

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı:2019/13

Karar Sayısı:2021/31

Karar Tarihi:29/4/2021

Resmi Gazete Tarih-Sayısı:2/7/2021-31529

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL, Engin ÖZKOÇ ile birlikte 134 milletvekili

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

A. 5. maddesiyle 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a eklenen ek 15. maddenin,

B. 11. maddesiyle 23/1/1953 tarihli ve 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 5. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları ile ek 1. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının,

C. 17. maddesiyle 28/3/1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu'nun ek 158. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ikinci cümlenin "...*eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı, Sağlık Bakanının seçtiği bir üye...*" bölümünün,

Ç. 18. maddesiyle 7/6/1985 tarihli ve 3224 sayılı Türk Dış Hekimleri Birliği Kanunu'nun 42. maddesinin;

1. Başlığının "*Bildirim zorunluluğu*" şeklinde değiştirilmesinin,

2. Birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarının yürürlükten kaldırılmasının,

D. 19. maddesiyle 3224 sayılı Kanun'un 46. maddesinde yer alan "...*42 nci maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarındaki hükümlere...*" ibaresinin "...*42 nci maddesine...*" şeklinde değiştirilmesinin,

E. 26. maddesiyle 24/11/2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesine eklenen on birinci fıkranın,

F. 34. maddesiyle 21/2/2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının değiştirilen (e) bendinde yer alan "...*on yılı...*" ibaresinin,

Anayasa'nın 2., 10., 13., 17., 20., 27., 36., 38., 48., 49., 56., 70., 118., 130. ve 135. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un iptali talep edilen kuralların da yer aldığı;

1. 5. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'a eklenen ek 15. madde şöyledir:

“Ek Madde 15- (Ek:15/11/2018-7151/5 md.)

Terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabiplerden Devlet hizmeti yükümlüsü olanlar, çıkarılma veya göreve alınmama kararının verildiği tarihten itibaren, 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında üçüncü grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile dördüncü grup ilçe merkezleri için belirlenen Devlet hizmeti süresinin sonunda mesleklerini icra edebilirler. Devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirirken kamu görevinden çıkarılanların hizmet süreleri bu süreden düşülür.”

2. 11. maddesiyle 6023 sayılı Kanun’un yürürlükten kaldırılan;

a. 5. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

“Özel kurum ve işyeri tabipleri; çalıştıkları yerlerin sağlık hizmetlerinin başka bir yerde ikinci bir görev yapmalarına elverişli bulunduğu tabip odaları idare heyetince kabul edilmedikçe her ne suretle olursa olsun, diğer bir kurum ve işyerinin tabipliğini alamazlar.

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

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

b. Ek 1. maddesi şöyledir:

“Ek Madde 1- 5 inci maddeye göre kayıtlı buldukları tabip odaları idare heyetinin muvafakatini almadan ek bir tabiplik vazifesi kabul eden veya bu Kanunun yayımı tarihinde uhdesinde birden fazla tabiplik vazifesi olup da üç ay zarfında bir beyanname ile keyfiyeti tabip odalarına bildirmeyen veya gerçeğe aykırı beyanname veren veyahut bu beyanname üzerine idare heyetinin vereceği karara uymayarak vazifeye devam eden tabipler, Haysiyet Divanınca o yılki en yüksek yıllık üye aidatının beş katı ile on katı arasında değişen para cezasıyla cezalandırılırlar.

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

3. 17. maddesiyle 2809 sayılı Kanun’un cümlelerin eklendiği ek 158. maddenin ikinci fıkrası şöyledir:

“Üniversitenin yönetim organları, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda öngörülen organlar ile Mütevelli Heyetinden oluşur. (İptal ikinci ve üçüncü cümle: Anayasa Mahkemesinin 2/11/2016 tarihli ve E: 2015/61, K: 2016/172 sayılı Kararı ile.) (...) (Ek cümleler:15/11/2018-7151/17 md.) Mütevelli Heyeti; Rektör, eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı, Sağlık Bakanının seçtiği bir üye, Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilen profesör unvanına sahip iki üye olmak üzere, toplam beş üyeden oluşur. Mütevelli Heyeti, Rektör

başkanlığında ilk toplantısını yapar ve bu toplantıda yapılacak seçim ile Mütevelli Heyeti Başkanı belirlenir. Mütevelli Heyeti, en az dört üye ile toplanır ve salt çoğunlukla karar alır. Bakan, Yükseköğretim Kurulu ve Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığı Yönetim Kurulu tarafından seçilen üyelerin görev süresi dört yıldır. Mütevelli Heyetinin çalışma usul ve esasları, Mütevelli Heyetinin teklifi üzerine Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenir.”

4. 18. maddesiyle 3224 sayılı Kanun’un başlığı değiştirilen ve birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları yürürlükten kaldırılan 42. maddesi şöyledir:

“Bildirim zorunluluğu

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

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

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

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

5. 19. maddesiyle 3224 sayılı Kanun’un ibare değişikliği yapılan 46. maddesi şöyledir:

“Yasaklara ve bildirim mecburiyetine uymayanlar

Madde 46- (Değişik : 23/1/2008-5728/443 md.)

*Bu Kanununun 17 nci maddesinin dördüncü fıkrası ile **42 nci maddesine** uymayanlara mahallî mülkî amir tarafından bin Türk Lirası idarî para cezası verilir.”*

6. 26. maddesiyle 5258 sayılı Kanun’un 3. maddesine eklenen on birinci fıkra şöyledir:

*“(Ek fıkra:15/11/2018-7151/26 md.) **Aile hekimleri ferden veya müştereken personel çalıştırabilir ve işveren olabilir.**”*

7. 34. maddesiyle 6428 sayılı Kanun’un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının değiştirilen (e) bendi şöyledir:

*“e) (Değişik:15/11/2018-7151/34 md.) Hizmet bedeli: Bedelin bir unsuru olup tesisin ve ekipmanların kullanıma hazır tutulmasına yönelik bakım, onarım ve benzeri hizmetlerin bedeli ile ilgili mevzuatına göre hizmet alımı yoluyla gördürülebilecek hizmetlerin sunulması karşılığında idare tarafından yükleniciye ödenen, beş yıl ve ihtiyari hizmetlerde sözleşmede yer alan miktara bağlı, tıbbi destek hizmetlerinde ise **on yılı** geçmemek üzere dönemsel piyasa testi ile güncellenen bedeli,”*

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi

DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 13/2/2019 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Berrak YILMAZ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Kanun'un 5. Maddesiyle 1219 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 15. Maddenin İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

3. Dava konusu kuralla, terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabiilerden devlet hizmeti yükümlüsü olanların, çıkarılma veya göreve alınmama kararının verildiği tarihten itibaren, 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 3. maddesinin birinci fıkrasında üçüncü grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile dördüncü grup ilçe merkezleri için belirlenen devlet hizmeti süresinin sonunda mesleklerini icra edebilecekleri, devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirirken kamu görevinden çıkarılanların hizmet sürelerinin bu süreden düşüleceği hüküm altına alınmaktadır.

4. 3359 sayılı Kanun'un ek 3. maddesinde devlet hizmeti yapma yükümlülüğü düzenlenmektedir. Buna göre ilgili mevzuata göre yurt içinde veya yurt dışında öğrenimlerini tamamlayarak tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayarak uzman tabip unvanını kazananlar, her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydıyla ilçelerin sosyo-ekonomik gelişmişlik sıralamasında yer alan gruplar için öngörülen süre kadar Sağlık Bakanlığı veya Sağlık Bakanlığınca uygun görülen Millî Savunma Bakanlığı ve diğer kuruluşlarda devlet memuru veya ilgililerin talebi hâlinde 10/7/2003 tarihli ve 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'a tâbi sözleşmeli sağlık personeli olarak devlet hizmeti yapmakla yükümlüdürler. Buna göre altıncı grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerlerinde 300, beşinci grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile altıncı grup ilçe merkezlerinde 350, dördüncü grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile beşinci grup ilçe merkezlerinde 400, üçüncü grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile dördüncü grup ilçe merkezlerinde 450, ikinci grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile üçüncü grup ilçe merkezlerinde 500, birinci grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile ikinci grup ilçe merkezlerinde 550, birinci grup ilçe merkezlerinde 600 gün devlet hizmeti yapma yükümlülüğü öngörülmektedir. 3359 sayılı Kanun'un ek 4. maddesinin üçüncü fıkrasında ise devlet hizmeti yükümlülüğü kapsamındaki personelin bu görevlerini tamamlamadan mesleklerini icra edemeyecekleri hüküm altına alınmıştır.

5. Anılan Kanun'un ek 3. maddesinin birinci fıkrasında üçüncü grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile dördüncü grup ilçe merkezleri için belirlenen devlet hizmeti süresi 450 gündür. Bu bağlamda kural gereğince terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca devletin

millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabiilerden devlet hizmeti yükümlüsü olanlar, ancak çıkarılma veya göreve alınmama kararının verildiği tarihten itibaren 450 gün sonra mesleklerini icra edebilecekler, devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirirken kamu görevinden çıkarılanların hizmet süreleri ise bu süreden düşülecektir. Kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabiilerden devlet hizmet yükümlülüğü olmayan tabiiler ise dava konusu kural kapsamında olmadığından bunların söz konusu süreyi beklemeksizin özel sektörde mesleklerini icra etmelerine bir engel bulunmamaktadır.

6. Bu itibarla kural kapsamında iki grup tabip bulunmaktadır. Bunlardan ilki terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan devlet hizmeti yükümlüsü tabiiler olup bunlar olağanüstü hâlin ilanından sonra doğrudan kanun hükmünde kararnamelerle (KHK) ya da bireysel işlemlerle kamu görevinden çıkarılmış olabilir. Dava konusu kural kapsamında yer alan diğer grup ise güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan devlet hizmeti yükümlüsü tabiilerdir.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

7. Dava dilekçesinde özetle; kuralın geçicilik, kısmi olma ve yargı denetimine açık olma özellikleri ile tanımlanan olağanüstü hâl (OHAL) yönetiminin doğasına aykırı olduğu, OHAL yönetiminin neden olduğu tahribatı genişletme, derinleştirme ve kalıcı kılma tehlikelerini beraberinde getirdiği, hukukun genel ilkelerine, bilime ve uzmanlık ilkelerine aykırı olduğu, eşitlik, nesnellik ve soyutluk ilkelerini taşımadığı, öngörülebilir, ulaşılabilir ve anlaşılabilir olma özelliklerini taşımadığı, ayrımcı, kategorize edici, öznel değerlendirmeler ile belirli meslek mensuplarını anayasal haklarından yoksun kıldığı, ceza niteliğinde olduğu, bu itibarla kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu, terörle mücadele ile ilgisinin bulunmadığı, toplumsal barışı ortadan kaldırııcı ve ayrımcı nitelikte olduğu, kuralda yer alan *irtibat* ve *iltisak* kavramlarının soyut ve sübjektif değer yargıları içerdiği, yine kuralda yer alan “...*ilgili mevzuat çerçevesinde...*” ibaresiyle kurala konu değerlendirmeyi gerçekleştirecek kişi ve makamın belirsiz olduğu, idareye sübjektif ölçütler ve gerekçeler ile kanun önünde eşitlik ilkesini bozucu tutum ve davranışlarda bulunma yetkisinin verildiği, kişilerin herhangi bir yargı kararı olmaksızın, bir OHAL KHK’sı ile ya da sübjektif bir güvenlik soruşturması sonucunda suçlu ilan edilmesinin hak mahrumiyetine yol açtığı, bu durumun masumiyet karinesine aykırı olduğu, mağdurun bakmakla yükümlü olduğu kişiler ile yakınlarının da sosyal ve iktisadi bakımdan cezalandırılmasına yol açması nedeniyle *cezaların şahsiliği* ilkesiyle bağdaşmadığı, çalışma hakkı ile kamu hizmetine girme hakkına aykırılık oluşturduğu, Millî Güvenlik Kurulunun icrai nitelikte idari karar almaya yetkili olmayıp sadece tavsiye niteliğinde karar almaya yetkili olduğu, bu itibarla Millî Güvenlik Kurulunun aldığı kararları esas alan kuralın Millî Güvenlik Kurulunun anayasal statüsüyle bağdaşmadığı, kuralda yer verilen güvenlik soruşturması ölçütünün memurlar ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri ile hak ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği yolundaki anayasal ilkeyle uyumlu olmadığı belirtilerek kuralın Anayasa’nın 2., 10, 13., 17., 20., 36., 38., 48., 49., 70. ve 118. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

a. Maddenin Birinci Cümlesi

8. Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*", 49. maddesinin birinci fıkrasında "*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir*", ikinci fıkrasında da "*Devlet, ... çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır*" hükümleri yer almaktadır.

9. Dava konusu kuralla, terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabiplerden devlet hizmeti yükümlüsü olanların, çıkarılma veya göreve alınmama kararının verildiği tarihten itibaren belirli bir sürenin bitiminin ardından mesleklerini icra edebilecekleri hükme bağlanmak suretiyle çalışma hakkına yönelik bir sınırlama getirilmektedir.

10. Anayasa'nın 13. maddesinde "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" denilmektedir. Buna göre temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren düzenlemelerin Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekir.

11. Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde çalışma hakkı için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da o hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Öte yandan Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile Anayasa'da devlete yüklenen ödevler, özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebilir.

12. Ülkenin her yöresinde sağlık hizmetlerinden yararlanılabilmesi ve niteliği gereği sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ortaya çıkacak eksiklik ve gecikmelerin telafisi imkânsız sonuçlara yol açacağı hususları dikkate alınarak 3359 sayılı Kanun'la tabipler ile uzman tabiplere her eğitimleri için vatandaşlık ödevi kapsamında devlet hizmeti yükümlülüğü öngörülmüş ve bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlerin mesleklerini icra edemeyecekleri hüküm altına alınmıştır.

13. Dava konusu kural uyarınca ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan devlet hizmeti yükümlüsü tabipler yönünden bu yükümlülüğün yerine getirilmesi mümkün değildir. Bu durumda devlet hizmeti yükümlüsü olup meslekten çıkarılmayan veya güvenlik soruşturması sonucu kamu görevine alınmasına engel bulunmayan tabiplerin özel sektörde çalışması için belirli bir süre zorunlu hizmet görevini yapması gerekirken, meslekten çıkarılan veya alınmayan kişilerin doğrudan özel sektörde çalışmaya başlamasının haksızlık duygusunun oluşmasına neden olabileceği söylenebilir. Kanun koyucunun kural kapsamındaki tabiplerin ancak maddede belirlenen devlet hizmeti yükümlülük süresi sonunda mesleklerini icra edebileceklerini düzenlemek suretiyle devlet hizmet yükümlülüğünü ifa eden tabipler ile bu yükümlülüğü belirtilen nedenlerle ifa edemeyen tabipler arasında mesleklerini kamu dışında icra edebilecekleri sürenin başlangıcı yönünden oluşacak haksızlığın önlenerek çalışma barışının sağlanmasını amaçladığı anlaşılmaktadır.

14. Anayasa'nın 49. maddesinin ikinci fıkrasında "*Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını*

sağlamak için gerekli tedbirleri alır.” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre çalışma hayatını koruma bağlamında başka tedbirlerle birlikte çalışma barışını sağlamak da devletin ödevleri arasında yer almaktadır. Bu çerçevede çalışma barışının sağlanması amacıyla öngörülen kuralın anayasal bağlamda meşru bir amaca sahip olmadığı söylenemez.

15. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi *elverişlilik, gereklilik ve orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

16. Kuralın kamu hizmetinde çalıştırılması uygun görülmeyen tabieler yönünden ortaya çıkacak lehe sonuçların ortadan kaldırılmasını sağlayacak bir tedbir öngördüğü, böylece kuralla ulaşılmak istenen çalışma barışının sağlanması amacı yönünden kuralın *elverişlilik* ilkesine uygun bir sınırlama getirdiği söylenebilir. Ancak kuralın ölçülülük ilkesine uygun olabilmesi için *elverişli* bir sınırlama getirmesi yeterli olmayıp sınırlamanın *gereklilik ve orantılılık* ilkelerine de uygun olması gerekir.

17. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadı uyarınca Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında bir hakka sınırlama getirilebilmesi için öngörülen sınırlama olmaksızın sınırlama amacına ulaşılamaması gerekir. Bir başka ifadeyle kuralla ulaşılmak istenen amaca ulaşmak için en hafif tedbirin öngörülmesi zorunlu olup aynı amaca daha hafif bir araçla ulaşılmaması mümkün ise daha ağır bir araç seçilmesi *gereklilik* ilkesiyle çelişir ve sınırlamayı ölçüsüz hale getirir (AYM, E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016; E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 26-27).

18. Dava konusu kuralın amacı kural kapsamındaki tabielerin *milli güvenlik* gerekçesiyle özel sektörde çalıştırılmalarının önlenmesi değil çalışma barışının sağlanmasıdır. Dolayısıyla gereklilik ölçütünün karşılanabilmesi ve anılan amaca ulaşmak için kuralda öngörülen tedbirden daha hafif bir sınırlama aracının bulunmaması gerekir. Kuralla konu devlet hizmeti yükümlüsü tabieler zorunlu hizmeti ifa etmekten kaçınmamakta, devlet çeşitli gereklerle bu kişileri kamu hizmetinde çalıştırmayı uygun görmemektedir. Ancak kuralda kişilerin bir taraftan kamuda çalışmaları önlenirken öbür tarafta 450 gün gibi uzun bir süreyle özel sektörde de çalışmaları yasaklanmakta, böylece anılan kişilerin belirlenen süre zarfında tabiplik mesleğini icra etmeleri önlenmektedir. Çalışma barışının sağlanması için çalışma hakkını ve başka birçok kamusal yararı etkileyebilecek bu kadar ağır bir tedbire başvurulmadan da anılan sonuca ulaşılmamasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda kural kapsamında kalan tabieler zorunlu hizmet süresi boyunca sadece zorunlu hizmete tabi bölgelerde özel sektördeki işlerini icra edebilme yükümlülüğü getirilerek de anılan amaca ulaşılmaması veya benzeri başka tedbirlerin alınabileceği açıktır. Bu yönüyle kural *gereklilik* ölçütünü ihlal etmektedir.

19. Bir an için kuralın gereklilik ölçütünü karşıladığı kabul edilse bile kuralda ulaşılmak istenen amaç ile getirilen araç arasında, bir başka ifadeyle sınırlamayla ulaşılmak istenen kamu yararı ile kişilerin çalışma hakkı arasında olması gereken makul dengenin bulunduğunu da söylemek mümkün görünmemektedir. Bu bağlamda milli güvenliği sağlama amacı olmaksızın sırf çalışma barışını sağlamak amacıyla devlet hizmet yükümlülüğü uygulamasının amacına hizmet etmeyecek şekilde kamuda çalışmasına milli güvenlik gerekçesiyle izin verilmeyen tabielerin 450 gün gibi uzun bir süreyle özel sektörde de mesleklerini icra etmelerinin önlenmesinin öngörülen amaca bakıldığında kişilere aşırı bir külfet yüklenmesi sonucunu doğurduğu anlaşılmaktadır.

20. Diğer yandan belirtmek gerekir ki kural kapsamında bulunan kişilerin özel sektörde çalışmalarının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla kural normal şartlarda özel sektörde çalışmasına izin verilen kişilerin, amacı ülkedeki tabip eksikliği nedeniyle sağlık hizmetlerinin herkese ulaştırılamaması sorununu çözmek olan devlet hizmet yükümlülüğü uygulaması kapsamında 450 gün gibi uzun bir süre boyunca tabiplik mesleğini icra etmekten alıkonulmasına neden olmaktadır. Bunun anılan uygulamayla amaçlanan herkesin sağlık hizmetlerinden daha fazla faydalanması amacının tam zıddı yönünde bir sonuca yol açabileceği açıktır. Bu çerçevede kuralın devlet hizmet yükümlülüğü uygulamasının amacının aksine daha az tabibin sağlık hizmeti verebilmesi sorununa da yol açabileceği anlaşılmaktadır. Öte yandan kural kapsamındaki kişilerin mesleğini yapamamalarına bağlı olarak tıp mesleğinin niteliği dikkate alındığında mesleki pratik ve gelişimden yoksun kalacakları, bunun ise kamu sağlığı açısından da istenmeyen sonuçlara yol açabileceği ortadadır. Bu hususların genel olarak menfaatler dengesini bozduğu, bu yönüyle kuralın ölçülülük ilkesini ihlal ettiği neticesine varılmıştır.

21. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 48. ve 49. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kadir ÖZKAYA, Muammer TOPAL, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, Basri BAĞCI ve İrfan FİDAN bu görüşe katılmamışlardır.

Kural Anayasa'nın 13., 48. ve 49. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 2., 10., 17., 20., 36., 38., 70. ve 118. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

b. Maddenin İkinci Cümlesi

22. Kanun'un ek 15. maddesinin dava konusu birinci cümlesinin iptali nedeniyle dava konusu ikinci cümlesinin uygulanma imkânı kalmamıştır. Bu nedenle anılan cümle 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası kapsamında değerlendirilmiş ve bu cümle yönünden Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılmasına gerek görülmemiştir.

B. Kanun'un 11. Maddesiyle 6023 Sayılı Kanun'un 5. Maddesinin Birinci, İkinci ve Üçüncü Fıkraları ile Ek 1. Maddesinin, 18. Maddesiyle 3224 Sayılı Kanun'un 42. Maddesinin Birinci, İkinci ve Üçüncü Fıkralarının Yürürlükten Kaldırılması ile 19. Maddesiyle 3224 Sayılı Kanun'un 46. Maddesinde Yer Alan "...42 nci maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarındaki hükümlere..." İbaresinin "...42 nci maddesine..." Şeklinde Değiştirilmesinin İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

23. Dava konusu kurallarla; 6023 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları ile ek 1. maddesi, 3224 sayılı Kanun'un 42. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları yürürlükten kaldırılmış; anılan Kanun'un 46. maddesinde yer alan "...42 nci maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarındaki hükümlere..." ibaresi "...42 nci maddesine..." şeklinde değiştirilmiştir.

24. 6023 sayılı Kanun'un 5. maddesinin dava konusu kuralla yürürlükten kaldırılan birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında, özel kurum ve işyeri tabiplerinin; çalıştıkları yerlerin sağlık hizmetlerinin başka bir yerde ikinci bir görev yapmalarına elverişli bulunduğu tabip odaları yönetim kurulunca kabul edilmedikçe her ne suretle olursa olsun, diğer bir kurum ve işyerinin tabipliğini alamayacakları, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerine ait

kadrolarda çalışan tabiplere kurumlarınca verilecek ikinci görevlerin bu hükmün dışında olduğu ve tabip odaları yönetim kurullarının; tâyin hususunda vâki müracaatları, iş hacmi görevin tabipler arasında adil bir şekilde dağıtılması, hizmetin iyi yapılması ve benzeri sebepler çerçevesinde inceleyeceği ve gerekçeli olarak karara bağlayacağı düzenlenmiştir.

25. Anılan Kanun'un dava konusu kuralla yürürlükten kaldırılan ek 1. maddesinde ise 5. maddeye göre kayıtlı buldukları tabip odaları idare heyetinin muvafakatini almadan ek bir tabiplik görevi kabul eden veya bu Kanun'un yayımı tarihinde uhdesinde birden fazla tabiplik görevi olup da üç ay zarfında bir beyanname ile keyfiyeti tabip odalarına bildirmeyen veya gerçeğe aykırı beyanname veren veyahut bu beyanname üzerine idare heyetinin vereceği karara uymayarak göreve devam eden tabiplerin, disiplin kurulunca o yılki en yüksek yıllık üye aidatının beş katı ile on katı arasında değişen para cezasıyla cezalandırılacağı, yukarıdaki fiillerden dolayı mahkûm olmasına rağmen, beyanname vermeyen veya gerçeğe uymayacak şekilde beyanname veren veyahut ek göreve devamda ısrar eyleyen veya bu görevi bıraktığı hâlde yönetim kurulunun muvafakati olmadıkça başka bir ek görev kabul eden tabipler hakkında disiplin kurulunca o yılki en yüksek yıllık üye aidatının on katı ile yirmi katı arasında değişen para cezasına hükmolunacağı düzenlenmiştir.

26. 3224 sayılı Kanun'un 42. maddesinin dava konusu kuralla yürürlükten kaldırılan birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında, özel kurum ve işyerinde görevli dış hekimlerinin bu görevlerini başka bir yerde de yapmaları, kayıtlı buldukları oda yönetim kurulunca kabul edilmedikçe her ne suretle olursa olsun, diğer bir kurum veya işyerinin dış hekimliği görevini alamayacakları, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerine ait kadrolarda çalışan dış hekimlerine, kurumlarınca verilecek ikinci görevlerin bu hükmün dışında olduğu, oda yönetim kurullarının, ikinci görev konusunda başvuruları iş hacmi, ikinci görevlerin dış hekimleri arasında adil şekilde dağıtılması, hizmetin iyi yapılması ve benzeri hususları da gözönünde bulundurarak inceleyeceği ve gerekçeli olarak karara bağlayacağı düzenlenmiştir.

27. 3224 sayılı Kanun'un 46. maddesinde yasaklara ve bildirim mecburiyetine uymayanlar hakkında uygulanacak idari para cezası düzenlenmiştir. Dava konusu kuralla anılan Kanun'un 42. maddesine uymayanlara mahallî mülkî amir tarafından bin Türk Lirası idarî para cezasının verileceği öngörülmektedir. 42. maddede ise gerek dış hekimlerinin ve gerekse bunları istihdam eden bütün özel kurum ve işyerlerinin tayin, nakil, işten ayrılma ve benzeri değişiklikleri en geç bir ay içinde buldukları yerin odalarına bildirmeye mecbur oldukları hükme bağlanmıştır. Bu itibarla anılan bildirimde bulunmayanlar hakkında kural uyarınca idari para cezası uygulanacaktır.

2. İptal Taleplerinin Gerekçesi

28. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kurullarla yürürlükten kaldırılan bildirim yükümlülüğünün yalnızca izin alma hususuyla ilgili olmadığı, Türk Tabipleri Birliği (TTB) ve tabip odalarının halk sağlığıyla ilgili her tür olumsuzluğu gözetip gerekli tedbirleri almak ve uyarıları yapmakla yükümlü olduğu, bildirimde bulunulması üzerine TTB ve Türk Dış Hekimleri Birliğine (TDHB) tanınan yetkinin bir tabibin veya dış tabibinin birden çok yerde çalışması durumunun sağlık hizmetlerine ve dolayısıyla kamu sağlığına olası etkilerinin gözetilmesine hizmet ettiği, buna karşılık Sağlık Bakanlığınca verilen çalışma belgesinde tabiplerin veya dış tabiplerinin birden fazla yerde çalışmalarının sağlık hizmetlerine ve hastalara olası etkilerinin gözetilmediği, kurullarla TTB'nin kontrol mekanizmasının ortadan kaldırıldığı, bu durumun denetimsiz bir alanın ortaya çıkmasına neden olacağı, bu itibarla bir tabibin veya dış tabibinin haftalık çalışma müddetince Türkiye'nin farklı şehirlerinde çalışmaya zorlanabileceği, özellikle cerrahi branşlarda operasyon sonrası oluşabilecek komplikasyonlar karşısında hastaların

operasyon yapan tabibine ulaşmakta güçlük yaşayacağı, ilgili odanın iş hacmi, işin iyi yapılması, ikinci görevlerin meslek mensupları arasındaki dağılımı ve benzeri ölçütlere göre değerlendirme yaparak tabip veya dış tabiplerinin ikinci yerlerdeki çalışmalarının uygun olup olmadığına karar verdiği, tabip ve dış tabiplerinin birden fazla yerde çalışmalarının meslektaşlar arasında yaratacağı rekabet ve mesleğin icrasına etkilerinin ilgili oda tarafından değerlendirilmesi gerektiği, söz konusu yetkinin ilgili meslek kuruluşlarından alınmasının bu kuruluşların görevlerini yerine getirmelerini güçleştireceği ve bu alandaki denetim fonksiyonunun ortadan kaldırılmasıyla anayasal bir kurum olan meslek odalarının işlevsizleştirildiği belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

29. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar, ilgileri nedeniyle Anayasa'nın 56. maddesi yönünden de incelenmiştir.

30. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, sosyal adaleti gerçekleştiren, bu bağlamda sağlık hizmetlerinden bireylerin yeteri kadar yararlanmasını sağlayan devlettir. Sosyal devlet olma niteliğinin gereği olarak devlet, kişilerin gerekli ve en uygun sağlık hizmeti almalarını sağlamakla yükümlüdür.

31. Anayasa'nın 56. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir*", üçüncü fıkrasında ise "*Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler*" denilmektedir. Anılan madde devlete, kişilerin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak için sağlık kuruluşlarının hizmetlerini düzenleme, denetleme ve organize etme gibi görevler yüklemiştir. Madde ile devlete verilen bu görevler devletin pozitif yükümlülüklerindedir.

32. Bu çerçevede artan sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, sağlık hizmetlerini yurt genelinde eşit ve kaliteli olarak sunmak, mesleki olarak yeterli, sayıca kısıtlı yetişmiş insan gücünü dengeli bir şekilde dağıtmak, değişen şartlara göre planlama yapmak, hizmet kalitesini yükseltmek, etkin, verimli, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, kurumlar arası iş birliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak sağlık hizmetleri yönünden devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir (AYM, E.2012/103, K.2013/105, 3/10/2013).

33. 3359 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sağlık hizmetleriyle ilgili temel esaslar belirlenmiş olup bunlar; tüm sağlık kurum ve kuruluşları ile sağlık personelinin ülke sathında dengeli dağılımının ve yaygınlaştırılmasının sağlanması, sağlık hizmetlerinin ülke düzeyinde eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunacak şekilde planlanması, koordine edilmesi, mali yönden desteklenmesi ve geliştirilmesi, koruyucu sağlık hizmetlerine öncelik verilmek suretiyle kamu ve özel tüm sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesinde kaynak israfına ve atıl kapasiteye yol açılmayarak sağlık personelinin ülke genelinde dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılmasının sağlanmasıdır. Anılan maddede ayrıca Sağlık Bakanlığının yerine getireceği sağlık hizmetleriyle ilgili temel esaslar; sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesinin düzenlenmesi, sağlık personelinin yurt düzeyinde dengeli dağılımını sağlamak üzere istihdam planlamasının yapılması, herkesin sağlık durumunun takip edilebilmesi ve sağlık hizmetlerinin daha etkin ve hızlı şekilde yürütülmesi amacıyla Sağlık Bakanlığı ve bağlı

kuruluşlarınca gerekli kayıt ve bildirim sisteminin kurulması, sağlık hizmetlerinin yurt çapında istenilen seviyeye ulaştırılması amacıyla bakanlıklar seviyesinden en uçtaki hizmet birimine kadar kamu ve özel sağlık kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları arasında koordinasyon ve iş birliğinin sağlanması şeklinde belirlenmiştir.

34. Dava konusu kurullarla, özel kurum ve işyerlerinde görevli tabipler ile dış tabiplerinin diğer bir kurum veya işyerinin tabiplik ve dış tabipliği görevini kabul edebilmeleri için kayıtlı buldukları tabip veya dış tabibi odalarının yönetim kurullarından izin alma uygulaması ile izin alınmaması hâlinde uygulanacak idari para cezası kaldırılmak suretiyle, bu personelin sadece Sağlık Bakanlığı tarafından yapılan istihdam planlaması çerçevesinde ülke geneline dağılımının sağlanmasının ve bu konuda uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütlerin ortadan kaldırılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır

35. Sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı ve yaşamı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. Kanun koyucunun anayasal sınırlar içinde takdir yetkisini kullanmak suretiyle nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklı olan sağlık hizmetlerine artan talebin daha hızlı, yaygın ve etkin bir şekilde yerine getirilmesi amacıyla devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında söz konusu izni ve bu iznin alınmaması hâlinde öngörülen idarî para cezasının kaldırılması yönünde bir tercih yaptığı görülmektedir. Dava konusu kurulların uygulamada ortaya çıkabilecek tereddüt ve gecikmeleri ortadan kaldırarak söz konusu sağlık personelinin kamu/özel ayrımı yapılmaksızın ülke genelinde daha hızlı dağılımı ile sağlık hizmetlerinin ülke sathında yaygınlaştırılarak kesintisiz bir şekilde sunumunu sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır.

36. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları Anayasa'nın 135. maddesinde düzenlenerek bu kuruluşlara anayasal statü kazandırılmıştır. Anılan maddenin birinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile üst kuruluşlarının, belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim 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 tüzel kişileri olduğu belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyetinin aranmayacağı hüküm altına alınarak serbest çalışan meslek mensuplarının meslek kuruluşlarına üye olması zorunlu kılınmıştır.

37. Meslek kuruluşları ve üst kuruluşları, üstlendikleri hizmetler itibarıyla Anayasa'da kamu kurumu niteliğinde kamu tüzel kişileri olarak yer almışlardır. Bu nitelikleri itibarıyla idari teşkilat bütünü içinde kamu idareleri ile kamu kurumlarının yanında meslek kuruluşları olarak ayrı bir kategoriyi oluşturmaktadırlar. Meslek kuruluşları da idari teşkilat bütünü içinde yer alan kurum ve kuruluşlar gibi devletin gözetim ve denetimine tabidirler.

38. Anayasa'nın kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına yönelik yaklaşımı, meslek mensuplarının ortak gereksinimlerinin karşılanması, çalışmalarının kolaylaştırılması ve meslek disiplini yönünden gözetim ve denetim ağırlıklıdır. Üyelerinin uğraş konuları ve çalışma alanları bakımından bir tür kamu hizmeti yaptıkları gözönünde tutularak bu kuruluşlar *idare* bölümü içinde düzenlenmiş, kamu kurum ve kuruluşları gibi belirli bir düzen ve disiplin içinde kamu hizmetini yerine getirmeyi amaç edinmişlerdir.

39. 6023 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, Türkiye sınırları içinde meslek ve sanatlarını icraya yetkili olup da sanatını serbest olarak yapan veya meslek diplomasından istifade etmek suretiyle resmi veya özel görev yapan tabiplerin katıldığı TTB'nin, tabipler arasında mesleki deontolojiyi ve dayanışmayı korumak ve meslek mensuplarının hak ve yararlarını korumak amacıyla kurulmuş kamu kurumu niteliğinde mesleki bir kuruluş olduğu ifade edilmiştir. 3224 sayılı Kanun'un 3. maddesinde ise TDHB'nin odalarının, anılan Kanun'da yazılı esaslar uyarınca dış hekimliği mesleğine mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, bu mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ve hastaları ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kurulan tüzelkişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda TTB ve TDHB Anayasa'nın 135. maddesi anlamında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarıdır.

40. Özel kurum ve işyeri tabipleri ile dış tabiplerinin çalıştıkları yerler dışında başka bir yerde ikinci bir görev üstlenebilmeleri için kayıtlı oldukları odalarından izin alma şartı ile bu iznin alınmaması hâlinde idari para cezası uygulanmasına ilişkin hükümleri yürürlükten kaldıran kuralların Anayasa'nın 135. maddesinde belirtilen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının 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 hâkim kılmak şeklindeki görevlerinin yerine getirilmesine engel oluşturacağı söylenemez. Ayrıca Anayasa'da meslek kuruluşlarına, üyelerinin diğer bir kurum veya işyerinde ek görev ifa edebilmeleri için bağlayıcı nitelikte izin verme görevi ve yetkisi verilmediği gibi bu şekilde bir izin rejiminin belirlenmemesinin meslek kuruluşlarının anılan amaçlarının gerçekleşmesini önleyeceğini söylemek de mümkün görünmemektedir. Dava dilekçesinde dava konusu kurullarla Anayasa uyarınca verilmiş olan işlevlerin kısıtlanarak bu alandaki denetim fonksiyonunun ortadan kaldırılmasının meslek odalarının işlevsizleştirilmesine neden olacağı ileri sürülmekte ise de belirtilen hususlar yerindelik kapsamında olup anayasal denetimin konusu dışında kalmaktadır.

41. Öte yandan sağlık hizmetleriyle ilgili temel esaslar çerçevesinde tabiplerin ve dış tabiplerinin mesleklerini icra edebilmeleriyle ilgili usul ve esaslar 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir. 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin üçüncü fıkrasında tabiplerin, dış tabiplerinin ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, Sağlık Bakanlığınca yapılan istihdam planlamaları çerçevesinde ve ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilecekleri düzenlenmiştir. Anılan fıkra "..."*Sağlık Bakanlığınca yapılan istihdam planlamaları çerçevesinde ve...*" ibaresinin eklendiği 26/7/2018 tarihli ve 7146 sayılı Kanun'un gerekçesinde düzenlemeyle sağlık personelinin adil ve dengeli dağılımının sağlanması, atıl kapasiteye meydan verilmemesi ve Sağlık Bakanlığınca yapılan istihdam planlamasının uygulanabilmesi için 1219 sayılı Kanun'a göre birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışmada Sağlık Bakanlığı planlamalarının esas alınacağı ifade edilmiştir.

42. 1219 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemelerin yanı sıra bu Kanun'a dayanılarak kabul edilen yönetmeliklerde de tabiplerin ve dış tabiplerinin çalışma usul ve esasları, kaynak israfı ve atıl kapasiteye yol açılmaksızın ülke düzeyinde dengeli, verimli ve kaliteli sağlık hizmetinin sunulmasını sağlamak üzere ayakta teşhis ve tedavi yapılan özel sağlık kuruluşlarının yapılandırılmaları, ruhsatlandırma işlemleri, faaliyetleri, faaliyetlerine son verilmesi, denetimleri ve diğer hususlar ile sağlık kuruluşlarının ve personelinin çalışma usul ve esasları ile etkin, verimli ve kaliteli sağlık hizmeti sunulmasını sağlamak üzere, bütün özel hastanelerin tesis, hizmet ve personel standartlarının tespit edilmesine, sınıflandırılmasına, sınıflarının

değiştirilmesine, amaca uygun olarak teşkilatlandırılmasına ve bunların açılmalarına, faaliyetlerine, kapanmalarına ve denetlenmelerine ilişkin usul ve esaslar ayrıntılı olarak belirlenmiştir.

43. Bu çerçevede mevzuatta çeşitli hukuki tedbirlere yer verilmek suretiyle sağlık hizmetlerinin anılan anayasal kurallar çerçevesinde işlemlerini sağlayacak hükümlere yer verilmediği ve ülke çapında daha kaliteli bir sağlık hizmetinin sağlanmasına yönelik tabip ve diş tabiplerinin çalışma şartlarına ilişkin kontrol mekanizmasının bulunmadığı veya denetimsiz bir alanın ortaya çıktığı söylenemez.

44. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2., 56. ve 135. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

C. Kanun'un 17. Maddesiyle 2809 Sayılı Kanun'un Ek 158. Maddesinin İkinci Fıkrasına Eklenen İkinci Cümlelerin "...eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı, Sağlık Bakanının seçtiği bir üye..." Bölümünün İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

45. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralla Sağlık Bilimleri Üniversitesinin yönetim organlarından biri olan Mütevelli Heyetine siyasal iktidarın temsilcileri konumundaki Sağlık Bakanı Yardımcısı ile Sağlık Bakanının seçtiği bir üyenin dahil edildiği, bu durumun üniversitelerin bilimsel özerkliğiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 27. ve 130. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

46. 2809 sayılı Kanun'un ek 158. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde, Sağlık Bilimleri Üniversitesi Mütevelli Heyetinin; Rektör, eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı, Sağlık Bakanının seçtiği bir üye, Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilen profesör unvanına sahip iki üye olmak üzere toplam beş üyeden oluşacağı hükme bağlanmış olup anılan cümlelerin "...eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı, Sağlık Bakanının seçtiği bir üye..." bölümü dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

47. Anayasa'nın yükseköğretim kurumlarını düzenleyen 130. maddesinin birinci fıkrasında "*Çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler Devlet tarafından kanunla kurulur.*"; üçüncü fıkrasında "*Kanun, üniversitelerin ülke sathına dengeli bir biçimde yayılmasını gözetir.*"; dördüncü fıkrasında "*Üniversiteler ile öğretim üyeleri ve yardımcıları serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilirler. Ancak, bu yetki, Devletin varlığı ve bağımsızlığı ve milletin ve ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği aleyhinde faaliyette bulunma serbestliği vermez.*"; dokuzuncu fıkrasında "*Yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumlulukları üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri, ... öğrenimin ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesi, ... kanunla düzenlenir.*" hükümleri yer almakta ve madde gerekçesinde kanuna bırakılan konuların *bilimsel özerklik* ilkesinin gözönünde bulundurulması gerektiği vurgulanmaktadır.

48. Bilimsel özerklik, bilimsel çalışmaların üniversite ortamında yürütülebilmesinin olmazsa olmaz koşulu olup üniversite mensuplarının ekonomik ve siyasi yönden nüfuz sahibi bulunan kişi ve kurumların baskısı, yönlendirmesi olmadan ve toplumda hâkim olan düşünce ve kabuller doğrultusunda sonuçlara varmak gibi bir zorunluluk hissetmeden sadece bilimsel ölçütler ve etik kurallar çerçevesinde eğitim, öğretim, araştırma ve yayın yapabilme imkânlarına sahip bulunmalarını ifade etmektedir (AYM, E.2017/33, K.2019/20, 10/4/2019, § 70). Üniversitelerin bilimsel özerkliği; üniversitelerde yürütülen eğitim, araştırma, yayın ve benzeri etkinliklerin planlanması, düzenlenmesi ve icra edilmesi aşamalarında yönetim yetkisinin serbestçe kullanılabilmesini, belirtilen faaliyetlerle ilgili üniversite kaynaklarının kullanımına yönelik kararların üniversite yönetim organlarıca serbestçe alınabilmesini gerektirmektedir (AYM, E.2015/61, K.2016/172, 2/11/2016, § 43).

49. Yukarıda yer alan tanımdan da anlaşılacağı üzere bilimsel özerklik, idari ve mali özerklikle birlikte üniversitelerin özerkliği için olmazsa olmaz nitelikte bir bütünün parçalarını oluşturmaktadır. Bu unsurlardan herhangi birine yapılacak müdahale diğer unsurların da olumsuz şekilde etkilenmesine sebebiyet verecektir. Bu bağlamda, üniversite yönetim organlarının, merkezi idarenin müdahalesine imkân verecek şekilde yapılandırılması, diğer bir ifadeyle üniversitelerin, merkezi idare tarafından doğrudan atanan kişiler tarafından yönetilmesi, bu kurumların bilimsel özerkliğini de doğrudan etkileyecektir. Üniversite mensuplarının, bilimsel ölçütler ve etik kurallar çerçevesinde eğitim, öğretim, araştırma ve yayın yapabilmesi için bunlara her türlü dış etkiden uzak kalacak bir ortamın sağlanması gerekir (AYM, E.2015/61, K.2016/172, 2/11/2016, § 45).

50. Anayasa'nın 130. maddesinin birinci fıkrasında, üniversitelerin bilimsel özerkliğe sahip kamu tüzelkişileri olarak tanımlanması ve bunların ancak devlet tarafından kanunla kurulabileceklerinin hükme bağlanması ile güdülen amacın siyasal çevrelerin ve değişik baskı gruplarının üniversite çalışmaları ile eğitim ve öğretimi etki altında tutabilme yolunu kapatmak ve bu çalışmaların bilimsel gerekler ve gereksinimlerden başka herhangi bir dış etkiden uzak kalacak bir ortamda sürdürülmesini sağlamak olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

51. 2809 sayılı Kanun'un ek 158. maddesinin dava konusu kuralın da yer aldığı ikinci fıkrasında Sağlık Bilimleri Üniversitesinin yönetim organlarının, 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda öngörülen organlar ile Mütevelli Heyetinden oluşacağı, Mütevelli Heyetinin; Rektör, eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı, Sağlık Bakanının (Bakan) seçtiği bir üye, Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilen profesör unvanına sahip iki üye olmak üzere, toplam beş üyeden teşekkül edeceği, en az dört üye ile toplanıp salt çoğunlukla karar alacağı ile Bakan ve Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilen üyelerin görev süresinin dört yıl olduğu hüküm altına alınmıştır. Anılan maddenin üçüncü fıkrasında ise Mütevelli Heyetinin görevleri; Üniversitenin stratejik planı ve bütçe teklifi üzerinde görüş bildirmek, kamu kurum ve kuruluşları ve gerçek ve özel hukuk tüzel kişileriyle iş birliği yapılmasına ve ortak projeler yürütülmesine katkı vermek, Rektör tarafından gündeme alınması önerilen konularda karar vermek şeklinde belirlenmiştir.

52. Anayasa Mahkemesi 2/11/2016 tarihli ve E.2015/61, K.2016/172 sayılı kararıyla 2809 sayılı Kanun'a 27/3/2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen ek 158. maddesinin ikinci fıkrasının "*Mütevelli Heyeti; Sağlık Bakanlığı Müsteşarı, Rektör, Sağlık Bakanının seçeceği iki üye ile Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilen profesör unvanına sahip bir üye olmak üzere, toplam beş üyeden oluşur.*" şeklindeki ikinci cümlesini iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal kararında, Mütevelli Heyetinin üniversite yönetimine ilişkin mevcut yetkileri ile en az dört üyeye toplanıp salt çoğunlukla karar alabildiği gözönünde bulundurulduğunda, heyet üyelerinin çoğunluğunun Sağlık Bakanlığı Müsteşarı ile Sağlık

Bakanının seçeceği iki üyeden oluşmasının, merkezi idareye, Mütevelli Heyeti kanalıyla üniversite yönetimine ilişkin karar alma sürecinde belirleyici olacak şekilde söz hakkı tanındığını, merkezi idareye, üniversite üzerinde denetim ve gözetim yetkisini aşan nitelikte bir yetkinin verildiğini, bu nedenle anılan cümlenin Anayasa'nın 130. maddesiyle güvence altına alınan bilimsel özerklik ilkesiyle bağdaşmadığını belirtilmiştir (AYM, E.2015/61, K.2016/172, 2/11/2016, §§ 46-48).

53. Anılan iptal kararı sonrasında kanun koyucu 7151 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle 2809 sayılı Kanun'un ek 158. maddesinde yer alan Sağlık Bilimleri Üniversitesi Mütevelli Heyetinin oluşumunu yeniden belirlemiş; bu kapsamda Bakanın seçeceği üye sayısını ikiden bire indirmiş, diğer üyenin ise Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığı Yönetim Kurulunca Sağlık Bilimleri Üniversitesi dışından belirleneceğini düzenlemiştir. Söz konusu cümlede 11/11/2020 tarihli ve 7256 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle yapılan değişiklikle Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığı Yönetim Kurulunca Sağlık Bilimleri Üniversitesi dışından bir üye belirlenmesinden vazgeçilerek Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilecek üye sayısı birden ikiye çıkarılmıştır.

54. Bunun yanında ek 158. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan Mütevelli Heyetinin görevlerinde 7256 sayılı Kanun'la değişikliğe gidilerek bu fıkranın (a) bendinde yer alan "...planını ve bütçe teklifini onaylamak." ibaresi "...planı ve bütçe teklifi üzerinde görüş bildirmek.", (b) bendinde yer alan "...karar..." ibaresi "...katkı..." şeklinde değiştirilmiş ve (c) bendinde yer alan "Yurt içinde ve yurt dışında Üniversiteye ait birimlerin ve bölümlerin kurulmasını teklif etmek." şeklindeki görevine son verilmiştir. Bu bağlamda kanun koyucunun Anayasa Mahkemesinin gerekçesi doğrultusunda Sağlık Bilimleri Üniversitesi Mütevelli Heyetinin oluşumunu ve görevlerini yeniden belirlediği ve Heyetin icrai yetkilerini danışma niteliğine dönüştürerek üniversite yönetimine ilişkin karar alma sürecinde merkezi idarenin belirleyici olmayacak şekilde temsil edilmesini öngördüğü anlaşılmaktadır. Bu bağlamda Mütevelli Heyetinin oluşumunda eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı ile Bakanın seçtiği bir üyenin bulunmasını öngören kuralın Heyetin görevlerinin çoğunlukla danışma niteliğinde olduğu da dikkate alındığında Anayasa'nın 130. maddesiyle güvence altına alınan bilimsel özerklik ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

55. Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gerekçesi gözetilmek suretiyle düzenlenen kuralın üniversitelerin bilimsel verileri yaymak, ulusal alanda gelişime ve kalkınmaya destek olmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek gibi görevlerini yerine getirmesini engellediği söylenemeyeceği gibi üniversitelerin bilimsel özerkliği kapsamında yürütülen eğitim, araştırma, yayın ve benzeri etkinliklerin planlanması, düzenlenmesi ve icra edilmesi aşamalarında yönetim yetkisinin serbestçe kullanılabilmesini, belirtilen faaliyetlerle ilgili üniversite kaynaklarının kullanımına yönelik kararların üniversite yönetim organlarıncaya serbestçe alınabilmesini engellediği de ileri sürülemez. Ayrıca kuralın üniversitelerin bilimsel özerkliği kapsamında üniversite mensuplarının ekonomik ve siyasi yönden nüfuz sahibi bulunan kişi ve kurumların baskısı veya yönlendirmesi olmadan ya da toplumda hâkim olan düşünce ve kabuller doğrultusunda sonuçlara varmak gibi bir zorunluluk hissetmeden sadece bilimsel ölçütler ve etik kurallar çerçevesinde eğitim, öğretim, araştırma ve yayın yapabilme imkânlarını kısıtladığından da söz edilemez.

56. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 130. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 27. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususlar Anayasa'nın 130. maddesi kapsamında ele alınmış olduğundan Anayasa'nın 27. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Ç. Kanun'un 18. Maddesiyle 3224 Sayılı Kanun'un 42. Maddesinin Başlığının "Bildirim zorunluluğu" Şeklinde Değiştirilmesinin İncelenmesi

57. 3224 sayılı Kanun'un 42. maddesinin başlığı "*İkinci görev yasağı ve bildirim zorunluluğu*" şeklinde iken, 7151 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle "*Bildirim zorunluluğu*" şeklinde değiştirilmiştir.

58. Anayasa Mahkemesinin norm denetimi yetkisinin kapsamına Anayasa değişikliği, kanun, kanun hükmünde kararname, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve TBMM İçtüzüğü adı verilen normlar (kurallar) girmektedir. Söz konusu düzenlemeler, Anayasa'nın yetkili kıldığı organlar tarafından yazılı bir şekilde ve bu adlar altında tespit edilmiş bulunan genel, sürekli ve soyut hukuk normlarıdır. Norm ise insan davranışını yönlendirmek amacıyla belirli bir şeyin yapılmasını yasaklayan ya da belirli bir şeyin yapılmasına izin veya yetki veren ve cebirle desteklenmiş irade açıklamalarıdır. Dolayısıyla hukuk normları daima emir, yasak, izin veya yetki içeren önermelerden oluşur. İnsan davranışını yönlendirmeyi hedeflemeyen yani emir vermeyen, yasak koymayan, izin veya yetki vermeyen bir önerme, normatif nitelikte olmadığından hukuk kuralı sayılmaz.

59. Bu itibarla madde başlıkları da başlı başına bir yargı ifade etmediğinden denetlenebilir norm niteliğinde değildir. Anılan niteliği sebebiyle madde başlıklarının iptal davasına konu edilmesi mümkün değildir (aynı yöndeki kararlar için bkz. AYM, E.2014/146, K.2015/31, 19/03/2015; E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, § § 63-65).

60. Açıklanan nedenlerle 3224 sayılı Kanun'un 42. maddesinin başlığının 7151 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle "*Bildirim zorunluluğu*" şeklinde değiştirilmesine yönelik iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

D. Kanun'un 26. Maddesiyle 5258 Sayılı Kanun'un 3. Maddesine Eklenen Onbirinci Fıkranın İncelenmesi

1. Genel Açıklama

61. 5258 sayılı Kanun'un 2. maddesinde aile hekimi, "*...kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini yaş, cinsiyet ve hastalık ayrımı yapmaksızın her kişiye kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekânda vermekle yükümlü, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti veren ve tam gün esasına göre çalışan aile hekimliği uzmanı veya Sağlık Bakanlığının öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip veya tabip...*", aile sağlığı çalışanı, "*...aile hekimi ile birlikte hizmet veren hemşire, ebe, sağlık memuru gibi sağlık elemanı...*" şeklinde tanımlanmıştır.

62. Anılan Kanun'un personelin statüsü ve malî haklarını düzenleyen 3. maddesinin birinci fıkrasına göre Sağlık Bakanlığı; Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli olan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı çalışanı olarak çalıştırılacak sağlık personelinin, kendilerinin talebi ve kurumlarının veya Bakanlığın muvafakati üzerine, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın, sözleşmeli olarak çalıştırmaya veya bu nitelikteki Bakanlık personelinin aile hekimliği uygulamaları için görevlendirmeye veya aile hekimliği uzmanlık eğitimi veren kurumlarla sözleşme yapmaya yetkilidir.

63. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasına göre aile sağlığı çalışanları, aile hekimi tarafından belirlenen ve Sağlık Bakanlığı tarafından uygun görülen, kurumlarınca da muvafakati verilen Bakanlık veya diğer kamu kurum ve kuruluşları personeli arasından seçilir ve bunlar

sözleşmeli olarak çalıştırılır. Bu suretle eleman temin edilememesi hâlinde Sağlık Bakanlığı, personelini bu hizmetler için görevlendirebilir. İhtiyaç duyulması durumunda Türkiye’de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Kanun’un 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı çalışanları; Sağlık Bakanlığının önerisi, Hazine ve Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere hekimleri ve aile sağlığı çalışanları almış beş yaşına kadar çalıştırılabilir.

64. Görüldüğü üzere kanun koyucu aile hekimleri ile aile sağlığı çalışanlarının istihdamında üç farklı istihdam usulü öngörmüştür. Buna göre Sağlık Bakanlığı, Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli olan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı çalışanlarını kendilerinin talebi ve kurumlarının veya Bakanlığın muvafakati üzerine sözleşmeli olarak çalıştırabilmeye veya bu nitelikteki Bakanlık personelini aile hekimliği uygulamaları için görevlendirmeye yetkili kılınmıştır. Ayrıca ihtiyaç duyulması hâlinde Sağlık Bakanlığı Hazine ve Maliye Bakanlığının da uygun görüşünü alarak 657 sayılı Kanun’da aranan niteliklere sahip kamu görevlisi olmayan kişileri sözleşmeli olarak aile hekimi ve aile sağlığı çalışanı olarak istihdam edebilir.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

65. Dava dilekçesinde özetle; aile hekimliği hizmetinin birinci basamak sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi, birey ihtiyaçları doğrultusunda koruyucu sağlık hizmetlerine ağırlık verilmesi, kişisel sağlık kayıtlarının tutulması ve bu hizmetlere eşit erişimin sağlanması amacıyla düzenlendiği, aile hekiminin devletin görevi olan sağlık hizmetinin sunulmasında görev yaptığı, bu anlamda yapılan işin kamu hizmeti, aile hekiminin ise kamu görevlisi olduğu, aile hekimlerinin sözleşme hükümlerinin, çalışma şartlarının, çalışacakların nitelikleri ile ücretlerinin Sağlık Bakanlığı (Bakanlık) tarafından belirlendiği, aile hekimliğine dönüştürülen ya da yeni kurulan işyerinin 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu ve 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kapsamında bir işyeri olduğu, ancak bu işyerinin sözleşme imzalanan aile hekimine mi, yoksa yasal koşulları belirleyen Bakanlığa mı ait olduğunun çözülemediği, ticari ve mesleki faaliyette bulunmanın amacının bu yolla gelir elde etmek olduğu, aile hekimlerinin çalışmaları sırasında sağlık hizmeti verdikleri kişilerden ücret almadığı, o nedenle işveren olarak nitelendirilmeyeceği, aile hekimliğinin 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ile 31/12/1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu yönünden ayrı bir işyeri olmadığı, bu işyerinde çalışan aile sağlık elemanlarının sevk ve idare yönünden aile hekimlerine bağlı olmakla birlikte çalışma koşullarının Bakanlık tarafından belirlendiği, ücretlerini aile hekimlerinden değil, aile hekimi gibi sağlık müdürlerinin onayı ile devletten aldıkları, bu anlamda aile hekiminin işveren vekili konumunda olduğu, işverenin Bakanlık olduğu, Bakanlığın işveren konumunda olmasının sağlık gibi yaşamsal önemi olan bir hakka yönelik ihlallerin veya ihmallerin önüne geçilmesini sağladığı, her bir aile hekiminin ferden veya müştereken personel çalıştırabilme yetkisinin sağlık alanında yeni bir taşeronlaşma anlamına geldiği, dava konusu kuralla sağlık hakkının en önemli unsurlarından biri olan aile hekimlerinin işveren hâline getirildiği, bu durumun kamu hizmetinin nitelikleriyle bağdaşmadığı, kamu hizmetlerinin düzenli şekilde yürütülmesine engel oluşturacağı ve bu nedenle kamu yararı taşımadığı, belirtilerek kuralın Anayasa’nın 2. ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

66. Kuralla aile hekimlerinin ferden veya müştereken personel çalıştırabileceği ve işveren olabileceği hüküm altına alınmıştır.

67. En geniş tanımı ile kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir ve toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir (AYM, E.2004/114, K.2007/85, 22/11/2007).

68. Anayasa, sosyal hukuk devleti olmanın gereği olarak devlete sağlık hizmetlerinin sunumunda pozitif bir yükümlülük yüklemiş, devleti bu haklardan yararlanmayı artıracak önlemleri almakla sorumlu kılmıştır. Bu nedenle Anayasa'nın 56. maddesinde öngörülen sağlık hizmetinin sunulmasında en geniş ölçekli uygulamalardan yararlanılması gerekir.

69. Bu bağlamda sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı ve yaşamının, niteliği itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez özelliği devletin sağlık alanında farklı uygulamalar yapma zorunluluğunu da doğurmaktadır. Aile hekimlerinin personel istihdamına ve işveren olabilmesine imkân sağlayan kuralın, aile hekimliği uygulamasında ortaya çıkabilecek personel ihtiyacının daha hızlı, yerinde ve gecikmeksizin temin edilmesi suretiyle insanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkına yönelik sağlık hizmetinin kesintisiz bir şekilde devam etmesini ve aile hekimliği uygulamasının etkinlik ve verimliliğinin artırılmasını sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönüyle kuralın kamu yararı dışında bir amaç güttüğü söylenemez.

70. Öte yandan 5258 sayılı Kanun ve bu Kanun'a dayanılarak kabul edilen ikincil mevzuatta aile hekimlerinin, kullanmak zorunda oldukları teknik, tıbbi cihaz, bilgisayar donanımları ile gezici sağlık hizmetlerinin sunumu için gerekli olan motorlu araçları esas olarak kendilerinin temin edeceği; aile sağlığı merkezinde yangına karşı alınması gereken tedbirleri alacağı; üç ve üzeri aile hekimliği birimi bulunan aile sağlığı merkezlerinde, aile hekimlerince aile sağlığı merkezi girişinin, bekleme alanlarının ve oda girişlerinin görüntülediği güvenlik kamera sisteminin kurulacağı, aile hekiminin, birlikte çalıştığı aile sağlığı elemanlarını yönlendirme ve denetleme yetkisine sahip oldukları belirtilmiştir. Bu bağlamda aile hekimlerinin, aile sağlığı merkezlerinin güvenli ve teknik olarak yeterli bir seviyede sağlık hizmeti verebilmeleri için gerekli tedbirleri alma ve birlikte çalıştığı sağlık elemanlarını yönlendirme, denetleme görev ve sorumluluğunun bulunduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla dava konusu kuralın aile hekimlerinin mevzuatta yer alan yetki ve sorumlulukları kapsamında aile sağlığı merkezlerinde fiziki ve teknik donanım, güvenlik ve insan gücü yönünden ihtiyaç duyulan personelin ihtiyacın ortaya çıktığı anda gecikmeksizin temin edilmesine ve daha kaliteli, güvenli ve etkin bir sağlık hizmetinin sunulabilmesini sağlama amacına yönelik olduğu sonucuna varılmıştır.

71. Ayrıca anılan mevzuatta aile hekimleri ile aile sağlığı çalışanlarının performans değerlendirmesi, hizmet kalite standartlarının oluşturulması ve geliştirilmesi hakkında ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Aile hekimlerinin görev ve sorumlulukları ile aile sağlığı merkezlerinin fiziki yapısı, donanımı, fonksiyonelliği, personel durumu ve hizmetin niteliği gibi hizmet sunum esaslarının açıkça belirlenerek güvenli, etkili ve kaliteli bir sağlık hizmeti verilmesini sağlamaya yönelik alınmış ve alınabilecek hukuki tedbirlerin varlığı da dikkate alındığında, kuralın sağlık hizmetlerinde ihlallerin ve ihmallerin ortaya çıkmasına neden olacağı ve sağlık hizmetlerinin düzenli sürdürülmesine engel teşkil edeceği söylenemez.

72. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

E. Kanun'un 34. Maddesiyle 6428 Sayılı Kanun'un 1. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının Değiştirilen (e) Bendinde Yer Alan "...on yıl..." İbaresinin İncelenmesi

1. Genel Açıklama

73. 6428 sayılı Kanun, kamu özel iş birliği (KÖİ) modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı (Bakanlık) ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bu projeler için alınacak danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektedir.

74. Anılan Kanun'da öngörülen KÖİ modeli esas itibarıyla, Bakanlık ve bağlı kuruluşlarının projelerinin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modelidir. KÖİ, idare ile bir özel hukuk kişisi arasında uzun süreliğine akdedilen, özel hukuk kişisi tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan tesisin inşası, bakımı, onarımı ve hizmete elverişli hâlde bulundurulmasını konu edinen ve bunun karşılığında kamu tüzel kişisinin sözleşme süresince özel kişiye her yıl kira karşılığı belirli bir miktar paranın ödenmesi taahhüdünü içeren bir sözleşmeyi ifade etmektedir.

75. KÖİ modelinde bazı kamu hizmetleri idare tarafından özel sektöre özel hukuk hükümlerine göre gördürülmekle birlikte idare bu hizmetten tam olarak elini çekmemekte, kendisi de bazı hizmetlerini bizzat görmeye devam etmektedir. Bu modelde, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetler özel sektörün (yüklenicinin) sorumluluğuna, kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetler ise idarenin (Bakanlığın) sorumluluğuna bırakılmaktadır. Bu uygulamada, idare ile projeyi yürütecek şirket arasında projenin uygulanmasına ilişkin hükümleri içeren ve bu kapsamda tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen özel hukuk hükümlerine tabi bir sözleşme imzalanmaktadır. Yüklenici, toplam yatırım tutarının %20'si öz kaynaklarından olmak üzere gerekli finansmanın tamamını kendisi sağlayarak sağlık tesislerini inşa etmekle yükümlüdür. Yine yüklenici yatırım ve hizmetlerin finansmanında kullanılan kredi ve öz kaynak ile öngörülen kârın geri dönüşünü sağlayacak ve tesisin özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere idarece belirlenen süre boyunca tesisi kiralayacak ve kiralama süresinin sonunda tesisi, her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda ilgili kamu idaresine bedelsiz olarak devredecektir.

2. Anlam ve Kapsam

76. 6428 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (e) bendinde *hizmet bedeli*, bedelin bir unsuru olup tesisin ve ekipmanların kullanıma hazır tutulmasına yönelik bakım, onarım ve benzeri hizmetlerin bedeli ile ilgili mevzuatına göre hizmet alımı yoluyla gördürülebilecek hizmetlerin sunulması karşılığında idare tarafından yükleniciye ödenen, beş yıl ve ihtiyari hizmetlerde sözleşmede yer alan miktara bağlı, tıbbi destek hizmetlerinde ise on yılı geçmemek üzere dönemsel piyasa testi ile güncellenen bedel şeklinde ifade edilmiş olup anılan bentte yer alan "...on yılı..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

77. Söz konusu fıkranın (c) bendine göre *bedel*, yüklenicinin, sözleşme çerçevesinde yaptığı tesislerin kullanımı ile tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında yükleniciye ödenecek olan bedellerin toplamı olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda KÖİ modelinde bedelin, *kullanım bedeli* ve *hizmet bedeli* olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Kullanım bedeli söz konusu fıkranın (j) bendine göre bedelin bir unsuru olup tesislerin kullanımı karşılığında

dönemsel olarak idare tarafından yükleniciye ödenen ve sözleşmede belirlenen bedeli ifade etmektedir.

78. Anayasa Mahkemesinin 1/4/2015 tarihli ve E.2013/50, K.2015/38 sayılı kararında 6428 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan *bedel* tanımında yer alan "...*belli hizmetler...*" kavramının kapsamının tespit edilmesinde KÖİ modelinin mahiyetinin ve bu model çerçevesinde özel kesime gördürülebilecek hizmetlerin niteliğinin gözönünde bulundurulması gerektiği, anılan Kanun'da düzenlenen KÖİ modelinde, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetlerin özel sektörün sorumluluğuna bırakıldığı, kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetlerin ise idare tarafından görülmesine devam edildiği, *belli hizmetlerin*, sağlık hizmetlerinin özünü oluşturan ve bizzat idare tarafından yerine getirilmesi gereken tıbbi hizmetlerin dışındaki diğer hizmetler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, söz konusu hizmetlerin neler olduğunun belirlenmesinin ise idari ve teknik bir mesele olduğundan bu belirlemenin kanunla yapılmasının gerekli olmadığı belirtilmiştir.

79. Hizmet bedelinin tanımının yapıldığı (e) bendinde 7151 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle ilgili mevzuatına göre hizmet alımı yoluyla gördürülebilecek hizmetlerin sunulması karşılığında idare tarafından yükleniciye ödenen dönemsel piyasa testi ile güncellenen bedelde ikili bir ayrıma gidilmiş ve beş yıl ve ihtiyari hizmetlerde sözleşmede yer alan miktara bağlı, tıbbi destek hizmetlerinde ise on yılı geçmemek üzere dönemsel piyasa testi ile güncellenen bedelin hizmet bedeli olduğu ifade edilmiştir.

80. Bu bağlamda hizmet bedeli tanımında yer alan unsurlar bakımından zorunlu hizmetler ve ihtiyari hizmetler şeklinde bir ayırım yapılmaktadır. Tesisin ve ekipmanların kullanıma hazır tutulmasına yönelik bakım, onarım ve benzeri hizmetlerin sözleşme süresi boyunca karşılanacak zorunlu hizmetler olup bunların hizmet bedellerinde sözleşmede kararlaştırılan fiyatların dikkate alınacağı anlaşılmaktadır.

81. İlgili mevzuatına göre hizmet alımı yoluyla gördürülebilecek ihtiyari hizmetler ise miktara bağlı olmayan hizmetler ile miktara bağlı hizmetlerden oluşmaktadır. Miktara bağlı olmayan hizmetler hastane doluluk oranı, ihtiyaç, tüketim ve/veya kullanıma bağlı olarak ihtiyaç hacminin değişmeyeceği, güvenlik, temizlik, ilaçlama, otopark, hasta yönlendirme ve refakat ile resepsiyon gibi hizmetlerdir. Bu hizmetlerin bedeli mutabık kalınan fiyatlara göre ödenmekte ve her beş yılda bir dönemsel piyasa testi ile güncellenmektedir.

82. Miktara bağlı olan hizmetler ise hastane doluluk oranı, ihtiyaç, tüketim ve/veya kullanım oranına bağlı olarak ihtiyaç hacminin değişiklik göstereceği laboratuvar, sterilizasyon ve dezenfeksiyon, rehabilitasyon, görüntüleme, atık yönetim, çamaşır ve çamaşırhane ile yemek hizmetleri olup, bu hizmetlerin ödemeleri ihale döneminde verilen garanti miktarları dikkate alınmak suretiyle gerçekleşen miktarlar üzerinden yapılacaktır.

83. Dava konusu kuralla miktara bağlı olan hizmetler kapsamında bulunan tıbbi destek hizmet bedelleri (laboratuvar, sterilizasyon ve dezenfeksiyon, rehabilitasyon, görüntülemeyle ilgili olan ve uygulamada MR, tomografi, robotik/tam/yarı otomatik ilaç hazırlama üniteleri, laboratuvar otomasyon hattı, fizik tedavi yürüme robotu ve havuzları gibi cihaz ve ünitelerin yerine getirdiği faaliyet bedelleri) dönemsel piyasa testi ile güncelleme süresi on yılı geçmemek üzere düzenlenmektedir.

84. 6428 sayılı Kanun'a dayanılarak kabul edilen ve 9/5/2014 tarihli ve 28995 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinin

4. maddesinin (aa) bendinde “*Piyasa testi: Teknolojik gelişmeler ve yeni ihtiyaçlar gözönüne alınmak, rekabet ve saydamlık sağlanmak suretiyle, yüklenicinin üstlendiği tıbbi ekipman da dahil her türlü donanım, mefruşat ve hizmetlere ilişkin olarak, belirli dönemlerde ekonomik açıdan en avantajlı fiyatı seçme işlemi*” şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmelik’in 56. maddesinin (5) numaralı fıkrasında ise piyasa testine ilişkin usul ve esaslara yer verilmiş olup buna göre yapılacak teklifler çerçevesinde en uygun teklif veren üç firma ile fiyat ve kalite değerlendirmesi yapılarak nihai pazarlık anlaşmasının düzenlenmesi öngörülmüştür. Buna göre idare, en uygun fiyat teklifini yükleniciye bildirir. Yüklenici, bildirim aldığı tarihten itibaren beş işgünü içinde belirlenen uygun fiyatla bu hizmeti veya donanımı temin etme hususundaki ön alım hakkını kullanabilir. Ön alım hakkını kullanması hâlinde hizmet veya donanım yüklenici tarafından temin edilir; ön alım hakkının kullanılmaması durumunda yüklenici, en uygun fiyat teklifini veren alt yüklenici ile usulüne uygun düzenlenmiş yeni sözleşmenin onaylı bir suretini idareye teslim eder.

3. İptal Talebinin Gerekçesi

85. Dava dilekçesinde özetle; tıbbi destek hizmetlerinde en geç beş yılda bir yapılması gereken piyasa testi süresini on yıla çıkaran dava konusu kuralla, hâlihazırda ihaleyi alan firmalara pozitif ayrımcılık yapıldığı, onlara işletmecilik anlamında beş yıllık ek sürenin kazandırılarak kârlılıklarını bu süre boyunca maksimize etme imkânının verildiği, bu durumun işletmeciye garanti olarak verilmiş olan hastaların sağlık harcamalarını kümülatif bazda artırdığı, bu nedenle kuralın kamu yararını gözetmediği, ihaleyi kazanamamış olan firmaların beş yılda bir testlerin yenileneceği öngörüsüyle hareket ettiği ve ona göre teklif verdiği, ihalelerin tamamlanmasının ardından kârı artırıcı düzenleme yapan kuralın belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerine aykırı olduğu, kamu hizmetinin nitelikleriyle bağdaşmadığı, hâlihazırda ihaleyi kazanmış firmalara yönelik haksız bir ayrıcalığın sağlandığı belirtilerek kuralın Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4. Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

86. Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi gereğince kanunların kamu yararı amacını gerçekleştirmek amacıyla yapılması gerekir. Anayasa Mahkemesince kamu yararı konusunda yapılacak inceleme, kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığının araştırılmasıyla sınırlıdır. Anayasa’nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa’da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği gibi kamu yararı; bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Kamu yararı düşüncesi olmaksızın yalnız özel çıkarlar için veya sadece belirli kişilerin yararına olarak kanun hükmü konulamaz. Böyle bir durumun açık ve kesin olarak saptanması hâlinde söz konusu kanun hükmü Anayasa’nın 2. maddesine aykırı düşer. Açıklanan istisnai hâl dışında bir kanun hükmünün gereksinimlere uygun olup olmadığı, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği kanun koyucunun takdirinde olduğundan bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.

87. Doğrudan yaşam hakkıyla ilgili olması nedeniyle niteliği gereği diğer kamu hizmetlerinden farklı olan sağlık hizmetlerine artan talebi en doğru şekilde karşılamak, bu hizmetlerin yerine getirilmesi sırasında gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek suretiyle cihaz-ekipman-sigorta-bakım-yenileme maliyetlerini en aza indirmek, ihtiyaçlara göre hizmet planlama ve sunumu ile kaynak kontrolü sağlamak devlet için kamusal bir zorunluluk olup aynı zamanda sosyal devlet olmanın gereğidir.

88. Tıbbi destek hizmetleri, uygulamada MR, tomografi, robotik/tam/yarı otomatik ilaç hazırlama üniteleri, laboratuvar otomasyon hattı, fizik tedavi yürüme robotu ve havuzları gibi cihaz ve ünitelerin yerine getirdiği faaliyetler olup, tıbbi hizmetlerin verimliliğini ve kalitesini doğrudan etkileyen ve bunların teknik bakımdan yerine getirilmesini sağlayan destek hizmetlerdir. Başlangıç maliyetleri yüksek olan bu hizmetler temelde inşaat şirketi olan yükleniciler tarafından yeterli deneyim ve bilgi birikimine sahip olunmadığından genellikle alt yükleniciler vasıtasıyla ifa edilmektedir. Bu hizmetleri sunan cihaz ve ünitelerin tedariki, bunların tesis içinde konumlandırılacakları alanın inşası, hizmet ekipmanlarının satın alınması, garanti ve yazılım güncelleme anlaşmaları ile alt yapı planlama ve uygulamalarının beş yıllık hizmet süresi sonunda pazar testi ile ihaleye çıkılıp yenilenmeleri bu hizmetlerin sunum maliyetini artırmaktadır. Dolayısıyla ihaleye katılan şirketlerin bu maliyeti ihale döneminde sundukları fiyat tekliflerine yansıtmak suretiyle idarenin hizmet karşılığı vereceği bedeli artıracığında kuşku yoktur.

89. Dava konusu kuralın gerekçesinde 6428 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen entegre şehir hastanelerinde yüklenici şirketin sözleşme kapsamında yer alan miktara bağlı tıbbi destek hizmetlerinde bulunan hizmetlerinin piyasa testinin on yılın sonunda gerçekleştirilmesi hususunun düzenlendiği ifade edilmiştir.

90. Kanun koyucunun, kuralla, ilgili mevzuatına göre hizmet alımı yoluyla görülebilecek ihtiyari hizmetlerde sözleşmede yer alan miktara bağlı tıbbi destek hizmet sunumlarında idare tarafından yükleniciye ödenen bedelin dönemsel piyasa testi ile güncelleme süresini on yıla kadar çıkarılmasına imkan sağlamak suretiyle bu hizmet sunumlarında söz konusu teçhizat ve alt yapı maliyetlerini zamana yayarak azaltmak suretiyle idarenin ihale sürecinde bu hizmetler için ödeyeceği bedeli düşürmeyi amaçladığı anlaşılmaktadır. Tıbbi destek hizmeti sunan söz konusu cihaz ve ünitelerin normal kullanım sürelerinin beş yıldan fazla olabileceği de dikkate alındığında kuralın KÖİ sözleşmelerinde her beş yıllık ya da sözleşme koşullarına göre daha kısa bir dönem için gereksiz cihaz tedariki ile buna bağlı oluşacak yeni alt yapı gereksinimlerinin önüne geçmek suretiyle kaynak kullanımında kontrolü sağlamayı ve tıbbi destek hizmet maliyetlerini düşürmeyi hedeflediği açıktır. Kuralda öngörülen on yıla kadar olan güncelleme süresinin azami süre olduğu ve sözleşme koşulları çerçevesinde bu süre beklenmeksizin dönemsel piyasa testi ile güncellenen yapılabileceği de dikkate alındığında tıbbi destek hizmet maliyetini düşürmeye yönelik kuralda kamu yararı bulunmadığı söylenemez.

91. Öte yandan 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (9) numaralı fıkrasında, "*Mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini artırmamak kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir. Bu kapsamdaki sözleşme değişikliklerinde, sözleşme bedelinin artırılmaması kaydıyla kullanım bedeli veya hizmet bedeli artırılmak veya azaltılmak suretiyle değiştirilebilir. Sözleşme bedeli, net bugünkü değer dikkate alınarak belirlenir ve net bugünkü değer hesaplanmasına ilişkin esaslara yönetmelikte yer verilir. İdare tarafından gerekli görülmesi hâlinde yükleniciye ödenecek kullanım bedeli ödemelerine ilişkin Türk lirası veya döviz cinsinden alt ve üst limitler sözleşme değişikliği düzenlemelerine uygun olarak belirlenebilir.*" hükmü yer almaktadır. Anayasa Mahkemesinin kararında da belirtildiği üzere anılan fıkranın birinci cümlesinde geçen "...sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması..." ya da "...sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi..." ibarelerinin düzenlenme amacının, mücbir sebep ya da olağanüstü hâl kavramlarının dışında zaman içinde gerçekleşebilecek muhtemel sorunları çözerek sağlık hizmeti sunumunun sorunsuz devamını sağlayarak ihtiyaçları karşılamak olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Kanun'un madde gerekçesinde özetle, sağlık

hizmetlerinin niteliği ve yatırıma ayrılabilen kaynaklar gözönüne alınarak, sağlık hizmetlerinin kaliteli şekilde sürdürülebilmesi için finansman ihtiyaçlarının alternatif kaynaklardan karşılanması zorunluluğu nedeniyle geliştirilen KÖİ modelinin hayata geçmesi ve sorunsuz çalışabilmesi için oldukça karmaşık ve geniş kapsamlı olarak yapılan sözleşmelerin sürekli değişmesi ve güncellenmesi amacıyla düzenlendiği belirtilmiştir. Mücbir sebep niteliği taşımayan ancak sağlık hizmetinin yerine getirilmesini zorlaştıran nedenlerin hepsinin önceden öngörülmesinin mümkün olmadığından hastanelerde bulunması gereken yatak sayısını, tıbbi malzeme ihtiyacını belirlemenin de bu kapsamda mümkün olmadığı, bunun yanında zaman içinde tıbbi teknolojinin değişmesi ve/veya gelişmesinin yeni ihtiyaçları ortaya çıkarabileceği, böylece her yeni teknolojik gelişme ya da değişme sonucu sözleşme koşullarında değişiklik doğabileceği, dolayısıyla sağlık hizmeti sunumunun eksiksiz yapılabilmesi için önceden belirlenmesi mümkün olmayan ihtiyacın ortaya çıktığı döneme göre sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılabilmesinde kamu yararı bulunmaktadır (AYM, E.2014/92, K.2016/6, 28/1/2016, § 82).

92. Bu bağlamda ihale sürecinde tıbbi destek hizmetleri için beş yıllık hizmet süresi öngörüsüyle daha yüksek maliyet bedeli göstermek suretiyle ihaleyi alan ve hâlihazırda hizmet sunumu veren yükleniciler yönünden oluşabilecek haksız kazanç ve bu bağlamda idare yönünden oluşabilecek kamu zararını engellemeye yönelik güvencenin bulunduğu da dikkate alındığında kuralın belirli kişiler yararına özel çıkar sağlama amacına yönelik olduğu söylenemez. Bu itibarla kuralın objektif anlamından, kurala ilişkin yasama belgelerinden ve gerekçesinden kuralın kamu yararı dışında bir amaç taşıdığına dair bir sonuca ulaşılamadığı da dikkate alındığında KÖİ sözleşmelerinde tıbbi destek hizmet bedellerinin dönemsel piyasa testi ile güncellenme süresini on yılı geçmemek üzere belirlenmesine ilişkin kural kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralda hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.

93. Anayasa'nın 10. maddesinde "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./ Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz./ Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz./ Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz./ Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*" denilmek suretiyle kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

94. Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen *kanun önünde eşitlik ilkesi* hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

95. Eşitlik ilkesi yönünden yapılacak anayasallık denetiminde öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişilere farklı muamele yapılıp yapılmadığı tespit edilmeli, bu bağlamda aynı ya da benzer durumdaki kişiler arasında farklılık gözetilip gözetilmediği belirlenmelidir. Bundan sonra farklı muamelenin objektif ve makul bir

temele dayanıp dayanmadığı ve nihayetinde farklı muamelenin ölçülü olup olmadığı hususları irdelenmelidir.

96. Kuralla değiştirilen, bedelin beş yılı geçmemek üzere dönemsel piyasa testi ile güncellenmesi şartı hem ihaleyi kaybedenlere hem de kazananlara uygulanmıştır. Bu bağlamda ihaleyi kazanan ve kaybedenlerin kıyaslanabilir birer kategori olduğu söylenebilir. Zira taraflar ihaleye bedelin beş yılı geçmemek üzere dönemsel piyasa testi ile güncellenmesi şartı ile girmişlerdir.

97. Kuralda anılan beş yılı geçmemek üzere ibaresi on yılı geçmemek üzere şekline dönüştürülmüştür. Ancak bu değişiklik anılan on yıllık sürenin mevcut sözleşmelere doğrudan etkili olacağı anlamına gelmemektedir. Sözleşme teklif verilen çerçevede devam edebilir. Zira kuralda otomatik bir uygulama söz konusu değildir. Yukarıda detayları açıklanan 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (9) numaralı fıkrası çerçevesinde idare ile yüklenici anlaşarak bu süreyi arttırabilirler; ancak idare böyle bir uygulama yapmak durumunda olmadığı gibi karşı taraf da böyle bir değişikliği kabul etmek zorunda değildir.

98. Öte yandan sürenin arttırılması yukarıda izah edildiği üzere idare ve dolayısıyla kamu lehine avantajlı durumlar oluşmasına da imkân sağlamaktadır. Bu yönüyle kuralla benzer durumda bulunan kişilere göre farklı bir muamele yaratıldığı söylenebilirse de bunun objektif ve makul bir nedene dayandığı ve bu nedene dayalı yapılan ayırımın ölçüsüz bir yönünün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kural eşitlik ilkesini de ihlal etmemektedir.

99. Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

M. Emin KUZ bu görüşe katılmamıştır.

IV. İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

100. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

101. 1219 sayılı Kanun'un ek 15. maddesinin birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma imkânı kalmayan anılan maddenin ikinci cümlesinin 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptali gerekir.

V. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

102. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralların uygulanmaları hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

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

A. 5. maddesiyle 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a eklenen ek 15. maddeye yönelik yürürlüğün durdurulması talebinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B. 1. 11. maddesiyle 23/1/1953 tarihli ve 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 5. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları ile ek 1. maddesinin yürürlükten kaldırılmasına,

2. 17. maddesiyle 28/3/1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu'nun ek 158. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ikinci cümlenin "...*eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı, Sağlık Bakanının seçtiği bir üye...*" bölümüne,

3. 18. maddesiyle 7/6/1985 tarihli ve 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nun 42. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarının yürürlükten kaldırılmasına,

4. 19. maddesiyle 3224 sayılı Kanun'un 46. maddesinde yer alan "...*42 nci maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarındaki hükümlere...*" ibaresinin "...*42 nci maddesine...*" şeklinde değiştirilmesine,

5. 26. maddesiyle 24/11/2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesine eklenen on birinci fıkraya,

6. 34. maddesiyle 21/2/2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının değiştirilen (e) bendinde yer alan "...*on yılı...*" ibaresine,

yönelik iptal talepleri 29/4/2021 tarihli ve E.2019/13, K.2021/31 sayılı kararla reddedildiğinden bu fıkraya, bölüme, ibareye, ibare değişikliklerine ve yürürlükten kaldırılmalara ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

C. 18. maddesiyle 3224 sayılı Kanun'un 42. maddesinin başlığının "*Bildirim zorunluluğu*" şeklinde değiştirilmesine ilişkin iptal talebi hakkında 29/4/2021 tarihli ve E.2019/13, K.2021/31 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden bu madde başlığı değişikliğine ilişkin yürürlüğün durdurulması talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

29/4/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI. HÜKÜM

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

A. 5. maddesiyle 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a eklenen ek 15. maddenin;

1. Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Kadir ÖZKAYA, Muammer TOPAL, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, Basri BAĞCI ile İrfan FİDAN'ın karşıoyları ve 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA,

2. İkinci cümlesinin 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE OYBİRLİĞİYLE,

B. 11. maddesiyle 23/1/1953 tarihli ve 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 5. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları ile ek 1. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

C. 17. maddesiyle 28/3/1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu'nun ek 158. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ikinci cümlenin "...*eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı, Sağlık Bakanının seçtiği bir üye...*" bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

Ç. 18. maddesiyle 7/6/1985 tarihli ve 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nun 42. maddesinin;

1. Başlığının "*Bildirim zorunluluğu*" şeklinde değiştirilmesine ilişkin iptal talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA OYBİRLİĞİYLE,

2. Birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarının yürürlükten kaldırılmasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

D. 19. maddesiyle 3224 sayılı Kanun'un 46. maddesinde yer alan "...*42 nci maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarındaki hükümlere...*" ibaresinin "...*42 nci maddesine...*" şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

E. 26. maddesiyle 24/11/2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesine eklenen on birinci fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

F. 34. maddesiyle 21/2/2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının değiştirilen (e) bendinde yer alan "...*on yılı...*" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, M. Emin KUZ'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

29/4/2021 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Hasan Tahsin GÖKCAN	Başkanvekili Kadir ÖZKAYA
Üye Engin YILDIRIM	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	Üye Recai AKYEL
Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Üye Yıldız SEFERİNOĞLU	Üye Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

15/11/2018 tarihli ve 7151 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesiyle 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a eklenen ek 15. maddesi Mahkememiz çoğunluğu tarafından iptal edilmiştir.

Dava konusu kuralla, terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabiplerden devlet hizmeti yükümlüsü olanların, çıkarılma veya göreve alınmama kararının verildiği tarihten itibaren, 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 3. maddesinin birinci fıkrasında üçüncü grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile dördüncü grup ilçe merkezleri için belirlenen devlet hizmeti süresinin sonunda mesleklerini icra edebilecekleri, devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirirken kamu görevinden çıkarılanların hizmet sürelerinin bu süreden düşüleceği hüküm altına alınmaktadır. Bu süre 3359 sayılı Kanun'un ek 3. maddesine göre dörtüyzelli gündür.

3359 sayılı Kanun'un ek 3. maddesine göre ilgili mevzuata göre yurt içinde veya yurt dışında öğrenimlerini tamamlayarak tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayarak uzman tabip unvanını kazananlar, her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı tarafından hazırlanan ilçelerin Sosyo-Ekonomik Gelişmişlik Sıralamasında yer alan gruplar hakkında öngörülen süre kadar Sağlık Bakanlığı veya Sağlık Bakanlığınca uygun görülen Millî Savunma Bakanlığı ve diğer kuruluşlarda devlet memuru veya ilgililerin talebi halinde 10/7/2003 tarihli ve 4924 sayılı Kanuna tâbi sözleşmeli sağlık personeli olarak devlet hizmeti yapmakla yükümlüdürler. 3359 sayılı Kanun'un Ek 4. maddesinin son fıkrasında ise devlet hizmeti yükümlülüğü kapsamındaki personelin bu görevlerini tamamlamadan mesleklerini icra edemeyecekleri hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*", 49. maddesinin birinci fıkrasında "*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir*" ikinci fıkrasında "*Devlet, ... çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.*" hükmü yer almaktadır.

Dava konusu kural, terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabiplerden devlet hizmeti yükümlüsü olanların, çıkarılma veya göreve

alınmama kararının verildiği tarihten itibaren dörtyüzelli gün müddetle mesleklerini icra edememeleri sonucunu doğurmak suretiyle bunların söz konusu süre kadar çalışma hakkını sınırlandırmaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesinde “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” denilmiştir. Buna göre çalışma hürriyeti ve hakkına sınırlama getiren düzenlemelerin, Anayasa’da öngörülen sınırlama sebebine uygun olması, kanunla yapılması ve ölçülü olması gerekir.

Tabipler ile uzman tabipler için vatandaşlık ödevi kapsamında her eğitimleri için ayrı ayrı öngörülen devlet hizmeti yükümlülüğün terör örgütüyle veya Milli Güvenlik Kurulunca devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen ve ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabipler tarafından yerine getirilebilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte devlet hizmet yükümlülüğün yerine getirilememesinin söz konusu tabipler yönünden bir “*muafiyet*” niteliğinde olduğu söylenemeyeceğinden bunlar lehine sonuç doğuracak bir uygulamaya sebebiyet vermemesi de gerekir. Nitekim söz konusu yapı, oluşum ve gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisak yahut irtibatı olmayan tabip ve uzman tabiplerin devlet hizmet yükümlülüğünü yerine getirmeksizin mesleklerini kamuda ve özelde icra etmesi mümkün değildir. Kanun koyucunun devlet hizmet yükümlülüğünü yerine getirmeksizin mesleğini icra edemeyen bu tabipler yönünden çalışma barışını sağlamak amacıyla kabul ettiği dava konusu kuralla, devlet hizmet yükümlülüğünü yerine getiremeyen tabiplerin maddede belirlenen hizmet yükümlülük süresi sonunda mesleklerini icra edebilmelerini sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu suretle devlet hizmet yükümlülüğünü ifa etmek zorunda olan tabipler ile bu yükümlülüğü belirtilen nedenlerle ifa edemeyen tabipler arasında mesleklerini kamu dışında icra edebilecekleri sürenin başlangıcı yönünden hakkaniyetsizliğin önlenmesi ve mesleklerini icra etme süresine ilişkin adaletin temin edilmesi mümkün olabilecektir. Bu durumun her iki tabip grubu arasında hakkaniyetin sağlanarak çalışma barışının temin edilmesine, dolayısıyla kamu yararına hizmet edeceği de kuşkusuzdur.

Anayasa'nın 13. maddesinde güvence altına alınan *ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

Tabiplerin mesleklerini icra edebilmeleri için öngörülen devlet hizmet yükümlülüğünü yerine getirmeleri zorunludur. Dava konusu kuralla maddede belirtilen terör örgütü, yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen ve ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabiplerin söz konusu yükümlülüğü yerine getirmemelerinin kendileri yönünden bir muafiyete yol açmamasını sağlamak amacıyla çalışma hakkına getirilen sınırlamanın bu amacı gerçekleştirmek için elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

Öte yandan dava konusu kural aynı zamanda devlet hizmet yükümlülüğünü yerine getiremeyen söz konusu tabiplerin maddede belirlenen süre sonunda mesleklerini özel sektörde icra edebilmelerine olanak sağlamaya yönelik olduğundan kuralla bireylerin çalışma hakkına

orantısız bir müdahale yapılmadığı da açıktır. Bu bağlamda söz konusu tabielerin öngörülen süre boyunca mesleklerini icra edememeleri sonucunu doğuran kuralın orantılı, dolayısıyla ölçülü bir sınırlama öngördüğü sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle; dava konusu kuralın Anayasa'nın 13., 48. ve 49. maddelerine aykırı olmadığı ve iptal talebinin reddi gerektiği kanaatine vardığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Başkanvekili Kadir ÖZKAYA	Üye Muammer TOPAL	Üye Recai AKYEL
Üye Yıldız SEFERİNOĞLU		Üye Selahaddin MENTEŞ
Üye Basri BAĞCI		Üye İrfan FİDAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

6428 sayılı Kanununun 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının 7151 sayılı Kanunla değiştirilen (e) bendindeki "...on yılı..." ibaresinin Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar verilmiştir.

Çoğunluğun red gerekçesinde; yapılan değişiklik ile ihale sürecinde tıbbî destek hizmetlerinin maliyetinin ve bunlar için idarece ödenecek bedelin düşürülmesinin amaçlandığı, anılan güncelleme süresinin azamî süre olduğu ve ihtiyaç hâlinde bu süre beklenmeksizin de güncellenen yapılabileceği, bu sebeple dava konusu kuralda kamu yararı bulunmadığının söylenemeyeceği, ihale sürecinde beş yıllık hizmet süresi öngörüsüyle daha yüksek maliyet bedeli göstermek suretiyle ihaleyi almış olan yükleniciler yönünden oluşabilecek haksız kazancı ve idare bakımından ortaya çıkabilecek kamu zararını engellemeye yönelik güvencenin de bulunduğu dikkate alındığında, kuralın belli kişiler yararına özel çıkar sağlama amacına yönelik olduğundan söz edilemeyeceği, kuralın hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yönünün bulunmadığı; ayrıca ihaleyi kazanarak sözleşme imzalayan yükleniciler ile ihaleye katılan diğer isteklilerin ihale safhasında aynı hukukî durumda oldukları söylenebilirse de değişiklik ile ortaya çıkan farklı muamelenin objektif ve makul bir nedene dayandığı ve ölçüsüz olmadığı için eşitlik ilkesini de ihlal etmediği belirtilerek, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Red gerekçesinde belirtildiği üzere, mezkûr değişiklik ile tıbbî destek hizmetlerinde idare tarafından yükleniciye ödenen hizmet bedelinin dönemsel piyasa testi ile güncelleme süresinin

beş yıldan on yıla çıkarılması suretiyle hizmet sunumlarında teçhizat ve altyapı maliyetlerinin düşürülmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Böylece anılan kural, ihaleye katılan şirketlerin beş yıllık bir dönemsel piyasa testini dikkate alarak sundukları fiyat tekliflerini belirleyen hizmet sunum maliyetinde önemli miktarda azalmaya imkân verecek hâle getirilmiş bulunmaktadır.

Kararda, bu değişikliğin yukarıda belirtilen nedenlerle kamu yararı amacına yönelik olduğu, kuralın yasama organının takdir yetkisi kapsamında kaldığı ve hukukî belirsizlik oluşturduğunun da söylenemeyeceği, bu sebeple Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırılığın söz konusu olmadığı belirtilmekte ise de bu görüşlere katılmak mümkün değildir.

Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi kararlarında hukuk devleti, diğer şartların yanında, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı tutumlardan kaçınan, hukuku devletin bütün organlarına hâkim kılan, Anayasa ve hukuk kuralları ile kendini bağlı sayan devlet olarak tanımlanmakta; hukuk devletinin gereklerinden olan belirlilik ilkesi de, yasal düzenlemelerin kişiler ve idare yönünden bir tereddüte ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, nesnel, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını ve keyfi uygulamalara karşı koruyucu tedbirler içermesini gerektirmektedir.

Öncelikle, incelenen hükmün sadece bundan sonra yapılacak ihalelere katılacak olanları değil, daha önce yapılan ihaleleri kazanarak sözleşme imzalamış olan yüklenicileri de kapsayacak genişlikte olduğunu vurgulamak gerekir.

Yapılan düzenleme ile “hizmet bedeli” tanımı değiştirilerek ve bu değişikliğin, yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ihalelerle sınırlı olarak uygulanmasını sağlayacak bir hüküm öngörülmemekle, ihaleyi daha önce almış olan ve hâlen hizmet sunan yüklenicilerin de maliyetlerinin düşmesine ve haksız kazanç sağlamalarına imkân verebilecek bir sonuca yol açılmış, böylece anılan modelin uygulanmaya başlaması için 6428 sayılı Kanunla yapılan tanımın ve başlangıçta belirlenen ihale ilkelerinin anlamsız ve gereksiz hâle getirildiği, sözleşme ve eklerinde veya bedelde değişiklik yapılmasının şartlarının, hatta konuyla ilgili bütün usul ve esasların da belirsizleştirildiği, keyfi uygulamalara açık bir durum ortaya çıkmıştır.

Üstelik çoğunluğun gerekçesinde belirtildiği şekilde on yıllık güncelleme süresinin azamî süre olduğu ve bu süre beklenmeden de güncellenmenin yapılabileceği kabul edildiğinde söz konusu belirsizlik daha da artmakta ve bu kabul aynı hükmün farklı yüklenicilere objektif bir şekilde uygulanmamasına yol açacak ve keyfi uygulamalara karşı koruyucu önlemler içermeyen bir müphemlik taşıdığı görüşünü güçlendirmektedir.

Kısaca söz konusu değişiklik, 6428 sayılı Kanuna göre yapılan bütün ihalelerde ve sözleşmelerde etki doğuracak ve objektif bir şekilde uygulama yapılmasını engelleyecek genişlikte ve belirsizliktedir. Çoğunluğun gerekçesinde belirtilenin aksine, anılan sürenin iki katına çıkarılması suretiyle ihale tarihinde öngörülen teçhizat ve altyapı maliyetlerinin önemli ölçüde azaltılmasına imkân sağlanan yüklenicilerin haksız kazanç sağlamalarını engellemeye yönelik hangi güvencenin getirildiği de Kanunun herhangi bir hükmünden anlaşılamamaktadır.

Dolayısıyla mezkûr düzenlemenin açık, net ve anlaşılır olduğundan ve keyfi uygulamalara karşı objektif koruyucu tedbirler içerdiğinden söz edilemez.

Kuşkusuz, kanunların objektif ve adil kurallar içermesi, hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi ve kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması da hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu sebeple yasama organının kanunî düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözönünde tutarak kullanması zorunludur.

Kamu harcamalarında Kamu İhale Kanununun uygulanmasını zorunlu kılan bir anayasal norm bulunmamasıyla birlikte kanun koyucu, şehir hastaneleri bakımından Kamu İhale Kanununda yer verilenlerden farklı usul ve esasları öngördüğü 6428 sayılı Kanunda da yukarıda belirtilen ölçütlere ve bu Kanuna göre yapılacak ihaleler için belirlediği kendi ilkelerine uymalıdır.

Yasama organının 6428 sayılı Kanunu da kamu yararı amacıyla çıkardığı ve Kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasında, Mahkememizin önceki kararlarında vurgulanan şeffaflık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik ve kamuoyu denetimi gibi ihale esaslarını bu amacın gerçekleştirilmesi için zorunlu ilkeler olarak belirlediği görülmektedir.

Red kararının gerekçesinde dava konusu kuralla getirilen düzenlemenin kamu yararı amacıyla dönük olduğu belirtilmekte ve -yerleşik içtihadımıza göre- Anayasaya uygunluk denetiminde kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığının Anayasa Mahkemesince değerlendirilemeyeceği bilinmekte ise de, anılan Kanunda yapılan değişikliklerde yukarıda belirtilen esaslara uygun düzenlemeler getirilmesi ve öngörülen yeni düzenlemelerin de hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak adalet ve hakkaniyet ölçütlerini zedelememesi gerekmektedir.

Yine vurgulanmalıdır ki, 6428 sayılı Kanuna göre yapılan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tâbi olacağı hükme bağlanmakla birlikte, bu sözleşmeler idare ile yükleniciler arasında sözleşme serbestisi kapsamında değil, Kanunun 3. maddesinde belirlenen “İhale ilke, usul ve esasları” çerçevesinde gerçekleştirilen ihalelerin sonunda yapılmakta ve 4. maddesinde belirlenen şartlara da tâbi bulunmaktadır.

Bu sebeple, maliyetleri belirleyen “hizmet bedeli”nin tanımındaki değişiklik de dahil olmak üzere Kanunda yapılan değişikliklerin ihale sürecini ve 3. maddenin birinci fıkrasında belirtilen ihale esaslarını anlamsız ve etkisiz hâle getirmemesi gerekir. Hizmet bedelinin hesaplanma yönteminin değiştirilmesi suretiyle, ihale süreci tamamlanmış ve sözleşmesi yapılmış işlerde de yüklenicinin maliyetinin azaltılmasına imkân tanıyan mezkûr düzenlemenin taşıdığı belirsizliğin ise, adalet ve hakkaniyet ölçütlerini zedeleyecek sonuçlar doğurmaya elverişli olduğu görülmektedir. Böyle bir belirsizliğin yargı yoluna başvurularak giderilmesi mümkün olmadığından, oluşabilecek haksız kazancı ve kamu zararını engellemeye yönelik güvencenin yargı yoluna başvurmak olduğu da söylenemez.

Bu itibarla, dava konusu kuralın belirlilik ilkesine uygun olmaması, adalet ve hakkaniyet ölçütlerini de zedeleyecek sonuçlar doğurmaya elverişli olması sebebiyle öncelikle Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu açıktır.

Diğer taraftan red gerekçesinde, anılan hükmün, ihale sürecinde tıbbî destek hizmetleri için beş yıllık bir süre öngörülmesi nedeniyle daha yüksek maliyet bedeli göstermek suretiyle ihaleyi alan yükleniciler bakımından da geçerli olduğu kabul edilmiş, ancak ihaleyi kazanarak idare ile sözleşme imzalayan yükleniciler bakımından ortaya çıkan farklı muamelenin objektif ve makul bir nedene dayandığı ve ölçüsüz olmadığı belirtilerek kuralın eşitlik ilkesini ihlal etmediği sonucuna varılmıştır.

İhaleyi kazanarak idare ile sözleşme imzalayan yüklenici de dahil olmak üzere ihaleye katılan bütün istekliler ihale safhasında aynı hukukî durumda olduklarından, eşitlik ilkesi uyarınca kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmaları, bunlar arasında ayırım yapılmaması ve ihaleden sonra da maliyetlerde değişiklik olması sonucunu doğuracak ayrıcalıklar tanınmaması gerekir.

Oysa, ihalenin tamamlanmasından ve sözleşmenin imzalanmasından sonra yapılan kanun değişikliği ile yükleniciye yeni imkânlar sağlayan dava konusu kural ihale öncesinde aynı hukukî durumda bulunan yüklenici lehine, diğer istekliler aleyhine bir duruma yol açmakta ve Kanunun yürürlükteki hükmü uyarınca hizmet bedelinin belirlenmesinde daha yüksek bir maliyet öngörülmesini gerektiren beş yıllık süreye göre değerlendirme yaparak teklif veren ve ihaleyi kazanamayan diğer teklif sahipleri karşısında yükleniciye haklı ve nesnel bir sebebe dayanmayan bir avantaj sağlamaktadır.

Çoğunluğun red gerekçesinde; yapılan değişikliğin, on yıllık yeni güncelleme süresinin mevcut sözleşmelere doğrudan etkili olması sonucunu doğurmayacağı, sözleşmenin teklif verilen çerçevede devam edebileceği, bu sürenin idare ile yüklenicinin anlaşmasıyla artırılabilmesi, sürenin artırılmasının idare lehine avantajlı bir durum oluşmasına da imkân sağladığı ve değişikliklerle, benzer durumda bulunan kişilere göre farklı bir muamele yaratıldığı söylenebilir de bunun objektif ve makul bir nedene dayandığının anlaşıldığı belirtilmekle birlikte, bu argümanlar, daha önce sözleşme imzalamış olan yükleniciye ihaleyi kazanamayan diğer isteklilere göre -kural değişikliğiyle- sağlanan ayrıcalığın objektif ve makul bir nedene dayandığını ve ölçsüz olmadığını değil, idare ile yüklenicinin anlaşmalarına (yani uygulamaya) bağlı olarak böyle bir ayrıcalığın fiilen sağlanmayabileceğini açıklamaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, Kanunun herhangi bir hükmünde ise keyfî uygulamalara karşı koruyucu tedbirleri içeren bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu itibarla, yükleniciye makul ve nesnel bir sebebe dayanmayan ve haksız bir avantaj sağlayan dava konusu kuralla yapılan değişiklik Anayasanın 10. maddesiyle de bağdaşmamaktadır.

Yukarıda belirtilen sebeplerle anılan hükümlerin Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle, çoğunluğun aksi yöndeki görüşlerine katılmıyorum.

Üye

M. Emin KUZ