

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2010/29

Karar Sayısı : 2010/90

Karar Günü : 16.7.2010

R.G. Tarih-Sayı : 04.12.2010-27775

İPTAL DAVASINI AÇAN : Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri Hakkı Süha OKAY, Kemal KILIÇDAROĞLU ve Kemal ANADOL

İPTAL DAVASININ KONUSU : 21.1.2010 günlü, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1) 1. maddesiyle, 4.1.1961 günlü, 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin değiştirilen dördüncü fıkrasının,

2) 3. maddesiyle, 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun değiştirilen 36. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının,

3) 4. maddesiyle, 2547 sayılı Yasa'nın 38. maddesinin değiştirilen birinci fıkrası ile eklenen ikinci fıkrasının son tümcelerinin,

4) 5. maddesiyle, 2547 sayılı Yasa'nın değiştirilen 58. maddesinin (h) fıkrasının,

5) 6. maddesiyle, 2547 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici Madde 57'nin 'Bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar istifa etmiş sayılır.' biçimindeki son tümcesinin,

6) A- 7. maddesiyle, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan '' aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki " ibaresinin,

B- Üçüncü fıkrasının 'Sözleşmeli statüde olanlar da dahil olmak üzere mahalli idareler ile kurum tabipliklerinde çalışan ve döner sermaye ek ödemesi almayan tabipler işyeri hekimliği yapabilir.' biçimindeki dördüncü tümcesinin,

7) 8. maddesiyle, 1219 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 12'nin; birinci fıkrasının son tümcesinde yer alan "yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı " ibaresi ile dördüncü fıkrasının birinci tümcesinde yer alan " yarısı kendileri tarafından, yarısı " ibaresinin,

8) 9. maddesiyle, 19.4.1937 günlü, 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun'a eklenen Ek Madde 1'in,

9) 12 maddesiyle, 27.7.1967 günlü, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun ek 17. maddesinin (C) fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (Ç) fıkrasının, birinci paragrafında yer alan " geçmemek üzere " ibaresi ile ikinci ve üçüncü paragraflarının,

10) 13. maddesiyle, 926 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 26'nın,

11) 20. maddesinin (b) bendinde yer alan "ve (d)" ibaresinin,

Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 10, 13., 17., 18., 27., 48., 49., 50., 55., 56., 60., 70., 90., 128., 130., 131., 132. ve 135. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptalleri ile yürürlüğünün durdurulması talep edilmiştir.

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

5947 Sayılı Üniversite Ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un iptali istenen madde, fıkra, tümce ve ibarelerin yer aldığı kurallar şöyledir:

'MADDE 1- 4/1/1961 tarihli ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan 'serbest çalışıp çalışmaması' ibaresi 'tetkik, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri' şeklinde, dördüncü ve yedinci fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

'Personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden personele bir ayda yapılacak ek ödemenin tutarı, ilgili personelin bir ayda alacağı aylık (ek gösterge dahil), yan ödeme ve her türlü tazminat (makam, temsil ve görev tazminatı ile yabancı dil tazminatı hariç) toplamının; klinik şefleri ve şef yardımcıları ile uzman tabip kadrosuna atanan profesör ve doçentlerde yüzde 800'ünü, uzman tabip ve tıpta uzmanlık mevzuatında belirtilen dallarda bu mevzuat hükümlerine göre uzman olanlar ile uzman dış tabiplerinde yüzde 700'ünü, pratisyen tabip ve dış tabiplerinde yüzde 500'ünü, idari sağlık müdür yardımcısı, hastane müdürü ve eczacılarda yüzde 250'sini, başhemşirelerde yüzde 200'ünü, diğer personelde ise yüzde 150'sini geçemez. İşin ve hizmetin özelliği dikkate alınarak yoğun bakım, doğumhane, yeni doğan, süt çocuğu, yanık, diyaliz, ameliyathane, enfeksiyon, özel bakım gerektiren ruh sağlığı, organ ve doku nakli, acil servis ve benzeri sağlık hizmetlerinde çalışan personel için yüzde 150 oranı, yüzde 200 olarak uygulanır. Nöbet hizmetleri hariç olmak üzere mesai saatleri dışında gelir getirici çalışmalarından doğan katkılarına karşılık olarak tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlara bu fıkradaki oranların yüzde 30'unu, diğer personele yüzde 20'sini geçmeyecek şekilde ayrıca ek ödeme yapılır. Sözleşmeli olarak istihdam edilen personele yapılacak ek ödemenin tutarı ise, aynı birimde aynı unvanlı kadroda çalışan ve hizmet yılı aynı olan emsali personel esas alınarak belirlenir ve bunlara yapılacak ek ödeme hiçbir şekilde emsaline yapılabilecek ek ödeme üst sınırını geçemez.'

'4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 38 inci maddesine göre Sağlık Bakanlığı merkez teşkilatı ve bağlı sağlık kurum ve kuruluşlarında görevlendirilenler, aynı maddede belirtilen ilave ödemelerden yararlanmamak kaydıyla, Bakanlık merkez veya bağlı sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yaptıkları unvan için belirlenen ek ödmeden

faaydalandırılır. Sağlık kurum ve kuruluşlarında ihtiyaç duyulması halinde, ilgilinin isteği ve kurumlarının muvafakatiyle diğer kamu kurum ve kuruluşlarında görevli sağlık personeli haftanın belirli gün veya saatlerinde veyahut belirli vakalar ve işler için görevlendirilebilirler. Yıl veya ay itibarıyla belirli bir süre için görevlendirme halinde bu kişilere, sadece görevlendirildikleri sağlık kuruluşundaki döner sermaye işletmesinden ödeme yapılır. Belirli bir vaka ve iş için görevlendirilenlere ise, kadrosunun bulunduğu kurumdaki döner sermaye işletmesinden yapılan ödemenin yanı sıra, katkı sağladıkları vaka ve iş dolayısıyla görevlendirildiği sağlık kuruluşundaki döner sermaye işletmesinden, üçüncü ve dördüncü fıkra esasları çerçevesinde ve toplamda tavan oranları geçmemek üzere döner sermayeden ek ödeme yapılır. Bu görevlendirmeye ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenir.'

MADDE 3- 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 36 ncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

'MADDE 36' ğretim elemanları, üniversitede devamlı statüde görev yapar.

Öğretim elemanları, bu Kanun ile diğer kanunlarda belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremezler, ek görev alamazlar, serbest meslek icra edemezler. Öğretim elemanın görevi ile bağlantılı olarak verdiği hizmetin karşılığında telif creti adıyla bir bedel tahsil etmesi halinde 58 inci madde hükümleri uygulanır.

Öğretim yesi, kadrosunun bulunduğu yükseköğretim birimi ile sınırlı olmaksızın ve ihtiyaç bulunması halinde görevli olduğu üniversitede haftada asgari on saat ders vermekle yükümlüdür. Öğretim görevlisi ve okutmanlar ise, haftada asgari on iki saat ders vermekle yükümlüdür.

Öğretim elemanlarının, ders dışındaki uygulama, seminer, proje, bitirme devi ve tez danışmanlıklarının kaç ders saatine karşılık geldiği; kendi niversitesi dışındaki devlet veya vakıf üniversitelerine bağlı yükseköğretim kurumlarında haftada verebileceği azami ders saatleri ve uzaktan ğretim programlarında verdikleri derslerin örgün ğretim programlarında verilen kaç ders saatine tekabül ettiği Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenir.

Rektör, rektör yardımcısı, dekan, enstitü ve yüksekokul müdürlerinin ders verme yükümlülüğü yoktur. Başhekimler, dekan yardımcıları, enstitü ve yüksekokul müdür yardımcıları ve bölüm başkanları, bu madde hükümlerine göre haftada asgari beş saat ders vermekle yükümlüdür.'

MADDE 4- 2547 sayılı Kanunun 38 inci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye bu fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

'ğretim elemanları; ilgili kurumların talebi ve kendisinin muvafakati, niversite yönetim kurulunun uygun görmesi ve rektörün onayı ile ihtiyaç duyulan konularda, özlük işlemleri kendi kurumlarınca yürütülmek kaydıyla, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında geçici olarak görevlendirilebilir. Bu şekilde görevlendirilenlerin, kadrosunun bulunduğu yükseköğretim kurumlarındaki aylık ve diğer demeler ile öteki hakları devam eder. Yükseköğretim Kurulu, bağlı birimleri ve

Üniversitelerarası Kurul ile Adli Tıp Kurumunda görevlendirilenler hariç olmak üzere bu fıkra uyarınca görevlendirilenler döner sermayeden yararlanamaz.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile dernek ve vakıfların yönetim ve denetim organlarında görev yapanlar bakımından ayrıca bir görevlendirme kararı aranmaz. **Ancak bu görevler, öğretim elemanının bu Kanundan kaynaklanan mesaisini aksatmayacak şekilde yürütülür.'**

MADDE 5- 2547 sayılı Kanunun 58 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

'MADDE 58- a) Yükseköğretim kurumlarında üniversite yönetim kurulunun önerisi ve Yükseköğretim Kurulunun onayı ile döner sermaye işletmesi kurulabilir. Kurulacak döner sermaye işletmesinin başlangıç sermayesine ilgili yükseköğretim kurumu bütçesinde bu amaç için ödenek öngörülmek şartıyla katkı sağlanabilir.

Döner sermaye işletmesi faaliyetlerinden elde edilen gelirler, birimler itibarıyla ayrı hesaplarda izlenir.

Döner sermaye işletmesine tahsis edilen sermaye, üniversite yönetim kurulu kararı ile artırılabilir. Artırılan sermaye tutarı yıl sonu kârlarından karşılanır.

Ödenmiş sermaye tutarı, tahsis edilen sermaye tutarına ulaştıktan sonra kalan yıl sonu kârı, döner sermaye işletmesinin hizmetlerinde kullanılmak üzere ertesi yılın gelirine ilave edilir.

Döner sermaye işletmesinin gelirleri, işletme adına yapılan mal ve hizmet satışları ile diğer gelirlerden oluşur.

Döner sermaye işletmesinden verilen hizmetler dolayısıyla öğretim elamanları adına her ne nam altında olursa olsun ayrıca ücret talep edilemez.

Süreklilik arz eden hizmet alımları ile maliyeti yüksek ve ileri teknoloji ürünü olan tıbbi cihazların hizmet alımı yoluyla temini veya kiralanması için döner sermaye kaynaklarından gelecek yıllara yaygın yüklenmelere girilebilir.

b) Döner sermaye gelirlerinden tahsil edilen kısmın, tıp ve diş hekimliği fakülteleri ile sağlık uygulama ve araştırma merkezleri için asgari yüzde 35'i, ziraat ve veteriner fakülteleri, sivil havacılık yüksekokulu ile bünyesinde atölye veya laboratuvar bulunan yükseköğretim kurumları için asgari yüzde 25'i, diğer yükseköğretim kurumları için ise yüzde 15'i, ilgili yükseköğretim kurumunun ihtiyacı olan mal ve hizmet alımları, her türlü bakım, onarım, kiralama, devam etmekte olan projelerin tamamlanmasına yönelik inşaat işleri ve diğer ihtiyaçlar ile yönetici payları için kullanılır. Bu oranları yüzde 50'sine kadar artırmaya üniversite yönetim kurulu yetkilidir.

Döner sermaye gelirlerinden tahsil edilen kısmın yüzde 5'i, üniversite bünyesinde yürütülen bilimsel araştırma projelerinin finansmanı için kullanılır. Bu tutar döner sermaye muhasebe birimince, tahsilâtı takip eden ayın yirmisine kadar ilgili yükseköğretim kurumu hesabına yatırılır. Yatırılan bu tutarlar, yükseköğretim kurumu bütçesine öz gelir olarak kaydedilir. Kaydedilen bu tutarlar karşılığı olarak ilgili yükseköğretim kurumu bütçesine

konulan ödenekler, gelir gerçekleştirmelerine göre kullanılır. Süresi içinde yatırılmayan tutarların tahsilinde 6183 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.

Bilimsel araştırma projelerine ilişkin ödenekler, üniversite yönetim kurulunca gerekli görüldüğü takdirde, her bir proje için avans verilmek suretiyle de kullanılabilir.

Bilimsel araştırma projelerinin seçilmesi, uygulanması ve izlenmesi ile ödeneklerin kullanılması, genel hükümlerin ön ödemelere ilişkin sınırlamalarına bağlı kalınmaksızın avans verilmesi ve bu avansın mahsubuna dair usul ve esaslar Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

c) Tıp ve diş hekimliği fakülteleri ile sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinin hesabında toplanan döner sermaye gelirleri bakiyesinden, bu yerlerde;

1) Gelir getiren görevlerde çalışan öğretim üyesi ve öğretim görevlilerine aylık (ek gösterge dahil), yan ödeme, ödenek (geliştirme ödeneği hariç) ve her türlü tazminat (makam, temsil ve görev tazminatı ile yabancı dil tazminatı hariç) toplamından oluşan ek ödeme matrahının yüzde 800'ünü, araştırma görevlilerine ise yüzde 500'ünü; bu yerlerde görevli olmakla birlikte gelire katkısı olmayan öğretim üyesi ve öğretim görevlilerine yüzde 600'ünü, araştırma görevlilerine ise yüzde 300'ünü,

2) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi personel (döner sermaye işletme müdürlüğü ve döner sermaye saymanlık personeli dahil) ile aynı Kanunun 4 üncü maddesinin (B) bendine göre sözleşmeli olarak çalışan personele ek ödeme matrahının; hastaneler başmüdürü ve eczacılar için yüzde 250'sini, başhemşireler için yüzde 200'ünü, diğerleri için yüzde 150'sini, işin ve hizmetin özelliği dikkate alınarak yoğun bakım, doğumhane, yeni doğan, süt çocuğu, yanık, diyaliz, ameliyathane, enfeksiyon, özel bakım gerektiren ruh sağlığı, organ ve doku nakli, acil servis ve benzeri sağlık hizmetlerinde çalışan personel için yüzde 200'ünü geçmeyecek şekilde aylık ek ödeme yapılır. Sözleşmeli personele yapılacak ek ödeme matrahı, sözleşmeli personelin çalıştığı birim ve bulunduğu pozisyon unvanı itibarıyla aynı veya benzer unvanlı memur kadrosunda çalışan, hizmet yılı ve öğrenim durumu aynı olan emsali personel dikkate alınarak belirlenir. Emsali bulunmayan sözleşmeli personelin ek ödeme matrahı ise brüt sözleşme ücretlerinin yüzde 25'ini geçemez.

Nöbet hizmetleri hariç olmak üzere mesai saatleri dışında gelir getirici çalışmalarından doğan katkılarına karşılık olarak (1) numaralı bentte belirtilen personel için yüzde 50'sini, (2) numaralı bentte belirtilen personel için yüzde 20'sini geçmeyecek şekilde ayrıca aylık ek ödeme yapılır.

Yükseköğretim kurumlarının tıp ve diş hekimliği fakülteleri ile sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinde ihtiyaç duyulması halinde ilgilinin isteği ve kurumlarının muvafakatiyle diğer kamu kurum ve kuruluşlarında görevli sağlık personeli haftanın belirli gün veya saatlerinde veyahut belirli vakalar ve işler için görevlendirilebilir. Belirli bir vaka ve iş için görevlendirilenlere, kadrosunun bulunduğu kurumdaki döner sermaye işletmesinden yapılan ödemenin yanı sıra, katkı sağladıkları vaka ve iş dolayısıyla görevlendirildiği sağlık kuruluşundaki döner sermaye işletmesinden, bu maddede belirtilen esaslar çerçevesinde ve toplamda tavan oranları geçmemek üzere döner sermayeden ek ödeme yapılır.

d) Ziraat ve veteriner fakülteleri, sivil havacılık yüksekokulu ve bünyesinde atölye veya laboratuvar bulunan yükseköğretim kurumlarında üretilen mal ve hizmetlerden elde edilen

döner sermaye gelirlerine katkısı bulunan personele yapılacak ek ödemeler hakkında da (c) fıkrası hükümleri uygulanır.

e) Yükseköğretim kurumlarının (c) ve (d) fıkraları kapsamına girenler haricindeki diğer birimlerinde döner sermaye işletmesi hesabına yapılan iş veya hizmetler karşılığında tahsil edilen gelirlerden kanuni kesintiler ile varsa yapılan iş veya hizmetle bağlantılı giderler düşüldükten sonra geri kalan tutar, hizmet karşılığı olarak gelir tahsilatının yapıldığı tarihi izleyen bir ay içinde, hizmeti veren öğretim elemanlarına, memurlara ve sözleşmeli personele ödenir.

Tıp ve diş hekimliği fakültelerindeki öğretim elemanlarının sağlık hizmeti dışında verdikleri hizmetler karşılığında döner sermaye hesabına tahsil edilen paradan pay alma hususunda bu fıkra hükümleri uygulanır.

f) Rektör, rektör yardımcısı ve genel sekreterlere gelir getirici katkılarına bakılmaksızın, üniversite yönetim kurulunun uygun gördüğü birimin döner sermaye hesabından yönetici payı olarak ayrılan tutardan ek ödeme yapılır. Yapılacak ek ödemenin tutarı ek ödeme matrahının, rektörler için yüzde 600'ünü, rektör yardımcıları için yüzde 300'ünü, genel sekreterler için yüzde 200'ünü geçemez.

Döner sermaye gelirinin elde edildiği birimlerin dekan, başhekim ve enstitü ve yüksekokul müdürleri ile bunların yardımcılarının, gelir getirici katkılarına bakılmaksızın, görev yaptıkları birimin döner sermaye gelirlerinden yönetici payı olarak ayrılan tutardan ek ödeme yapılır. Yapılacak ek ödemenin tutarı, ek ödeme matrahının, dekan, enstitü ve yüksekokul müdürü için yüzde 250'sini, bunların yardımcılarını için yüzde 100'ünü, tıp ve diş hekimliği fakülteleri dekanları ile sağlık uygulama ve araştırma merkezleri başhekimleri için yüzde 500'ünü, bunların yardımcılarını için yüzde 300'ünü geçemez.

Bu fıkra kapsamında bulunan yöneticilere, mesai saatleri içerisinde verdikleri mesleki hizmetlerinden dolayı ayrıca ek ödeme yapılmaz. Mesai saatleri dışında döner sermaye gelirlerine katkıları bulunması hâlinde alabilecekleri toplam ek ödeme tutarı, hiçbir şekilde yönetici payı dahil ilgisine göre (c), (d) ve (e) fıkralarında belirtilen esaslara göre hesaplanacak tutarı geçemez.

g) Bu madde uyarınca 11/10/1983 tarihli ve 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanununa tabi personele yapılan ödemeler, 27/1/2000 tarihli ve 4505 sayılı Sosyal Güvenlikle İlgili Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Temsil Tazminatı Ödenmesi Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin (c) fıkrası ile 4/7/2001 tarihli ve 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 16 ncı maddesi hükümlerinin uygulanmasında dikkate alınmaz.

h) Yapılacak ek ödeme oranları ile bu ödemelerin esas ve usulleri, yükseköğretim kurumlarının hizmet sunum şartları ve kriterleri de dikkate alınmak suretiyle personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri ve mesleki uygulamalar ile ilgili performansı ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi hizmete katkı unsurları esas alınarak Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

1) Döner sermaye işletmelerinin faaliyet alanları, gelir ve giderleri, sermaye limitleri ile işletmelerin yönetimine ilişkin esas ve usuller Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Yükseköğretim Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.'

MADDE 6- 2547 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

'GEÇİCİ MADDE 57- Bu maddenin yayımlandığı tarihte kısmî statüde görev yapmakta olan öğretim üyelerinden, Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde talepte bulunanlar devamlı statüye geçirilir. **Bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar istifa etmiş sayılır.'**

MADDE 7- 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 12 nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

'Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, **aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki** sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilir:

a) Kamu kurum ve kuruluşları.

b) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan vakıf üniversiteleri.

c) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan vakıf üniversiteleri, serbest meslek icrası.

Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir. Bu maddenin uygulanması bakımından Sosyal Güvenlik Kurumunca branş bazında sözleşme yapılan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversiteleri yalnızca sözleşme yaptıkları branşlarda (b) bendi kapsamında kabul edilir. Mesleğini serbest olarak icra edenler, hizmet bedeli hasta tarafından karşılanmak ve Sosyal Güvenlik Kurumundan talep edilmemek kaydıyla, (b) bendi kapsamında sayılan sağlık kuruluşlarında da hastalarının teşhis ve tedavisini yapabilir. **Sözleşmeli statüde olanlar da dahil olmak üzere mahalli idareler ile kurum tabipliklerinde çalışan ve döner sermaye ek ödemesi almayan tabipler işyeri hekimliği yapabilir.** Döner sermayeli sağlık kuruluşları ise kurumsal olarak işyeri hekimliği hizmeti verebilir. Bu maddenin uygulamasına ve işyeri hekimliğine ilişkin esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenir.'

MADDE 8- 1219 sayılı Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

'EK MADDE 12- Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır. Bu sigorta priminin **yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı** döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayan kurumlarda kurum bütçelerinden ödenir.

Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır.

Zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası, mesleklerini serbest olarak icra edenlerin kendileri, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar için ilgili özel sağlık kurum ve kuruluşları tarafından yaptırılır.

Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların sigorta primlerinin **yarısı kendileri tarafından, yarısı** istihdam edenlerce ödenir. İstihdam edenlerce ilgili sağlık çalışanı için ödenen sigorta primi, hiçbir isim altında ve hiçbir şekilde çalışanın maaş ve sair malî haklarından kesilemez, buna ilişkin hüküm ihtiva eden sözleşme yapılamaz.

Zorunlu sigortalara ilişkin teminat tutarları ile uygulama usul ve esasları Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenir.

Bu maddedeki zorunlu sigortaları yaptırmayanlara, mülki idare amirince sigortası yaptırılmayan her kişi için beşbin Türk Lirası idari para cezası verilir.'

MADDE 9- 19/4/1937 tarihli ve 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

'EK MADDE 1 ' İyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin haftalık çalışma süresi 35 saattir. Bu süre içerisinde, Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirtilen radyasyon dozu limitleri de ayrıca dikkate alınır. Doz limitlerinin aşılmaması için alınması gereken tedbirler ile aşıldığı takdirde izinle geçirilecek süreler ve alınacak diğer tedbirler Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.'

MADDE 12- 27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun ek 17 nci maddesinin (C) fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

'Ç) Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında bulunan ve aşağıda rütbeleri belirtilen personelden öğretim üyesi tabip, öğretim üyesi diş tabibi, uzman tabip, uzman diş tabibi, tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatında belirtilen dallarda bu mevzuat hükümlerine göre uzman olanlara hizmetlerinde gösterilen oranları **geçmemek üzere** orgeneral aylığının (ek gösterge dahil) brüt tutarı ile çarpımı sonucu bulunan miktarda sağlık hizmetleri tazminatı ayrıca ödenir.

RÜTBELER	TAZMİNAT ORANLARI(%)			
	Öğretim Üyesi Tabip-	Tabip/Tıptan Uzmanlık	Uzman Diş Tabibi	Diş Tabibi

	Diş Tabibi/Uzman Tabip	mevzuatına göre uzman olanlar		
1 General/Amira	585	455	390	26
Kıdemli Albay	550	425	365	23
Albay	545	415	360	22
Yarbay	515	380	345	21
Kıdemli Binbaşı	500	370	340	21
Binbaşı	500	370	340	21
Kıdemli Yüzbaşı	460	320	305	17
Yüzbaşı	460	320	305	17
Kıdemli Üsteğmen	420	280	285	16
Üsteğmen	420	280	285	16
Teğmen	380	250	280	16
Asteğmen	370	240	270	13

Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında görevli sivil öğretim üyesi tabiplere ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olarak görev yapan uzman tabip, uzman diş tabibi, tabip ve diş tabiplerine aşağıda belirtilen oranları geçmemek üzere en yüksek devlet memuru aylığının (ek gösterge dahil) brüt tutarı ile çarpımı sonucu bulunan miktarda sağlık hizmetleri tazminatı ayrıca ödenir.

DEREC	TAZMİNAT ORANLARI (%)			
	Öğretim Üyesi Tabip/Uzman Tabip	Tabip/Tıpt a uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar	Uzman Diş Tabibi	Diş Tabibi
1	535	400	365	23

2-3	520	390	360	23 0
4-5	480	340	325	19 5
6-7	440	300	305	18 5
8-9	400	270	300	18 0

Sağlık hizmetleri tazminatının oranları ile usul ve esasları, personelin rütbesi, unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, görev yeri ve özellikleri, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri ve mesleki uygulamaları ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi hizmete katkı unsurları esas alınarak Maliye Bakanlığının görüşü, Genelkurmay Başkanlığının uygun görüşü üzerine Milli Savunma Bakanlığınca belirlenir.

Sağlık hizmetleri tazminatından yararlanan personele, bu maddenin (C) fıkrası ile 17/11/1983 tarihli ve 2957 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi, 10/6/1985 tarihli ve 3225 sayılı Kanunun 14 üncü maddesi ve 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 3 üncü maddesi hükümlerine göre ödeme yapılmaz.'

MADDE 13- 926 sayılı Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

'EK MADDE 26- Gülhane Askeri Tıp Akademisi Komutanlığına bağlı eğitim hastaneleri ile askeri tıp fakültesinde öğretim üyesi veya tabip ihtiyacı doğması halinde, Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Komutanlığının talebi üzerine Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulu tarafından öncelikli olarak görevlendirme yapılır.

Türk Silahlı Kuvvetlerine bağlı sağlık kurum ve kuruluşlarında ihtiyaç duyulması ve Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Komutanlığının talep etmesi halinde, Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kurum ve kuruluşlarında veya üniversite hastanelerinde görevli öğretim üyeleri ile diğer sağlık personeli, haftanın belirli gün veya saatlerinde veya belirli vakalar ve işler için Sağlık Bakanlığı veya Yükseköğretim Kurulu tarafından görevlendirilir.'

MADDE 20- Bu Kanunun;

a) 3 üncü maddesi, 5 inci maddesiyle değiştirilen 2547 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin (c) bendinin (2) numaralı alt bendinin son paragrafı hariç olmak üzere 5 inci maddesi ile 19 uncu maddenin (b) ve (e) bentleri yayımı tarihinden bir yıl sonra,

b) 1 inci maddesiyle değiştirilen 209 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin yedinci fıkrası hariç olmak üzere 1 inci maddesi ile 2, 7, 8, 12, 13, 14 üncü maddeleri ve 19 uncu maddenin (a), (c) ve (d) bentleri yayımı tarihinden altı ay sonra,

c) Diğer hükümleri yayımı tarihinde,

yürürlüğe girer.'

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 10, 13., 17., 18., 27., 48., 49., 50., 55., 56., 60., 70., 90., 128., 130., 131., 132. ve 135. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesince 13.5.2010 gününde, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ve Nuri NECİPOĞLU'NUN katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında,

- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine,
- Yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına,
- İstemle ilgili olarak Sağlık Bakanlığı, Türk Tabipleri Birliği, Gülhane Askeri Tıp Akademisi ve Yükseköğretim Kurulu'nun esas hakkında raporun dağıtılmasından sonra belirlenecek bir tarihte sözlü açıklamalarının dinlenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV-ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenen Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 30. maddesinin birinci fıkrası gereğince 5947 sayılı Kanun'un kapsam ve uygulanma koşulları ile ilgili olarak Sağlık Bakanı Prof. Dr. Recep AKDAĞ, Gaziantep Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. M. Yavuz COŞKUN, Sakarya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Osman Nuri DİLEK, GATA K. Bil. Yrd. Askeri Tıp Fakültesi Dekanı ve Eğitim Hastanesi Baştabibi Prof. Dr. M. Zeki Bayraktar ve Türk Tabipler Birliği Başkanı Dr. Eriş Bilaloğlu'nun 14.7.2010 günlü sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- 5947 Sayılı Kanun'un 1. Maddesi İle 209 Sayılı Kanunun 5. Maddesinin Değiştirilen Dördüncü Fıkrasının İncelenmesi

1- Maddenin Anlam Ve Kapsamı

209 sayılı Yasa, Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kurumları ile esenlendirme tesislerine verilecek döner sermaye gelirlerinin kaynağına, dağıtılmasına ve bu işlemlerin yürütülmesine ilişkin esas ve usulleri belirlemektedir. Yasa'nın 1. maddesinde, birinci basamak sağlık hizmeti sunan kuruluşlar da dahil olmak üzere Sağlık Bakanlığı kurum ve kuruluşları ile bağlı kuruluşlarına verilecek döner sermaye miktarı belirtilmiş, 2. maddesinde ise bu kuruluşların döner sermaye işletmelerine ait gelirlerinin adı geçen kurumların kârları ile bağışlardan ve devlet yardımlarından teşekkül edeceği açıklanmıştır. Ayrıca Yasanın 3. maddesinde belirtilen mal ve hizmetlerden elde edilecek gelirler ile sağlık kurum ve kuruluşlarına üçüncü şahıslarca yapılacak her türlü bağış ve yardımları, Sağlık Bakanlığının döner sermayeye gelir kaydettirme yetkisi olduğu belirtilmiştir.

5947 sayılı Yasa ile değiştirilen 209 sayılı Yasa'nın 5. maddesinde ise döner sermaye işletmelerinin gider kalemleri arasında yer alan kurum çalışanlarına yapılan ek ödemenin

oranları düzenlenmiştir. İptal isteminin konusu da 5. maddenin değiştirilen dördüncü fıkrasına ilişkindir.

Yasakoyucu bu kural ile 209 sayılı Yasa kapsamında kalan kurum ve kuruluşlarda çalışan sağlık personeline bu personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden bir ayda yapılacak ek ödeme tutarının tavan oranlarını belirlemiştir. Ödenecek döner sermaye miktarının belirlenmesinde, ilgili personelin bir ayda alacağı aylık (ek gösterge dahil), yan ödeme ve her türlü tazminat toplamı, temel ölçü (miktar) kabul edilerek, bu miktarın; klinik şefleri ve şef yardımcıları ile uzman tabip kadrosuna atanan profesör ve doçentlerde yüzde 800'ünü, uzman tabip ve tıpta uzmanlık mevzuatında belirtilen dallarda bu mevzuat hükümlerine göre uzman olanlar ile uzman dış tabiplerinde yüzde 700'ünü, pratisyen tabip ve dış tabiplerinde yüzde 500'ünü, idari sağlık müdür yardımcısı, hastane müdürü ve eczacılarda yüzde 250'sini, başhemşirelerde yüzde 200'ünü, diğer personelde ise yüzde 150'sini geçemeyeceği kural altına alınmıştır.

Ayrıca dava konusu fıkra, sağlık personelinin nöbet hizmetleri hariç olmak üzere mesai saatleri dışında gelir getirici çalışmalarından doğan katkılarına karşılık olarak tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlara, bu fıkradaki oranların yüzde 30'unu, diğer personele yüzde 20'sini geçmeyecek şekilde ayrıca ek ödeme yapılacağı, sözleşmeli olarak çalışan personel hakkında da emsali personel esas alınarak ödeme yapılacağı belirtilmiştir.

2- Anayasaya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde 5947 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile 209 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin değiştirilen dördüncü fıkrasıyla getirilen düzenlemenin kamu yararı amacı taşımadığı, mesai saatleri dışındaki katkılarından dolayı personele ek ödeme öngörülmesi ve bu çalışmanın teşvik edilmesinin çalışanların dinlenme hakkını ihlal ettiği, ayrıca döner sermaye ödemeleri ile ilgili olarak sadece üst sınırın belirlenmesinin Anayasa'nın 2., 6., 7., 50. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, her türlü işlem ve eylemi hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren devlettir.

Öte yandan 'hukuk devleti' ilkesi, yürütme organının faaliyetlerinin yönetilenlerce belli ölçüde öngörülebilir olmasını, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesini, ekonomik ve sosyal yaşamlarındaki tutum ve davranışlarını buna göre düzene sokabilmesini gerektirir. Zira hukuk devletinin gereği olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkesi, idarenin keyfi hareket etmesini engeller. Bunu gerçekleştirmenin başlıca yolu ise kural konulmasını gerektiren durumlarda bunların genel, soyut, anlaşılabilir ve sınırlarının belirli olmasını sağlamaktır.

209 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin dava konusu dördüncü fıkrası, Sağlık Bakanlığı personelinin döner sermaye gelirlerinden alacağı ek ödeme oranlarını belirleyen bir kuraldır. Yasakoyucu, bu kuralda ödeme yapılacak çalışanların niteliği ve statülerine göre bu kişilere yapılacak ödemelerin tavan oranlarını ayrıntılı olarak düzenlemiş, ancak yürütmeye bırakılan yetkinin sınırlarının belirlenmesi açısından yapılacak ödemelerde herhangi bir taban oranı belirlememiştir. Yürütmeye bırakılan yetkinin üst sınırı ve çerçevesi belirlenirken alt sınırının belirlenmemiş olması, kuralda belirtilen personelin alacakları döner sermaye katkı paylarında

asgari bir garanti içermemektedir. Bu nedenle dava konusu kural, devletin tüm işlem ve eylemlerine bireylerin güven duymasını zedeleyici nitelik taşıdığından hukuk devletinin gereği olan hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ek gerekçeyle bu görüşe katılmıştır.

Dava konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulunarak iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 6., 7., 50. ve 128. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

B- Kanun'un 3. Maddesi İle Değiştirilen 2547 Sayılı Kanunun 36. Maddesinin Birinci, İkinci, Üçüncü Ve Dördüncü Fıkralarının İncelenmesi

1- Maddenin Anlam Ve Kapsamı

2547 sayılı Yasa'da diğer konuların yanında öğretim üyelerinin görevleri ile çalışma ve denetimlerine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemelere göre öğretim üyeleri, yükseköğretim kurumlarında ve bu Kanun'daki amaç ve ilkelere uygun biçimde önlisans, lisans ve lisansüstü düzeylerde eğitim - öğretim ve uygulamalı çalışmalar yapmak ve yaptırmak, proje hazırlıklarını ve seminerleri yönetmek, yükseköğretim kurumlarında, bilimsel araştırmalar ve yayımlar yapmak, ilgili birim başkanlığınca düzenlenecek programa göre, belirli günlerde öğrencileri kabul ederek, onlara gerekli konularda yardım etmek, bu Kanun'daki amaç ve ana ilkeler doğrultusunda yol göstermek ve rehberlik etmek, yetkili organlarca verilecek görevleri yerine getirmek, ayrıca bu Kanun'la verilen diğer görevleri yapmakla yükümlüdürler.

Öğretim elemanlarının çalışma esaslarına ilişkin hükümler ise Yasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiştir. Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 5947 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile 2547 sayılı YÖK Kanunu'nun 36. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Yasakoyucu yaptığı yeni düzenlemede, kısmi çalışmaya yer vermeksizin devamlı statüde çalışmayı ve buna ilişkin çalışma koşullarını belirlemiştir. Yeni sistemde profesör ve doçentler de dâhil tüm öğretim elemanlarının devamlı statüde çalışmaları öngörülerek buna ilişkin kurallara yer verilmiştir. Getirilen yeni sistemin üniversitelerde kısmi statüde çalışan profesör ve doçentlerin durumlarını etkilediği görülmektedir.

Yasakoyucu maddenin ikinci fıkrasında, önceki düzenlemede olduğu gibi devamlı statüde görev yapan öğretim elemanlarının, 2547 sayılı Yasa ile diğer kanunlarda belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremeyeceklerini, ek görev alamayacaklarını ve serbest meslek icra edemeyeceklerini belirtmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında öğretim üyelerinin kadrosunun bulunduğu yükseköğretim kurumuyla sınırlı olmaksızın haftalık asgari on saat ders verme yükümlülüğü olduğu belirtilerek önceki düzenlemedeki hüküm yeni düzenlemeye aktarılmıştır. Okutmanlar ve öğretim görevlilerinin haftalık asgari ders verme yükümlülüğü açısından da durum aynıdır.

Maddenin değiştirilen dördüncü fıkrasında ise yasakoyucu öğretim elemanlarının ders dışında görevleri gereği yürüttükleri seminer, proje ve tez danışmanlığı gibi faaliyetlerin de ders

olarak kabul edildiğini belirtmiş, ancak bunların kaç ders saatine karşılık geldiği konusunun belirlenmesini Yükseköğretim Kuruluna bırakmıştır.

2- Anayasaya Aykırılık Sorunu

a) Birinci, Üçüncü ve Dördüncü Fıkraların İncelenmesi

Dava dilekçesinde 5947 sayılı Yasa'nın 3. maddesi ile değiştirilen 2547 sayılı Yasa'nın 36. maddesinin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları ile getirilen sistemin, nitelikli akademik personelin serbest çalışmayı tercih ederek üniversiteden ayrılmasına neden olacağı, akademik personelin bilimsel bilgi ve yeteneğini 'yaygın' biçimde kamunun hizmetine ve yararlanmasına sunmasını engellediği, üçüncü fıkroda belirtilen asgari ders yükünün, üniversitenin amacını yalnızca 'bilgi aktarma' olarak tanımladığı, bu durumun bilimsel çalışmayı engelleyerek üniversiteleri asıl amacından uzaklaştırdığı, ayrıca akademik personelin kendi üniversitesi dışındaki devlet veya vakıf üniversitelerine bağlı yükseköğretim kurumlarında haftada verebileceği azami ders saatlerinin yalnızca yasayla düzenlenebilecek bir konu olduğu, yürütmenin takdirine bırakılamayacağı belirtilerek iptali istenen kuralların Anayasa'nın 2., 10., 13., 17., 27., 48., 49., 50., 56., 130. ve 131. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda sözleşme ve çalışma özgürlüğüne sahip olduğu, 49. maddesinde, çalışmanın herkes için bir hak ve ödev olduğu belirtilmiştir.

5947 sayılı Yasa'nın 3. maddesi yukarıda da ifade edildiği gibi üniversitelerde çalışacak öğretim elemanlarının çalışma sistemini ve bu sistemle ilgili çalışma koşullarını düzenleyen YÖK Kanunu'nun 36. maddesinde değişiklik yapmaktadır. İptali istenen fıkralar incelendiğinde, yasakoyucunun bu değişiklik ile yeni bir çalışma sistemi getirmediği, önceki düzenlemede var olan kısmi çalışma sistemine yer vermeyerek devamlı statüde çalışmayı yeniden düzenlediği anlaşılmaktadır.

Maddenin birinci fıkrasında '*öğretim elemanları, üniversitede devamlı statüde görev yapar*' kuralı yer almaktadır. Yasakoyucu bu kural ile kamuda çalışan tüm memurlarda olduğu gibi öğretim elemanlarının da devamlı statüde görev yapacaklarını belirlemiştir. Ayrıca, yüksek düzeyde bilimsel çalışma ve araştırma yapma, bilgi ve teknoloji üretme, bilim verilerini yayma, ulusal alanda gelişme ve kalkınmaya destek olma, yurt içi ve yurt dışı kurumlarla işbirliği yapmak suretiyle bilim dünyasının seçkin bir üyesi haline gelme gibi yükseköğretimin temel amaçlarının gerçekleştirilmesinin de üniversitelerde devamlı statüde çalışmayı gerekli kılabilir. Bu nedenle, kamu görevlisi olmaları nedeniyle öğretim elemanlarının da hangi statüde çalışacaklarının belirlenmesi yasakoyucunun takdir yetkisi içinde kalmaktadır.

Madde'nin üçüncü fıkrasında öğretim üyelerinin, kadrosunun bulunduğu yükseköğretim birimi ile sınırlı olmaksızın ve ihtiyaç duyulması halinde görevli olduğu üniversitede haftada asgari on saat ders verme yükümlülüğü olduğu, bu yükümlülüğün öğretim görevlisi ve okutmanlar için haftada asgari oniki saat olarak belirlendiği görülmektedir. Üniversitelerde ders verme öğretim elemanı olarak çalışmanın doğal bir sonucudur. Yükseköğretim kurumlarında 2547 sayılı Yasa'da belirtilen amaç ve ilkelere uygun biçimde önlisans, lisans ve lisansüstü düzeylerde eğitim - öğretim ve uygulamalı çalışmalar yapmak ve yaptırmak, proje hazırlıklarını ve seminerleri yönetmek öğretim elemanlarının öncelikli görevleri arasındadır.

Çalışma özgürlüğü herkesin dilediği mesleği seçmede özgür olmasını ve zorla çalıştırılmamayı ifade eden bir haktır. Birey bu hakkını kullanarak dilediği alanı ve işi seçebilir.

Çalışma hakkı ise bireyin özgür iradesiyle seçtiği mesleği veya işi icra etmesi, devletin de çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri alması olarak ifade edilebilir. Dava konusu kurala bu açıdan bakıldığında çalışma özgürlüğünü veya ödevini sınırlayan bir düzenleme olmadığı, üniversitede çalışmayı tercih etmiş kamu görevlilerinin çalışma koşullarını düzenlediği açıktır.

İptal başvurusunda, dördüncü fıkra da yer verilen konuların yasa ile düzenlenmesi gerektiği ancak bu konuda Yükseköğretim Kuruluna yetki verildiği ve dolayısıyla Anayasanın 130. maddesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

Anayasanın 130. maddesi yükseköğretim kurumları başlığını taşımaktadır. Maddenin dokuzuncu fıkrasında *"öğretim elemanlarının uyacakları koşullar, üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi, öğrenim ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesi, Yükseköğretim Kuruluna ve üniversitelere devletin sağladığı mali kaynakların kullanılması kanunla düzenlenir."* kuralı yer almaktadır.

Anayasa'nın 131. maddesinde de Yükseköğretim Kurulunun, üniversitelerdeki öğretimi planlamak, düzenlemek, yönetmek, denetlemek, yükseköğretim kurumlarındaki eğitim-öğretim ve bilimsel araştırma faaliyetlerini yönlendirmek, öğretim elemanlarının yetiştirilmesi için planlamalar yapmak görevi olduğu belirtilmiştir.

Madde'nin dava konusu dördüncü fıkrası, öğretim elemanlarının ders dışındaki bir kısım faaliyetlerinin kaç ders saatine karşılık geleceğini belirleme konusunda Yükseköğretim Kuruluna yetki veren bir kuraldır. Fıkradaki düzenlemeye göre, öğretim elemanlarının, seminer, proje, bitirme ödevi ve tez danışmanlıklarının kaç ders saatine tekabül ettiğinin, kendi üniversitesi dışındaki devlet veya vakıf üniversitelerine bağlı yüksek öğretim kurumlarında haftada verebileceği azami ders saatlerinin, uzaktan öğretim programlarında verdikleri derslerin örgün öğretim programlarında verilen kaç ders saatine tekabül ettiğinin belirlenmesi Yükseköğretim Kuruluna bırakılmıştır.

İlgili fıkra tüm yüksek öğretim faaliyetlerini kapsayan ve üniversitelerde okutulan derslerin tamamıyla ilgili konuları düzenlemektedir. Seminer çalışmaları, tez veya bitirme ödevleri gibi etkinlikler ile bunların süreleri öğretim faaliyeti kapsamındadır. Ayrıca öğretim elemanlarının kendi üniversitesi dışındaki yüksek öğretim kurumlarında vereceği azami ders saatlerinin belirlenmesinde üniversitelerin bu konudaki ihtiyaçları dikkate alınarak her bir dal için farklılık göstereceği açıktır. Bu nedenle dava konusu fıkra da yer alan konuların belirlenmesinin teknik ve uzmanlık gerektiren ve öğretim elemanlarının ders dışında kalan tüm öğretim faaliyetlerini kapsayan nitelikleri nedeniyle yasayla düzenlenmesindeki güçlükler de göz önünde bulundurulduğunda, bu konuların yürütmeye bırakılmasının Anayasaya aykırılığından söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kurallar Anayasa'nın 48., 49., 130. ve 131. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 2., 10., 13., 17. 27., 50., ve 56. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

b) İkinci Fıkranın İncelenmesi

aa) Birinci Tümce Yönünden

Dava dilekçesinde 5947 sayılı Yasa'nın 3. maddesi ile değiştirilen 2547 sayılı Yasa'nın 36. maddesinin ikinci fıkrası ile getirilen kuralın, nitelikli akademik personelin serbest çalışmayı tercih ederek üniversiteden ayrılmasına neden olacağı, akademik personelin bilimsel bilgi ve yeteneğini 'yaygın' biçimde kamunun hizmetine ve yararlanmasına sunmasını engelleyeceği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 13., 17., 27., 48., 49., 50., 56., 130. ve 131. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5947 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile değişik 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesinin ikinci fıkrasının birinci tümcesinde, devamlı statüde görev yapan öğretim elemanlarının 2547 sayılı Kanun ile diğer kanunlarda belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere yüksek öğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başkaca herhangi bir iş göremeyecekleri, ek görev alamayacakları ve mesleklerini serbest olarak icra edemeyecekleri belirtilmiştir.

Anayasanın 130. maddesinde çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile kurulan üniversitelerin kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip olduğu, öğretim üyeleri ve yardımcılarının serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilecekleri belirtilmiş, madde gerekçesinde de, yasaya bırakılan konuların 'bilimsel özerklik' ilkesi göz önünde bulundurularak düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Anayasa'da üniversite, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirilip bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirilmiş, öğretim üyelerine de kamu görevlisi olmakla birlikte genel sınıflandırma içinde ayrı bir yer verilerek kendilerine özgü önem ve değerinde bir meslek sınıfı olduğu belirtilmiştir. Öğretim üyelerinin bu konuları dikkate alındığında bunları diğer kamu görevlileri gibi değerlendirmek mümkün değildir.

Yasakoyucu, yükseköğretimin Anayasa'da belirtilen ilkeler doğrultusunda geliştirilmesi, bu bağlamda sağlık sorunlarının çözüme kavuşturulması için öğretim elemanlarının unvan ve statülerine uygun bazı sınırlamalar getirerek çalışma koşullarını belirleyebilir. Ancak getirilen bu sınırlamalar, üniversitelerdeki bilim özgürlüğü ve bilimsel özerkliğin gereği olan her türlü bilimsel faaliyeti engelleyici nitelikte olamaz. İptali istenen düzenleme ile üniversitelerin bilim verilerini yaymak, ulusal alanda gelişime ve kalkınmaya destek olmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek gibi görevlerini yerine getirmesinin engellendiği, ayrıca, üniversitelerde görev yapan öğretim görevlileri, okutmanlar, öğretim yardımcıları ile akademik olarak belirli bir yetkinliğe sahip öğretim üyeleri arasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın mesai sonrası ücretsiz de olsa resmi veya özel herhangi bir iş yapmalarının yasaklandığı anlaşılmaktadır. Bu durumun Anayasa'nın 130. maddesi ile bağdaşmadığı açıktır.

Belirtilen nedenlerle dava konusu ikinci fıkranın birinci tümcesi Anayasa'nın 130. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Haşım KILIÇ, Şevket APALAK ve Nuri NECİPOĞLU bu görüşe katılmamıştır.

Dava konusu kural Anayasa'nın 130. maddesine aykırı bulunarak iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 2., 10., 13., 17., 27., 48., 49., 50., 56. ve 131. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

bb) İkinci Tümce Yönünden

2547 sayılı Yasa'nın değişik 36. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci tümcesinde, öğretim elemanlarının görevleri ile bağlantılı olarak verdikleri hizmetin karşılığında telif ücreti adıyla bir bedel tahsil etmesi halinde 58. madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. 2547 sayılı Yasa'nın 5947 sayılı Yasa ile değişik 58. maddesi birçok konuyu içine alan kapsamlı bir düzenleme olmakla birlikte temelde, üniversitelerde döner sermaye işletmelerinin kuruluşu, faaliyetleri, hizmetlere ve ek ödemeye ayrılacak pay ve oranlarını yeniden düzenleyen bir kuraldır. Kuralda ayrıca üniversitelerde işletme adına yapılan mal ve hizmet satışlarının işletme gelirleri arasında yer aldığı, öğretim üyelerinin, gelir getirici faaliyetlerde bulunmaları halinde, buradan elde edilecek gelirlerin de döner sermaye geliri olduğu kurala bağlanmıştır.

İptali istenen tümcede yasakoyucu, öğretim üyesinin görevi ile bağlantılı olarak verdiği hizmetin karşılığında telif ücreti adıyla alınan bir bedeli, döner sermaye geliri niteliğinde kabul ederek, bu bedelin döner sermaye gelirlerinin paylaşımı ve harcanması usulüne tabi kılmıştır. Yasakoyucu bu kuralla öğretim üyelerinin görevleriyle bağlantılı olarak yaptıkları mal ve hizmet sunumunu, gelir getiren bir iş olarak değil, yükseköğretimin amaçları arasında yer alan ve Anayasa'nın 130. maddesinde belirtilen, yayın ve danışmanlık yapmak, ülke ve insanlığa hizmet etmek olarak değerlendirmiştir. Döner sermaye geliri olarak nitelendirilen bu ücretler, ilgili yükseköğretim kurumunun ihtiyacı olan mal ve hizmet alımları, her türlü bakım, onarım, kiralama, devam etmekte olan projelerin tamamlanmasına yönelik inşaat işleri ve diğer ihtiyaçlar ile üniversite bünyesinde yürütülen bilimsel araştırma projelerinin finansmanında kullanılabilecektir. İptal konusu son tümcedeki düzenleme, üniversitelerdeki bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapma, ülkeye ve insanlığa hizmet etme gibi etkinliklerin doğal sonucudur.

Açıklanan nedenlerle dava konusu tümce Anayasa'nın 130. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Tümcenin Anayasa'nın 2., 10., 13., 17., 27., 48., 49., 50., 56. ve 131. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun'un 4. Maddesi İle 2547 Sayılı Kanunun 38. Maddesinin Değiştirilen Birinci Fıkrasının Son Tümcesi İle Eklenen İkinci Fıkrasının Son Tümcesinin İncelenmesi

1- Birinci Fıkranın Son Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde iptal istemine konu kural ile başka kurumlarda görevlendirilen akademik personelden bazılarının döner sermayeden yararlandırılmayacağı yönünde düzenlemeye gidildiği, bu durumun aynı yasal statüye tâbi kişiler arasında eşitsizliğe neden olduğu, Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı olan bir düzenlemenin hukuk devleti ilkesini de zedeleyeceği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 55. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti, '*laik ve sosyal bir hukuk devleti*' olarak nitelendirilmiş, 10. maddesinde ise herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi de kararlarında yasa önünde eşitlik ilkesinden ne anlaşılması gerektiğini belirtmiş ve Mahkemenin bu konudaki görüşü yerleşik hale gelmiştir. Buna göre 'Yasa önünde eşitlik ilkesi' hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile

eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörölmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağı tutulacağı anlamına gelmez.

Dava konusu tümcenin yer aldığı 2547 sayılı Yasa'nın 38. maddesi üniversitede görev yapan öğretim elemanlarının bazı koşullar altında diğerk kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görevlendirilebileceğini düzenleyen bir kuraldır. Bu kural gereğince görevlendirilenlerin, kadrosunun bulunduğu kurumdaki aylık ve diğerk ödemeleri ile öteki hakları devam edecek, ancak bu kişilerden, Yükseköğretim Kurulu, bağı birimleri ve Üniversitelerarası Kurul ile Adli Tıp Kurumunda görevlendirilenler hariç olmak üzere, diğerk kurumlarda görevlendirilenler döner sermayeden yararlanamayacaklardır.

İptal istemine konu fıkrada istisna tutulan kurumlar Yükseköğretim Kurulu, bağı birimleri ve Üniversitelerarası Kurul ile Adli Tıp Kurumudur. Bu kurumlardan Yükseköğretim Kurulu, tüm yüksek öğretimi düzenleyen ve yükseköğretim kurumlarının faaliyetlerine yön veren bir kuruluştur. Yükseköğretim Kuruluna bağı birimler ise; Yükseköğretim Denetleme Kurulu, Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi ile gerekli planlama, araştırma, geliştirme, değerlendirme, bütçe, yatırım ve koordinasyon faaliyetleri ile ilgili birimlerdir. Üniversitelerarası Kurul, yukarıdaki kurullar gibi yükseköğretim planlaması çerçevesinde, üniversitelerin eğitim - öğretim, bilimsel araştırma ve yayım faaliyetlerini koordine etmek, uygulamaları değerlendirmek, Yükseköğretim Kuruluna ve üniversitelere önerilerde bulunmak, teşkilat ve kadro yönünden ve Yükseköğretim Kurulu kararları doğrultusunda üniversitelerin öğretim üyesi ihtiyacını karşılayacak önlemleri teklif etmek, üniversitelerin tümünü ilgilendiren eğitim - öğretim, bilimsel araştırma ve yayım faaliyetleri ile ilgili yönetmelikleri hazırlamak veya görüş bildirmek, gibi yükseköğretime hizmet eden bir organdır.

Adli Tıp Kurumu ise diğerk görevlerinin yanında özellikle adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapan ve adli tıp uzmanlığı ile yan dal uzmanlığı eğitimini veren önemli bir kamu kurumudur.

İptal istemine konu tümcede istisna tutulan, Adli Tıp Kurumu ve Yükseköğretim Kurulu ile Üniversitelerarası Kurulda görev yapan öğretim elemanlarının döner sermayesi olan üniversitelerdeki idari ve bilimsel çalışmalarla bağlantıları gözetildiğinde yüksek öğretimle ilgisi bulunmayan diğerk kamu kurumları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev alan öğretim elemanlarının aynı hukuksal durumda olmadıkları açıktır. Hukuksal durumları farklı olanlara ayrı kurulların uygulanması Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılık oluşturmaz. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 55. maddesi ile ilgisi görölmemiştir.

2- İkinci Fıkranın Son Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde 38. maddenin ikinci fıkrasının son tümcesiyle ilgili olarak; Anayasanın 70. maddesinde her meslek mensubuna mesleki kuruluşlara üye olma, yönetim ve denetim kurullarında görev alma hakkı tanındığı, ancak dava konusu kuralda bu hakkın kullanılmasının öğretim elemanlarının YÖK Kanunundan kaynaklanan mesailerini aksatmama koşuluna bağlanarak sınırlandırıldığı, bu sınırlamanın Anayasaya uygun olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasanın 70. ve 135. maddelerine aykırı olduğu ileri sürölmüştür.

Anayasa'nın 135. maddesinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları tanımlanmıştır. Buna göre, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişileridir. Maddenin ikinci fıkrasına göre kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti aranmayacaktır.

Yasakoyucu dava konusu tümcenin yer aldığı 38. maddenin ikinci fıkrasında, üniversitede çalışan öğretim elemanlarının kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile dernek ve vakıfların yönetim ve denetim organlarında ayrıca bir görevlendirme kararına ihtiyaç olmaksızın görev yapabilmelerine olanak tanımaktadır. Fıkranın iptali istenen son cümlesinde ise öğretim elemanlarının, dernek ve vakıflardaki görevlerini, 2547 sayılı Yasa'dan kaynaklanan mesailerini aksatmadan yürütmeleri gereği belirtilmektedir.

Öğretim elemanlarının öncelikli ve asli görevi hiç kuşkusuz yükseköğretim kurumlarında, kanunlarda belirtilen amaç ve ilkelere uygun biçimde önlisans, lisans ve lisansüstü düzeylerde eğitim - öğretim ve uygulamalı çalışmalar yapmak, proje hazırlıklarını ve seminerleri yönetmek, bilimsel araştırmalar ve yayımlar yapmak, öğrenci yetiştirmek, öğrencilere rehberlik etmektir. Öğretim elemanlarının kamu görevlisi olmaları nedeniyle yukarıda belirtilen bu görevlerini aksatmadan yerine getirmeleri esastır.

Öğretim elemanları üniversitelerdeki eğitim-öğretim ve akademik çalışma yapma gibi asli görevlerinin yanında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında veya dernek ve vakıflarda, gönüllü olarak herhangi bir görevlendirme koşuluna ihtiyaç duymaksızın görev alabilirler. Bu nedenle dava konusu tümcenin öğretim elemanlarının kamu hizmeti niteliğinde sayılan meslek kuruluşlarında görev almalarını engelleyen veya sınırlayan bir niteliği bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural Anayasa'nın 135. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Tümcenin Anayasa'nın 70. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

D- Kanun'un 5. Maddesi İle Değiştirilen 2547 Sayılı Kanunun 58. Maddesinin (h) Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde 5947 sayılı Yasa'nın 5. maddesi ile değiştirilen 2547 sayılı Yasa'nın 58. maddesinde yer alan ek ödemelerin, Anayasanın 128. maddesi uyarınca devlet memurları ve diğer kamu görevlilerinin yasayla düzenlenmesi gereken özlük hakları kapsamında yer aldığı, iptali istenen kural ile söz konusu ek ödeme oranları ile bu ödemelerin esas ve usullerinin yönetmelikle düzenlenmesi konusunda idareye sınırsız bir yetki verildiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 6., 7. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasanın 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiş, 128. maddesinin ikinci fıkrasında ise, *'memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve*

yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir' kuralına yer verilmiştir.

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kamu personelinin özlük haklarına ilişkin esasların kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Ancak kanunda temel esaslar belirlenerek çerçevenin çizilmiş olması koşuluyla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntılar yürütme organının takdir yetkisine bırakılabilir.

2547 sayılı Yasanın 58. maddesinin iptali istenen (h) fıkrası, döner sermaye işletmelerinin hâsılat paylaşımına ilişkin yapılacak ek ödeme oranları ile bu ödemelerin esas ve usullerinin, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceğini düzenleyen bir kuraldır. Yasakoyucu, döner sermaye gelirlerinden öğretim elemanlarına yapılacak ek ödeme oranları ile bu ödemelerin esas ve usullerinin belirlenmesi konusunda yürütmeye yetki verirken; aynı maddede bu ödemeye ilişkin temel esasları ve yürütmeye bırakılan alanın çerçevesini çizmiştir. Her şeyden önce döner sermaye gelirlerinden kimlere hangi oranda ödeme yapılacağı 58. maddenin (c), (d), (e) ve (f) fıkralarında belirlenmiştir. Yasakoyucu adı geçen fıkralarda, ek ödeme alacak öğretim elemanlarını fakülte ve statülerine göre; 657 sayılı Yasa'ya tabi olanlarla, sözleşmeli personeli de yaptıkları iş ve mesleklerine göre gruplandırarak, yapılacak ödemelerin temel kurallarını ve oranını belirlemiştir.

Yasakoyucu, bu fıkralarda belirlediği ana ilkelerin yanında, ayrıca iptal istemine konu (h) fıkrasında da yürütmeye bırakılan yetkinin çerçevesini daraltacak bir kısım ilkeler koymuştur. Yasakoyucunun belirlediği bu ilkelere göre yürütme, çalışanlara yapılacak ek ödeme oranları ile bu ödemelerin esas ve usullerini belirlerken; öncelikle yükseköğretim kurumlarının hizmet sunum şartları ve kriterlerini de dikkate almak suretiyle, personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri ve mesleki uygulamalar ile ilgili performans, özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi hizmete katkı unsurlarını esas almak zorundadır.

İptal konusu kuralda yer alan yükseköğretim kurumlarının hizmet sunum şartları ve kriterleri ile eğitim-öğretim, araştırma faaliyetleri ve mesleki uygulamalarla ilgili performans kriterleri döner sermaye işletmesi olan her bir üniversite için farklılık göstereceğinden Yasa'da belirtilen genel çerçeve ve esaslar doğrultusunda, ayrıntı ve uzmanlık gerektiren konuların yönetmelikle düzenlenmesi konusunda yürütmeye yetki verilmesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 6. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

E- Kanun'un 6. Maddesi İle 2547 Sayılı Kanuna Eklenen Geçici Madde 57'nin Son tuncesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde iptali istenen kural ile kişilere hukuka uygun biçimde tanınan süreli bir statünün iradeleri zorlanmak suretiyle değiştirildiği ve süresi bitmeden bu statünün sonlandırıldığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 13., 17., 27., 48., 49., 50., 56. ve 131. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5947 sayılı Yasa'nın 6. maddesi ile 2547 sayılı Yasaya eklenen Geçici Madde 57, Yasa'nın yayımlandığı tarihte üniversitelerde kısmi statüde çalışan doçent ve profesörlerin hukuksal durumlarını belirleyen bir kuraldır. 2547sayılı YÖK Kanunu'nun 36. maddesinde yapılan değişiklik sonucu, profesör ve doçentlerin kısmi statüde çalışmalarına son verilerek, yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanlarının tamamının üniversitelerde devamlı statüde çalışmaları öngörülmüştür. Bu nedenle geçici madde 57'de, kuralın yayımlandığı tarihte kısmi statüde görev yapmakta olan öğretim üyelerinden kanunun yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içinde talepte bulunanların devamlı statüye geçirileceği, bu süre içinde talepte bulunmayanların ise istifa etmiş sayılacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, her türlü işlem ve eylemi hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren devlettir. Öte yandan 'hukuk devleti' ilkesi, yürütme organının faaliyetlerinin yönetilenlerce belli ölçüde öngörülebilir olmasını, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesini, ekonomik ve sosyal yaşamlarındaki tutum ve davranışlarını buna göre düzene sokabilmesini gerektirir. Zira hukuk devletinin gereği olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkesi, idarenin keyfi hareket etmesini engeller.

5947 sayılı Yasadan önce üniversitelerde çalışma, devamlı ve kısmi statüde olmak üzere iki şekilde yapılmaktaydı. 2547 sayılı Yasa'nın değişiklikten önceki 36. maddesinde üniversitede beş yıl devamlı statüde çalışmış olan doçent veya profesörlerin, kısmi statüye geçmek istemesi halinde üniversite yönetim kurulunun görüşü ve rektörün kararıyla iki yıllık süre için kısmi statüye atanabileceği, görev devamlarında yarar görülmesi koşulu ile üniversite yönetim kurulunun görüşü ve rektörün kararıyla her iki yılda bir bu statülerinin yinelenebileceği, maddenin ikinci fıkrasının son bendinde ise kısmi statüde bulunanlardan devamlı statüye geçmek isteyenlerin, atamaları, o anabilim dalında boş kadro bulunması koşuluyla, üniversitenin olumlu görüşü üzerine doğrudan Yükseköğretim Kurulu kararı ile yapılacağı belirtilmiştir.

Değişiklikten önceki düzenlemede, kısmi statüde çalışan öğretim üyelerinin kendi talepleri hariç, öngörülen iki yıllık süre dolmadan bu statünün sona erdirilemeyeceği konusunda yasal bir güvenceye sahip oldukları anlaşılmaktadır. Dava konusu tümce ile üniversitelerde öğretim üyesi olarak kısmi statüde görev yapan profesör ve doçentlere devamlı statüye geçmemesi halinde kanunla tanınan süreli çalışmanın, kanunla tanınan süre dolmadan istifa etmiş sayılmaları hukuk devletinin gereği olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleri ile bağdaşmaz.

Diğer taraftan kısmi statüde çalışanların, bu durumlarının en az iki yıllık bir dönemi kapsadığı düşüncesiyle üniversite dışındaki serbest çalışmalarını planladıkları, ekonomik ve sosyal hayatlarını bu koşulları öngörmek suretiyle belirledikleri açıktır. Yasayla elde edilen bu statünün çalışanlar için kazanılmış hak olarak değerlendirilmesi olanaklı olmasa da yasada öngörülen süre yönünden meşru bir beklentiye sahip oldukları, bu beklentinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri gereğince korunmasının kabulü gerekir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu tümce Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Dava konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulunarak iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 10., 13., 17., 27., 48., 49., 50., 56. ve 131. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

Haşım KILIÇ, Engin YILDIRIM ve Nuri NECİPOĞLU bu görüşe katılmamıştır.

F- Kanun'un 7. Maddesi İle 1219 Sayılı Kanunun Değiştirilen 12. Maddesinin İkinci ve Üçüncü Fıkralarındaki İbare ve Tümcenin İncelenmesi

1- Maddenin Anlam Ve Kapsamı

Türkiye'de hekimlerin meslek uygulamaları ile ilgili yürürlükteki en temel kanun 1928 yılında çıkarılan 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'dur. Bu Kanunda, hekimlik mesleğinin kazanılması, mesleğin icra edilme koşulları, meslek icrasının sınırları, muayenehane açmaya dair hükümler, tıpta uzmanlık gibi konular düzenlenmiştir. Anılan Kanun çerçevesinde hekimlik yapma hak ve yetkisi kazanan mezunlar, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu veya özel kanunlarına göre Sağlık Bakanlığına bağlı kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında, üniversitelerde, Türk Silahlı Kuvvetlerinde, Gülhane Askerî Tıp Akademisinde, Adli Tıp Kurumunda, sağlık birimi bulunan diğer kamu kurum ve kuruluşlarında veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışabilmekte, ayrıca muayenehane açarak mesleklerini serbest olarak da icra edebilmektedirler.

1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin son fıkrasında '*bir tabibin, ikametgâhı müstesna olmak üzere mütaaddit yerlerde muayenehane açarak icrayı sanat etmesi memnudur*' denilerek, hekimlerin ikametgâhlarında özel muayenehane açabileceği, 5. maddesinde ise hekimlerin özel muayenehanelerinde veya evlerinde hasta bakabileceği belirtilmiştir. 1219 sayılı Yasa'nın 12. maddesi tıp fakültelerinden mezun olan ve hekimlik yapma hakkına sahip tüm hekimler için genel bir düzenleme niteliğindedir. Dolayısıyla bu maddedeki düzenleme, kamuda çalışan hekimlerin mesleklerini serbest olarak icra edebileceklerine dair bir izin içermemektedir. Kamuda çalışan hekimlerin mesleklerini serbest olarak icra etmelerine olanak tanıyan düzenleme 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanunun 4. maddesinde yer almaktaydı. Bu maddedeki düzenlemede, Yasa'nın 1. maddesi kapsamına giren personelden, özel kanunlarına göre meslek ve sanatlarını serbest olarak icra etme hak ve yetkisine sahip olanların istedikleri takdirde 1. maddede öngörülen tazminat hakkından yararlanmamak şartı ile mesai saatleri dışında serbest olarak çalışabilecekleri öngörülmüştü, Ancak 2368 sayılı Yasa, 5947 sayılı Yasa'nın 19. maddesinin (a) bendi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

İptal istemine konu ibare ve tümcenin yer aldığı 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesi, 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında değişiklik yapan ve hekimlerin çalışma koşullarını yeniden düzenleyen bir kuraldır. Bu kuralda hekimlerin çalışma koşulları ile ilgili getirilen en önemli değişiklik; kısmi zamanlı çalışmanın kaldırılması, kamuda çalışan hekimlere tam gün çalışma koşulu getirilmesi ve mesleğini serbest olarak icra etmek isteyen hekimlerin kamu ile olan bağlarının kesilmesidir.

1219 sayılı Yasa'nın değiştirilen 12. maddesi ile getirilen yeni sisteme göre, tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, maddenin ikinci fıkrasında yer verilen bentlerden yalnız birinde yer alan kurumlarda mesleklerini icra edebilecektir. Buna göre bir tabip veya dış tabibi, mesleğini yalnız ayırım gözetilmeksizin tüm kamu kurum ve kuruluşlarında veya Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel

sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde ya da Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde ve muayenehane açarak serbest olarak icra edebilir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise hekimlerin, ikinci fıkra da yer verilen her bir bent kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla birinci bent kapsamında bir hekim, birden fazla kamu kurum ve kuruluşunda çalışma hakkına sahip olmakla birlikte diğer bentlerde yer alan kurumlarda çalışmasına sınırlama getirilmektedir. Diğer taraftan, özel muayenehanesinde çalışan bir hekim, aynı zamanda SGK ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan bir vakıf üniversitesinde ve özel hastanede çalışma hakkına sahipken, kamu kurum ve kuruluşları ile SGK ve kamu kurumları ile anlaşması olan diğer sağlık kuruluşlarında, çalışması yasaklanmaktadır.

Üçüncü fıkranın dördüncü ve beşinci tümcelerinde de mahalli idareler ile kurumlarda çalışan ve döner sermaye ek ödemesi almayan tabiplere, kurum hekimliği yapma olanağı getirilmekte ve döner sermayesi bulunan sağlık kuruluşlarına kurumsal olarak işyeri hekimliği hizmeti verme hakkı tanınmaktadır.

2- İkinci Fıkranın Birinci Tümcesindeki "aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile 1219 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasında yer alan 'aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki' ibaresinin, hekimlerin mesai saatlerinin dışında kamu ve özel sağlık kuruluşlarında mesleklerini serbest olarak icra etme ve çalışma haklarını ölçüsüzce sınırlandırdığı, bu sınırlamanın, kadroları farklı kurumlarda bulunan ancak aynı görevleri yapan hekimler bakımından farklılık gösterdiği belirtilerek, ibarenin Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 17. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 29. maddesine göre Anayasa Mahkemesi kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. Anayasa Mahkemesi taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle, kural Anayasa'nın 56. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Anayasanın 17. maddesinde herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Yasakoyucu, iptali istenen ibarenin yer aldığı maddede, kamu ve özel sağlık hizmetlerinin ayrı organize edilmesi temelinde, kamu ve özelde mesleğini icra eden hekimler için yeni bir çalışma sistemi öngörerek, çalışma koşullarına bazı sınırlamalar getirmiş, ayrıca özel sağlık hizmeti sunumunun, kamu kurum ve kuruluşlarının kaynakları kullanılmadan gerçekleştirilmesi için de maddenin ikinci fıkrasının alt bentlerinde bazı kurallar belirlemiştir.

1219 sayılı Yasa'nın 12. maddesi ile getirilen bu sisteme göre, tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, maddenin ikinci fıkrasındaki bentlerden yalnız birinde yer verilen kurumlarda mesleklerini icra edebilecektir. Buna göre bir tabip veya dış tabibi mesleğini; kamu kurum ve kuruluşlarında veya Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde ya

da Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde ve muayenehane açarak serbest olarak yapabilecektir.

Yasakoyucu bu düzenleme ile kamuda çalışan bir hekimin, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde çalışmasını yasakladığı gibi mesleğini serbest olarak icra eden bir hekimin de bu kurumlarda çalışmasına sınırlama getirmektedir. Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında '*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*' denilerek devlete, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama, kişilerin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi verilmiştir. Yasakoyucu devlete verilen bu görevin gereği olarak, hasta-hekim ilişkisini düzenlemek, hekimlerin hastalarını gereği gibi takip edebilmeleri ve geri ödeme kuruluşlarınca kullanılan kamu kaynaklarının yerinde harcanabilmesi için gerekli gördüğü önlemleri almak amacıyla, hekimlerin çalışma koşullarını bazı kayıtlara tabi tutabilir.

Kişinin sahip olduğu hak ve hürriyetler önem dereceleri göz önünde bulundurularak Anayasa'da yer almıştır. Bu bağlamda hekimlik, Anayasanın 17. maddesinde yer alan ve bireyin en önemli hakkı olan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile doğrudan ilgili bir meslektir. Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşip bu hizmetlerden yararlanabilmeleridir. Devlet için bir görev ve kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesine bu haktan yararlanmayı zorlaştıracı ya da zayıflatıcı düzenlemeler Anayasa'ya aykırı düşer.

Sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. İnsanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan hekimin statüsünün de bu çerçevede değerlendirilerek diğer kamu görevlileri ile bu yönden farklılığının gözetilmesi gerekir.

Ayrıca bazı dallarda uzman olan hekimlerin sayıca az olması ve kamunun yanında özel sağlık kuruluşlarının da bu dallarda uzman hekimlere ihtiyaç duyması, bu hekimlerin mesleğini mesai saatleriyle sınırlı olmaksızın yaygın bir şekilde icra etmelerini gerekli kılabilir. Hekimlerin insan sağlığının gelişmesi ve yaşam haklarının korunması ile doğrudan ilgili olan bu konuları dikkate alınmaksızın çalışma koşullarının kuralda belirtildiği şekilde sınırlandırılması bireylerin yaşam hakkını zedeleyici nitelik taşımaktadır.

İptal konusu ibarede, tabiplerin, dış tabiplerinin ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, maddenin ikinci fıkrasında yer verilen bentlerden yalnız birinde yer alan kurumlarda mesleklerini icra edebilecekleri belirtilerek, herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin düzenleme yapılmasının, Anayasa'da güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırılık oluşturduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu '*bentlerden yalnızca birindeki*' ibaresi Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU farklı gerekçe ile bu görüşe katılmıştır.

Haşim KILIÇ ve Nuri NECİPOĞLU bu görüşe katılmamıştır.

Dava konusu ibarelerin Anayasa'nın 2., 10. ve 13. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

İptali istenen '*aşağıdaki*' ibaresi hekimlerin çalışacakları kurum ve kuruluşlar ile mesleklerini nerelerde ve nasıl icra edebileceklerini gösteren bir anlam ifade ettiği anlaşıldığından ibare Anayasaya aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ve Şevket APALAK bu görüşe katılmamıştır.

3- Üçüncü Fıkranın Dördüncü Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile 1219 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin değiştirilen üçüncü fıkrasının dördüncü tümcesinin, çok ağır ve açık bir eşitsizlik durumu oluşturduğu, serbest çalışan hekimlerin bilgi ve yeteneklerini kamu hizmetine sunmaları engellenerek bireylerin yaşama, maddi ve manevi varlığı geliştirme haklarının ortadan kaldırdığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 17., 27., 49., 50., 56. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 50. maddesinin üçüncü fıkrasında dinlenmenin çalışanlar için bir hak olduğu, 56. maddesinde ise herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip bulunduğu, Devlet'in 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 düzenleyeceği belirtilmiştir.

1219 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin değiştirilen üçüncü fıkrasının iptali istenen dördüncü tümcesi, mahalli idareler ile kamu kurumunda görev yapan ve maaş dışında başka bir yan ödemesi bulunmayan hekimlere, işyeri hekimliği yapma hakkı tanıyan bir düzenlemedir. Ülkemizde birçok kamu kurumunda kurum hekimi bulunmaktadır. 5283 sayılı Yasa ve bu Yasaya dayanılarak çıkarılan Kurum Tabipliklerinin Standardına Dair Tebliğde de belirtildiği üzere kurum hekimleri, basit tıbbi müdahale ve ayakta tedavi gerektiren durumlarda, kurum çalışanlarına poliklinik hizmeti veren kişilerdir. Bu kişiler kuruma bağlı olarak çalıştığından döner sermaye gibi ek gelirleri bulunmamaktadır. Yasakoyucu kurum hekimliğini özendirmek ve buralarda görev yapan hekimlerin maddi yönden mağdur olmalarını engellemek amacıyla, dava konusu kuralda bu hekimler için bir istisna getirerek işyeri hekimliği yapmalarına olanak sağlamıştır. Diğer taraftan bu kural ile yasakoyucu, hekim bulundurması zorunlu olan işyerlerinin bu ihtiyaçlarını, hastanelere göre iş yoğunluğu daha az olan kurum hekimleriyle karşılamayı amaçlamış, sağlık hizmetlerinin dengeli ve yaygın olarak yürütülmesine olanak tanımıştır. İptal konusu tümcenin anlam ve kapsamı ile getiriliş amacı dikkate alındığında, bu kuralın Anayasa'nın 56. maddesinde devlete verilen '*kişilerin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak için sağlık kuruluşlarının hizmetlerini, düzenleme, denetleme ve organize etme*' görevlerinin bir sonucu olduğu açıktır.

Dava dilekçesinde, kurum hekimlerine işyeri hekimliği yapma hakkı verilmesinin Anayasanın 50. maddesinin üçüncü fıkrasıyla güvence altına alınan '*dinlenmek çalışanların hakkıdır*' ilkesine de aykırı olduğu belirtilmiştir. İptal konusu kural incelendiğinde yasakoyucunun işyeri hekimliğini zorunlu kılan bir düzenleme yapmadığı anlaşılmaktadır.

Yasakoyucu işyeri hekimliği yapmayı kurum hekimlerinin isteğine bıraktığını belirtmek için tümcede 'yapabilir' sözcüğünü kullanmıştır. Dolayısıyla iş yeri hekimliği yapma, kurum hekimleri için bir zorunluluk değil istedikleri zaman kullanabilecekleri bir hak olarak değerlendirilmelidir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural Anayasa'nın 50. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2., 17., 27., 49., ve 60. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

G- Kanun'un 8. Maddesi İle 1219 Sayılı Kanuna Eklenen Ek Madde 12'nin Birinci Fıkrasının Son Cümlesinde Yer Alan ('yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı') İbaresinin Dördüncü Fıkrasının Birinci Cümlesindeki ('yarısı kendileri tarafından, yarısı') İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde 5947 sayılı Yasa'nın 8. maddesi ile 1219 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 12'nin birinci ve dördüncü fıkralarında yer alan ibarelerde, zorunlu mesleki mali sorumluluk sigorta primlerinin yarısının hekimler tarafından ödenmesinin, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun düşmediği, sosyal güvenlik niteliği ile bağdaşmadığı, ayrıca kuralın, hekimler ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişiler üzerinde gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkileri olacağı belirtilerek iptali istenen ibarelerin Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerine 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 yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

İptali istenen ibarelerin yer aldığı Ek Madde 12 ile kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabiplere, diş tabiplerine ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlara, tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptıрма zorunluluğu getirilmektedir. Bu düzenleme ile tıpta kötü uygulamalar neticesinde, sağlık durumu kötüleşen veya sakat kalan veya ölen hasta ve hasta yakınlarının zararlarının karşılanması amaçlanmaktadır.

Ek Madde 12'de, sadece kamuda çalışan hekimler yönünden değil, özel sağlık kurumlarında çalışan veya serbest olarak mesleğini icra eden hekimler yönünden de mesleki mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunluluğu getirilmektedir. Yaptırılacak sigortaların prim ödemeleri, kamuda çalışan hekimler için yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayan kurumlarda, kurum bütçelerinden karşılanacaktır. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların sigorta primleri ise yarısı kendileri tarafından, kalan kısmı ise istihdam edenlerce ödenecektir. Kuralda ayrıca istihdam edenlerce ilgili sağlık çalışanı için ödenen sigorta priminin, hiçbir isim altında ve hiçbir şekilde çalışanın maaş ve sair malî haklarından kesilemeyeceği belirtilmektedir.

İptali istenen ibareler ile anayasaya aykırılık gerekçeleri birlikte ele alındığında, Anayasaya aykırılığın, mesleki mali sorumluluk sigorta sistemine veya bu sigortanın zorunlu olmasına değil, kuralda yer alan primlerin yarısının çalışanlarca karşılanmasına yönelik olduğu

görülmektedir. Dünyadaki birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de sadece hekimler yönünden değil, ağır sonuçlar doğurma olasılığı bulunan diğer meslekler için de mesleki mali sorumluluk sigortası uygulaması bulunmaktadır.

Zararı karşılayan kuruluşlar yönünden uygulanan sistemlere bakıldığında; ABD'de zararların özel sigortalar tarafından, İngiltere, Yeni Zelanda ve İsveç'te kamu kuruluşları tarafından, Avustralya ve Fransa'da ise karma bir yapı tarafından karşılandığı görülmektedir. Tıbbi hatalardan doğan zararların finansmanının nereden karşılandığı yönünden uygulanan sistemlere baktığımızda; ABD'de hekimlerin mesleki sigorta prim ödemeleri ile finanse edildiği, İngiltere ve İsveç'te sağlık kurumlarının katkıları ve kamusal fonlarla, Japonya ve Fransa'da sağlık kuruluşları ve bağımsız sağlık çalışanlarınca, Yeni Zelanda'da ise kamu kaynakları ile finanse edildiği görülmektedir. Bu açıklamalar ışığında her ülkenin kendi sosyal ve ekonomik koşullarına göre bir sistem belirlediği ve bu konuda tekdüze bir uygulamanın olmadığı anlaşılmaktadır.

5947 sayılı Yasa ile getirilen sistemde ise zararların, yarısının kamu kaynakları ile yarısının da çalışanların ödeyeceği sigorta primleri ile karşılanması öngörülerek karma bir yapı benimsenmiştir. Prim ödemeleri ile ilgili olarak madde gerekçesinde de '*Çalışanlar ile istihdam edenlerin prim yükünü ve dolayısıyla riski paylaşmalarını teminen primlerin yarısının çalışanlar tarafından ödenmesi öngörülmüştür*' denilmektedir. Yanlış uygulamalar sonucu oluşacak riskin paylaşılmasında hekimlerin katkılarının olması, diğer bir ifade ile zararın tazmininde hekimlerin de prim ödeyerek katkı sağlaması, yasa ile getirilen zorunlu mesleki mali sigorta sisteminin doğasına uygundur.

Ayrıca yanlış uygulama neticesinde oluşan zararın tek bir hekim üzerinde bırakılmadan riskin, kurum ve çalışanı arasında paylaştırılması sağlık hizmetlerinin niteliği ile de yakın ilişki içindedir. Sağlık hizmetleri, muayene ve tedavi aşamalarında farklı hekimler tarafından yürütülen, ani bir edim taşımayan ve belli bir süreye yayılan bir hizmet çeşididir. Diğer taraftan hukukta asıl olan, herkesin kendi zararlı eyleminin sonucuna katlanması gereğidir. Mesleki mali sorumluluk sigorta primlerinin yarısını ödemek suretiyle de olsa bu sorumluluğa katılmak, hekimler için getirilmiş bir güvence olarak görülmelidir. Aksi takdirde kurumlarınca açılacak rücu davalarında mali sorumluluk tamamen hekimlerin üzerinde kalabilecektir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu ibareler Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İbarelerin Anayasa'nın 13. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

H- Kanun'un 9. Maddesi İle 3153 Sayılı Radyoloji Radyum Ve Elektrikle Tedavi Ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanuna Eklenen Ek Madde 1'in İncelenmesi

1- Maddenin Anlam Ve Kapsamı

Geçmişten beri, radyoaktif yöntemler kullanmak suretiyle sağlık hizmeti sunan sağlık personeli, kullanılan yöntemlerden kaynaklı olarak ve bu yöntemlerin sağlığı bozucu etkileri nedeniyle, öteki sağlık personelinin farklı çalışma koşullarına tabi kılınmıştır. Radyasyona maruz kalan personel için farklı çalışma koşulları belirlenmesindeki temel amaç, bu kişilerin

maruz kaldığı radyasyon etkisinin minimum düzeye düşürülmesi suretiyle sağlıklarının korunmasıdır. Yasakoyucu bu amaçla bazı yasalarda birçok düzenleme getirmiştir. Getirilen bu düzenlemelere göre, iyonlaştırıcı teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş ve işlemlerde çalışan personele; diğer çalışanlara göre daha az çalışma süresi, çalışma süresi içinde doz limitlerinin aşılması halinde izin hakkı, her yıl yıllık izinlerine ilaveten bir aylık sağlık izni hakkı (657 sayılı DMK m.103) ve çalıştığı her 360 gün için 90 gün fiili hizmet süresi zammı hakkı(5510 sayılı SGK m. 40) verilmiştir.

İptal istemine konu olan 5947 sayılı Yasa'nın 9. maddesindeki düzenleme, iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin haftalık çalışma süresinin 35 saat olduğunu belirten bir kuraldır. Maddede, 35 saat olarak belirtilen süre, haftalık yapılacak azami çalışmanın ne kadar olacağını göstermektedir. Ayrıca Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirtilen radyasyon dozu limitleri çalışılacak sürenin belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Çünkü dava konusu maddenin ikinci tümcesinde doz limitlerinin aşılması durumunda haftalık çalışma süresinin 35 saatin altına düşebileceği anlaşılmaktadır. Maddenin son tümcesinde ise doz limitlerinin aşılmaması için alınması gereken tedbirler ile aşıldığı takdirde izinle geçirilecek süreler ve alınacak diğer önlemlerin Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği kural altına alınmıştır.

5947 sayılı Yasa'nın 19. maddesi ile yürürlükten kaldırılmadan önce iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerlerde çalışanlar da dahil olmak üzere, tüm sağlık personelinin haftalık çalışma sürelerine, 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun'un 2. maddesinde yer verilmişti. Bu maddedeki düzenlemeye göre tüm sağlık personelinin haftalık çalışma süresi kural olarak 45 saat, Yasa'nın 4. maddesindeki haklardan yararlanmayanlar için ise 40 saat olarak belirlenmişti. İyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerlerde çalışan personelin çalışma sürelerinin günlük 5 saat olmak üzere haftalık 25 saat olduğuna ilişkin düzenleme ise 6.5.1939 tarihli Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname'nin 22. maddesinde yer almaktaydı.

Yukarıdaki açıklamalardan 5947 sayılı Yasa'nın dava konusu 9. maddesi ile getirilen düzenlemeden önce, iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerlerde çalışan personelin, yasayla belirlenmiş çalışma sürelerinin asgari 40 saat olduğu, günlük 5 saat olmak üzere haftalık 25 saatlik çalışma sürelerinin 1939 tarihli nizamname ile idare tarafından belirlendiği anlaşılmaktadır.

2- Anayasaya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, 5947 sayılı Yasa'nın 9. maddesi ile 3153 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 1 hükmü ile iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş ve işlemlerde çalışan personelin çalışma sürelerinin artırıldığı, günlük çalışma sürelerine yer verilmediği bu nedenle kuralın, söz konusu alanda çalışan sağlık personelinin sağlığını korumaktan uzak, yaşam ve sağlık hakkını ihlal eden bir düzenleme olduğu belirtilerek Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 17., 49., 50., 56., 90. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 5. maddesinde, 'insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama' Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış, 17. maddesinde, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahip olduğu, 50. maddesinde

dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu, 56. maddesinde ise herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir.

Dava dilekçesinde kuralın Anayasaya aykırılığı ile ilgili iki konunun üzerinde durulduğu görülmektedir. Üzerinde durulan ilk konu, iyonlaştırıcı radyasyonla çalışan personelin çalışma sürelerinin 25 saatten 35 saate çıkarılması ile ilgilidir. 2368 sayılı Yasa'da tüm sağlık personeli gibi radyasyonla çalışan personel için de haftalık 40 veya 45 saat çalışma süresi öngörülmüş, ancak bu süreler, radyasyonla çalışan personel için idare tarafından yönetmelikle 25 saat olarak belirlenmiştir. Yeni düzenlemede ise radyasyonla çalışan personelin haftalık çalışma süresi 35 saate indirilmiştir. Ayrıca idarenin, dava konusu kurala veya 657 sayılı Yasa'nın 99. maddesine dayanarak çıkaracağı tüzük veya yönetmelikle yasada öngörülen azami çalışma süresinden daha kısa çalışma süreleri belirleyebileceği kural altına alınmıştır.

Diğer taraftan, iptal istemine konu maddenin ikinci tümcesinde, çalışma sürelerinin belirlenmesinde Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirtilen radyasyon dozu limitlerinin de dikkate alınacağı belirtilmiştir. Yönetmelikte belirlenen radyasyon dozu limitlerinin haftalık 35 saatten daha kısa bir çalışma süresinde aşılması durumunda bu personelin çalışma süresinin Yasada belirlenen 35 saatten daha az olabileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle dava konusu kuralın, radyasyonla teşhis ve tedavi merkezlerinde çalışan personelin maddi ve manevi varlıklarının gelişmesini engelleyen, çalışanların dinlenme haklarını ihlal ederek sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama haklarını sınırlayan bir niteliği bulunmamaktadır.

Dava dilekçesinde üzerinde durulan ikinci konu ise yasayla düzenlenmesi gereken konuların yönetmeliğe bırakılması nedeniyle kuralın Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ile ilgilidir.

Anayasa'nın 7. maddesinde '*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*' denilmektedir. Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi, yasakoyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmamasını belirten bir ilkedir. Ancak yasakoyucu gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabileceği gibi sık sık değişik önlemler alınmasına veya bunların kaldırılmasına gerek görülen ekonomik, teknik veya benzeri alanlarda temel kuralları saptandıktan sonra ayrıntıların düzenlenmesini idareye bırakabilir. Bu durum yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kamu personelinin özlük haklarına ilişkin esaslarının kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmez. Ancak yasada temel esasların belirlenerek çerçevesinin çizilmiş olması koşuluyla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların yürütme organının takdir yetkisine bırakılması Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık oluşturmaz.

İptal istemine konu Ek Madde 1'in ikinci ve üçüncü tümcelerinde; radyasyon dozu limitlerinin belirlenmesi, doz limitlerinin aşılması için alınması gereken tedbirler, doz limitlerinin aşılması halinde izinle geçirilecek süreler ve alınacak diğer önlemlerin, Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

Radyasyon doz limitlerinin çalışılan kurum veya bölüme göre farklılık gösterebileceği gibi teknolojik gelişmelerle de bu limitlerin zaman içinde değişmesi olasıdır. Bu nedenle radyasyon doz limitlerinin belirlenmesi veya bu limitlerin aşılmaması için alınacak önlemlerin tespiti idareye bırakılmasında Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

İdareye bırakılan diğer bir konu ise doz limitlerinin aşılması halinde izinle geçirilecek sürelerin belirlenmesi ile ilgilidir. Radyasyonla tedavi hizmetlerinde çalışan personelin yukarıda da açıklandığı üzere üç ayrı izin hakkı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, devlet memuru olmaları nedeniyle kullanacakları ücretli yıllık izinleri; ikincisi, her yıl, yıllık izinlerine ilaveten kullanacakları bir aylık sağlık izni (657 sayılı DMK m.103); üçüncüsü ise dava konusu fıkra da yer verilen ve doz limitlerinin aşılması halinde kullanacakları izin. Bu izinlerden yıllık ücretli izin, devlet memuru olmakla; sağlık izni ise radyasyonla teşhis veya tedavi yapılan bir bölümde çalışmakla hak kazanılan izinlerdir. Dava konusu kuralda yer verilen ve radyasyon doz limitlerinin aşılması halinde izinle geçirilecek süre için aynı şeyleri söylemek olanaklı değildir. Her şeyden önce bu iznin kullanılması, çalışan üzerinde belirlenen radyasyon doz limitlerinin aşılması koşuluna bağlıdır. Belirlenen doz limitlerinin aşılmadığı dönemlerde çalışan için böyle bir izin hakkının doğmayacağı açıktır.

Diğer taraftan iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerlerde, radyasyon doz limitlerinin aşılması halinde kullanılacak iznin süresi, aşılacak dozun oranına bağlı olarak değişkenlik gösterecektir. Aşılacak radyasyon doz oranı çok az olduğunda, kullanılacak izin süresi saatle ifade edilebilirken, bu oranın artması durumunda gün, belki haftalarla ifade edilen bir izin söz konusu olabilecektir. Bu nedenle kullanılması doz limitlerinin aşılması koşuluna bağlı olan ve aşılacak doz oranına göre değişkenlik gösterecek izin süresinin ayrıntılı olarak yasada belirlenmesi olanaklı olmadığından, bu konunun düzenlenmesinin yürütme organının takdir yetkisine bırakılması Anayasaya aykırılık oluşturmaz.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural Anayasa'nın 5., 7., 17., 50., 56. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 2., 6., 49. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

I- Kanun'un 12. Maddesi İle 926 Sayılı Yasa'nın Ek 17. maddesine Eklenen (Ç) Fıkrasındaki İbare ve Bentlerin İncelenmesi

1- Fıkranın Birinci Bendinde Yer Alan "Geçmemek Üzere" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde 5947 sayılı Yasa'nın 12. maddesi ile 926 sayılı Yasa'nın Ek 17. Maddesine eklenen (Ç) fıkrasının birinci bendindeki dava konusu ibarenin, Türk Silahlı Kuvvetlerinde çalışan öğretim üyeleri, bölüm başkanları ve servis şefleri ile akademik unvanı olmayan uzmanlar arasında belirgin bir ücret farkı getirmeyerek, görülen hizmetin niteliği ve niceliği dikkate alınmaksızın azami oranlarda eşitlik sağlandığı, ayrıca idareye kuralda belirlenen üst sınıra bağlı kalmak kaydıyla tazminat oranlarını belirleme yetkisi verildiği belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2., 6., 7., 10., 55. ve 128. maddelerine 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 yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

926 sayılı Kanun'un ek 17. maddesine eklenen (Ç) fıkrası, Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında görev yapan öğretim üyesi tabip, uzman tabip, uzman dış tabibi, tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatında belirtilen dallarda bu mevzuat hükümlerine göre uzman olanlara, sağlık hizmetleri tazminatı ödenmesini düzenleyen bir kuraldır. Söz konusu tazminatın yer aldığı (Ç) fıkrasının birinci bendinde, sağlık hizmet tazminatı oranları, orgeneral aylığına endeksli olarak, tabiplerin rütbe ve unvanları esas alınarak belirlenmiş, ayrıca ödenecek miktarın bu kişilerin huzalarında gösterilen oranları geçemeyeceği belirtilmiştir. Yasakoyucunun, çalışan personele ücret veya benzeri bir ödeme yapılmasını öngörürken, hizmetin niteliği ve niceliğinin yanı sıra ülkenin ekonomik ve mali kaynaklarını gözeterek üst (tavan) sınır belirlemesi takdir yetkisi içindedir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu ibare Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İbarenin Anayasa'nın 6., 7., 10., 55. ve 128. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

2- Fıkranın İkinci Bendinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde 5947 sayılı Yasa'nın 12. maddesi ile 926 sayılı Yasa'nın Ek 17. Maddesine eklenen (Ç) fıkrasının ikinci bendinin, sivil kadrolarda çalışan öğretim üyesi tabiplere tazminat ödenmesine ilişkin olduğu, bu düzenlemenin GATA'da, tıpta uzmanlık mevzuatında belirtilen temel tıp bilimlerine ait dallarda doktora yapan öğretim üyelerini kapsamadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 55., 130., 131. ve 132. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Fıkranın iptali istenen ikinci bendinde yasakoyucu, TSK kadrosunda görevli sivil öğretim üyesi tabipler ile uzman veya uzman olmayan tabip ve dış tabiplerine en yüksek devlet memuru aylığına endeksli olarak, sağlık hizmetleri tazminatı ödenmesini öngörmüştür. Yasakoyucu ayrıca, bu kişilerin unvan ve statülerine bağlı bir oran saptayarak, ödenecek tazminat miktarının huzalarında gösterilen oranları geçemeyeceğini belirtmiştir.

Dava konusu kural, askeri hastanelerde çalışan tüm sivil tabipleri içine alacak bir düzenleme niteliğindedir. Yasakoyucu, bu kuralda askeri hastanelerde çalışan öğretim üyelerinin yanında, 657 sayılı Yasa'ya göre çalışan tabiplerin de sağlık hizmetleri tazminatından yararlanmasını öngörmüştür. Bu açıdan bakıldığında unvanı veya statüsü ne olursa olsun, dava konusu kuralın kapsamı dışında kalan sivil tabip olmadığı açıktır. Ayrıca bu kuralla getirilen sağlık hizmetleri tazminatının, Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında görevli sivil personelin, hekim sıfatıyla hastalara verdikleri sağlık hizmeti koşuluna bağlı bir ödeme olduğu da anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesi, aynı hukuki durumda bulunanlar için söz konusudur. Aynı durumda bulunanların aynı, ayrı durumda bulunanların ayrı kurallara bağlanması eşitlik ilkesini zedelemeyiz. Yukarıda da ifade edildiği gibi, sağlık hizmetleri tazminatı, GATA'da öğretim üyesi olarak görev yapmanın değil 'tabip' olma statüsünün bir sonucudur. Sivil ve askeri tabipler ile tabip olmayan ancak temel tıp bilimlerinde doktora

yapmış olanlar aynı hukuksal konumda bulunmadıklarından düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğundan söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2., 55., 130., 131. ve 132. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

3- Fıkranın Üçüncü Bendinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde 5947 sayılı Yasa'nın 12. maddesi ile 926 sayılı Yasa'nın Ek 17. Maddesine eklenen (Ç) fıkrasının üçüncü bendindeki düzenleme ile sağlık hizmetleri tazminatının oranları ile usul ve esaslarını belirleme yetkisinin yürütmeye bırakıldığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 6., 7. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

926 sayılı Kanun'un Ek 17. maddesine eklenen (Ç) fıkrasının dava konusu üçüncü bendi, fıkranın ilk iki bendinde asker ve sivil hekimlere ödenmesi öngörülen sağlık hizmetleri tazminatının, oranları ile usul ve esaslarının Maliye Bakanlığının görüşü, Genelkurmay Başkanlığının uygun görüşü üzerine Milli Savunma Bakanlığınca belirleneceğini öngören bir kuraldır. Bu kural uyarınca sağlık hizmetleri tazminatı oranları dava konusu bentte belirlenen ilkeler çerçevesinde idare tarafından belirlenecektir.

Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin sosyal bir hukuk devleti olduğu; 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği, 128. maddesinde ise memurların ve diğer kamu görevlilerinin aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

926 sayılı Kanun'un Ek 17. maddesine eklenen (Ç) fıkrasının birinci ve ikinci bendinde Yasakoyucu sağlık hizmetleri tazminatı alacak olan kişileri rütbe ve statülerine göre ayırarak, bunlara ödenecek tazminat oranının alt ve üst sınırını belirlemiş, ayrıca tazminatın hesaplanmasında esas alınacak kıstas aylığa da yasada yer vermiştir. Dava konusu üçüncü bentte ise; personelin rütbesi, unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, görev yeri ve özellikleri, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri ve mesleki uygulamaları ile riskli bölümlerde çalışma gibi hizmete katkı unsurlarını ölçüt olarak belirleyip, idareye bırakılan alanın çerçevesini çizerek ödenecek tazminatın, yapılan işin niteliği ile çalışanların özelliklerine göre somutlaştırılması konusunda yetki vermiştir. Bu durumda konunun genel çerçeve ve esaslarının yasada saptanmış olması nedeniyle ayrıntı ve uzmanlık gerektiren konuların idarece düzenlenmesi için yetki verilmesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

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

Kuralın Anayasa'nın, 6. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

J- Kanun'un 13. Maddesi İle 926 Sayılı Yasa'ya Eklenen Ek Madde 26'nın İncelenmesi

Dava dilekçesinde 5947 sayılı Yasa'nın 13. maddesi ile 926 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 26 da, GATA ve TSK'ya bağlı sağlık kurum ve kuruluşlarında öğretim üyesi veya tabip ihtiyacı doğması halinde bu kurumlarda görevlendirilecek hekimlere görevlendirildikleri yere gitmeme hakkı tanınmamasının zorla çalıştırma niteliğinde olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 13., 18. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5947 sayılı Yasa'nın 13. maddesiyle 926 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 26'nın birinci fıkrasında, GATA ve bağlı eğitim hastaneleri ile TSK'ya bağlı sağlık kurum ve kuruluşlarında tabip veya öğretim üyesi ihtiyacı doğması halinde belirli bir dönem için veya ihtiyaç duyulması halinde haftanın belirli gün veya saatlerinde veya belirli vakalar ve işler için TSK Sağlık Komutanlığının talebi üzerine, Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulu tarafından öncelikli olarak görevlendirme yapılacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 18. maddesinin birinci fıkrasında hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağı belirtilmiş ve angarya yasaklanmıştır. Çalışma ve iş görme kişinin serbest iradesiyle yüklendiği bir faaliyet ve yükümlülüktür. Ancak bazı zorunlu hallerde sağlık hizmetlerinin aksamadan yürütülmesi için kamu çalışanlarının başka bir kurumda geçici olarak görevlendirilmesi zorla çalıştırma olarak nitelendirilemez.

Dava konusu kuralda yasakoyucu, döner sermaye geliri olmayan ve belli bir hiyerarşi içinde yönetilen TSK'ya bağlı hastanelerde, tabip ihtiyacı olması halinde çalışacak hekimlerin talebini beklemenin, askeri sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde zafiyete neden olacağını öngörerek ilgilinin talebi olmaksızın görevlendirme yapılmasını kurala bağlamıştır. Ayrıca er, erbaş ve rütbeli personelin tedavilerinin askeri hastanelerde yapılmasında yürütülen hizmetin niteliğinden kaynaklanan zorunluluk bulunması nedeniyle bu hastanelerdeki tabip ihtiyacının öncelikle ve talep olmaksızın karşılanması gerekmektedir. Diğer taraftan askeri hastanelerde görevlendirilecek öğretim üyesi veya tabiplerin haftalık çalışma sürelerinin üniversite ve devlet hastanelerinde çalışanlarla aynı olması dikkate alındığında dava konusu kuraldaki düzenlemenin zorla çalıştırma niteliğinde olmadığı ve angarya sayılamayacağı açıktır.

Belirtilen nedenlerle dava konusu kural Anayasa'nın 18. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 13. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

K- Kanun'un 20. Maddesinin (b) Bendindeki "ve (d)" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 5947 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin (a) bendi ile üniversitelerde görev yapan öğretim üyelerinin mesai dışında mesleklerini icra etme haklarının bir yıl uzatıldığı, maddenin (b) bendinde Gülhane Askeri Tıp Akademisi öğretim üyelerine sadece altı aylık bir süre tanındığı belirtilerek, dava konusu ibarenin Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen 've (d)' ibaresinin yer aldığı 20. madde, 5947 sayılı Yasa'nın yürürlük maddesidir. Bu maddedeki düzenlemeye göre Yasa'nın; 3. maddesi, 5. maddesiyle değiştirilen 2547 sayılı Kanunun 58. maddesinin (c) bendinin (2) numaralı alt bendinin son paragrafı hariç olmak üzere 5. maddesi ile 19. maddenin (b) ve (e) bentleri yayımı tarihinden bir yıl sonra, 30 Ocak 2011 tarihinde; 1. maddesiyle değiştirilen 209 sayılı Kanunun 5. maddesinin yedinci fıkrası hariç olmak üzere 1. maddesi ile 2, 7, 8, 12, 13, 14. maddeleri ve 19. maddenin (a), (c) ve

(d) bentleri yayımı tarihinden altı ay sonra, 30 Temmuz 2010 tarihinde; diğer hükümleri ise yasanın yayım tarihi olan 30 Ocak 2010 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Yasakoyucu üniversitelerin tam gün sistemine göre çalışmasını öngören düzenlemelerin bir yıl sonra, Sağlık Bakanlığına bağlı kurum ve kuruluşlar ile GATA ve askeri hastanelerde ise Yasa'nın yayımlandığı tarihten itibaren altı ay sonra tam gün sistemine geçilmesini öngörmüştür. Yasal bir düzenlemenin yapılmasında kural, o düzenlemenin derhal yürürlüğe girmesidir. Ancak yasakoyucu bazen sistem değişikliği içeren düzenlemelerde, hukuk devletinin gereği olan hukuki güvenlik ve istikrar ilkeleri uyarınca, çalışanların yeni sisteme uyum sağlayabilmeleri için yasanın yürürlük tarihini erteleyebilir. Dolayısıyla bir yasanın ne zaman yürürlüğe gireceğinin tespiti yasakoyucunun takdir yetkisi içindedir.

Ayrıca özel muayenehane işleten asker öğretim üyeleri ile üniversitede kısmi statüde çalışan öğretim üyeleri aynı hukuksal durumda olmadıklarından aralarında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

Açıklanan nedenlerle dava konusu ibare Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

V- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, 'Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez' denilmekte, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanarak, beşinci fıkrasında Anayasa Mahkemesi'nin, iptal halinde meydana gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlâl edici mahiyette görürse yukarıdaki fıkra hükmünü uygulayacağı belirtilmektedir.

21.01.2010 günlü, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesi ile değiştirilen, 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin dördüncü fıkrasının iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk, kamu yararını ihlâl edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince, bu fıkra ile ilişkin İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK DOKUZ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE, 16.7.2010 gününde karar verilmiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN İNCELENMESİ

21.1.2010 günlü, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

1- 7. maddesiyle, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan '' bentlerden yalnızca birindeki '' ibaresi, 16.7.2010 günlü, E. 2010/29, K. 2010/90 sayılı kararla

iptal edildiğinden, bu ibarenin, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA, Haşım KILIÇ ile Nuri NECİPOĞLU'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 1. maddesiyle, 4.1.1961 günlü, 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin değiştirilen dördüncü fıkrasına ilişkin iptal hükmünün süre verilerek yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu fıkranın YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- 3. maddesiyle, 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun değiştirilen 36. maddesinin ikinci fıkrasının birinci tümcesinin yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

4- 6. maddesiyle, 2547 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici Madde 57'nin 'Bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar istifa etmiş sayılır.' biçimindeki son tümcesinin, yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

5- 3. maddesiyle, 2547 sayılı Yasa'nın değiştirilen 36. maddesinin;

a- Birinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarına,

b- İkinci fıkrasının ikinci tümcesine,

6- 4. maddesiyle, 2547 sayılı Yasa'nın 38. maddesinin değiştirilen birinci fıkrası ile eklenen ikinci fıkrasının son tümcelerine,

7- 5. maddesiyle, 2547 sayılı Yasa'nın değiştirilen 58. maddesinin (h) fıkrasına,

8- 7. maddesiyle, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12. maddesinin değiştirilen;

a- İkinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan ' ' aşağıdaki " ibaresine,

b- Üçüncü fıkrasının 'Sözleşmeli statüde olanlar da dahil olmak üzere mahalli idareler ile kurum tabipliklerinde çalışan ve döner sermaye ek ödemesi almayan tabipler işyeri hekimliği yapabilir.' biçimindeki dördüncü tümcesine,

9- 8. maddesiyle, 1219 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 12'nin;

a- Birinci fıkrasının son tümcesinde yer alan "yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı " ibaresine,

b- Dördüncü fıkrasının birinci tümcesinde yer alan " yarısı kendileri tarafından, yarısı " ibaresine,

10- 9. maddesiyle, 19.4.1937 günlü, 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun'a eklenen Ek Madde 1'ine,

11- 12 maddesiyle, 27.7.1967 günlü, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun ek 17. maddesinin (C) fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (Ç) fıkrasının;

a- Birinci paragrafında yer alan " geçmemek üzere " ibaresine,

b- İkinci paragrafına,

c- Üçüncü paragrafına,

12- 13. maddesiyle, 926 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 26'sına,

13- 20. maddesinin (b) bendinde yer alan "ve (d)" ibaresine,

yönelik iptal istemleri, 16.7.2010 günlü, E. 2010/29, K. 2010/90 sayılı kararla reddedildiğinden, bu madde, fıkra, bent, tümce, bölüm ve ibarelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

16.7.2010 gününde karar verildi.

VII- SONUÇ

21.1.2010 günlü, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

A- 1- 1. maddesiyle, 4.1.1961 günlü, 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin değiştirilen dördüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- 3. maddesiyle, 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun değiştirilen 36. maddesinin;

a- İkinci fıkrasının birinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşım KILIÇ, Şevket APALAK ile Nuri NECİPOĞLU'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- İkinci fıkrasının ikinci tümcesi ile birinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- 4. maddesiyle, 2547 sayılı Yasa'nın 38. maddesinin değiştirilen birinci fıkrası ile eklenen ikinci fıkrasının son tümcelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

4- 5. maddesiyle, 2547 sayılı Yasa'nın değiştirilen 58. maddesinin (h) fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

5- 6. maddesiyle, 2547 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici Madde 57'nin 'Bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar istifa etmiş sayılır.' biçimindeki son tümcesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşım KILIÇ, Engin YILIDIRIM ile Nuri NECİPOĞLU'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

6- 7. maddesiyle, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12. maddesinin değiştirilen;

a- İkinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan ' ' bentlerden yalnızca birindeki " ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ ile Nuri NECİPOĞLU'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- İkinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan ' ' aşağıdaki " ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile Şevket APALAK'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

c- Üçüncü fıkrasının 'Sözleşmeli statüde olanlar da dahil olmak üzere mahalli idareler ile kurum tabipliklerinde çalışan ve döner sermaye ek ödemesi almayan tabipler işyeri hekimliği yapabilir.' biçimindeki dördüncü tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

7- 8. maddesiyle, 1219 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 12'nin;

a- Birinci fıkrasının son tümcesinde yer alan "yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı " ibaresinin,

b- Dördüncü fıkrasının birinci tümcesinde yer alan " yarısı kendileri tarafından, yarısı " ibaresinin,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

8- 9. maddesiyle, 19.4.1937 günlü, 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun'a eklenen Ek Madde 1'in Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

9- 12 maddesiyle, 27.7.1967 günlü, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun ek 17. maddesinin (C) fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (Ç) fıkrasının;

a- Birinci paragrafında yer alan " geçmemek üzere " ibaresinin,

b- İkinci paragrafının,

c- Üçüncü paragrafının,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

10- 13. maddesiyle, 926 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 26'nın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

11- 20. maddesinin (b) bendinde yer alan "ve (d)" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 1. maddesiyle, 4.1.1961 günlü, 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin değiştirilen dördüncü fıkrasının iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince, bu fıkraya ilişkin İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK DOKUZ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

16.7.2010 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Fulya KANTARCIOĞLU
Üye	Üye	Üye
Ahmet AKYALÇIN	Mehmet ERTEN	Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye	Üye	Üye
Şevket APALAK	Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye	Üye	
Engin YILDIRIM	Nuri NECİPOĞLU	

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 5947 sayılı Yasa'nın 3. maddesi ile değiştirilen 2547 sayılı Yasa'nın 36. maddesinin dava konusu ikinci fıkrasının birinci cümlesinde devamlı statüde görev yapan öğretim elemanlarının Yüksek Öğretim Kanunu ve diğer kanunlarda belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başkaca herhangi bir iş göremeyecekleri ve serbest meslek icra edemeyecekleri belirtilmiştir.

Anayasa'nın 130. maddesinde üniversiteler konusunda yasama organını bağlayan ilkelere özel olarak yer verilmiş ve üniversitelerin, çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacıyla kurulduğu, bu nedenle öğretim üyeleri ve yardımcılarının her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilecekleri belirtilmiştir. Maddede yasama organını bağlayan ilkeler, üniversitelerin özerkliği ve öğretim üyelerinin bilimsel araştırma ve faaliyetleri ile ilgilidir. Dolayısıyla Anayasada, üniversitelerin diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirilmesi ve öğretim üyelerine de kamu görevlisi olmakla birlikte genel sınıflandırma içinde ayrı bir yer verilmesi, üniversitelerin ve öğretim üyelerinin bilimsel araştırma ve yayın faaliyetleriyle ilgilidir. Anayasada belirtilen bu konular dışında öğretim üyelerini diğer kamu görevlilerinden ayrıcalıklı kabul etmeye imkân yoktur.

5947 sayılı Yasa'nın genel gerekçesi, dava konusu cümlenin yer aldığı madde gerekçesi ve meclis görüşme tutanakları incelendiğinde kuraldaki sınırlamanın, üniversitede görev yapan öğretim elemanlarının bilimsel faaliyetleri ile ilgili olmadığı, genelde tüm öğretim elemanlarını ilgilendirmekle birlikte özelde tıp fakültelerinde görevli olan ve mesleğini serbest olarak da icra eden profesör ve doçentlerin çalışma koşullarıyla ilgili olduğu açıktır. Dolayısıyla yasanın anlam ve kapsamı dışında kalan ve yapılış amacına uygun olmayan bir değerlendirme yapılarak kuralın Anayasa'nın 130. maddesine aykırılığı olduğu söylenemez.

Ayrıca Yasakoyucu, Anayasa'nın 130. maddesinde üniversitelere verilen, ülke ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirme, eğitim-öğretim, bilimsel araştırma ve yayın yapma gibi görevlerin yerine getirilmesi amacıyla kamu görevlisi olan ve devamlı statüde çalışan öğretim elemanlarının çalışma düzenine ilişkin kuralları belirleme yetkisine sahiptir. Bu nedenle dava konusu kuralda Yasakoyucu, dışarıda serbest çalışma olanağı yönünden ayırım yapılmaksızın tüm öğretim elemanlarının eğitim ve öğretimin bütünlüğü yanında, özellikle yeni kurulan üniversitelerde, temel eğitimin güçlenmesine olanak sağlayabilecek şekilde mesailerini üniversiteye özgülemelerini öngörerek çalışma düzenine ilişkin belirlediği kuralların Anayasada yer alan bilimsel özerkliğe aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

2- 5947 sayılı Yasa'nın 6. maddesiyle 2547 sayılı Yasaya eklenen Geçici Madde 57 de yasakoyucu üniversitelerde kısmi statüde görev yapan öğretim üyelerinin herhangi bir koşula bağlı olmaksızın kanunun yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içinde talepte bulunmaları halinde devamlı statüye geçirileceğini belirtmiş, dava konusu ikinci cümlede ise bu süre içerisinde talepte bulunmayanların istifa etmiş sayılacağını kurala bağlamıştır. Yasakoyucu 5947 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değişik 2547 sayılı Yasa'nın 36. maddesinde kısmi statüde çalışmaya yer vermediği için değişikliğin yapıldığı tarihte bu statüde çalışanların durumlarının belirlenmesi amacıyla dava konusu kuralı getirdiği anlaşılmaktadır.

Kamu hizmetine girişin ve hizmet içinde yükselmenin koşulları, statü hukukunun gereği olarak kanunlarla belirlenmektedir. Bu durum Anayasa'nın kamu hizmetine girme hakkının düzenlendiği 70. maddesi ile kamu hizmeti görevlileriyle ilgili genel ilkelerin düzenlendiği 128. maddesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Yasakoyucu kamu hizmetinde, görevin gerektirdiği çalışma düzeninin saptanmasını, saptanmış niteliklerin değiştirilmesini veya yürütülen memuriyetin sona ermesine ilişkin koşulları Anayasa çerçevesinde kalmak kaydıyla, takdir edebilme ve belirleme yetkisine sahiptir.

Yasakoyucu bu yetkisine dayanarak 5947 sayılı Yasa ile üniversitelerde kısmi statüde çalışmaya son vererek bu statüde çalışan öğretim elemanlarının devamlı statüye geçmeleri için bir yıllık süre öngörmüştür. İptal istemine konu tümcede ise kısmi statüde çalışanların devamlı statüye geçmek istememeleri halinde hukuki durumlarının belirsizliğini ortadan kaldıran bir kural getirmiştir. Bu kural gereğince kısmi statüde çalışanlardan, öngörülen sürede devamlı statüye geçme konusunda talepte bulunmayanların istifa etmiş sayılacağı belirtilmiştir. Yasakoyucunun devamlı statüye geçme konusunda talepte bulunmamayı, istifa etmek şeklinde bir irade beyanı kabul ederek böyle bir kural öngördüğü açıktır.

Ayrıca dava konusu cümlelerin yer aldığı kuralda yasakoyucu kısmi statüde çalışanların, devamlı statüye geçmeleri konusunda bir yıllık geçiş süreci öngörmek suretiyle, kişilere sosyal ve ekonomik olarak yeni duruma uyum sağlamalarına imkânı tanımıştır. Kısmi statüde çalışmanın üniversite yönetim kurulunun görüşü ve rektörün kararı ile iki yıllık dönem için öngörülmüş olması ve bu statünün, çalışanlar açısından kazanılmış hak oluşturmadığı düşünüldüğünde iki yıllık bir çalışma için kuralda öngörülen bir yıllık geçiş süresinin hukuk devletinin gereği olan hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

3- Yasakoyucu, iptali istenen ibarenin yer aldığı maddede, kamuda çalışan hekimler için yeni bir çalışma sistemi getirmektedir. Kamu ve özel sağlık hizmetlerinin ayrı organize edilmesi temeline dayandırılan bu sistemde, kamuda ve özelde çalışan hekimler için bazı sınırlamalar getirilmiştir. Yasakoyucu özel sağlık hizmeti sunumunun, kamu kurum ve kuruluşlarının kaynakları ve imkanları kullanılmadan gerçekleştirilmesi için de maddenin ikinci fıkrasının alt bentlerinde bazı kurallar belirlemiştir.

Anayasa'nın 17. maddesinin ilk fıkrasında da herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiş, 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*' denilerek devlete, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama, kişilerin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi verilmiştir. Yasakoyucu devlete verilen bu görevin gereği olarak, kısmi çalışmanın yasa gerekçesinde yer verilen sakıncalarını ortadan kaldırmak, hasta-hekim ilişkisini muayene ile sınırlandıran çalışma sistemine son vermek, hekimlerin hastalarını gereği gibi takip edebilmeleri ve geri ödeme kuruluşlarınca kullanılan kamu kaynaklarının yerinde harcanabilmesi için gerekli gördüğü önlemleri almak amacıyla, hekimlerin çalışma koşullarını bazı kayıtlara tabi tutarak dava konusu ibarenin de yer aldığı 5947 sayılı Yasa'nın 6. maddesinde yeni bir çalışma sistemi getirmiştir.

Anayasa Mahkemesinin değişik kararlarında da vurgulandığı üzere, Anayasada bir konuyla ilgili olarak bağlayıcı (emredici ya da yasaklayıcı) kurallar yoksa Anayasal ilkelere (eşitlik, kazanılmış haklara saygı, kanunla düzenleme gibi) aykırı olmamak koşuluyla bu konunun düzenlenmesinin yasakoyucu'nun takdir yetkisine bırakıldığının kabulü gerekir. Buna

göre bireylerin yaşama, maddi ve manevi varlıklarını geliştirme haklarına bağlı olarak Anayasa'nın 56. maddesinde devlete verilen görevlerin yerine getirilmesine ve sağlık hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin yöntemin belirlenmesinin yasakoyucunun takdir yetkisi içinde kaldığının kabulü gerekir.

Ayrıca kamuda çalışan hekimler için getirilen yeni çalışma sisteminin, sağlık hizmetlerinin sunumunda kamunun etkinliğini artırmak ve kamu kaynaklarının verimli kullanılması ile herkesin eşit olarak bu hizmetlerden yararlanmasını sağlamak gibi yasakoyucunun öngördüğü amaçların gerçekleşmesine uygun olup olmadığının değerlendirmesi Anayasa yargısının konusu dışında kalmaktadır. Dolayısıyla bu konuda yapılacak değerlendirmeler yasama organının yetkisine müdahale niteliği taşır.

Diğer taraftan kamu idaresi ve bu idare ile kamu hizmeti görenler arasındaki ilişkiler, özellikle hizmete alınma, yükselme, hizmet sunum şartlarının belirlenmesi ve hizmetten ayrılma gibi konular ve öteki özlük hakları objektif hukuki tasarruflarla, başka bir deyimle 'kural tasarruflarla' düzenlenir. Bu tasarrufların ana çizgileri Anayasada ve özellikle; Anayasanın 123'129. maddelerinde gösterilmiştir. İdare ile memur arasındaki bağlantı, özel hukukta olduğu gibi karşılıklı anlaşmalardan doğan sözleşmelerle değil, kamu hizmetinin gereklerine göre önceden düzenlemiş bu statüler kural-tasarruflarla sağlanır. Diğer hukuk alanlarında olduğu gibi kamu hukuku alanında da Anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici tasarruflarla konmuş kurallar, kamu hizmetinin gerekleri, gereksinimleri gibi nedenlerle ve kondukları yöntemlere uyulmak, anayasaya ve yasalara uygun düşmek kaydıyla her zaman değiştirilebilirler veya kaldırılabilirler. Tersine bir kural getirilmekçe bu değişimden doğan yeni duruma uymak, o statü içindeki herkes, her kamu görevlisi için zorunludur. Bu nedenle statü hukukuna tabi olan kamu personelinin hizmet sunum koşullarıyla ilgili düzenlemeler içeren iptal istemine konu ibarenin Anayasaya aykırı bir yönü bulunmaktadır.

Yukarıda yer verilen açıklamalar nedeniyle dava konusu kuralların Anayasa aykırı bir yönü bulunmadığı kanısına vardığımdan, iptallerine dair çoğunluk kararına katılmıyorum.

Başkan

Haşim KILIÇ

DEĞİŞİKOY VE KARŞIOY GEREKÇESİ

11.4.1928 günlü 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12. maddesinin, 5947 Sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle değiştirilen ikinci ve üçüncü fıkraları ile kısmi zamanlı çalışma kaldırılarak kamuda çalışan hekimlere tam gün çalışma koşulu getirilmiş, mesleğini serbest olarak icra etmek isteyen hekimlerin de kamuyla bağlantıları kesilmiştir.

Anayasa'nın 128. maddesinde, 'Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür' denilmektedir. Sağlık hizmetlerinin Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu aslî ve sürekli görevler kapsamında bulunduğu, kamuda çalışan hekimlerin de memur statüsü içinde yer aldığı açıktır. Ancak, Eğitim, Araştırma ve Uygulama Hastanelerinde, sağlık hizmetleri yanında eğitim ve öğretim faaliyetlerini de yürüten hekimlerin, idare hukuku bakımından memur kapsamında bulunsalar da üniversite öğretim üyeleri ve yardımcıları gibi üstlendikleri görev ve sorumluluk bakımından memur tanımına girmedikleri kendine özgü bir statüye sahip oldukları görülmektedir. Buna göre, belirtilen statüde görev yapanların özlük hakları düzenlenirken onların, eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, bilime hizmet etmek gibi özelliklerinin de gözetilmesi, kamu hukuku kurallarına bu doğrultuda etki ve değer kazandırılması gerekir.

Dava konusu düzenleme ile söz konusu sağlık kuruluşlarında çalışanların statüleri üstlendikleri görevin niteliğiyle bağdaşmayacak biçimde sınırlandırıldığından, ayrıca kişinin, Anayasa'nın 17. maddesi ile güvence altına alınan yaşam hakkı kapsamında kendi hekimini seçmesine olanak verecek biçimde de yapılandırılmadığından, sağlık hizmeti veren ve alanlar yönünden Anayasal güvencelerin ve dengelerin gözetilmediği sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle 1219 Sayılı Yasa'nın 12. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasında yer alan dava konusu ibarenin iptaline ilişkin çoğunluk görüşüne belirtilen farklı gerekçe ile katılıyorum.

Öte yandan, 12. maddenin değiştirilen ikinci fıkrasının ilk tümcesindeki, 'aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki' ibaresinin tümünün iptali istendiği halde sadece 'aşağıdaki' sözcüğü dışında kalan bölümünün iptaline karar verilmiştir. Böylece, söz konusu tümceye yeni bir anlam ve içerik kazandırılmıştır.

Anayasa'nın 153. maddesinde, 'Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez' denilmekte, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinde ise Anayasa Mahkemesi'nin taleple bağlı olduğuna işaret edilmektedir.

Bu durumda, iptal veya itiraz yoluyla yapılan başvurularda 'istem' belirli sözcük, ibare veya tümcelerle sınırlandırıldığı halde bunların, bazı kelimeleri iptal edilerek Anayasa'ya uygun hale getirilmeleri, yasa koyucunun öngörmediği yeni bir kural oluşturulması sonucunu doğurduğundan, Anayasa'ya aykırı olduğu saptanan kuralın, istem doğrultusunda tümünün iptal edilmesi gerekmektedir.

Esas Sayısı : 2010/29
Karar Sayısı : 2010/90

Açıklanan nedenlerle dava konusu ibarenin tümünün iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞI OY

Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 7. maddesiyle 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan **"aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki "** sözcüklerinin; Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek iptal edilmesi için başvurulmuştur.

Bu başvuru **"bentlerden yalnızca birindeki "** sözcükleri yönünden Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş, ancak ; **"aşağıdaki "** sözcüğü yönünden bu istem reddedilmiştir.

Anayasa'nın 153. maddesinin ikinci fıkrasında *'Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.'* denilmektedir.

İptal başvurusu, iptali istenilen sözcükler bölünmek ve **"aşağıdaki "** sözcüğü iptal edilmemek suretiyle, maddede belirtilen sağlık kurum ve kuruluşlarının tamamında mesleğin icra edilmesini sağlayacak biçimde yeni bir uygulamaya yol açılmıştır.

Bu durum Anayasa'nın 153. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenle **"aşağıdaki "** sözcüğünün de iptali gerekir.

Üye

Mehmet ERTEN

KARŞIOY GEREKÇESİ

21.1.2010 günlü, 5947 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile 926 sayılı Kanun'un Ek 17. maddesine eklenen (ç) fıkrasının birinci bendinde; Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında bulunan askeri sağlık personeline, rütbelerine göre ödenmesi öngörülen sağlık hizmetleri tazminatının, orgeneral aylığına indeksli olarak çizelgede gösterilen oranları geçemeyeceği belirtilmekte, ancak ödenecek asgari tazminat sınırı gösterilmemektedir. Bir örnek olmak üzere, sözkonusu çizelgede belirtilen öğretim üyesi bir tabip albayın alabileceği 'azami' sağlık hizmetleri tazminatı, orgeneral aylığının brüt tutarının %550'si olup, alabileceği 'asgari' miktar belirtilmediğinden; teorik olarak bu sağlık personeline %1 ödeme yapılabilecek demektir. Diğer bir deyişle, %1 ile %550 arasında idarenin takdirine bıkırılmış bir tazminat söz konusudur. Bu saptama ışığında, iptali istenen birinci bentteki 'geçmemek üzere' ibaresi ölçülü ve belirli olmadığından ve askeri sağlık personeli bakımından bir güvence sağlamadığından; kural Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırı olup iptali gerekir.

(ç) fıkrasının ikinci bendi yönünden de aynı gerekçe geçerli olup; Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında görevli sivil öğretim üyesi tabipler bakımından da aynı ölçsüzlük ve belirsizlik sözkonusudur. Bu bakımdan, ikinci bentteki "geçmemek üzere" ibaresinin de iptali gerekir.

(ç) fıkrasının üçüncü bendinde, ödenmesi öngörülen sağlık hizmetleri tazminatının oranları ile usul ve esasların, belirtilen kriterler gözetilerek Maliye Bakanlığı'nın görüşü, Genelkurmay Başkanlığı'nın uygun görüşü üzerine Milli Savunma Bakanlığı'na belirleneceği öngörülmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, %1 ile %550 arasında hukuken kabulü mümkün olmayacak bir takdir aralığına yer veren, belirtilen üç kamu idaresi arasında uzlaşma olmaması halinde tazminat ödenmesini imkânsız hale koyan, kamu personeli bakımından yeterli güvence öngörmeyen bu düzenleme de Anayasa'nın 7 ve 128/2. maddelerine açıkça aykırı olup, iptali gerekir.

Açıklanan nedenlerle, anılan fıkra ve bentlere ilişkin iptal isteminin reddi yolundaki çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

EK GEREKÇE

21.1.2010 günlü, 5947 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 4.1.1961 günlü, 209 sayılı Kanun'un dördüncü fıkrası, Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (rehabilitasyon) Tesislerinde görev yapan sağlık personeline döner sermaye gelirlerinden yapılacak ek ödemeleri düzenlemektedir. Çoğunluk iptal gerekçesinde, yapılacak sözkonusu ödemelerin alt sınırının bulunmaması Anayasa'nın 2. maddesine aykırı görülmüştür. Bu gerekçeye katılmakla birlikte, kamu hastanelerinde görevli sağlık personelinin temel aylığının neredeyse iki üç katına ulaşabilen bir ödemenin bu şekilde farazi bir gelir kalemine bağlanması, ilgili döner sermayenin zorunlu giderleri karşılayamaması ve personele ödemede zaafiyetle karşılaşılması halinde, emeğin karşılığı olan bir ödemenin yapılamayacak hale gelmesi, uygulamada her zaman ortaya çıkabilecektir. Bir sosyal hak olan sağlık hakkının yaşama geçirilmesinde çok önemli rol oynayan sağlık görevlilerinin insan sağlığı ile ilgili yoğun mesailerinin karşılığını tam olarak alabilmeleri ve bunun maaş olarak kendilerine yansıtılması gerekliken; maaşın düşük tutulup, kalan gelirlerinin döner sermaye gelirleri gibi farazi bir kaleme bağlanması, üstelik bu kalem gelirlerinin gerçek manada sosyal güvenliklerine yansıtılmayarak, emekliliklerinde almaları gereken aylıkların da bu nedenle düşük kaldığı izahtan varestedir.

Açıklanan nedenle, Anayasa'nın 49. maddesine de aykırı düşen kuralın bu gerekçeyle de iptali gerektiğini değerlendiriyorum.

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 21.1.2010 günlü, 5947 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a eklenen Ek Madde 12 ile kamu sağlık kurumları ile özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar için, tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere mesleki mali sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu getirilmiş ve iptal davası dilekçesiyle anılan maddenin birinci ve dördüncü fıkralarında belirtilen, kamu sağlık kurum ve

kuruluşlarında ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların sigorta primlerinin yarısının kendileri tarafından ödeneceğine ilişkin ibarelerin iptali talep edilmiştir.

Anayasa'nın 40/3, 125/6 ve 129/5. maddelerinin açık düzenlemeleri karşısında, 'kamu' sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan sayılan sağlık personelinin bu görevleri esnasında tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar bakımından kendilerine karşı ilgililerce tazminat davası açılabilmesi mümkün değildir. Öğreti ve idari yargı uygulamasında açıkça belirtildiği üzere, 'idarenin ajanı' sıfatıyla üçüncü kişilere verilen bu zararlar ifa edilen kamu görevinden soyutlanamaz ve bir 'görev kusuru' teşkil ettiklerinden, bu zarara yol açan sağlık personeline karşı değil, ancak bir tam yargı davası biçiminde ve sözkonusu ajanı (sağlık mensubunu) istihdam eden idareye karşı açılacak bir dava ile bu zararların tazmini talep edilebilir. Bu anayasal sistem uyarınca, muhatap öncelikle hizmetin sahibi idare olup; idari yargı yerince bir hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk tespiti yapılmadan, maddede belirtilen kamu sağlık personelinin 'ileride ya böyle bir zarara sebebiyet verirse' faraziyesine göre öngörülen mesleki mali sorumluluk sigortası priminin yarısının, kamu görevlisi statüleri devam ettiği sürece alınmaya devam edilecek olması Anayasa'ya açıkça aykırıdır. Sigortacılık sisteminin esasını irade serbestisi teşkil etmekle beraber, kamu yararı gibi nedenlerle yasa koyucunun kimi durumlarda zorunlu sigorta öngörmesi elbet tek başına Anayasa'ya aykırılık teşkil etmez. Nitekim karayolunda seyredecek taşıtlar yönünden böylesine bir mecburi mali sorumluluk sistemi mevcuttur. Ancak, yukarıda ifade edildiği üzere, bu konuda Anayasa'da açıkça bir düzenlemenin mevcudiyeti karşısında, kamu görevlisine ileride zarara yol açabileceği düşüncesiyle mecburi sigorta öngörülemez. Olsa olsa kamunun tüm primi kendisi karşılamak üzere böyle bir sigorta yaptırması sözkonusu olabilir ya da bu husus ilgili sağlık personelinin ihtiyarına bırakılabilir. Oysa, iptale konu düzenlemeyle Anayasa'nın belirtilen ilkeleri ihlâl edilerek, sayılan kamu görevlisi sağlık personeline sigortacılık mantığını esas alan bir zorunlu sigorta esası öngörülmüş; tıbbi tedaviden doğan bir sorumluluk hali sözkonusu olmadan 'farazi' tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verilecek zararların karşılanmasına yönelik bir sistem teşkiline gidilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, Ek Madde 12'nin birinci fıkrasındaki "yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı" ibaresinin Anayasa'nın 40/3, 125/6 ve 129/5. maddelerine aykırı düştüğünden iptali gerektiği kanısına vardığımızdan; red yolundaki çoğunluk kararına katılamıyoruz.

2- Ek Madde 12'nin dördüncü fıkrasında ise özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların sigorta primlerinin yarısının, belirtilen sağlık personeline ödeneceği düzenlemesi de Anayasa'nın 2. ve 48. maddelerine açıkça aykırıdır. Bir tabibin, dış tabibinin ya da uzmanın dilediği özel sağlık kurum ve kuruluşunda çalışması, çalışma şartlarını belirlemesi, sözleşme yapması onun 'çalışma ve sözleşme hürriyeti'nin doğal bir yansıması olup; buralarda ifa edilen sağlık hizmeti nedeniyle üçüncü kişilere verilecek zararlardan dolayı da ilgisinin adliye mahkemesinde hem sağlık personeline, hem istihdam eden özel sağlık kurum ve kuruluşuna (ya da ikisine birlikte) tazminat davası açabileceği izahtan varestedir ve esasen kökleşmiş uygulama da bu doğrultudadır. Anayasa'nın 36. maddesinin doğal bir uygulaması olan bu sistem dışında, kamu görevlisi olmayan sağlık personeli bakımından ileride doğabilecek 'farazi' zararlardan söz edilerek mecburi bir sigorta sistemi öngörülmesi ve karşılığı olan primlerin yarısının özgür iradeleri dışında bu sağlık personelinin alınması sonucuna yol açan kural açıklanan nedenle Anayasa'nın 2, 36 ve 48. maddelerine aykırı düştüğünden iptali gerekirken, aksi yöndeki karara da katılamıyoruz.

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

AZLIK OYU

I- 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesinin değiştirdiği 2547 sayılı Yasa'nın 36. maddesinin 1. fıkrasındaki öğretim elemanlarının devamlı statü de görev yapacağına ilişkin kuralın iptali istemi aynı günlü kararla reddedilmiştir.

Devamlı statünün reddi ile Anayasa'nın 128. maddesindeki kamu hizmetlerinin asli ve sürekliliği ilkesi karşısında, aynı maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin de devamlı statüyle ilgili olması gereken zaman dilimini kapsamaması gerekir. Birinci fıkranın reddi mesai zamanıyla ilgili sonuç vereceğinden ikinci fıkranın aynı şekilde yorumlanmasını gerektirmekte ve yasakların kamu görevlilerinin çalışma süreleriyle ilgili genel ilkeler ve anayasal yaklaşımlar doğrultusunda mesaiye bağlı olduğu sonucunu vermektedir.

Belirtilen zaman sınırlaması ve devamlı statünün mesaiyle bağlı yapısı karşısında kuralda bu yorumla Anayasa'ya aykırılık bulunduğu söylenemez.

Bu nedenlerle, 36. maddenin ikinci fıkrasına ilişkin iptal isteminin devamlı statüyle ilgili sonuç ve değinilen gerekçelerle bu yönde yorum yapılarak ve mesai zamanıyla ilinti vurgulanarak reddi gerekmektedir.

II- Anayasa'nın 153. maddesinde Anayasa Mahkemesinin bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemeyeceği kurala bağlanmaktadır.

İptal istemine konu Yasa'nın 7. maddesiyle değiştirilen 1219 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin ikinci fıkrasındaki ibarenin kısmen iptali durumunda yukarda belirtilen ilkenin göz önünde tutulmadığı anlaşılmaktadır. Çünkü ibaredeki ' aşağıdaki' sözcüğünün iptal dışı bırakılması, iptal gerekçesinin ve sonucunun kaçınılmaz akışı kapsamında görülmemiştir. İptal kararının olası sonuçlarının yasama organınca değerlendirilmesi olasılığı da istemin tümüyle iptalini gerektirmektedir. İptal edilen ibaredeki 'bentlerden' sözcüğü 'aşağıdaki' şeklinde bir göstergeye gereksinim içindedir. Başka bir deyişle 'aşağıdaki' sözcüğü, onu izleyen ibareyi bütünleyen bir işlev gördüğünden, iptal edilen kısımdan ayrılamaz niteliktedir.

Esas Sayısı : 2010/29
Karar Sayısı : 2010/90

Bu oluřa uygun olmayın kısmı iptalinin Anayasanın 153. maddesine uygun dūřmedięi, belirlenen aykırılıęın İbarenin tūmū için geçerli olduęu dūřūncesiyle dava konusu ibaredeki 'ařaęıdaki' sūzcūęūn de iptali gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle kararın belirtilen bōlūmlerine karřıyım.

Üye

şevket APALAK

KARşIOY GEREKÇESİ

5947 sayılı Yasa'nın 6. maddesiyle ilgili Nuri NECİPOğLU'nun karşıoyuna aynen katılıyorum.

Üye

Engin YILDIRIM

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 5947 sayılı Yasa'nın 3. maddesi üniversitelerde çalışacak öğretim elemanlarının çalışma sistemini ve bu sistemle ilgili çalışma koşullarını düzenleyen YÖK Kanunu'nun 36. maddesinde değişiklik yapmaktadır. Yasakoyucu 36. maddenin birinci fıkrasında tüm öğretim elemanlarının üniversitelerde devamlı statüde görev yapacaklarını belirledikten sonra dava konusu ikinci fıkranın birinci tümcesinde de bu statünün gereği olan çalışma koşullarına yer vermiştir. Buna göre öğretim elemanları Yüksek Öğretim Kanunu ve diğer kanunlarda belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başkaca herhangi bir iş göremez ve serbest meslek icra edemezler.

5947 sayılı Yasa'nın yapılış amacı ile genel gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde yasakoyucu dava konusu kuralda üniversitelerde çalışan öğretim elemanlarının eğitim veya bilimsel faaliyetlerini değil kamu görevlisi olmaları nedeniyle çalıştıkları statüyle bağdaşmayan işleri yasaklamaktadır. Ayrıca dava konusu kuralın genelde tüm üniversiteleri, özelde tıp fakültesinde görevli öğretim üyelerini ilgilendirdiği dikkate alındığında yasakoyucunun, sağlık sorunlarının çözüme bağlanması ve tıp eğitiminin geliştirilmesi amacıyla, bu fakültelerde görev yapan hocaların, mesailerinin tamamını bilimsel çalışmalara ve üniversite polikliniklerine başvuran hastalara ayırmalarını zorunlu görerek, buna göre çalışma koşullarını belirlediği açıktır. Bu nedenle üniversitelerin bilimsel özerkliği ile öğretim elemanlarının bilimsel faaliyetleri dışında kalan konuları kapsayan dava konusu tümcede yer alan düzenlemenin Anayasa'nın 130. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

2- 5947 sayılı Yasa'nın 6. maddesiyle 2547sayılı YÖK Kanunda yapılan değişiklik sonucu kamuda çalışan diğer tüm personelde olduğu gibi, öğretim elemanlarının da devamlı statüde çalışmaları öngörülmüştür. Kısmi statüde çalışma kaldırıldığından dolayı, Yasa'nın yayımlandığı tarihte kısmi statüde çalışanların hukuksal durumlarının belirlenmesi amacıyla Geçici Madde 57'de bir kısım kurallar getirilmiştir. Maddedeki düzenlemeye göre kısmi statüde çalışan öğretim üyeleri, herhangi bir koşul aranmaksızın talep etmeleri halinde devamlı statüye geçebilecektir. Yasakoyucu kısmi statüde çalışanların özel durumlarını göz önünde bulundurarak, devamlı statüye geçme konusunda ayrıca bir yıllık süre öngörmüştür. Belirlenen bu sürenin kısmi statüde çalışanların pozisyonlarını ayarlamaları için makul olduğu kabul edilmelidir. Çünkü kısmi statüde çalışanlar bu çalışmalarının iki yıllık bir dönem ile sınırlı olduğunu bilerek üniversitede görev alırlar. İki yıllık sürenin sonunda görevlerinin devamı konusunda yeni bir karar alınmaması halinde, üniversitedeki kısmi çalışmaları yasa gereği kendiliğinden sona erecektir. Dolayısıyla kısmi statüde çalışan öğretim üyeleri, bu çalışmalarının iki yıllık bir dönemle sınırlı olduğu bilinciyle üniversite dışındaki serbest çalışmalarını planladığı, iki yıllık bir çalışma dönemi için dava konusu tümcede yasakoyucunun bir yıl geçiş süresi tanıdığı olması, hukuk devletinin gereği olan hukuki güvenlik ve istikrar ilkelerine aykırılık taşımaz.

Açıklanan nedenlerle iptal edilen kuralın Anayasaya aykırı bir yönü bulunmadığı kanaatine vardığımızdan iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

3- Dava konusu ibarenin yer aldığı 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesi, 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında değişiklik yapan ve hekimlerin çalışma koşullarını yeniden düzenleyen bir kuraldır. Bu kural ile hekimlerin çalışma koşullarında

yapılan en önemli değişiklik; kısmi zamanlı çalışmanın kaldırılması, kamuda çalışan hekimlere tam gün çalışma koşulu getirilmesi ve mesleğini serbest olarak icra etmek isteyen hekimlerin kamu ile olan bağlarının kesilmesidir.

Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında '*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*' denilerek devlete, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama, kişilerin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi verilmiştir.

Yasakoyucu 56. maddede devlete verilen bu görevin gereği olarak, kamuda çalışan hekimlerin kısmi zamanlı çalışmalarının kişilerin yaşama, maddi ve manevi varlıklarını geliştirme haklarına olumsuz etkileri olduğu değerlendirmesi ile dava konusu kuralda yer verilen yeni bir çalışma sistemini getirmiştir. 1219 sayılı Yasa'nın 12. maddesi ile getirilen bu sisteme göre, tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, maddenin ikinci fıkrasında yer verilen bentlerden yalnız birinde yer alan kurumlarda mesleklerini icra edebileceklerdir.

Her şeyden önce Anayasada bir konuyla ilgili olarak emredici ya da yasaklayıcı kurallar yoksa, eşitlik, kazanılmış haklara saygı, kanunla düzenleme gibi Anayasal ilkelere aykırı olmamak koşuluyla bu konunun düzenlenmesinin yasakoyucu'nun takdir yetkisine bırakıldığının kabulü gerekir. Bu bağlamda bireylerin hayatlarını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmelerini kolaylaştıracak yöntemlerin nelerden ibaret olduğunun belirlenmesi ile sağlık hizmetlerinin yürütülmesi konusunda Anayasa da bağlayıcı bir kural bulunmadığına göre bu konuda yapılacak düzenlemeler yasakoyucunun takdir yetkisi içinde kalmaktadır.

Ayrıca yasakoyucu 5947 sayılı Yasa'nın genel gerekçesi ile dava konusu ibarenin yer aldığı madde gerekçesinde mevcut çalışma sisteminin; kamu kurumunda verimlilik azalması ve hastanın bilinçli veya durumsal olarak özel sektöre yönlendirilmesi sonucunu doğurduğu, hekimlerin bir yandan kamu hizmeti sunarken, diğer yandan sundukları bu hizmetten tam olarak soyutlanamayan özel meslekî faaliyette bulunma ayrıcalığı olarak tanımlanabilecek kısmî zamanlı çalışma düzeninin, halkın sağlık hizmetine erişimini olumsuz yönde etkilediği, kısmî zamanlı çalışan hekimlerin kamu sağlık kurumları dışında verdiği hizmetin, kamunun yükünü paylaşılacak yerine, bazen kamusal hizmete erişim aracı hâline getirildiği, hekimlerin çalışma sisteminin, kamu yararı ile birey yararı arasında çıkar çatışmasına fırsat vermeden, kamusal kaynaklarla oluşturulmuş olan kadroların her koşulda kamu yararına hizmet eder hâle getirilmesinin güvence altına alınması gerektiği, hekimle hastası arasında doğrudan para ilişkisi bulunması, hastaların sağlık hizmetine erişimini zorlaştırdığı ve bu durumun hekimlik mesleğinin itibarı açısından da kabul edilemez sonuçlara neden olduğu, hekimlerin, mesai açısından ve zihinsel olarak bölünmüşlük yaşamadıkları, hasta memnuniyetini daha kolayca hedefleyebildikleri, emeklerini bir noktada yoğunlaştıracabilecekleri ortamın oluşturulmasında zorunluluk bulunduğu gibi kamu yararı amacı taşıyan nedenlere dayanarak yeni bir çalışma sistemi getirdiğini belirtmiştir.

Kamu yararı amacıyla getirildiği anlaşılan bu çalışma sisteminin, bireylerin yaşama, maddi ve manevi varlıklarını geliştirme, hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmelerine elverişli bir yöntem olup olmadığının takdiri Anayasaya Mahkemesinin değil yasama organının görevi içinde kalmaktadır. Dolayısıyla sağlık sorunlarının çözümü için getirildiği anlaşılan ve

Esas Sayısı : 2010/29
Karar Sayısı : 2010/90

kamuda görevli hekimlerin çalışma koşullarını düzenleyen kuralın Anayasaya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle iptal edilen kuralların Anayasaya aykırı bir yönü bulunmadığı kanaatine vardığımdan iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Nuri NECİPOĞLU