakanlığı'nın çıkaracağı yönetmeliğin) konusu yapılması, Anayasa'ya aykırıdır.

Anayasa'ya aykırılıklar aşağıda gerekçelendirilmeden önce kamu kurum ve kuruluşlarının uzman tabip, tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman, tabip, diş tabibi ve eczacı kadro ve pozisyonlarına açıktan atanacakların hukuki statüsünü ortaya koymak gerekmektedir. Anayasa'nın 2. maddesiyle sosyal devlet olarak nitelendirilen Devletin temel hak ve özgürlüklerin verimli, etki ve güvenli biçimde kullanılmasına elverişli ortamı hazırlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Zira Anayasa'nın 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında; kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak sayılmaktadır. O halde Devlet, anılan yükümlülüğü Anayasa'nın 17. maddesinde güvencelenen yaşam hakkıyla da ilintili olan Anayasa'nın 56. maddesinde hüküm altına alınan sağlık hakkı bakımından yerine getirmekle mükelleftir. Başka bir anlatımla Devlet, sağlık meslek mensupları marifetiyle bireylere sağlık hakkının kullanımını için gerekli koşulları temin etmelidir. O halde Devlet tarafından sunulan sağlık özelindeki kamu hizmetinin, kamu görevlileri eliyle yerine getirilmesi lazım gelmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında;

“Kamu hizmeti, geniş tanımıyla, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir.

5258 sayılı Yasa'ya göre aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınca sunulacak hizmetler, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak tanı koyucu, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetleridir.

Sağlık Bakanlığı'nın, aile hekimliği hizmetlerini, pilot olarak belirleyeceği illerde görevlendireceği ya da sözleşmeli olarak çalıştıracağı personel eliyle yürütmesi, bu hizmetlerin niteliği itibarıyla belli bir düzenlilik içinde sunulması gereken, kişilerin ve dolayısıyla aile ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilmez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetler olması, aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının bu hizmetleri kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekânda ve tam gün çalışma esasına göre sunmaları, aile hekimliği pilot uygulamasına geçilen illerde bu hizmetlerin ücretsiz olarak verilmesi, kişilerin bu sağlık hizmetlerinden yararlanabilmelerinin aile hekimlerine kayıt olmalarına bağlı olması ve bu illerde aile hekimliği kapsamındaki hizmetlerin sadece aile hekimlerince sunulması, birinci basamakta düzenlenmesi öngörülen her türlü reçete, rapor ve sevklerin ve diğer resmi belgelerin, aile hekimleri tarafından düzenlenmesi, birinci basamaktan ikinci ve üçüncü basamak sağlık kurum ve kuruluşlarına sevklerin aile hekimlerince yapılması, sözleşmeli çalışacak aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının idare ile imzalayacakları sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunması, sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının ücretlerinin idarece ödenmesi, aile hekimlerinin düzenledikleri tüm kayıt, evrak ve belgelerin resmi kayıt ve evrak niteliğinde olması, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının mevzuat ve sözleşmeye uygunluk ve diğer konularda, Bakanlık, ilgili mülki idare ve sağlık idaresinin denetimine tabi olmaları, görevleriyle ilgili ya da görevleri başında işledikleri veya kendilerine karşı işlenen suçlarda Devlet memuru gibi kabul edilmeleri gözetildiğinde, aile hekimleri ve

aile sağlığı elemanlarınca sunulacak olan aile hekimliği hizmetlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olduğu açıktır.

Bu durumda, ihtiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Yasa'nın 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları, Sağlık Bakanlığı'nın önerisi, Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine idari hizmet sözleşmesi yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabileceklerdir. Bu şekilde çalıştırılanlar Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan 'diğer kamu görevlisi' kapsamında olduğundan, iptali istenen kural Anayasa'ya aykırılık oluşturmamaktadır.'

şeklindeki gerekçeyi kaleme almak suretiyle; aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınca sunulacak olan aile hekimliği hizmetlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmeti olduğuna işaret etmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 21.02.2008 tarihli ve 2005/10 E.; 2008/63 K. sayılı Kararı).

O halde kamu kurum ve kuruluşlarının uzman tabip, tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman, tabip, diş tabibi ve eczacı kadro ve pozisyonlarına açıktan atanacakları da Anayasa'nın 128. maddesi bağlamında değerlendirmek gerekmektedir. Yine bu kimseler için yapılacak kura ve atama, özlük hakkı niteliğindedir.

i)Kamu görevlilerinin özlük hakları bağlamında kanunilik ilkesi bakımından: Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir (Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2012 tarihli ve 2011/107 E.; 2012/184 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi'nin sıkça vurguladığı gibi kanunilik ölçütünün sağlandığından söz edilebilmesi için kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kurallar keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Esasen kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa'nın 128. maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2018/88, K.2020/24, 11/6/2020 §§ 13, 14) (Anayasa Mahkemesi'nin, 22.10.2020 tarihli ve 2020/1 E.; 2020/563 K. sayılı Kararı, § 41).

Ancak kamu kurum ve kuruluşlarının uzman tabip, tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman, tabip, diş tabibi ve eczacı kadro ve pozisyonlarına açıktan atanacakların özlük haklarına ilişkin olan ve iptali talep edilen ibare, şekli anlamda kanun formunda kaleme alınmakla beraber, aşağıda detaylı biçimde açıklanacağı üzere Anayasa'nın ilgili diğer hükümlerinin (Anayasa'nın 2, 5, 13, 49. maddelerinin) gereklerini karşılamadığından maddi anlamda bir kanun niteliğini haiz değildir. Kuraya ilişkin usul ve esaslar ile bunların Sağlık Bakanlığı'ndaki atamalarına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle tespit edilmek suretiyle; özlük hakların belirlenmesi idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılmıştır. Oysa bir kamu görevlisi olan kamu kurum ve kuruluşlarının uzman tabip, tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman, tabip, diş tabibi ve eczacı kadro ve pozisyonlarına açıktan atanacakların kura ve atama özelinde özlük haklarının maddi anlamda kanun düzeyinde belirlenmesi ve idarenin öznele takdirine bağlı işlem ve

eylemlerine terk edilmemesi gerekirdi. İptal istenen ibare, bu nedenle Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

ii)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

Öte yandan Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle kuraya ilişkin usul ve esaslar ile bunların Sağlık Bakanlığı'ndaki atamalarına ilişkin usul ve esasların; Anayasa'nın 128. maddesinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılaması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle -kura bir komisyon tarafından yapılacak idiyse- komisyonun teşkili, görevi, çalışma usul ve esasları, kuranın fiziken mi elektronik ortamda mı yapılacağı, kura dönemi, kura ilanı, karşılıklı yer değiştirme, atama şartları, kura sonucunun idari itiraz usulüne tabi olup olmaması gibi hususların tamamı yönetmeliğe bırakılmıştır. Kanun koyucu, kuraya ilişkin usul ve esaslar ile bunların Sağlık Bakanlığı'ndaki atamalarına ilişkin usul ve esasların içeriği, –Anayasal ilkelerin aksine- hakkında tamamen sessiz kalmış, bu konuların düzenlenmesini idarenin (Sağlık Bakanlığı'nın) uhdesine bırakmıştır.

Kanun koyucu, kuraya ilişkin usul ve esaslar ile bunların Sağlık Bakanlığı'ndaki atamalarına ilişkin usul ve esasları yönetmeliğin düzenleme alanının konusu yapmış; kamu personel rejimine ilişkin kura ve atamayı kanuni dayanaktan yoksun bırakmıştır. Kanun düzeyinde tanımlanması gereken söz konusu usul ve esasların içeriğini idarenin düzenleyici işlemlerine tevdi eden ve yukarıda tanımlandığı anlamda maddi anlamda

kanunilik ilkesinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilaflı ibare, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, "Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, "Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütünü kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur." denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18). Ancak iptali talep edilen ibare hükmünde; kadro ihdası gibi özlük işleri kapsamında değerlendirilen kura ve atamaya ilişkin usul ve esasların genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır.

Öte yandan normlar arasında hukuka uygun kademelenmenin sağlanabilmesi, diğer bir deyişle normlar hiyerarşisinde kura ve atamanın usul ve esaslarına ilişkin yönetmeliğin 7411 sayılı Kanun'a uygun olması, yalnız bu Kanun'un temel ilkeleri ortaya koymasıyla mümkündür. Aksi takdirde, yani Kanun'un genel çerçeveyi çizmemesi, yönetmeliğin hukuka uygunluk denetiminde gözetilecek ölçü normun (7411 sayılı Kanun'un) maddi anlamda kanunun asgari öğelerini karşılamaması durumunda, yönetmelik hukuki dayanaktan yoksun kılınacaktır.

Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2, 123 ve 128. maddelerine aykırıdır.

iii)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Bakanlığa); kuraya ilişkin usul ve esaslar ile bunların Sağlık Bakanlığı'ndaki atamalarına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

iv)Yönetmelikle düzenleme bakımından: Anayasa koyucu, idarenin düzenleyici işlemlerinin bir türü –kural işlem- olan yönetmelikler için özel bir Anayasal hüküm öngörmüştür. Anayasa'nın 124. maddesine göre Cumhurbaşkanı, Bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Sağlık Bakanlığı'nın kuraya ilişkin usul ve esaslar ile bunların Sağlık Bakanlığı'ndaki atamalarına ilişkin usul ve esaslar hususunda çıkaracağı yönetmeliğin 7411 sayılı Kanun'un 8. maddesinin uygulanmasını sağlaması ve ona aykırı

olmaması için; yönetmelik çıkartılmasına cevaz veren kanuni hükmün, hangi iş ve işlemlerin yasal çerçeve içinde kalacağına yönelik temel çerçeve ve sınırları belirlemesi gerekmektedir. Aksi bir tutum, kanunun uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, yönetmeliğe, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması ve aşırı geniş bir düzenleme alanının idarenin uhdesine bırakılması anlamına gelecektir. İhtilafı kurala bakıldığında, ortada, idare tarafından tecessüm ettirilmeye elverişli bir kanuni genel düzenleme yoktur. İdare tarafından takdir yetkisinin keyfi biçimde kullanılmasına neden olabilecek iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 124. maddesine de aykırıdır.

v) Kamu hizmetinde görevin gerekli kıldığı nitelikler bakımından: Anayasa'nın 70. maddesinde yer alan ve her Türk vatandaşına eşit şekilde tanınan kamu hizmetine girme hakkı, kamu hizmeti icra edecek personellerin istihdamının liyakata dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlar. Anayasa; ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayırımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev, görevin gerekleri doğrultusunda yerine getirilmemiş olacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacıyla yöneliktir (Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.1979 tarihli ve 1979/19 E.; 1979/39 K. sayılı Kararı).

Anayasa'nın 128. maddesinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70. maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez" şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan "görevin" ibaresinin; kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin (ve kura ile atamanın), (ilgili kimsenin liyakat esaslarına göre kamu kurum ve kuruluşlarının uzman tabip, tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman, tabip, dış tabibi ve eczacı kadro ve pozisyonlarına açıktan atanması amacıyla) kanun düzeyinde açıklanmasını gerektirir. Aksi bir tutum, bir başka deyişle sağlık özelinde kamu hizmeti görececek kişilerin (kamu kurum ve kuruluşlarının uzman tabip, tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman, tabip, dış tabibi ve eczacı kadro ve pozisyonlarına) açıktan atanmasının kurasına ilişkin usul ve esaslar ile bunların Sağlık Bakanlığı'ndaki atamalarına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisini idarenin keyfi uygulamalarına, kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; Anayasal amacın (kamu hizmeti icra edecek kamu kurum ve kuruluşlarının uzman tabip, tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman, tabip, dış tabibi ve eczacı kadro ve pozisyonlarına açıktan atanacakların istihdamının liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesi) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın kamu kurum ve kuruluşlarının uzman tabip, tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman, tabip, dış tabibi ve eczacı kadro ve pozisyonlarına açıktan atanacaklar bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacaktır. Diğer bir deyişle, kura ve atamanın liyakat esasının gereklerini karşılayacak açıklıkta olması ve vatandaşların eşit şekilde kamu hizmetine girme hakkının, idarenin keyfi işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması gerekmektedir. İhtilafı düzenlemenin temel bir hakkın uygulanma alanında keyfiliği olanaklı kılması, onun Anayasa'ya aykırılığını tespit

bakımından yeterlidir. Bu nedenle anılan gereklilikleri karşılamayan ihtilaflı ibare, Anayasa'nın 70. maddesine de aykırıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 70. maddesi ile ilişkilendirerek verdiği bir iptal kararının müteallik bölümü:

“1- KHK'nin 37. Maddesinin (2), (3) ve (4) Numaralı Fıkraları

KHK'nin 37. maddesinde, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadroları kurulmuş ve bu kadrolarda görev yapacak kişilerin atanma usul ve esasları düzenlenmiştir. Anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzman Yardımcılığına atanmanın koşulları; (3) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığına atanmanın koşulları ile bu koşulları yerine getiremeyen Uzman Yardımcılarının bu unvanlarını kaybedecekleri ve Bakanlıkta durumlarına uygun kadrolara atanacakları; (4) numaralı fıkrasında ise Gümrük ve Ticaret Uzmanı ile Uzman Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında “Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler...”ın kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın “Kamu hizmetlerine girme hakkı” başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve 70. maddesinde korunan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadrolarına giriş koşullarının belirlenmesi, Anayasa'nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olduğundan, bu hususu düzenleyen KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı fıkraları, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptalleri gerekir.”

şeklinde (Anayasa Mahkemesi'nin 08.11.2012 tarihli ve 2011/87 E.; 2012/176 K. sayılı Kararı).

vi)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen ibareyle kura ve atamanın usul ve esaslarının kanun düzeyinde çerçevesinin çizilmemesi dolayısıyla idareye verilen sınırsız takdir yetkisi, aynı nitelikte sağlık hizmeti sunacak kamu kurum ve kuruluşlarının uzman tabip, tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman, tabip, diş tabibi ve eczacı kadro ve pozisyonlarına açıktan atanacaklar arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Her ne kadar iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümlelerin ratio legis'inin "daha adil bir sistem getirilmesi" olduğu ileri sürülse de¹⁸; ihtilaflı kural, kamu hizmetini ifa edecek kamu kurum ve kuruluşlarının uzman tabip, tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman, tabip, dış tabibi ve eczacı kadro ve pozisyonlarına açıktan atanacakların kura ve atama usulüne ilişkin objektif kriterleri öngörmemesi sebebiyle, eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; "[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir" (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktaya dikkate alınır: "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ne var ki, iptali talep edilen ibarenin idareye verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare tarafından aynı nitelikteki sağlık hizmeti sunacak kamu kurum ve kuruluşlarının uzman tabip, tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman, tabip, dış tabibi ve eczacı kadro ve pozisyonlarına açıktan atanacakların farklı kura ve atama usullerine tabi tutulmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, kuraya ilişkin usul ve esaslar ile bunların Sağlık Bakanlığı'ndaki atamalarına ilişkin usul ve esasların belirlenmesinin idareye bırakılması, kura ve atama bakımından aynı nitelikteki sağlık hizmeti sunacak kişi kategorileri arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. İptali istenen kuralın aynı durumdaki kamu kurum ve kuruluşlarının uzman tabip, tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman, tabip, dış tabibi ve eczacı kadro ve pozisyonlarına açıktan atanacaklar arasında muamele farklılığına yol açabileceği hasebiyle kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunun tespiti için, ihtilaflı kuralın haklı gerekçeye dayanmayan muamele farklılığını yalnızca olası kıldığının tespiti yeterli addedilmek gerekir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır

vii)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7

¹⁸ Kayseri Milletvekili İsmail Tamer ve Antalya Milletvekili Tuba Vural Çokal ile 52 Milletvekilinin Sağlıkla İlgili Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4485) ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporları, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 337, Ankara, TBMM Basımevi, 2022, s. 13.

E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir iptal kararında “... Buna göre, (Telekomünikasyon) Kurum'da çalışan memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemelerin Bakanlar Kurulu'na bırakılması, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır. Bu nedenle kuralın iptali gerekir...” şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarihli ve 2002/35 ve 2002/95 sayılı Kararı).

Yine Anayasa Mahkemesi, bir kararında:

“8. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13., 49. ve 70. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

9. Anayasa'nın 70. maddesinin birinci fıkrasında “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.” denilmek suretiyle kamu hizmetlerine girme hakkı güvence altına alınmıştır.

10. Anılan hak sadece kamu hizmetlerine girmeyi değil kamu hizmetlerinde bulunmayı/kalmayı da güvence altına almaktadır (AYM, E.2021/104, K.2021/87, 11/11/2021, §§ 41-48). Bu itibarla Türk vatandaşı olan sağlık çalışanın sözleşmesinin feshedilmesi suretiyle kamu hizmetinden çıkarılması sonucunu doğuran kural kamu hizmetlerine girme hakkına yönelik bir sınırlama getirmektedir.

11. Öte yandan Anayasa'nın 49. maddesinin birinci fıkrasında “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.” denilmek suretiyle herkesin çalışma hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır.

12. 5258 sayılı Kanun'un 3. maddesi uyarınca Türk vatandaşı olmayan kişilerin de anılan Kanun kapsamında sağlık çalışanı olarak görevlendirilebilmesinin mümkün olduğu gözetildiğinde sözleşmenin feshini gerektiren nedenlerin yönetmelikle düzenlenmesini öngören kuralın Türk vatandaşı olmayan sağlık çalışanlarının da çalışma hakkını sınırladığı anlaşılmaktadır.

13. Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma rejimini düzenleyen 13. maddesi ile yabancıların durumunun düzenlendiği 16. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükleri sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.

14. Esasen temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde; kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven

duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. ve 16. maddelerinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

15. İtiraz konusu kural, aile hekimleri ve aile sağlığı çalışanlarının sözleşmelerinin feshini gerektiren nedenlerin Cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğini hüküm altına almaktadır. Kural, yaptırım konusu eylemleri belirlememek suretiyle ilgililerin hangi somut fiil ve olguya dayanılarak sözleşmelerinin feshedileceğini belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine yasal çerçevede imkân tanımamaktadır.

16. Bu bağlamda sağlık çalışanlarının kamu hizmetlerine girme ve çalışma haklarını sınırlayan sözleşmenin feshini gerektiren nedenlere ilişkin genel ilkeler ortaya konulup kanuni çerçeve çizilmemiş; konunun bütün ayrıntılarıyla düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılmak suretiyle yürütmeye sınırsız, belirsiz, geniş bir düzenleme yetkisi tanınmıştır. Bu itibarla kamu hizmetlerine girme ve çalışma hakkına sınırlama getiren kuralın belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmadığı ve bu yönüyle kanunilik şartını taşımadığı anlaşılmaktadır.

17. Anayasa'nın 7. maddesinde "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren Anayasa'nın 7. maddesinin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoya ait olması "demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum" olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca gerekçede "Millet adına kanun koyma yetkisini yasama meclisi yerine getirir. Bu yetki devredilemez. Ancak, Anayasanın 99 ve 129 uncu maddeleri hükümleri saklıdır" denilmek suretiyle bu ilkenin anlamı ve istisnaları belirtilmiştir. Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere yasama yetkisinin devredilemezliği, esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılamaması anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 7. maddesi ile yasaklanan, kanun yapma yetkisinin devredilmesidir (AYM, E.2011/42, K.2013/60, 9/5/2013; E.2021/73, K.2022/51, 21/4/2022, § 15).

18. Türevsel nitelikteki düzenleyici işlemler bakımından kural olarak kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu nedenle Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanması, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmenin türevsel nitelikteki işlemlerine bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz (AYM, E.2011/42, K.2013/60, 9/5/2013; E.2019/36, K.2021/15, 4/3/2021, § 57).

19. Kuralda Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü ve temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin olan aile hekimi ve aile sağlığı çalışanlarının sözleşmelerinin

feshini gerektiren nedenlere ilişkin olarak genel ilkeler ortaya konulmadan, kanuni çerçeve çizilmeden, sözleşmenin feshini gerektiren durumlar genel hatlarıyla da olsa belirlenmeden, ilgili hususların tamamının düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılması suretiyle yürütmeye sınırsız, belirsiz, geniş bir düzenleme yetkisi tanınmıştır. Bu itibarla kural, yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

20. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 7., 13., 49. ve 70. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.2021 tarihli ve 2022/43 ve 2022/81 sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 7, 13, 49 ve 70 ile 128. maddelerine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen ibareyi kanunlaştırması, Anayasa'nın 153. maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6. maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

viii)Çalışma barışı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5. maddeleriyle Devlet için öngörülen “sosyal devlet” niteliğinin bir görünümü, Anayasa'nın 49. maddesiyle Devlete yüklenen çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüdür. Anayasa Mahkemesi, “Anayasa'nın 49. maddesine göre, çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlete karşı ileri sürülecek bu hak, bireylere zorlama yetkisi ve yaptırımını vermemiştir. Devlet, olanakları ölçüsünde, yeterli örgütler kurarak iş bulmayı kolaylaştırıp sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Devletin herkese iş verme, herkesi işe yerleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır. İşsizliği önlemek amacıyla yapacağı çalışmalarla Devlet, öncelikle kamu sektöründe iş vermek yolunu izleyecek, bu nedenle de yasal düzenlemeler yapacaktır.” şeklinde hüküm kurmak suretiyle; Anayasa'nın 49. maddesinin kapsama alanında özel sektörün yanı sıra kamu sektörünün de değerlendirileceğine işaret etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.1989 tarihli ve 1989/14 ve 1989/49 sayılı Kararı). O halde Devlet, hem özel sektörde hem de kamu sektöründe çalışma barışını sağlamalıdır. Ancak maddi anlamda kanuna tekabül etmeyen iptali talep edilen ibare; sağlık hizmetlerinin bütüncül bir şekilde yerine getirildiği de göz önüne alındığında; kamu kurum ve kuruluşlarının uzman tabip, tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman, tabip, diş tabibi ve eczacı kadro ve pozisyonlarına açıktan atanacaklar arasında eşitsiz muamelelere, farklı kura usulleri uygulanmasına ve atama yapılmasına yol açacağından, çalışma barışının da bozulmasına neden olacaktır. Çalışma barışının bozulması; kamu kurum ve kuruluşlarının uzman tabip, tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman, tabip, diş tabibi ve eczacı kadro ve pozisyonlarına açıktan atanacaklar arasında bölünmelere ve hastane idaresi – hekim (ve sağlık meslek mensubu) – hasta arasında anlaşmazlıklara yol açabilecektir; mesleki dayanışmayı azaltabilecektir; sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan kamu kurum ve kuruluşlarının uzman tabip, tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman, tabip, diş tabibi ve eczacı kadro ve pozisyonlarına açıktan atanacakların ilgilerini başka alanlara yöneltmesine; sorumluluklarını yeteri kadar yerine getirememelerine sebep olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2, 5 ve 49. maddelerine de aykırıdır.

ix)Çalışma hakkı ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5. maddelerinde yer alan sosyal devlet ilkesinin

bir görünümü, Anayasa'nın 49. maddesinde güvencelenen çalışma hakkıdır. Diğer bir deyişle herkese hak ve ödev olarak tanınan çalışma hakkı, Devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Devlet, herkes için uygun bir çalışma ortamı hazırlamalıdır. Ancak iptali talep edilen ibare, Devletin anılan yükümlülüğünü ifa etmesine engel olacaktır. Nitekim idare, keyfi biçimde, kuraya ilişkin usul ve esaslar ile bunların Sağlık Bakanlığı'ndaki atamalarına ilişkin usul ve esasları yönetmelikle belirleyerek; Devlet tarafından onlar bakımından çalışma hakkının kullanılması için gerekli ortam, hazırlanamayacaktır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 13. ve 49. maddelerine aykırıdır.

x) Sosyal devlet ilkesi, Devletin temel amaç ve görevleri, yaşam ve sağlık hakları bakımından: Öncelikle belirtmek gerekir ki Cumhuriyetimizin kurucusu Ulu Önder Mustafa Kemal Atatürk, "Türk halkının sağlığı ve sağlamlığı vazgeçilmez bir milli meselemizdir." şeklindeki sözüyle sağlık politikalarının ehemmiyetini vurgulamış; "Beni Türk hekimlerine emanet edin." şeklindeki sözüyle hekimlere verdiği değeri dile getirmiştir.

Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'na göre sağlık, sadece hasta veya sakat olmama hali değil, fiziksel, ruhsal ve sosyal açıdan iyi olma halidir.¹⁹ Anayasa'nın 17. maddesinde herkesin yaşama hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmış ve yaşama hakkının gerçekleştirilmesini teminen sağlık hakkı, Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenmiştir. En temel insan hakkı niteliğine sahip yaşama hakkının bir görünümü olan sağlık hakkı, uluslararası belgelerde de yerini bulmuştur. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesiyle yaşam hakkı güvencelenerek sağlık hakkı yaşam boyutu itibarıyla koruma altına alınmıştır. Sözleşme'nin 8. maddesi ise, sağlık hakkını dolaylı olarak ama daha geniş bir kapsamda korumaktadır. Yine İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25.; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12.; Avrupa Sosyal Şartı'nın 11. maddelerinde herkesin sağlık hakkına sahip olduğu, açıkça zikredilmiştir.

Anayasa'nın 56. maddesi, sağlık hakkının pozitif statü hakkı olması itibarıyla; Anayasa'nın 2. maddesi uyarınca sosyal devlet niteliğini haiz Devlete, anılan hakkın kullanımı (anılan hakka erişim) için elverişli ortam hazırlama yükümlülüğü yüklemektedir. Devlet, bu yükümlülüğü sağlık meslek mensupları marifetiyle yerine getirmektedir. Başka bir anlatımla bireylerin sağlık ihtiyaçlarının giderilmesi, sağlık meslek mensuplarının elverişli çalışma ortamında yeterli biçimde sağlık hizmeti sunmasıyla mümkündür.

Ne var ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Devletin sağlık hizmeti sunumuna ilişkin ihlal kararları bulunmaktadır. Söz gelimi; "tedavi için kabul edilmediği hastaneler arasında sevk edilmesi ardından, doğumdan kısa bir süre sonra, prematüre doğmuş bir bebeğin hayatını kaybetmesiyle ilgili" Asiye Genç / Türkiye kararında:

"Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, ilk olarak, Türk Devleti'nin yeteri kadar devlet hastanesi hizmet işleyişini ya da bizzat sağlığın korunması sistemini düzgün olarak organize etmeyi ve çalıştırmayı sağlamadığını değerlendirmiştir. Bebek hayatını kaybetmiştir çünkü herhangi bir tedavide bulunulmamıştır. Mahkeme, bu tür bir durumun bir kişinin yaşamını tehlikeye

¹⁹ Constitution of the World Health Organization, <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1> (Erişim Tarihi: 03.08.2022).

atmak gibi tıbbi bakım sağlamama anlamına geldiğini gözlemlemiştir. İkinci olarak, Mahkeme Türk yargı sisteminin söz konusu feci olaya karşılık verme şeklinin bebeğin ölümünün kesin koşullarını aydınlatmaya dair elverişli olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme, bu nedenle, doğumundan kısa bir süre sonra hayatını kaybeden bebek hususunda, Türkiye'nin Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında yükümlülüklerini yerine getirmediği şeklinde değerlendirebileceğini tespit etmiştir.²⁰

Kanun koyucu, kuraya ilişkin usul ve esaslar ile bunların Sağlık Bakanlığı'ndaki atamalarına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceğini hüküm altına almak suretiyle; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan kanunilik kaydına hanel getirmiştir. Diğer bir deyişle sağlık hakkının kullanılması için gerekli ortamı sunma yükümlülüğü olan Devletin, bu yükümlülüğü tam manasıyla ifası, iyi yetiştirilmiş, donanımlı sağlık meslek mensuplarıyla mümkündür. Aksi bir tutum, sağlık hakkının gerçekleştirilmesine yönelik pozitif yükümlülüklerin ifa edilmemesi sonucunu doğuracaktır. Kanun koyucu da mali özlük işlerinin yürütme tarafından tespit edilmesine cevaz vererek; devletin sağlık hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinin önünü açmıştır. Kaldı ki sosyal devlet anlayışı, sağlık hakkının herkese nitelikli bir biçimde tanınmasını gerektirir. Tüm bu nedenlerle anılan ibare, Anayasa'nın 2, 5, 17 ve 56. maddelerine aykırıdır.

xi) Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibare, yaşam ve sağlık haklarına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. ve 8.; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25.; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12.; Avrupa Sosyal Şartı'nın 11. maddelerini; çalışma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23., (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. maddelerini; Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu ILO Sözleşmelerini²¹; adil çalışma koşullarına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23., (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın 3 ve 22. maddelerini; ILO'nun 94 No'lu Çalışma Şartları (Kamu Sözleşmeleri) Sözleşmesi ile 151 No'lu Çalışma İlişkileri (Kamu Hizmeti) Sözleşmesi'ni ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7411 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle 07.05.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen ikinci cümlesinde yer alan "yönetmelikle" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 17, 49, 56, 70, 90, 123, 124, 128 ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

I. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

²⁰ Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Tematik Bilgi Notu – Sağlık, Aralık 2015, s. 17, 18, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 03.08.2022).

²¹ Türkiye'nin onayladığı ILO Sözleşmeleri, çalışma hakkının farklı boyutlarına (söz gelimi hakkın tanınması, hakkın kullanım koşulları) ilişkindir. <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm> (Erişim Tarihi: 02.03.2022).

16.06.2022 tarihli ve 7411 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile getirilen iptali talep edilen düzenlemeler, 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun ile 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda hukuka aykırı değişiklikler yapmaktadır. Kamu yararına aykırı olan, telafisi mümkün olmayacak sonuçlara yol açacak bu düzenlemelerin iptal davası sonuçlanana kadar yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

Nitekim anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti sayılmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasa'ya 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, Anayasa'ya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükmün iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmıştır.

II. SONUÇ VE İSTEM

16.06.2022 tarihli ve 7411 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un

1) 3. maddesiyle 04.01.1961 tarihli ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen mevcut ikinci cümlesinde yer alan "disiplin durumu," ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 17, 18, 35, 36, 38, 40, 48, 49, 55, 56, 70, 90, 123, 128 ve 138. maddelerine; "yönetmelikle" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 17, 18, 35, 48, 49, 55, 56, 70, 90, 123, 124, 128, 138 ve 153. maddelerine,

2) 8. maddesiyle 07.05.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen ikinci cümlesinde yer alan "yönetmelikle" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 17, 49, 56, 70, 90, 123, 124, 128 ve 153. maddelerine

aykırı olduğundan iptaline ve uygulanması halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.

.”