

ANAYASA MAHKEMESİ VE
DANIŞTAY KARARLARI
IŐIĐINDA HEKİMLER
VE DIŞ HEKİMLERİNİN
MESLEKLERİNİ SERBEST
OLARAK İCRA ETMESİ
YÖNÜNDEN TAM GÜN
YASASI ÜZERİNE İNCELEME

Av. Yasin TEKAKÇA*

* Ankara Barosu.

Kamuoyunda tam gün yasası olarak bilinen 5947 sayılı “*Üniversite Ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” 30.01.2010 tarih ve 27478 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren; gerek sağlık hizmetlerinin uygulanması ve sağlık hizmetlerini alanlar, gerekse sağlık hizmetlerini veren başta doktor ve dış hekimleri olmak üzere sağlık personeli yönünden sorunlar ortaya çıkmış, yargı organları tarafından bir kısmı hakkında kararlar verilerek sorunlar çözümlenmeye çalışılmış ancak tam anlamıyla istenilen sonuca ulaşılamamıştır.

Aslında öğretim görevlilerinin özel öğretim muayenesi, askeri tabip ve dış hekimlerinin sağlık hizmetleri tazminatı, tıbbi kötü uygulama sebebiyle mali sorumluluk sigortası gibi konularda yasada bulunan hukuka aykırılıkların hepsi ayrı bir inceleme konusu olabilecek niteliktedir. Bu yazıda öncelikle öğretim görevlileri ile kamu kurum ve kuruluşları dâhil sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların mesai saati sonrası mesleklerini serbest olarak icra etmeleri konusundaki sorun incelenmeye çalışılmıştır.

5947 sayılı kanunun genel gerekçesinde; kısmi zamanlı çalışma sisteminden tam gün çalışma sistemine geçmesiyle kamu sağlık kuruluşunda görev yapan hekimlerin tüm mesai zamanlarını çalıştığı kuruma hasretmesi ile sağlık hizmetlerinin hakkaniyete, halkın ihtiyaç ve beklentilerine uygun, verimli, kaliteli ve etkin şekilde sunulmasına katkıda bulunulmasının amaçlandığı, uygulamalar ile vatandaşların hekimini ve sağlık kuruluşunu serbest olarak seçebilme olanağının tanındığı ifade edilmektedir. Ancak kanunun 1. madde gerekçesinde de belirtildiği gibi asıl amacın kamuda çalışan hekimlerin, serbest olarak çalışmalarını olanağının ortadan kaldırılması olduğu anlaşılmaktadır.

1. ÖĞRETİM ÜYELERİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME

5947 sayılı yasanın 3. maddesi ile 2547 sayılı Kanun’un 36. maddesinde yapılan değişiklik ile devamlı statüde görev yapan öğretim üyelerinin “*2547 sayılı Kanun ile diğer kanunlarda belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yüksek öğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başkaca herhangi bir iş göremeyecekleri, ek görev alamayacakları ve mesleklerini serbest olarak icra edemeyeceklerine*” dair hükmü, üniversitelerin bilimsel ve idari özerkliğe sahip diğer kamu kurumlarından farklı olduğu öğretim üyelerinin de konuları dikkate alınarak diğer kamu görevlileri gibi değerlendirilemeyeceği belirtilerek bizce de isabetli bir kararla ^[1] “...üniversitelerin bilim

[1] Anayasa Mahkemesinin 16.07.2010 tarih ve E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararı.

verilerini yaymak, ulusal alanda gelişime ve kalkınmaya destek olmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek gibi görevlerini yerine getirmesinin engellendiği, ayrıca, üniversitelerde görev yapan öğretim görevlileri, okutmanlar, öğretim yardımcılarını ile akademik olarak belirli bir yetkinliğe sahip öğretim üyeleri arasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın mesai sonrası ücretsiz de olsa resmi veya özel herhangi bir iş yapmalarının yasaklanmasının Anayasa'nın 130. Maddesine aykırı olması" sebebiyle iptaline karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararından tartışmasız iki sonuca ulaşmak mümkündür. Birincisi, öğretim görevlilerinin mesai saati sonrası çalışmasının yasaklanamayacağı, ikincisi de getirilebilecek kısıtlamaların Anayasa'nın 130. maddesi esasları çerçevesinde ve öğretim görevlilerinin akademik kariyerleri ve statülerine göre yapılabileceğidir. Buna rağmen 650 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yükseköğretim kurumlarının kadrolarında bulunan öğretim elemanlarının kurumlarında sadece eğitim ve araştırma faaliyetlerinde bulunma ve döner sermayeden herhangi bir gelir elde etmeme, Gülhane Askeri Tıp Akademisi kadrosunda bulunan öğretim üyeleri ise sadece eğitim ve araştırma faaliyetlerinde bulunma, yalnızca terörle mücadelede yaralananlar ile askerlik yükümlüsü erbaş ve erler ile askeri öğrencilere yönelik olanlar dışında hasta muayene ve tedavisi faaliyetleri kapsamında çalışmama kaydıyla Genelkurmay Başkanlığı'nın izniyle mesai saatleri dışında mesleki faaliyetlerini icra edebilme imkânı getirilmiştir.^[2] Tıp eğitiminin ağırlıklı olarak uygulamaya yönelik olduğu bu bağlamda tabiplik ve uzmanlık eğitiminin bu KHK'de belirtildiği şekilde yapılamayacağı, öğretim üyelerinin hasta üzerinde teşhis ve tedaviyi yapmadan tabip ve uzman tabip yetiştiremeyeceği tartışmasızdır. Kaldı ki tıp alanında gün geçtikçe ihtisaslaşma artmakta (Örneğin göz doktorları içinde retina, şaşılık, glokom, refraktif cerrahi v.b. alanlarında ihtisaslaşma yoluna gidilmekte, diğer uzmanlık alanlarında durumun bundan farklı olmadığı da izahatın varestedir), buna bağlı olarak bir üniversitede öğretim üyeleri içinde belli konularda ihtisaslaşan personel sayısı bir elin parmaklarını geçmemekte bazen de tek olmaktadır. Bu yasal düzenleme ile tabip ve uzman tabiplerin yetiştirilmesi sorunu ortaya çıkacağı gibi ihtisas konularında hastaların tedavi hizmetini alamayacağının tespiti için uzman olmaya gerek yoktur. Bu düzenlemenin Anayasa Mahkemesinin iptal kararında belirttiği gerekçeler ile uyumlu olduğunu söylemek mümkün değildir.

[2] 650 sayılı KHK, m. 40,41

2. KAMU KURUM VE KURULUŞLARINDA ÇALIŞAN HEKİMLER YÖNÜNDEN

Kamuda çalışan hekimlerin mesleklerini serbest olarak icra edebilmeleri olanağını sağlayan 2368 sayılı yasa 5947 sayılı yasanın 19/a maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5947 sayılı kanunun 7. maddesi ile 11.4.1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 12. maddesinin 2. ve 3. fıkraları değiştirilmiştir. Yapılan değişikliklerle, tabipler, diş hekimleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların 12. madde 2. fıkrada belirtilen üç bentten yalnızca birindeki sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Fakat madde metninde bulunan "...bentlerden yalnızca birindeki..." ibaresi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Kamu kurumlarında çalışan doktor, diş hekimi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların mesai sonrası mesleklerini icra edemeyeceklerine dair düzenleyici işlemin yargısal denetimini yapan Danıştay 5. Dairesi "... üniversite öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan doktorların "muayenehane açmalarının mümkün olmadığı" na ilişkin işlemin hukuka aykırı olması sebebiyle iptaline, ancak, kamuda çalışan hekimlerin aynı zamanda "özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığı" na ve bu talebin reddine ^[3] karar vermiştir. Davalı idarenin itirazı üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu; Sağlık Bakanlığı işleminin hukuka aykırı olmadığını belirterek Danıştay 5. Dairesi tarafından alınan yürütmenin durdurulması kararının kaldırılmasına karar vermiştir.^[4] Anayasa Mahkemesi iptal kararının gerekçesinde; Sağlık hizmetlerinin insanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ve bu yaşamın sürdürülmesinde hekimin statüsünün değerlendirilerek diğer kamu görevlilerinden farklı olduğunu, bazı dallarda uzman hekimin sayıca az olması ve kamunun yanında özel sağlık kuruluşlarının da bu hekimlere ihtiyaç duyması nedeniyle hekimlerin mesleğini mesai saatleri ile sınırlı olmaksızın icra etmeleri gerektiğini, kuralda belirtildiği şekilde sınırlandırılmasının bireylerin yaşam hakkını zedeleyici nitelik taşıdığını belirtmiştir. Bu iptal kararının gerekçesinin, yasama, yürütme ve idare organlarının kararlarında esas alması gereken bir husus olduğu tartışmasızdır.^[5] Zira yukarıda belirtilen Danıştay kararı ve Danıştay'ın iptal kararına konu edilen Sağlık Bakanlığı işleminin, Anayasa Mahkemesinin belirttiği gerekçe ile uyumlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira Anayasa Mahkemesinin "...bentlerden yalnızca birindeki..." ibaresinin iptali kararı, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan tabip ve diş hekimlerinin mesai saati

[3] Danıştay 5. Dairesinin 6.4.2011 tarih ve E.2010/4406 K.2011/1696 sayılı kararı.

[4] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 13.1.2011 tarih ve Yd.İtiraz 2010/1116 sayılı kararı.

[5] Anayasa m.153.

sonrası özel sağlık kuruluşlarında çalışma imkânını sağlama amacına yöneliktir. Danıştay kararına konu edilen Sağlık Bakanlığı işleminin dayanağı, 5947 sayılı yasanın 7. maddesi ile 1219 sayılı yasanın değiştirilen 12. maddesinin 3. fıkrası olarak belirtilmektedir. Bu maddenin tasarı gerekçesinde; bir yandan bazı branşlar ile konsültasyon hizmetleri gibi konularda hekim kaynağının en verimli şekilde istihdamını sağlamak amacıyla birden fazla sağlık kurumunda çalışmasına izin verileceği belirtilmiş, diğer yandan da ancak aynı bent içinde olan sağlık kuruluşlarından olma şartı getirilmiştir. Bu çelişkinin bu yasal düzenleme ile giderilmesi mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi insanın yaşam hakkı ve bu hakkın sürdürülmesi için konumu tartışmasız olan hekimlerin mesai saati ile ilgili bir düzenleme yapılması, yasa koyucunun takdir hakkı içinde ise de, mesai saati sonrası mesleğini icra edememesi gibi bir sonuç doğuracak düzenlemenin hukuka aykırı olduğu bir gerçektir. Bu düzenleme ile kişilerin tedavisini yapacak hekimi seçmesi imkânı önemli ölçüde ortadan kaldırılmıştır. Tasarının gerekçesi incelendiğinde özetle; hasta–hekim ilişkisinin istismarının önlenmesi amacıyla yasanın bu hükümlerinin kabul edildiği belirtilmektedir. İstismarın var ise ortaya çıkarılması ve hukuki olarak gereğinin yapılması idare ve yargının görevidir. Bu kısıtlayıcı düzenlemenin kamu yararı amacına yönelik olduğunu söylemek de mümkün değildir. Bu durumda hastaların hekime ulaşım hakkı ortadan kaldırıldığı gibi hekimler açısından da anayasal bir hak olan mesleklerini serbest olarak icra etme hakları da ortadan kaldırılmaktadır.

Farklı uzmanlık alanlarına sahip tabiplerin mesleklerini icra ederken, bu icra sırasında ihtiyaç duydukları tıbbi ekipman farklılık göstermektedir. Bir kısım uzmanlık alanına dahil olanlar hiçbir maliyeti olmayan veya maliyeti düşük ekipmana ihtiyaç duyarken diğerleri ise kişilerin kendi başlarına edinebilecekleri ekipmanlara ihtiyaç duymakta, dolayısıyla kurumsal niteliğe sahip ve sermaye birikimi sağlamış sağlık kuruluşlarında çalışmalarını mesleklerini icra etmek için neredeyse bir zorunluluk haline gelmektedir.

Bu durum mesleklerini icra edecek hekimler arasında önemli bir eşitsizlik yaratmaktadır. Bunun dışında bir kısım hekimlerin mesai saati sonrası serbest olarak muayenehanelerinde çalışabileceğini kabul edip sağlık kuruluşunda serbest olarak mesleğini icra edemeyeceğini söylemek tam bir çelişkidir. Özel sağlık kuruluşları teknolojiyi takip etmekle birlikte süratle ihtiyaç duyulan malzeme ve ekipmanları temin ederek hasta ve hekimin hizmetine sunmakta kamu kuruluşlarında ise bürokratik engeller yüzünden tedarik imkanı gecikmekte ya da gerçekleşmemektedir.

Anayasanın 141. maddesine göre bütün mahkeme kararlarının gerekçeli olarak yazılması zorunlu olmasına rağmen yukarıda belirtilen Danıştay 5. Daire kararında hiç bir gerekçeye yer verilmeksizin "...*ilişkin tümcesinin Anayasaya*

aykırı olduğu iddiası yerinde görülmemek...” denilmek suretiyle talep reddedilmiştir. 5947 sayılı Kanununun 7. maddesi ile 1219 sayılı Kanununun 12. maddesi 3. fıkrasında yapılan değişiklikteki “*Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir.*” cümlesi yukarıda belirttiğim gerekçelerle Anayasanın 2, 10, 13, 17 ve 56. maddelerine aykırıdır. Ana muhalefet partisi tarafından Anayasa Mahkemesine müracaat esnasında bu cümlenin iptali talep edilmediğinden Anayasa Mahkemesince de inceleme yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin gerekçeleri de bağlayıcıdır^[6] Bu nedenle “...*bentlerden yalnızca birindeki...*” ibaresinin iptal gerekçesi incelendiğinde; ne Danıştay kararları ne de Danıştay’ın iptal kararına konu edilen Sağlık Bakanlığı işleminin Anayasa Mahkemesinin iptal sebebine dair düşünce ve kararına uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Danıştay’ın en azından hangi gerekçe ile Anayasa’ya aykırılık görmediğini açıklaması gerektiğini düşünmekteyim. Bu arada 7.4.2011 tarihli resmi gazetede yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile; muayenehaneler için aranan fiziki şartların, hizmet gereği asgari standart boyutlarını aşar şekilde belirlenmiş olmasının^[7] sağlık hizmetinin serbest sunumunun koşullarını ağırlaştırarak sunumunu ağır biçimde güçleştirecek şekilde asgari standart düzenlenemeyeceği, piyasa koşullarında serbest meslek icra eden doktorların ve hastaların, erişimi dikkate alarak tercihlerini belirleyebilecekleri, çalışma hakkı ve özel girişim özgürlüğüne ağır bir müdahalede bulunulduğu, kadro dışı geçici çalışmayı bir tıp merkezi veya özel hastanede kadrolu çalışma şartına bağlama ve kadrolu çalıştıkları bu yer dışında en fazla iki özel sağlık kuruluşunda kadro dışı çalışmayı sağlama şeklinde kısıtlamanın tabiplik statüsünün tabibe 1219 sayılı yasa ile tanıdığı tabiplik icra etme hakkını engellediği, Devlet Üniversitesi tıp fakültelerinde öğretim üyesi olarak çalışan doktorların mesai dışında herhangi bir iş yapmalarını engelleyen hükümlerinin uygulanmasının, Danıştay tarafından hukuka aykırı bulunarak yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.^[8]

Danıştay 5. Daire kararını temyizen incelemekle görevli İdari Dava Daireleri Kurulunun Anayasa’ya aykırılık yönünden düşüncesi dikkate alındığında söz konusu madde ile ilgili olarak yasal düzenleme ile değişiklik yapılmadığı takdirde Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimi yapabilmesi için yargı yerlerinden herhangi birinin Anayasa Mahkemesine başvurmasından başka hukuki bir yol bulunmamaktadır.

[6] Anayasa Mahkemesinin 12.12.1991 tarih ve E.91/72, K.91/50, 24.5.1988 tarih ve E.88/11, K.88/11 sayılı kararları.

[7] Örneğin, tuvaletler için hiçbir kamu kurumunda bulunmayan standartlar konulmuştur.

[8] Danıştay 10. Dairesinin 5.7.2011 tarih ve E.2011/7101 sayılı kararı.

Hukuk düzenini hukuk kurallarıyla düzenleme sorumluluğu çağımızda yasama gücüne aittir. Hukuk düzenini kurma ve koruma, bir nevi toplum hekimliği ve toplum mühendisliğidir.^[9] Hukukun konusu ve gayesi toplumda hukuk düzenini kurmak ve sürdürmek; kişiler arasında, kişiler ile siyasi iktidarın örgütlenmiş şekli olan devlet arasında ortaya çıkan menfaat çatışmalarını azaltmak ve adaleti sağlamaktır.^[10] Kanun hükmünde kararnamenin hukuki statüsü ile ilgili tartışma ve eleştirileri bir kenara bırakırsak kanun hükmünde kararname ile ilgili öğretim üyeleri yönünden yapılan düzenleme ve kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların hâlihazırdaki mesleklerini mesai saatleri dışında serbest olarak icra edebilme imkânları büyük ölçüde ortadan kaldırıldığı gibi hastaların hekimini seçme ve hekime erişim hakkı da büyük oranda engellenmiş olmaktadır

Sonuç olarak; Anayasa Mahkemesinin 5947 sayılı yasa ile ilgili olarak kısmi iptal kararı üzerine yasama organı tarafından yeniden düzenleme yapılmasına rağmen sorunların giderilemediği; Anayasa Mahkemesi kararının gerekçeleri dikkate alınarak, başta Üniversitede görevli öğretim görevlileri olmak üzere, kamuda çalışan tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların mesai saatleri sonrası mesleklerini serbest olarak icra etmelerinin kısıtlanamayacağı, muayenehane ya da özel sağlık kuruluşlarında çalışma arasında fark yaratılamayacağı, tam gün yasının hekimin bir tam günü yerine mesai saatleri olarak kabul edilip ancak bu zaman için idarenin tasarruf yapabileceği ve bu bağlamda 1219 sayılı yasanın 12. maddesi 3. fıkrasının yeniden düzenlenerek gerek hastanın hekimini seçme ve ulaşma imkânının sağlanması, gerekse hekimlerin mesai saati sonrası serbest olarak çalışma imkânının sağlanmasının, Anayasa'nın sözü ve ruhuna daha uygun olduğu değerlendirilmektedir.

[9] R. Pound, "Social engineering", KARAYALÇIN, Yaşar Hukukta öğretim-kaynaklar-metod, Ankara 5. Baskı S.121

[10] KARAYALÇIN, Yaşar Hukukta öğretim-kaynaklar-metod, Ankara 5. Baskı S.110

KAYNAKÇA

KARAYALÇIN, Yaşar Hukukta öğretim-kaynaklar-metod,
Ankara 5. Baskı

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara 1996