

DEVLET HİZMETİ YÜKÜMLÜSÜ TABİPLER NE YAPMALI?

Dr. F. Birsen OLGAÇ*

* Ekonomi Doktoru.

1 2 Eylül 1980 Askeri Darbesini takiben Silahlı Kuvvetlerin en üst kademesindeki beş Orgeneral'den oluşan Milli Güvenlik Kurulu (MGK) tarafından yürürlüğe konulan 27.10.1980 tarih ve 2325 sayılı Anayasa Düzeni Hakkındaki Kanun ile TBMM ilga edilmiş ve MGK tarafından kabul edilecek kanunların, Anayasanın ve yürürlükteki yasaların aykırı hükümlerinin yerini alması öngörülmüş ve yargı yolları kapatılmıştır.

21.08.1981 tarih ve 2514 sayılı MGK Kanunu ile tabip ve uzman tabip unvanı alanl kişilere, Devletçe atanacakları kadrolarda, ikişer yıl Devlet Hizmeti yapmaları zorunluluğu getirilmiş ve bu hizmeti tamamlamadan tıp mesleğini icra edemeyecekleri öngörülmüştür. Tıbbın sosyalizasyonuna ve tam gün yasasına karşı çıkan bir kesimin, böyle bir yükümlülüğe olur vermesinin gerekçesi açıktır.

1982 Anayasasının 18.maddesinin gerekçesinde “*zorla çalışmanın işkence olduğu*” ifadesi yer almasına karşın geçici 15.madde yargı yolunu kapattığından, zorla çalıştırma olan Devlet Hizmeti yükümlülüğünün Anayasa Mahkemesine götürülmesi mümkün olmamıştır.

Zorla Çalıştırmanın yasaklanmasını öngören Avrupa Sosyal Şartı 07.08.1989 tarih ve 89/14434 sayılı BKK ve 29 sayılı Zorla Çalışmaya İlişkin Uluslararası Çalışma Sözleşmesi 25.05.1998 tarih ve 98/11225 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmış ve yürürlüğe girmiştir. Ancak, devlet hizmeti yükümlülüğünün bu Sözleşmelere aykırı olduğu onay hazırlıkları sırasında, Komisyonlarda ve Genel Kurulda öngörülmemiştir.

Devlet hizmeti yükümlülüğüne dair 2514 sayılı Yasa, 24.07.2003 gününden başlamak üzere 4924 sayılı Kanunla, verimli olmadığı gerekçesiyle kaldırılmıştır. Atanan **doktorların, görevlerini terkettiklerinden şikayet eden yurttaşlara en yetkili kişinin “bağlanmalarını” tavsiye etmesi bu verimsizliğin göstergesidir.** Söz konusu yükümlülük 05.07.2005 tarihinde başlamak üzere 5371 Yasa ile temel sağlık hizmetleri Kanuna eklenen ek maddeler 3, 4, 5 ve 6 ile yeniden canlandırılmıştır. Ek Madde 3, pratisyen hekim, uzman ve yandal uzmanı tabiplere, eğitimlerini tamamlamalarını takiben, kura ile atanacakları kadrolarda 300-600 gün arasında devlet hizmetlisi olarak çalışmalarını; ek madde 4 ise bu yükümlülük tamamlanmayan tıp doktorlarının mesleklerini istedikleri gibi icra edemeyeceklerini hükme bağlamaktadır.

Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan insan haklarına ilişkin 29 sayılı ILO Sözleşmesi, bu alandaki temel metin olup daha sonraki insan hakları sözleşmelerine ve ülke anayasalarına da örnek olmuştur. Bu sözleşme, zorla veya zorunlu çalışmanın en kısa sürede yasaklanmasını öngörmektedir. **Sözleşme, zorla veya zorunlu çalışmayı. kişinin iradesi dışında ve bir yaptırım altında yapmak zorunda olduğu her türlü iş ve hizmet olarak tanımlamaktadır.** Yaptırım, fiziki şiddet olabileceği gibi bir ceza yaptırım ve hak veya imtiyaz kaybı da olabilmektedir.

Sözleşme, olağan yurttaşlık ödevlerini (*normal civic obligations*), diğer hükümlerine uyulmak şartıyla zorla çalışma saymamaktadır. ILO uygulamasında bu ödevler, zorunlu askerlik hizmeti, olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek iş ve hizmetler, toplumu oluşturan fertlerce toplum yararına yürütülen ve kararlarına toplum üyelerinin katıldığı küçük toplumsal hizmetler, zorunlu juri görevi, tehlikedeki bir kişiye veya asayişin teminine yardım yükümlülüğünü kapsamaktadır.

Sözleşmeye göre olağanüstü hal, önceden görülemeyen ve toplumun bütününe veya bir kısmının varlığını veya refahını tehdit eden veya etmesi olası olayların yarattığı bir durumdur ve ağır ekonomik bunalımı kapsamamaktadır.

Sözleşmenin 1932-2007 yılları arasındaki** uygulanmasını inceleyen ILO'nun tespit ettiği, zorla veya zorunlu çalışma hallerinden bazıları şunlardır:

1. Belirli bir eğitimi ve öğrenimi bitiren kişilere, fiziki veya manevi şiddetten, bir cezaya veya hak ve imtiyaz kaybına kadar gidebilen bir yaptırım tehdidi altında, gönüllü olmadıkları bir iş veya hizmetin gördürülmesi zorla çalışmadır.

ILO ,Cezayir'deki kamu sağlığı tabipleri için öngörülmüş bu tür hizmeti, reddi veya gerekçesiz istifa halinde mesleğin icrasının yasaklanması nedeniyle zorla çalışma addetmiştir.Cezayirin sağlık hizmetlerine ulaşamayan kişilere uzman bakımı sağlamak için kamu sağlığı uzmanlarına getirmiş olduğu 1-4 yıl arasındaki vatandaşlık ödevi, Sözleşmenin ihlali olarak kabul edilmiş ve değiştirilmesi veya Sözleşmeye uyumlu hale getirilmesi istenmiştir.

Temel Sağlık Hizmetleri Kanununun öngördüğü devlet hizmeti, bu gerekçe ile Sözleşmeye aykırı bir zorla çalışma türüdür. ILO nun hekim açığı için tavsiyesi, bu hizmetin gönüllülük esasına göre yapılmasının teşvik edilmesidir.

2. Çalışanların, işten atılma veya istifaya zorlanma tehdidi altında normal iş süresinin üstünde çalışmaları, zorla çalışmadır.

Kesintisiz 33 saat çalıştırılan asistan tabiplerin bu hizmeti, zorla çalışmadır.

Anayasanın, uluslararası andlaşmaların uygulanmasına ilişkin 90. maddesinin son fıkrası, 07.05.2004 tarihinden geçerli olmak üzere, usulüne göre yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağını öngörmektedir. Esas alma, uluslararası andlaşmayı yasalara üstün tutularak uyumsuzluğu

uluslararası andlaşmaya göre çözmek demektir Anayasa'nın bu hükmü, yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlamaktadır.

Söz konusu Anayasa değişikliği, Avrupa Birliğince hazırlanan 2004 Türkiye İlerleme Raporunda Türk mahkemelerinin andlaşma hükümlerine uyacakları şeklinde yer almıştır. ILO Bağımsız Uzmanlar Komitesinin 2005 yılındaki Anayasanın 18. maddesinde yer alan vatandaşlık ödevi niteliğindeki fikir ve beden çalışmalarının mahiyetine ilişkin bilgi talebine Türkiye tarafından verilen cevapta, belirtilen Anayasa değişikliği bildirilmiştir. Bunun anlamı, Sözleşme hükümlerinin üst norm olduğudur.

Dışişleri Bakanlığının, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin uygulanmasına ilişkin olarak Birleşmiş Milletler'e gönderdiği 13.04.2011 tarihli raporda, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlükler alanındaki Sözleşmelerle, iç hukuk arasında aynı konudaki hükümlerinin farklılığı nedeniyle çatışma olması halinde andlaşma hükümlerinin uygulanacağı taahhüt edilmektedir.

Ankara 5. İdare Mahkemesi, 29.06.2004 tarih ve 1212 sayılı kararında, Anayasa ve 657 sayılı yasanın yönetsel yargı yolunu kapattığı uyarma ve kınama cezalarına karşı usulüne uygun olarak yürürlüğe koyulan B.M. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin hak arama özgürlüğünü güvenceye alan 14. maddesine dayanarak ve bu kuralı üstün tutarak elindeki davayı öz yönünden incelemiş ve işlemin iptaline karar vermiştir.

Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 2006/1 sayılı kararında, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasındaki “*usulüne göre yürürlüğe koyulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*” tümcesi ile kanunkoyucunun, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalara yasalar önünde önem ve öncelik vermiş ve bu konudaki iradesini açık ve net bir şekilde ortaya koymuş olduğunu vurgulayarak kamu görevlileri sendikalarının görevlerine ilişkin olarak daireler arasındaki uyuşmazlığı 4688 sayılı kanun yerine 151 sayılı ILO Sözleşmesini esas alarak çözmüştür.

TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı Prof. Dr. Burhan KUZU, söz konusu değişiklik konusunda, “*Şimdi bu getirdiğimiz metin ile milletlerarası andlaşmayı doğrudan uygulama imkanı bulunmuş olacak. Sonuç olarak, idari düzenlemelerle milletlerarası andlaşma çatışması durumunda tabii andlaşmayı öne çıkaracağız. O tespit doğrudur.*” demiştir.

TTB tarafından devlet hizmetinin uygulanmasına ilişkin Başbakanlık Genelgesinin iptali istemiyle Danıştay'a yapılan başvuruda, devlet hizmetinin zorla çalışma olduğu ileri sürülmemiş, yalnızca, Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek madde 3, 5 ve 6 daki diğer hususların Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmekle yetinilmiştir. 29 Sayılı Sözleşmeyi dikkate almayan Danıştay, iddiaları ciddi

bularak Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme 13.03.2006 tarih ve 38 sayılı kararında, başvuruda yer alması rağmen devlet hizmetini, Milli Güvenlik Kurulu Anayasa Komisyonunun gerekçesine dayanarak Anayasanın 18 maddesine aykırı bulmamış ve Anayasanın 90 madde hükmüne karşın 29 sayılı Sözleşmeyi göz önünde bulundurmamıştır. Anayasa Mahkemesi hem bu kararında hem de devlet hizmeti yükümlülüğü yerine getirilmeden tabiplerin mesleklerinde çalışmalarını yasaklayan ek madde 4/2 nin iptali amacıyla açılan bir başka davadaki 16.12.2010 tarih ve 113 sayılı kararında yükümlülüğün, tabiplerin çalışma özgürlüğünü ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlamadığına hükmetmiştir yani devlet hizmeti yükümlülüğü, elde edilmek istenen amaç için yeterli, gerekli ve orantılıdır.

Eğitimlerini yeni tamamlamış ve yeterli mesleki bilgi ve deneyime sahip olmayan tabiplerin bu iş için yeterli oldukları şüphelidir ve yapabilecekleri hataların telafisi yoktur. Sağlık Bakanlığının çalıştırmakta olduğu altmış bin tabip arasından yeterli mesleki bilgi ve deneyime sahip hekim bu iş için görevlendirilmesi, insan hayatı sözkonusu olduğundan, daha uygun olacaktır. "Gereklilik", acil bir toplumsal ihtiyacın varlığını zorunlu kılmaktadır. 21.08.1981 tarih ve 2514 sayılı Milli Güvenlik Kurulu Kanunu ile doktorlar için öngörölmüş bulunan devlet hizmeti yükümlülüğüne, verimli olmadığı gerekçesi ile 10.07.2003 tarih ve 4924 sayılı Yasa ile 24.07.2003 tarihi itibarıyla son verildiği ve sonraki iki yıl içinde böyle bir yükümlülük öngörölmeksizin sağlık hizmeti dağıtıldığı göz önüne alındığında bu yükümlülük için acil bir toplumsal ihtiyaç olmadığı ortaya çıkmaktadır.

Kasım 2009 itibarıyla bir il merkezine atanan 38 pratisyen hekimden sadece 5 tanesinin göreve başlamış olması ve bunlardan 3 ünün de aynı gün istifa ederek ili terk etmelerinin anlamı büyüktür. Meşekkatli geçen, çok zor ve Türkiyedeki en uzun öğrencilik döneminden sonra, atandıkları göreve gitmeyen/gidip derhal istifa yolunu seçen doktorların tutumu, yüksek aylıkların ve yaşam şartlarının karşıkışıya kaldıkları kısıtlamalarla orantılı olmadığını açıkça ortaya koyan çarpıcı bir örnektir.

Devlet hizmeti yükümlülüğü, rıza göstermeyen tabipler için esas alınması gereken ve üst norm olan uluslararası sözleşmeleri ihlal eden bir zorla çalışma türüdür. Zorunlu hizmeti kabul etmeyen doktorlar, Sayın Burhan Kuzu'nun ve idari yargı kararlarının gösterdiği yoldan giderek kendilerine tebliğ edilmiş bulunan atama kararının, üst norm olan 29 sayılı Sözleşme esas alınarak iptali için idari yargıya başvurulmalıdır.