

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2005/10
Karar Sayısı : 2008/63
Karar Günü : 21.2.2008
R.G. Tarih-Sayı : 07.11.2008-27047

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Haluk KOÇ, İzzet ÇETİN ile birlikte 123 Milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un;

A- 3. maddesinin;

1- İkinci fıkrasının son tümcesinin,

2- Son fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan "*veya hasta sevk oranlarının yüksek olması*" ibaresinin,

B- 5. maddesinin ikinci fıkrasının '*Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenir*' biçimindeki üçüncü tümcesinin,

C- 8. maddesinin ikinci fıkrasının "*ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler*" bölümünün, Anayasa'nın 2., 5., 7., 8., 11., 13., 17., 56., 73., 90. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un iptali istenilen kuralları da içeren 3., 5. ve 8. maddeleri şöyledir:

'Personelin statüsü ve malî haklar

Madde 3.- *Sağlık Bakanlığı; Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli olan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanı olarak çalıştırılacak sağlık personeli, kendilerinin talebi ve kurumlarının veya Bakanlığın muvafakatı üzerine, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın, sözleşmeli olarak çalıştırmaya veya bu nitelikteki Bakanlık personeli aile hekimliği uygulamaları için görevlendirmeye yetkilidir.*

Aile sağlığı elemanları, aile hekimi tarafından belirlenen ve Sağlık Bakanlığı tarafından uygun görülen, kurumlarınca da muvafakatı verilen Bakanlık veya diğer kamu kurum ve

kuruluşları personeli arasından seçilir ve bunlar sözleşmeli olarak çalıştırılır. Bu suretle eleman temin edilememesi halinde, Sağlık Bakanlığı, personeli bu hizmetler için görevlendirebilir. İhtiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları; Sağlık Bakanlığının önerisi, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabilir.

Sözleşmeli olarak çalışan aile hekimi ve aile sağlığı elemanları kurumlarında aylıksız veya ücretsiz izinli sayılırlar ve bunların kadroları ile ilişkileri devam eder. Bu personel, talepleri halinde eski görevlerine atanırlar ve sözleşmeli statüde geçen süreleri kazanılmış hak derece ve kademelerinde veya kıdemlerinde değerlendirilir. Sözleşmeli personel statüsünde çalışmakta iken aile hekimi ve aile sağlığı elemanı statüsüne geçenlerden önceki sözleşmeli personel statüsüne dönmek isteyenler, eski kurumlarındaki boş pozisyonlara öncelikle atanırlar ve bu madde kapsamındaki çalışmaları hizmet sürelerinde dikkate alınır.

Kadroya bağlı olarak veya sözleşmeli personel pozisyonlarında görev yapan personelden Sağlık Bakanlığınca aile hekimi veya aile sağlığı elemanı olarak görevlendirilenlere, 209 sayılı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına Bağlı Sağlık Kuruluşları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun uyarınca ek ödeme yapılmaz. Bunlara, aylıklarına ve ücretlerine ilaveten, çalıştıkları günler dikkate alınarak aşağıdaki fıkra da belirlenen miktarların yarısını aşmamak üzere tespit edilecek tutarda ödeme yapılır.

Sözleşme yapılan aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına, 657 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin (B) bendine göre belirlenen en yüksek brüt sözleşme ücretinin aile hekimi için (6) katını, aile sağlığı elemanı için (1,5) katını aşmamak üzere tespit edilecek tutar, çalışılan ay sonuçlarının ilgili sağlık idaresine bildiriminden itibaren onbeş gün içerisinde ödenir.

Sözleşmeli olarak çalışmaya başlayanların, daha önce bağlı oldukları sosyal güvenlik kuruluşlarıyla ilişkileri aynı şekilde devam ettirilir. Ancak, her türlü prim, kesenek ve kurum karşılıkları bu fıkra da belirtilen ücretlerden kesilerek ilgili sosyal güvenlik kuruluşuna aktarılır. Bunlar önceki durumları çerçevesinde tedavi yardımlarından yararlanmaya devam ederler.

Aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının durumları ve aile hekimliği uzmanlık eğitimi almış olup olmadıkları da dikkate alınmak suretiyle yapılacak ödeme tutarlarının tespitinde; çalıştığı bölgenin sosyo-ekonomik gelişmişlik düzeyi, aile sağlığı merkezi giderleri, tetkik ve sarf malzemesi giderleri, kayıtlı kişi sayısı ve bunların risk grupları, gezici sağlık hizmetleri ile aile hekimi tarafından karşılanmayan gider unsurları gibi kriterler esas alınır. Sağlık Bakanlığınca belirlenen standartlara göre, koruyucu hekimlik hizmetlerinin eksik uygulaması veya hasta sevk oranlarının yüksek olması halinde bu ödeme tutarından brüt ücretin % 20'sine kadar indirim yapılır. Sosyo-ekonomik gelişmişlik düzeyi ücreti, aile sağlığı merkezi giderleri, tetkik ve sarf malzemesi giderleri ve gezici sağlık hizmetleri ödemelerinden Damga Vergisi hariç herhangi bir kesinti yapılmaz.'

'Hizmetin esasları

Madde 5.- *Aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde kişilerin aile hekimine kaydı yapılır. Bakanlıkça belirlenen süre sonunda kişiler aile hekimlerini değiştirebilirler. Her bir*

aile hekimi için kayıtlı kişi sayısı; asgarî 1000, azamî 4000'dir. Aralıksız iki ayı aşmayan süreyle kayıtlı kişi sayısı 1000'den az olabilir.

*Aile hekimliği hizmetleri ücretsizdir; acil haller hariç, haftada kırk saatten az olmamak kaydı ile ilgili aile hekiminin talebi ve o yerin sağlık idaresince onaylanan çalışma saatleri içinde yerine getirilir. Aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde acil haller ve mücbir sebepler dışında, kişi hangi sosyal güvenlik kuruluşuna tâbi olursa olsun, aile hekiminin sevk olmaksızın sağlık kurum ve kuruluşlarına müracaat edenlerden katkı payı alınır. **Alnacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenir.** Aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde, diğer kanunların aile hekimliği hizmetleri kapsamındaki hizmetlerin sunumu ile sevk ve müracaata ilişkin hükümleri uygulanmaz. Yabancılar hakkında ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.*

Aile hekimlerinin şahsî kayıtları ilgili il ve ilçe sağlık idare birimlerinde tutulur. Aile hekimlerinin kullandığı basılı veya elektronik ortamda tutulan kayıtlar, kişilerin sağlık dosyaları ile raporlar, sevk belgesi ve reçete gibi belgeler resmî kayıt ve evrak niteliğindedir. Bu kayıt ve belgeler, hekimin ayrılması veya kişinin hekim değiştirmesi halinde eksiksiz olarak devredilir. İlgili mevzuatta birinci basamak sağlık kuruluşları ve resmî tabiplerce düzenlenmesi öngörülen her türlü rapor, sevk evrakı, reçete ve sair belgeler, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde aile hekimleri tarafından düzenlenir.'

'Yönetmelikler

Madde 8.- *Aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının çalışma usul ve esasları; çalışılan yer, kurum ve statülerine göre öncelik sıralaması; aile hekimliği uygulamasına geçiş ve nakillere ilişkin puanlama sistemi ve sayıları; aile sağlığı merkezi olarak kullanılacak yerlerde aranacak fizikî ve teknik şartlar; meslek ilkeleri; iş tanımları; performans ve hizmet kalite standartları; hasta sevk evrakı, reçete, rapor ve diğer kullanılacak belgelerin şekli ve içeriği, kayıtların tutulması ile çalışma ve denetime ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.*

Aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarıyla yapılacak sözleşmede yer alacak hususlar ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak, Sağlık Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.'

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 5., 7., 8., 11., 13., 17., 56., 73., 90. ve 128 maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Mustafa BUMİN, Haşım KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Fazıl SAĞLAM, A.Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 1.2.2005 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen Yasa kuralları, dayanan Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Genel Açıklama

9.12.2004 tarihinde yürürlüğe giren 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde Yasa'nın amaç ve kapsamı, Sağlık Bakanlığı'nın pilot olarak belirleyeceği illerde, birinci basamak sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi, birey ihtiyaçları doğrultusunda koruyucu sağlık hizmetlerine ağırlık verilmesi, kişisel sağlık kayıtlarının tutulması ve bu hizmetlere eşit erişimin sağlanması amacıyla aile hekimliği hizmetlerinin yürütülebilmesini teminen görevlendirilecek veya çalıştırılacak sağlık personelinin statüsü ve mali hakları ile hizmetin esaslarını düzenlemek olarak belirtilmiştir.

Aile hekimi, Yasa'nın 2. maddesinde, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini yaş, cinsiyet ve hastalık ayrımı yapmaksızın her kişiye kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekânda vermekle yükümlü, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti veren ve tam gün esasına göre çalışan aile hekimliği uzmanı veya Sağlık Bakanlığı'nın öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip veya tabip; aile sağlığı elemanı da, aile hekimi ile birlikte hizmet veren hemşire, ebe, sağlık memuru gibi sağlık elemanı olarak tanımlanmıştır.

Yasa'nın "*Personelin Statüsü ve mali haklar*" başlığını taşıyan 3. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında Sağlık Bakanlığı'nın, aile hekimliği hizmetlerini yürütmek için kimleri sözleşmeli olarak çalıştırabileceği ya da kimleri görevlendirebileceği açıklanmıştır. Üçüncü fıkrasında, Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşlarında kadroya bağlı olarak uzman tabip, tabip, ebe, hemşire ve sağlık memuru olarak çalışmakta iken, sözleşmeli aile hekimi veya aile sağlığı elemanı olarak çalışmaya başlayanların, kurumlarında aylıksız veya ücretsiz izinli sayılacakları ve bunların kadroları ile ilişkilerinin devam edeceği, bu personel talep ederse eski görevine atanacağı ve sözleşmeli statüde geçen sürelerinin kazanılmış hak derece ve kademelerinde veya kıdemlerinde değerlendirileceği, yine Bakanlık veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarında sözleşmeli olarak çalışmakta iken, sözleşmeli aile hekimi veya aile sağlığı elemanı statüsüne geçenler de eğer önceki sözleşmeli personel statüsüne dönmek isterlerse, eski kurumlarındaki boş pozisyonlara öncelikle atanacakları ve bu Yasa kapsamındaki çalışmalarının hizmet sürelerinde dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Maddenin dördüncü fıkrasında, kadroya bağlı olarak veya sözleşmeli personel pozisyonlarında görev yapan personelden Sağlık Bakanlığı'nca aile hekimi veya aile sağlığı elemanı olarak görevlendirilenlere yapılacak ödeme tutarı, beşinci fıkrasında, sözleşme yapılan aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına yapılacak ödeme tutarı hakkında açıklamalara yer verilmiş; altıncı fıkrasında ise sözleşmeli olarak çalışmaya başlayan aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının, sosyal güvenlik hakları düzenlenmiş, yedinci fıkrasında da, aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının durumları ve aile hekimliği uzmanlık eğitimi almış olup olmadıkları da dikkate alınmak suretiyle yapılacak ödeme tutarlarının tespitinde hangi kriterlerin esas alınacağı, hangi hallerde ödemelerden indirim yapılacağı öngörülmüştür.

Aile hekimliği hizmetinin esasları Yasa'nın 5. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde, kişilerin aile hekimine kaydının yapılacağı, her

bir aile hekimi için kayıtlı kişi sayısının, asgari 1000, azami 4000 olacağı, aile hekimliği hizmetlerinin ücretsiz sunulacağı, acil haller hariç, haftada kırk saatten az olmamak kaydıyla ilgili aile hekiminin talebi ve o yerin sağlık idaresince onaylanan çalışma saatleri içinde bu hizmetlerin yerine getirileceği, acil haller ve mücbir sebepler dışında, kişi hangi sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olursa olsun, aile hekiminin sevki olmaksızın sağlık kurum ve kuruluşlarına başvuranlardan katkı payı alınacağı, bu katkı payı tutarının, Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlıklarınca müştereken belirleneceği, diğer kanunların aile hekimliği hizmetleri kapsamındaki hizmetlerin sunumu ile sevk ve müracaata ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı, aile hekimlerinin şahsi kayıtlarının ilgili il ve ilçe sağlık idare birimlerinde tutulacağı, aile hekimlerinin kullandığı kayıtların, kişilerin sağlık dosyaları ile raporların, sevk belgesi ve reçete gibi belgelerin, resmi kayıt ve evrak niteliğinde olduğu ve bunların hekimin ayrılması veya kişinin hekim değiştirmesi halinde eksiksiz olarak devredileceği, ilgili mevzuatta birinci basamak sağlık kuruluşları ile resmi tabiplerce düzenlenmesi öngörülen her türlü rapor, sevk evrakı, reçete ve sair belgelerin, aile hekimleri tarafından düzenleneceği hususları vurgulanmıştır.

Yasa'nın, 8. maddesinin birinci fıkrasında, hangi hususların Sağlık Bakanlığı'na çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği sayılmış ve maddenin ikinci fıkrasında da, aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarıyla yapılacak sözleşmede yer alacak hususların ve bu Yasa'da belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartlarının, sözleşmenin feshini gerektiren nedenlerin, Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü alınarak, Sağlık Bakanlığı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu'na çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1- Yasa'nın 3. Maddesinin İkinci Fıkrasının Son Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının yürüttüğü hizmetlerin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevlerinden olduğu, böyle bir görevin de Anayasa gereği memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülebileceği, Bakanlıkta ya da diğer kamu kurum ve kuruluşlarında kadrolu ya da sözleşmeli olarak çalışanlardan sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanı olanların Anayasa'da belirtilen kamu görevlileri kapsamında bulunduğu, 3. maddenin ikinci fıkrasının iptali istenen son tümcesiyle Devletin asli ve sürekli görevlerinden olan aile hekimliği hizmetlerinin memur ya da diğer kamu görevlisi olmayanlar tarafından yerine getirilmesine olanak sağlandığı, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde kadronun esas olduğu, ancak bunların kadro, atama ve terfileri ile ilgili hiçbir düzenlemenin Yasa'da yer almadığı, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 11. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu tümceyle, Sağlık Bakanlığı tarafından, bu Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli arasından, sözleşmeli olarak çalıştırılan ya da görevlendirilenler dışında, ihtiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanlarının, Sağlık Bakanlığı'nın önerisi, Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabileceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmeyi amaçlayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 128. maddesinde Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenleneceği belirtilmiştir. Maddede sözü edilen 'diğer kamu görevlileri' kavramı memurlar ve işçiler dışında, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde, kamu hukuku ilişkisiyle çalışanları kapsamaktadır. Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde memur ve/veya diğer kamu görevlilerinden hangisinin çalıştırılacağına ilişkin tercih yasakoyucunun takdir alanı içindedir.

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.

Açıklanan nedenlerle Yasa'nın 3. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesi Anayasa'nın 2., 11. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe değişik gerekçe ile katılmıştır.

Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

2- Yasa'nın 3. Maddesinin Son Fıkrasının İkinci Tümcesinde Yer Alan " veya hasta sevk oranlarının yüksek olması" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Sağlık Bakanlığı'nca belirlenen standartlara göre, koruyucu hekimlik hizmetlerinin eksik uygulaması veya hasta sevk oranlarının yüksek olması halinde aile hekimine yapılacak ödeme tutarından brüt ücretin %20'sine kadar indirim yapılmasının öngörüldüğü, bu durumda aile hekiminin hasta sevk yaparken Sağlık Bakanlığı'nca belirlenen hasta sevk oranlarını da gözeteceği ve ücretinden indirim yapılmaması için bu oranı gözeterek sevkten kaçınabileceği, aile hekiminin sevkini almadan hastaneye başvuran hastaların acil haller ve mücbir sebepler dışında katkı payı ödemekle yükümlü tutulacakları, bu düzenlemenin sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkını Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülülük ilkesine aykırı olarak ve özünü zedeleyecek biçimde sınırlandırdığı, iptali istenen ibare, aile hekiminin sevkini engelleyip zorlaştıran bir düzenleme olduğundan, Devletin bu alandaki görevini yerine getirmesini engelleyeceği, bu düzenlemenin idarenin yasallığı ilkesine de aykırı olduğu, hasta sevk oranının ne zaman yüksek olarak kabul edileceğine dair bir belirlenimin yasada yapılmadığı ve bunun takdirinin idareye bırakılmasının keyfi uygulamalara yol açacağı, bu nedenlerle iptali istenen ibarenin Anayasa'nın 2., 5., 7., 8., 11. 13., 17. ve 56. maddelerine; ayrıca Avrupa Sosyal Şartının 'Herkes ulaşılabilir en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılan her türlü önlemden faydalanma hakkına sahiptir' şeklindeki kuralına dolayısıyla da Anayasa'nın 90. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5258 sayılı Yasa hükümleri uyarınca, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde, diğer kanunların aile hekimliği hizmetleri kapsamındaki hizmetlerin sunumu ile sevk ve müracaata ilişkin hükümleri uygulanmayacak, ilgili mevzuatta birinci basamak sağlık kuruluşları ve resmi tabiplerce düzenlenmesi öngörülen her türlü rapor, sevk evrakı, reçete ve sair belgeler aile hekimleri tarafından düzenlenecek ve acil haller ve mücbir sebepler dışında, kişi hangi sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olursa olsun, aile hekiminin sevkı olmaksızın sağlık kurum ve kuruluşlarına başvuranlardan katkı payı alınacaktır. Buna göre kişiler, acil haller ve mücbir sebepler dışında öncelikle aile hekimlerine başvuracaklar ve aile hekiminin değerlendirmesine göre gereken durumlarda sağlık kurum ve kuruluşlarına sevk edileceklerdir.

Yasa'nın 3. maddesinin son fıkrasının birinci tükmesinde, aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının durumları ve aile hekimliği uzmanlık eğitimi almış olup olmadıkları da dikkate alınmak suretiyle yapılacak ödeme tutarlarının tespitinde hangi kriterlerin esas alınacağı

sayılmış ve anılan fıkranın iptali istenen ibareyi de içeren ikinci tümcesinde ise, Sağlık Bakanlığı'nca belirlenen standartlara göre, koruyucu hekimlik hizmetlerinin eksik uygulaması veya hasta sevk oranlarının yüksek olması halinde bu ödeme tutarından brüt ücretin %20'sine kadar indirim yapılacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti, insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti gerçekleştiren, bu bağlamda sağlık hizmetlerinden bireylerin yeteri kadar yararlanmasını sağlayan devlettir.

Anayasa'nın 'Devletin temel amaç ve görevleri' başlıklı 5. maddesinde, *'Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır'* denilmiş ve 17. maddesinin ilk fıkrasında da herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Anayasa'nın 'Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler' bölümünde yer alan 56. maddesinin üçüncü fıkrasında ise *'Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler'* denilmiştir.

Anayasa'nın, 2., 5., 17. ve 56. maddeleriyle kişilere, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme ve hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürebilme hakkı tanınmış ve Devlete de, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama, kişilerin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi verilmiştir. Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirilebilmelerinin, mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşım ihtiyacı duydukları oranda bu hizmetlerden yararlanabilmeleridir. Devlet için bir görev ve kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesinde, bu haktan yararlanmayı zorlaştıracı ya da zayıflatıcı düzenlemeler Anayasa'ya aykırı düşer.

İtiraz konusu kuralda, aile hekiminin hasta sevk oranının Sağlık Bakanlığı'nca belirlenen standartlara göre yüksek olması halinde, 5258 sayılı Yasa uyarınca aile hekimlerine yapılacak ödeme tutarından brüt ücretin % 20'sine kadar indirim yapılacağı belirtilmek suretiyle aile hekiminin sevk oranları ile Sağlık Bakanlığı'nın belirlediği standart ve yapılacak ödemeler arasında ilişki kurulmuştur.

Aile hekiminin sevk oranı ile kendisine yapılacak ödeme tutarı arasında bağlantı kuran dava konusu düzenleme, ihtiyacı olan kişilerin sağlık hizmetlerine ulaşmalarını ve bu hizmetlerden gereği gibi yararlanmalarını güçleştirecek öte yandan Devletin kişilerin yaşamını ruh ve beden sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak görevini gereği gibi yerine getirmesini zorlaştıracak nitelikte bir düzenleme olduğundan Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 5., 11., 17. ve 56. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural iptal edildiğinden Anayasa'nın 7., 8., 13. ve 90. maddeleri yönünden inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

3- Yasa'nın 5. Maddesinin İkinci Fıkrasının 'Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenir' Biçimindeki Üçüncü Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, aile hekimliği uygulamasında alınacak katkı payı tutarının Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirleneceğinin öngörüldüğü, sağlık kurum ve kuruluşlarınca verilecek hizmet karşılığında ve kamu gücüne dayalı olarak tek taraflı iradeyle ve gerektiğinde zorla alınacak katkı payının, Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen 'benzeri mali yükümlülük' kavramı içinde değerlendirilebilecek bir kamu geliri niteliği taşıdığına kuşkusuz olduğu, bu nedenle katkı payının matrah, oran, tarh, tahakkuk ve tahsil usullerinin, yaptırımlarının, zamanaşımının, yukarı ve aşağı sınırlar gibi çeşitli yönlerinin yasayla belirlenmesi gerektiği, iptali istenen kuralda belirleme yetkisinin bakanlıklara bırakıldığı, öte yandan yasayla düzenleme yapılmadan asli düzenleme yapma yetkisinin de idareye devredildiği, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 7., 8., 11. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5258 sayılı Yasa'ya göre aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde, kişiler acil haller ve mücbir sebepler dışında, sağlık kurum ve kuruluşlarına başvurabilmek için aile hekiminin sevkini almak zorundadırlar. Bu şekilde aile hekiminin sevkini almaksızın sağlık kurum ve kuruluşlarına başvuranlar, hangi sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olurlarsa olsunlar katkı payı ödemek zorunda kalacaklardır. Katkı payı tutarı ise Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenecektir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk Devleti olduğu, 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinin olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği, 8. maddesinde de yürütme yetkisi ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa'ya ve yasalara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği belirtilmiştir. Buna göre, yasakoyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasayla düzenleme anlamına gelmez. Yasakoyucu, gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir. Yasada temel esasların belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.

Acil haller ve mücbir sebepler dışında, aile hekiminden sevk almaksızın sağlık kurum ve kuruluşlarına müracaat edilmesi halinde alınacağı öngörülen katkı payı tutarının belirlenmesi teknik bir konu olup önceden Yasa'da tüm ayrıntılarıyla belirlenmesi mümkün değildir. Katkı payı tutarının Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenmesi teknik bir zorunluluktan kaynaklandığından, kuralda Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan katkı payının, kişilerin sağlık kurum ve kuruluşlarından aile hekiminin sevk almaksızın aldıkları hizmetlerin karşılığında ödeyecekleri miktar olduğu ve bu yönüyle Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen vergi, resim ve harç benzeri mali yükümlülük niteliğinde olmadığı anlaşıldığından, kuralın Anayasa'nın 73. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

4- Yasa'nın 8. Maddesinin İkinci Fıkrasının "ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler". Bölümünün İncelenmesi

Dava dilekçesinde, sözleşme ile çalıştırılanların da yasa güvencesi altında görev yapmasının anayasal zorunluluk olduğu, aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının sözleşmeli personel statüsünde 657 sayılı Yasa'nın ve diğer yasaların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın çalıştırılabilmeleri için ayrıca aylıklarının, işe girme ve ayrılımlarının, hak ve yükümlülüklerinin kendi özel yasalarında düzenlenmesi gerektiği, bunların işe girme, aylık, sosyal güvenlik hakları ve terfi gibi konuları genel olarak 5258 sayılı Yasa'da düzenlenmiş ise de, yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartlarının, sözleşmenin feshini gerektiren nedenlerin belirlenmesinin yönetmeliğe bırakıldığı, Yasa'da esasları gösterilmediğinden, bu hususlarda yönetmelikle yapılacak düzenlemenin asli düzenleme niteliği taşıyacağı, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 7., 8., 11. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Yasa'nın 8. maddesinin ikinci fıkrasının iptali istenen bölümünde, bu Yasa'da belirlenen esaslar çerçevesinde aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartlarının ve sözleşmenin feshini gerektiren nedenlerin Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü alınarak, Sağlık Bakanlığı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu'nca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

Aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerektiği açıktır. Yasa'da aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına yapılacak ödemelerin üst sınırı, yapılacak ödeme tutarlarının tespitinde dikkate alınacak kriterler belirlenmiş ve hangi hallerde bu ödeme tutarından en fazla ne kadar indirim yapılacağı belirtilerek bu konularda yasal çerçeve çizilmiştir. İptali istenen kuralda da, bu Yasa'da belirtilen esaslar çerçevesinde aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları ile sözleşmenin feshini gerektiren nedenlerin belirlenmesi yönetmeliğe bırakılmıştır.

Bu durumda Yasa'da belirtilen genel çerçeve ve esaslar doğrultusunda, ayrıntı ve uzmanlık gerektiren konuların yönetmelikle düzenlenmesi konusunda yetki verilmesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 7., 8., 11. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un;

A- 3. maddesinin son fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan '... veya hasta sevk oranlarının yüksek olması...' ibaresinin yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B- 1- 3. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesine,

2- 5. maddesinin ikinci fıkrasının 'Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenir' biçimindeki üçüncü tümcesine,

3- 8. maddesinin ikinci fıkrasının '... ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler, ...' bölümüne,

yönelik iptal istemleri, 21.2.2008 günlü, E. 2005/10, K. 2008/63 sayılı kararla reddedildiğinden, bu tümcelere ve bölüme ilişkin YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

21.2.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un:

A- 3. maddesinin;

1- İkinci fıkrasının son tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Son fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan '... veya hasta sevk oranlarının yüksek olması...' ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 5. maddesinin ikinci fıkrasının 'Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenir' biçimindeki üçüncü tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 8. maddesinin ikinci fıkrasının '... ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler, ...' bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

21.2.2008 gününde karar verildi.

Esas Sayısı : 2005/10
Karar Sayısı : 2008/63

Başkan

Haşim KILIÇ

Başkanvekili

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Sacit ADALI

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

Üye

Ahmet AKYALÇIN

Üye

Mehmet ERTEN

Üye

A. Necmi ÖZLER

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Şevket APALAK

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- Yasa'nın 3. Maddesinin İkinci Fıkrasının Son Tümcesi

24.11.2004 günlü 5258 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesinde, 'İhtiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları; Sağlık Bakanlığının önerisi, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabilir' denilmektedir. 657 Sayılı Yasa'nın devlet memurluğuna alınacaklarda aranacak genel ve özel şartların belirlendiği 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bendlerinde, kamu haklarından mahrum bulunmamak, bazı suçlardan hükümlü olmamak ve görevi yapmaya engel akıl hastalığı bulunmamak genel şartlar arasında sayılmaktadır. Devlet memurluğuna engel oluşturacak bu durumlar dışında dava konusu kuralda belirtilen kişilerin, sözleşme ile aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabilecekleri anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülür. Sağlık hizmetlerinin, kamu hizmeti olma özelliğini yitirmedikleri sürece devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler arasında yer aldığı duraksama bulunmadığından belirtilen hizmetlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri dışındaki kişiler tarafından görülmesi olanaksızdır.

Bu nedenle Yasa'nın 3. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesi, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır; iptali gerekir.

2- Yasa'nın 5. Maddesinin İkinci Fıkrasının Üçüncü Tümcesi

Madde'nin ikinci fıkrasında, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde acil haller ve mücbir sebepler dışında, hangi sosyal güvenlik kuruluşuna tâbi olursa olsun, aile hekiminin sevki olmaksızın sağlık kurum ve kuruluşlarına müracaat edenlerden katkı payı alınacağı, dava konusu tümcede de alınacak katkı payı tutarının Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirleneceği öngörülmektedir.

Anayasa'nın 7. maddesine göre, yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez. Yasaların uygulanmasını sağlamanın, idarenin görevleri arasında yer aldığı kuşkusuzdur. İdarenin bu görevini yerine getirebilmesi için yasa koyucu özel ihtisas ve teknik bilgi gerektiren konularda idareye düzenleme yetkisi verebilir. Ancak bu yetkinin, amacının, sınırlarının ve çerçevesinin yasayla belirtilmesi gerekir. Yasa ile idareye keyfi uygulamalara yol açabilecek çok geniş takdir yetkisi verilmesi yasa ile düzenleme sayılamaz. Temel kurallar konulmadan, ölçü belirlenmeden yürütmeye idari tasarruflarda bulunma yetkisi verilmesi Anayasa'nın 7. maddesi ile bağdaşmaz.

İptali istenen kuralda, alınacak katkı payı tutarının Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirleneceği öngörülürken bu konuda, üst sınır, maktu

veya nisbi olma, hizmetin özelliği gibi nesnel ölçü ve sınırlara yer verilmemiştir. Böylece idareye çok geniş bir takdir yetkisi verilerek yasama yetkisinin devrine yol açılmıştır.

Bu nedenle Kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır: iptali gerekir.

3- Yasa'nın 8. Maddesinin İkinci Fıkrasının İptali İstenen Bölümü

Maddenin ikinci fıkrasının dava konusu bölümünde, sözleşmeli olarak çalıştırılacak aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartlarının, sözleşmenin feshini gerektiren nedenlerin yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmektedir.

Aile hekimliği hizmetlerinin, Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca, devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler kapsamında bulunması nedeniyle yukarıda belirtildiği gibi kamu görevlisi niteliği taşımayanlar tarafından yürütülmesi olanaklı değildir. Kamu görevlisi niteliğini taşıyan personelden sözleşmeyle çalıştırılacaklara yapılacak ödemelerin belirlenmesinin ise, yönetmeliğe bırakılması memurların ve diğer kamu görevlilerinin aylık ve ödeneklerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına aykırıdır; Kural'ın iptali gerekir.

Açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne karşıyım.

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin incelenmesi.

Söz konusu Kanun'un amacı, kişilere koruyucu ve birinci basamak tanı koyucu, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini, Sağlık Bakanlığının sözleşmeli olarak çalıştıracağı aile hekimi ve aile sağlığı elemanları aracılığı ile sunmaktır. Bunun için de Sağlık Bakanlığına önce Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli olan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanlarını, 657 sayılı Kanun ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması

hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın, aile hekimliği uygulamalarında sözleşmeli olarak çalıştırma veya aynı nitelikteki Bakanlık personelini bu uygulamalar için görevlendirme, ihtiyaç duyulması halinde de Kanun'da belirtilen nitelikleri taşıyan ancak, kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları ile sözleşme yapma yetkisi verilerek, aile hekimliği hizmeti yürütülmek istenmiştir.

Devletin, genel idare esaslarına göre memur veya diğer kamu görevlileri eliyle yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri vardır. Aile hekimleri ve aile sağlığı elamanlarınca yerine getirilecek olan sağlık hizmetlerinin de genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmeti niteliğindeki asli ve sürekli görevlerden olduğunda ve bu tür görevlerin de memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi gerektiğinde tereddüt bulunmamaktadır. Buna göre Sağlık Bakanlığı da asli ve sürekli görev olan aile hekimliği hizmetini genel idare esaslarına göre yerine getirmekle yükümlüdür. Nitekim, sözleşme ile çalıştırılacak olan aile hekimleri ve aile sağlığı elamanlarının, Bakanlığın yönetim ve denetimine bağlanması da hizmetin, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olduğunu ortaya koymaktadır. Bu tür görevlerin, memur veya diğer kamu görevlileri eliyle yerine getirilmesi ise anayasal bir zorunluluktur.

İptali istenilen kuralla, Devletin asli ve sürekli görevlerinden olan ve genel idare esaslarına göre memur veya diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gereken aile hekimliği uygulamasına ilişkin sağlık hizmetlerinin, özel hukuk sözleşmesi ile çalışan ve idari hizmet sözleşmesi olmadığı için kamu hukuku bağlantısı bulunmayan bu nedenle de memur ya da kamu görevlisi sayılması mümkün olmayan kimseler tarafından yerine getirilmesine olanak sağlanmaktadır.

Bu durum, söz konusu kamu hizmetini, kamu görevlisi olmayan, memur veya diğer kamu görevlisi sıfatı da bulunmayanlar tarafından yerine getirilmesine imkan sağladığından, kural Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır

Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 8. maddesinin ikinci fıkrasının *"ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler "* bölümünün incelenmesi.

Genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli nitelikteki kamu hizmetlerini yerine getiren memur veya diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi Anayasa'nın 128. maddesi gereğidir.

Aile hekimliği ve aile sağlığı elamanları kamu görevlisi niteliğinde memur olduklarından, bunların da nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekir. İptali istenilen bölümde ise, aile hekimliği ve aile sağlığı elamanlarına yapılacak ödemelerin tutarı ile bu tutarlarda yapılacak indirimin miktarı ve indirimin şartları ile sözleşmenin feshini gerektiren nedenler, Bakanlar Kurulunca çıkartılacak bir yönetmeliğe bırakılmıştır. Bu durum kanunla düzenlenme gereğini açıkça ihlal ettiğinden, sözü edilen bölüm Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan, bir hususta yönetmelikle düzenleme yapılabileceğinin kanunda belirtilmiş olması, o hususun kanunla düzenlendiği, yani asli düzenleme yetkisi kullanılarak yapıldığı anlamında yorumlanamaz. İlke ve esasları saptanıp çerçevesi çizilmeden verilen yetkiler, asli düzenleme yetkisinin devri niteliğindedir. Bakanlar Kurulunun yönetmelikle düzenleme yapabileceği alan olarak iptali istenilen bölümde belirlenen ödeme tutarı, ücret indirimi ve sözleşmenin feshi ile ilgili konuların ilke ve esasları kanunda gösterilmemiş ve çerçevesi çizilmeyerek yürütmeye geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Başka bir ifadeyle yasama organı kendisine ait asli düzenleme yetkisini yürütme organına devretmiştir. Bu durum, Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi ile 8. maddesinin ikinci fıkrasının *"ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler "* bölümünün iptali gerektiğinden, redde ilişkin çoğunluk görüşüne katılmadık.

Üye

Mehmet ERTEN

Üye

A.Necmi ÖZLER

DEĞİŞİK GEREKÇE

1. Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2007 tarih ve E.2004/114, K.2007/85 sayılı kararında (RG. 24.12.2007, Sayı : 26736); "sağlık hizmetleri nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır' Anayasanın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği gibi, 47. maddesinde öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesi olanaklıdır" denilmektedir.

Davanın somutunda da, 24.11.2004 tarih ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrasındaki iptali istenen cümle ile 'ihtiyaç duyulması halinde' kamu görevlisi olmayan ve yasada belirtilen belli nitelikleri haiz uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanlarının, sözleşme yapılmak suretiyle aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabileceği öngörülmektedir.

İptali istenen kural, işaret edilen Anayasa Mahkemesi kararı ile tamamen uyumlu olup, yeni başlatılan bir sağlık uygulamasında (aile hekimliği) ihtiyaç duyulması halinde, kamu görevlisi olmayan (serbest çalışan) uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanlarının bu amaç doğrultusunda istihdam edilmelerine olanak sağlamaktadır. Diğer bir deyişle, aile hekimliği pilot uygulamasında kamu görevlisi olanların yanısıra serbest çalışan tabip ve diğer sağlık görevlilerinin de istihdamında Anayasa'ya aykırılık söz konusu değildir.

2. Bu şekilde istihdam edilen kamu görevlisi olmayanların hukuki statülerine gelince:

Anayasa'nın 56. ve 47. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, aile hekimliği uygulamasında istihdam edilen kamu görevlisi olmayan kişilerin 'diğer kamu görevlisi' sayılamayacakları, bunların, sağlık hizmetinin Mahkememiz kararında işaret edilen özelliği dikkate alınarak çalıştırılan 'farklı' bir kategoriye teşkil ettiği ve kamu hukukundan ziyade özel hukuk hükümlerine tâbi oldukları görülmektedir.

3. Bu kategoriye tâbi personelin 'sözleşmeli' olarak çalıştırılmaları, kendilerinin 657 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamına girdiklerini göstermediği gibi, bu sözleşmenin 'idari hizmet sözleşmesi' olarak da nitelendirilmesi mümkün değildir.

Öğretide ve idari yargı kararlarında genel kabul gördüğü üzere, bir sözleşmenin 'idari sözleşme' olarak kabul edilebilmesi için, 'Özel hukuku aşan hükümler'in ağırlıklı bulunması gerekir. Bu meyanda, şu ölçütlerin mevcudiyeti aranmalıdır:

-İdari sözleşmelerde akid özel kişi idarenin sürekli denetimi ve gözetimi altında olup, idare gerektiğinde ona emir ve talimat verebilir.

-İdare, yükümlülüklerini yerine getirmeyen veya eksik getiren akid özel kişiye doğrudan yaptırım uygulayabilir.

-İdarenin, sözleşmenin hükümlerini tek taraflı değiştirme hakkı vardır.

-İdare, sözleşmeyi çeşitli nedenlere dayanarak feshedebilir.

Bu koşullar da göstermektedir ki, sözleşmenin tarafı olan idare, karşı tarafın hak ve yükümlülüklerini etkileyebilecek mahiyette kamu gücüne dayanan tek taraflı işlem tesis edebilmektedir. (Ethem ATAY, İdare Hukuku, Ankara 2006, S. 447-450)

İdari sözleşmeler içinde ayrı bir kategori teşkil eden 'idari hizmet sözleşmesi' ise kamuda istihdam edilen ve işçi sayılmayan kişilerle idare arasında akdedilen bir sözleşme türüdür ve söz konusu kişiler 657 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki dört istihdam türünden birini oluşturur. Bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenmektedir. (age., s.453)

Yukarıda işaret edildiği üzere, iptal davasına konu kuraldaki kişileri 'diğer kamu görevlisi' saymak mümkün olmadığından, bu kişilerin idare ile imzaladıkları sözleşmeyi de bir 'idari hizmet sözleşmesi' saymaya imkân yoktur. 5258 sayılı Yasa'nın tüm hükümleri incelendiğinde de, bu kategoridekilerin idare karşısında güçsüz bırakılmadıkları, bilakis karşılıklı iradelerin uyuşması esasına dayanan ve özel hukukun öngördüğü bir hizmet sözleşmesinin söz konusu olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu Kanun'a dayanılarak çıkartılan 'Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmelik' (RG.12.8.2005, Sayı: 25904)

ile öngörülen kimi düzenleyici ve yönlendirici kurallar ise özelliği ifa edilen sağlık görevinin kamu yararına yönelik ve kamu hizmeti ağırlığı dikkate alınarak konulmuş hükümlerdir. Daha yalın bir anlatımla, idare gördürülecek sağlık hizmetinin insana yönelik özellik ve ciddiyetini dikkate alarak, hizmetin asgari normlarını belirlemiş ve karşılıklı olarak akdedilecek bir hizmet sözleşmesiyle hizmetin gördürülmesini amaçlamıştır. Gerek anılan yönetmelik hükümleri, gerek bu yönetmelik uyarınca hazırlanan sözleşme metinleri incelendiğinde de, yukarıda açıklanan tek taraflı kamu gücünün söz konusu olmadığı, sözleşme feshi nedenlerinin karşılıklı ve dengeli bir biçimde düzenlendiği görülmektedir.

4. Yukarıda açıklanan nedenlerle, iptali istenen Yasa'nın 3. maddesinin ikinci fıkrasındaki kurala konu kişilerin Anayasa'nın 128. maddesindeki 'diğer kamu görevlileri' kapsamına girmediği, bunlarla idare arasında akdedilen sözleşmenin bir 'idari hizmet sözleşmesi' olmayıp, özel hukuka tâbi bir hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunduğu, dolayısıyla iptal isteminin bu gerekçelerle reddi gerektiği kanısında olduğumdan, çoğunluk kararına bu gerekçe ile katılıyorum.

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

AZLIK OYU

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un:

A-3. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesi

Anayasa'nın 128. maddesinde, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği öngörülmüştür.

Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı gibi, toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan, düzenlilik ve süreklilik içeren sağlık alanında yürütülen etkinlikler ve görevler birer kamu hizmetidir. İnsan ve sağlık kavramlarının vazgeçilmez bütünlüğü ve ilişkisi, bu görevin asli ve sürekli olduğunda duraksamaya yer bırakmamaktadır. Devletin temel ve kesintisiz olarak sürdüreceği bu görev Anayasa gereği memurlar veya diğer kamu görevlileri eliyle gördürülecektir.

Devlet kavramının açılımında yer alan tek tüzelkişilik ve merkezi idare ile gerçekleşen görevleri yürüten , memur ya da kamu görevlilerin konumlarına ilişkin temel kurallar içeren

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kamu çalışanlarını memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler olarak öngörmüştür. Aynı Yasa'ya göre bunlar dışında bir çalıştırma biçimi yasaklanmaktadır.

İptali istenen kural ise kamu görevlisi olmayan sağlık elamanı çalıştırma yöntemini öngörmektedir. Yapılacak sözleşmenin hukuksal niteliğinin belirsizliği yanında, Anayasa'da yer almayan bir görevlendirmenin söz konusu olduğu açıktır. Bu şekilde çalıştırılanlar ile kamu görevlilerini de sözleşmeyle ve yeni bir konumla çalıştırma olanağı birlikte gözetildiğinde, Anayasa'da yer almayan farklı bir görevlendirmenin gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Dahası, bu şekilde çalıştırılanlara 657 sayılı Yasa'nın sözleşmeli personelle ilgili ücretlerinin üstünde bir ödeme yapılmasıyla, Anayasa'nın amaçladığı dizgenin dışına çıkıldığı, kendine özgü, konum ve ücretleriyle eşitlikle de çelişir sonuçlara etken olduğu anlaşılmaktadır.

Bu nedenlerle, Kuralın Anayasa'nın 10. ve 128. maddelerine aykırılığı açıktır.

B- 5. Maddesinin ikinci fıkrasındaki 'Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlarınca müştereken belirlenir' biçimindeki üçüncü tükmesi::

Anayasa'nın 7. maddesine göre, yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir ve devredilemez.

Yasama organının yasa konusu yaptığı bir konuda artık tüm ilkeleri kendi belirlemelidir. Ancak uzmanlığın ve teknik yaklaşımların gerektirdiği konularda yasama organı sınırlarını ve alanını belirleyerek yönetime yetki verebilir. Devredilen yetki sınırsız ve belirsiz olamaz.

İptali istenen kuralda, katkı payının alınacağı sınırı ve ölçütleri belirlenmeden yetki devri yapılmıştır. Temel nitelikteki bu yetkinin, bu biçimiyle devri Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır.

C- 8. Maddesinin ikinci fıkrasının '...ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde ödeme tutarları ile bu ücretlerden bunlara yapılacak indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler..' bölümü:

3. maddenin ikinci fıkrasının son tükmesi için yukarda sözünü ettiğimiz karşı görüş doğrultusunda kamu görevlisi olmayanlar yönünden böyle bir görevlendirme Anayasa'ya aykırı olduğundan sözleşmede yer alacak konularla ilgili kurallarda buna bağlı olarak Anayasa'ya aykırıdır. Başka bir anlatımla, bir konu Anayasa'ya aykırı ise buna bağlı kurallarında aykırı olacağı açıktır.

Sonuç

Yukarıda açıklanan ve ara başlıklara alınan kuralların iptali gerekeceği oyuyla karara karşıyım.

Üye

Şevket APALAK

KARŞIOY GEREKÇESİ

24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un;

1- 3. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesi 'ihtiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları, Sağlık Bakanlığının önerisi, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliğini yürütmek üzere çalıştırabilir.' denilmektedir.

Anayasa'nın 'Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler' başlıklı 128. maddesinde, Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 'Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması' başlıklı 56. maddesinde herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilerek, sağlık hizmetlerinin toplumun genel ve ortak ihtiyaçları kapsamında ele alındığı ve bu hizmetlerin bir 'kamu hizmeti' olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda aile hekimliği sağlık hizmeti, kamu hizmeti olduğundan devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevleri arasında yer alan bu hizmetlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri dışındaki kişiler tarafından görülmesi yasal olarak mümkün değildir.

Açıklanan nedenle Anayasa'nın 128. maddesine aykırı bulunan 5258 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesinin iptali gerekir.

2- 5. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü tümcesinde; 'Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlıklarınca müştereken belirlenir.' denilmekte olup, fıkarda, aile hekimliğine geçilen yerlerde acil haller ve mücbir sebepler dışında sağlık kurum ve kuruluşlarına başvurabilmek için aile hekiminin sevkini almak zorunluluğu getirilmekte, hangi sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olursa olsun aile hekiminin sevkı olmaksızın sağlık kurum ve kuruluşlarına müracaat edenlerden katkı payı alınacağı belirtilmektedir.

Anayasa'nın 7. maddesinde 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez.' denilmektedir.

İdarenin görevleri genel olarak yasaların uygulanmasını göstermekdir. Yasakoyucu özel bilgi ve teknik gerektiren konularda düzenleme yapması için idareye yetki verebilir. Ancak bu yetkinin amacının ve çerçevesinin yasa ile belirtilmesi gerekir.

İptali istenilen kuralda alınacak katkı payı tutarının Sağlık, Maliye, ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlıklarınca müştereken belirleneceği öngörüldürken bu konuda hizmetin özelliğine göre nesnel ölçü ve sınırlara yer verilmemiştir. Katkı payının belirlenmesine ilişkin sınır ve çerçeve yasa ile düzenlenmeyerek asli düzenleme yetkisi Bakanlıkların müştereken alacakları karara bırakılmıştır.

Bu durumda kural idareye geniş takdir yetkisi vermek suretiyle yasama yetkisinin devri niteliğinde olup, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

3- 8. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler" bölümünde; sözleşmeli olarak çalıştırılacak aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına bu kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenlerin yönetmelikle düzenlenmesi belirtilmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesine göre bir kamu hizmeti olan aile hekimliğinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler kapsamında bulunması nedeniyle kamu görevlisi niteliği taşımayanlar tarafından yürütülmesi mümkün olmadığından bu kapsamda bir ödeme yapılması olanaksızdır. Öte yandan kamu görevlisi niteliğini taşıyan personelden sözleşmeyle çalışacaklara ödenecek ücretlerin yönetmeliğe bırakılması da Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan memurların ve diğer kamu görevlilerinin aylık ve ödeneklerinin kanunla düzenleneceği hükmüne aykırı olup, iptali gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un dava konusu kurallarının iptali gerektiği düşüncesi ile çoğunluk kararına karşıyım.

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ