

## **TAM GÜN ÇALIŞMA ESASINA GEÇİŞ SERÜVENİ VE HEKİMLER İLE ÖĞRETİM ÜYESİ HEKİMLER İÇİN MEVCUT DURUM**

*Yrd. Doç. Dr. Atıla ERKAL\**

### **ÖZET:**

Tam gün çalışma esasının kanunlaşmasıyla birlikte gerek Sağlık Bakanlığına bağlı Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu bünyesindeki hastanelerde ve gerekse yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim üyesi hekimlerin mesai saatleri dışında serbest meslek icrası yasaklanmış öğretim üyelerinin kısmi çalışma imkanı da kaldırılmıştır. 2010 yılında Tam Gün Kanunuyla başlayan bu süreç Anayasa Mahkemesi'nin, Kanunun ilgili maddelerini iptal etmesi üzerine aradan uzun bir süre geçmesine rağmen hekimlerin ve öğretim üyesi hekimlerin çalışma esaslarına ilişkin belirsizlik devam ettirmektedir. Hekimlerin ve öğretim üyesi hekimlerin çalışma esasıyla ilgili çıkartılan son 6514 sayılı Kanunun ilgili maddelerinin iptali için Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılması da bu belirsizliği sürdürmektedir. Şimdilik Sağlık Bakanlığı bünyesinde çalışan hekimlerin mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetleri yasaklanmış, üniversite öğretim üyeleri için de benzer bir hüküm getirilmiş ancak muayenehanelerin kapatılacağına ilişkin hükmün yürürlüğünü Anayasa Mahkemesi durdurmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Tam Gün Kanunu, Hekimlerin Çalışma Esası, Öğretim Üyelerinin Çalışma Esası, Sağlık Hukuku, Serbest Meslek İcrası.

### **ZUSAMMENFASSUNG:**

Mit dem Gesetz über die ganztägige Arbeitszeit sind die Ärzte, die in den Gesundheitsministerium angegliederten Krankenhäuser arbeiten und die selbstständige freie Berufsausübung nach der Arbeitszeit der wissenschaftlichen Mitarbeiter der Universitätskliniken wurde verboten. Dabei wurde die Teilzeitarbeitsmöglichkeit der Universitätsmitarbeiter aufgehoben. Dieses vorgehen hat mit dem Gesetz über das Ganztägige Arbeitszeit von 2010 begonnen. Nach der Aufhebung der Gesetzesregelungen durch das Verfassungsgericht, geht die Unsicherheit weiter, ob die Ärzte selbstständige Berufsausübung nach der Arbeitszeit durchführen können oder nicht. Das letzte Gesetz mit der Nummer 6514, welche die Arbeitsbedingungen und die Arbeitszeit regelt, wurde auch angefochten. Daher ist die Unsicherheit noch nicht geklärt. Aktuell kann man sagen, dass die Ärzte, die in den Gesundheitsministerium angegliederten Krankenhäuser arbeiten, kein selbständiges Beruf ausüben dürfen. Eine

---

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ähnliche Regelung wurde auch für die Mitarbeiter der Universitätskliniken eingeführt. Allerdings hat das Verfassungsgericht durch die einstweilige Anordnung die Regelung über die Schliessung der Praxis eingestellt.

**Schlüsselwörter:** Gesetz über das Ganztägige Arbeitszeit, Arbeitsbedingungen der Ärzte, Arbeitsbedingungen der Lehrkräfte, Gesundheitsrecht, selbstständige Beufsausübung.

## GİRİŞ

Tam Gün Kanunu<sup>1</sup> olarak adlandırılan 5947 sayılı Kanunla<sup>2</sup>, gerek kamu hastanelerinde gerekse üniversite hastanelerinde çalışan hekimlerin çalışma esaslarında büyük değişikliklere gidilmiştir. Bu Kanunla sağlık hizmetlerinin daha etkin ve verimli hale getirilmesi, sağlık hizmetinden faydalananlar açısından daha kaliteli bir hizmetin sunulması ve herkesin buna daha kolay ulaşılmasının sağlanması amaçlanmıştır.<sup>3</sup> Üniversiteler dışında kamu hastanelerinde çalışan hekim ve diş hekimlerinin sadece kamuda çalışmaları öngörülerek mesai saatinde ve haricinde serbest meslek icrası yasaklanmıştır. Üniversitelerde görev yapan öğretim üyelerinin ise kısmi statüde çalışma imkanı kaldırılmıştır. Bu değişiklikler gerek Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu bünyesindeki hastanelerde çalışan hekimler, gerekse üniversitelerde çalışan ve aynı zamanda hekim olan öğretim üyeleri tarafından tepkiyle karşılanmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesi üzerine Anayasa Mahkemesi'nde tam güne ilişkin hükümlerin iptali için dava açılmış, Anayasa Mahkemesi de tam gün çalışma esasına ilişkin kanun maddelerini iptal etmiştir. Bunun üzerine 650 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile serbest çalışma esasları tekrar kaldırılmış, Anayasa Mahkemesi yetki kanununa aykırılıktan dolayı KHK'yı iptal etmiştir. Akabinde kanun çalışmaları tekrar başlamış ve 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla hekimlerin çalışma esasları yeniden düzenlenmiştir. Bahsi geçen her değişiklik çalışma esaslarına ilişkin farklı düzenlemeler getirmiş ve bu nedenle gerek Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu bünyesindeki hastanelerde ve gerekse üniversitede görev yapan hekimlerin serbest meslek icra edip edemeyecekleri, muayenehane açıp açamayacakları tartışmalara neden olmuştur. Hatta yapılan değişikliklerin ve özellikle serbest meslek icra etmelerine yönelik getirilen yasaklamanın tüm öğretim elemanlarını kapsayıp kapamadığı yönünde tartışmalar da doğmuştur.<sup>4</sup> Bu tartışmalar devam ederken Anayasa Mahkemesi, 6514 sayılı Kanun ile Yüksek-

<sup>1</sup> Kanunlarda değişiklik yapan torba kanunların isimlerinin uzun olması sebebiyle ilk atıflardan sonra kısaltma olarak kanun sayısı kullanılacak, diğerlerinde ise kanun adının kısaltması, kısaltması yaygın kullanılmayan kanunlarda ise yeri geldiğinde de kanun sayısı kullanılacaktır.

<sup>2</sup> Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G.30.01.2010, sy. 27478.

<sup>3</sup> 5947 sayılı Kanun tasarısının 26/05/2009 tarihli genel gerekçesi <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss418.pdf> (E.T. 2.12.2013); diğer taraftan öğretim üyeleri ile ilgili olarak kısmi zamanlı çalışmanın kötüye kullanılabilirdiği, üniversitelerin adeta muayenehaneleri beslemeye yönelik kartvizit olarak kullanılması gibi, kötü örneklerin tam gün kanununun çıkartılmasında etken olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. **Gülân**, Aydın, Akademik Personelin Üniversite Dışında Gelir Getirici Çalışmalarda Bulunmasının Meşruluğu Sorunu, İl Han Özay'a Armağan, İÜHFD, C. LXIX, s. 1-2, s. 40.

<sup>4</sup> **Aktaş**, Ekin Özgür, 657+7= 657, [http://www.izmirtabip.org.tr/userfiles/663\\_e.pdf](http://www.izmirtabip.org.tr/userfiles/663_e.pdf) (E.T.3.12.2013).

köğretim Kanununa eklenen ve mesai saatleri dışında serbest çalışan öğretim üyelerinin maddenin yürürlüğe girmesinden itibaren 3 ay içinde serbest meslek faaliyetlerini sona erdirmelerini, aksi takdirde üniversiteyle ilişkilerinin kesileceğine ilişkin hükmün esas hakkında karar verilinceye kadar yürürlüğünü durdurmuştur.<sup>5</sup> Mahkemenin yürürlüğü durdurma kararı ile birlikte öğretim üyelerinin mesai saatleri dışında serbest çalışmalarına ilişkin muamma devam etmektedir. Bu çalışmanın yayınlandığı tarihe kadar Anayasa Mahkemesi henüz esas hakkında bir karar vermemiştir.

Bu çalışmada, kamuda çalışan devlet memuru statüsüne haiz hekimler ile öğretim elemanları hakkında tam gün ve serbest çalışma esasının getirilmesindeki süreç ve hekimlerin mesleklerini icrasındaki mevcut durum üzerinde durulacaktır. Bu çerçevede özellikle tam gün ile ilgili Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları da ele alınacaktır. Askeri hekimlerin çalışma esasları bunlara benzediği için ayrıca ele alınmayacaktır.

## I. TAM GÜN ÇALIŞMA ESASINA GEÇİŞ SÜRECİ

Sağlık hizmetlerinin verimli ve kaliteli olarak sunulması için devamlı surette tedbirler alınmaktadır. 2003 yılında uygulanmaya başlanan sağlıkta dönüşüm programının uygulanma sürecinin bir parçası olarak da tam gün çalışma esas getirilmiştir.<sup>6</sup> Bu süreçle, bir taraftan sağlık hizmetleri ifa eden teşkilatın yeniden yapılandırılması, diğer taraftan sağlık personelinin çalışma usul ve esasları tekrar belirlenmiştir. Sağlık teşkilatının yeniden yapılandırılmasıyla ilgili olarak Emekli Sandığı, SSK ve Bağ-Kur'dan oluşan parçalanmış sigorta sistemi Genel Sağlık Sigortası<sup>7</sup> sistemi altında birleştirilmiş, aile hekimliği<sup>8</sup> uygulamasına geçilmiş, Sağlık Bakanlığı ve Teşkilatı<sup>9</sup> yeniden yapılandırılmıştır.<sup>10</sup> Bu yapılandırılmayla birlikte yeni bir model olarak, sağlık hizmetlerinin kamu-özel ortaklığı ile gerçekleştirilmesi için imkan getirilmiştir.

<sup>5</sup> AMK, E. 2014/61, K. 2014/6, KT. 09.04.2014, RG. 11.4.2014, sy. 28969.

<sup>6</sup> 5947 sayılı Kanun Tasarısının 26.05.2009 tarihli genel gerekçesi için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss418.pdf> (E.T. 02.12.2013).

<sup>7</sup> 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, RG. 16.06.2006, sy. 26200.

<sup>8</sup> 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu (Kanunun önceki adı "Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun" iken 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı KHK'nın 58'inci maddesi ile değiştirilmiştir).

<sup>9</sup> 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG. 02.11.2011, sy. 28103 Mükerrer.

<sup>10</sup> Bu KHK ile Sağlık Bakanlığı, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu, Türkiye Halk Sağlığı Kurumu, Türkiye Halk Sağlığı ve İlaç Kurumu, Türkiye Hudut ve Sahiller Genel Müdürlüğü şeklinde yeniden yapılandırılmıştır. Taşra teşkilatı da buna göre yapılandırılmıştır. İl ve ilçe sağlık müdürlükleri ile sağlık grup başkanlıkları Bakanlığın, kamu hastane birlikleri, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumunun, halk sağlığı müdürlükleri Türkiye Halk Sağlığı Kurumunun taşra yönetim teşkilatı olarak belirlenmiştir.

Sağlık Personelini kapsayan reformlar ise 2003 yılında çok öncel başlamıştır. Üniversiteleri de kapsayacak şekilde tam gün çalışma esası 1978 yılında 2162 sayılı Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışma Esaslarına Dair Kanun<sup>11</sup> ile getirilmiştir. Bu Kanun tabip, diş tabipleri ve sağlık alanında uzmanlık belgesi olup, bu uzmanlık hizmetlerini yürüten eczacı, veteriner, biyolog ve kimya mühendisi gibi tüm sağlık personelinin kapsamaktadır. Kanun, diğer sağlık personeli gibi hekimler için bir taraftan tam gün çalışma esası getirirken bunu sağlamak amacıyla da mali açıdan büyük avantajlar<sup>12</sup> sunmuştur.<sup>13</sup> Diğer taraftan da sağlık personelinin mesai saatleri dışında serbest çalışmasını yasaklamıştır.<sup>14</sup> 2162 sayılı Kanun, 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanununun 6. maddesi ile 31.12.1980 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Tam Gün Kanunu'nun yürürlükten kalkmasıyla sağlık personelinin çalışma esasları eski duruma dönmüştür. Böylece özellikle üniversitelerde çalışan öğretim üyesi hekimler için tam gün zorunluluğu ortadan kalkmış ve serbest çalışma imkanı tekrar getirilmiştir. Daha sonraki yıllarda tam gün ile ilgili çalışmalar<sup>15</sup> olsa da 2010 yılına kadar kanun çıkartılmamıştır. 2010 yılında 5947 sayılı Tam Gün Kanunuyla hekimlerin çalışma esaslarında önemli değişikliklere gidilerek konu yeniden düzenlenmiştir.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> RG. 09.07.1978, sy. 16341.

<sup>12</sup> Kanununun 2. maddesine göre kanunda belirtilen sağlık personeline "aylıklarına ek olarak en yüksek Devlet memuru aylığı tutarını geçmemek üzere; aynı kurumların aynı hizmetlerinde çalıştırılan eczacılara aylıklarına ek olarak en yüksek Devlet memuru aylığının % 50'sini geçmemek üzere; aylık tazminat verilir."

<sup>13</sup> Kanununun 6. maddesi, Kanunun kapsamında çalışanların haftalık çalışma sürelerini 45 saat belirlemiştir. Çalışma günlerinin sürekli mesaieleri içinde öğle yemeği tatil hakları saklıdır. Günlük çalışma saatlerinin tespitinin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 100. maddesine göre yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

<sup>14</sup> Kanununun 7. maddesine göre "Bu Kanun kapsamında çalışan personel, hariçte serbest olarak sanat ve mesleklerini icra edemezler, resmi ve özel herhangi bir müessesede maaşlı, ücretli veya sözleşmeli olarak mesleki görev alamazlar, çalıştıkları kurumun gelirlerinden veya hizmet verdikleri kişilerden bu Kanunda yazılı olanlardan ve 657 2162 — 137 - \* 9.7, 1978 sayılı Devlet Memurları Kanununun gerektirdiği ödemelerden (İlgili üniversite personeli için 1765 sayılı Kanununun 16'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilenden) başka mesleki ek gelir sağlayamazlar."

<sup>15</sup> Örneğin Sosyal Sigortalar Kurumu Personelinin Unvan Yükselmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik'te 1994 tarihinde yapılan değişiklik ile (RG., 16.10.1994, sy. 22083) Klinik Şefi ve Şef Yardımcısı kadrolarına atanabilmek için "tam gün çalışmak" koşulunu öngören bent eklenmiştir. RG. 27.06.1993, sy. 21620.

<sup>16</sup> 5947 sayılı Kanununun bazı maddeleri Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş ancak bazı maddelerinin yürürlük tarihi ise 1 yıl ve 6 ay sonrası olarak belirlenmiştir. Buna göre kamuda çalışan hekimlerin dışarda çalışmayacaklarına ilişkin hükmün 30.07.2011'de, üniversitede kısmi zamanlı çalışmanın kaldırılması ise 30.01.2012'de yürürlüğe girmesi öngörülmüştür.

## II. HEKİMLERİN ÇALIŞMA ESASLARINA İLİŞKİN 5947 SAYILI TAM GÜN KANUNU'NDAN ÖNCEKİ DURUM

Sağlıkta reform sürecinde sağlık personelinin çalışma esaslarında önemli değişikliklere gidilmiştir. Hekimlik mesleğinde Türk Vatandaşlığı şartı kaldırılmış, sözleşmeli hekim istihdamının önü açılmış ve hekimlere mesleki sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu getirilmiştir. Diğer taraftan kamuda çalışan hekimlerin serbest çalışma ve kısmi statüde çalışma esası da son bulmuştur. 5947 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce devlet hastanelerinde çalışan hekimler ile üniversite hastanelerinde çalışan hekimlerin çalışma koşulları bakımından farklılıklar söz konusudur.

### A. Kamu (Devlet) Hastanelerinde Çalışan Hekimlerin Çalışma Esasları

Kamu hastaneleri, devletin sağlık hizmetlerini yürütmek amacıyla kurup örgütlediği sağlık birimleridir. Kamu hastaneleri ayrıca diğer kamu kuruluşlarınca da işletilebilmektedir. Sağlık Bakanlığı tarafından kurulan devlet hastaneleri<sup>17</sup>, belediye hastaneleri, il özel idareleri tarafından kurulan hastaneler, Kamu İktisadi Teşebbüsleri tarafından kurulan hastaneler, askeri hastaneler ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının kurduğu hastaneler kamu hastanelerine örnek gösterilebilir.<sup>18</sup> Üniversite hastaneleri de kamu hastanesidir. Ancak üniversite hastanelerinde yada Askeri hastanelerde çalışan hekimlere uygulanan mevzuat hükümleri farklıdır.

Hekimler, uzman hekimler ve dış tabiplerinin çalışma esaslarını düzenleyen kanun 1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'dur. Bu Kanun tıp fakültelerinden mezun olan ve hekimlik yapma hakkına sahip tüm hekimler için genel düzenlemeler içermektedir. Kanunda bu kapsamda hekimlik mesleğinin kazanılması, mesleğin icra edilme koşulları, meslek icrasının sınırları, muayenehane açmaya dair hükümler, tıpta uzmanlık ve benzeri konular yer almaktadır. Ancak Sağlık Bakanlığına bağlı devlet hastanelerinde çalışan hekimler 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olarak çalışmaktadır. Kanunun 36. maddesinde Sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfı düzenlenmektedir. Tabip ve dış tabibinin yanında diğer sağlık personeli de bu sınıf içinde yer almaktadır.

1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin son fıkrası hekimlere ikametgâhlarında özel muayenehane açabilme ve Kanunun 5. maddesi hekimlere özel muaye-

<sup>17</sup> 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Sağlık Bakanlığına bağlı Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu kurulmuş ve Sağlık Bakanlığına bağlı hastaneler bu kuruma devredilmiştir.

<sup>18</sup> **Gökcan**, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2013, s. 1014.

nehanelerinde veya evlerinde hasta bakabilme imkanı tanımaktaydı. Bu genel hükümler dışında kamuda çalışan hekimlerin mesleklerini serbestçe icra edebilme izni ve şartları 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun tarafından düzenlenmekteydi. Bu Kanunun 4. maddesi “*1'inci madde kapsamına giren personelden, özel kanunlarına göre meslek ve sanatlarını serbest olarak icra etme hak ve yetkisine sahip olanlar istedikleri takdirde 1'inci maddede öngörülen tazminat hakkından yararlanmamak şartı ile mesai saatleri dışında serbest olarak çalışabilirler.... Ancak, il sağlık müdürlüğü ve başhekimlik görevini yürütenler serbest olarak çalışamazlar. Askerî sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan başhekimler serbest çalışma yasağına tâbi değildir.*” hükmünü içermekteydi.<sup>19</sup> Buna göre Kanunda sayılan tazminat hakkından yararlanmamak şartı ile mesai saatleri dışında serbest olarak çalışabilme imkanı tanınmıştı. Ancak tabiplerin serbest çalışmasının yasal dayanağı hususunda farklı görüşler mevcuttu.

Anayasa Mahkemesine göre kamuda çalışan hekimlerin mesai saatleri dışında serbest çalışmasının yasal dayanağı 2368 sayılı Kanundur. Buna karşın hekimlerin serbest çalışmasının yasal dayanağının 2368 sayılı Kanun olmadığı bahsi geçen Kanunun yetkiye zaten sahip olan personelin tazminat hakkını kısıtladığı ifade edilmektedir.<sup>20</sup> Benzer bir yaklaşım Danıştay kararlarında da görülmektedir.<sup>21</sup> 2368 sayılı Kanunun 4. maddesi, atıfta bulunduğu 1. maddesi ve 1. maddenin atıfta bulunduğu mülga 2612 sayılı Sağlık Personelinin Tam Süre Çalışma Esaslarına Dair Kanun<sup>22</sup> hükümleri bağlamında, kamuda çalışan bir hekimin mesai dışında serbest meslek icra etmesi bakımından kendi özel kanunlarının buna müsaade etmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bu nedenle serbest

<sup>19</sup> Kanunun 3. maddesine göre tazminat hakkından yararlanan personelin resmi ve özel herhangi bir müessesede maaşlı, ücretli veya sözleşmeli olarak mesleki görev alamayacağını, hâricte serbest olarak sanat ve mesleklerini icra edemeyeceğini düzenlemekteydi. Dolayısıyla hekimlerin dışında çalışabilmeleri imkanı tazminat hakkından (nöbet ve acil vaka tazminatları) faydalanmamak şartına bağlanmıştı. Dışarıda serbest olarak çalışan hekimlere iş güclüğü, iş riski ve teminindeki güçlük zamları veya bu mahiyetteki zamlar da ödenmemekte idi.

<sup>20</sup> **Fırat**, E. Sevi Bozoğlu, 5947 sayılı Tam Gün Yasası ve Yüksek Yargı Kararları Kapsamında Sağlık Personelinin Serbest Çalışma Hakkı, İKÜHFD, c. 10, sy. 1, Ocak 2011, s. 211.

<sup>21</sup> D12D., E.2008/7233, K.2010/6275, KT.14.12.2010 <http://www.turksaglikxen.org.tr/haberler/genel-haberler/9113-danistaydan-fizyoterapist-diyetisyen-ve-psikologlara-mujde.html> (E.T. 01.02.2014)

<sup>22</sup> Kanunun 1. maddesine göre; “*Bu kanun, genel ve katma bütçeli kurumlarda, il özel idareleri ile belediyelerde ve bunların kurdukları döner sermayeli kuruluşlarda, kamunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında, Beden Terbiyesi Bölge müdürlüklerinde, kamu iktisadî teşekkülleri ve teşebbüslerinde, Emekli Sandığında, Sosyal Sigortalar Kurumunda çalışan ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 36'ncı maddesindeki sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına (hayvan sağlığı hariç) veya genel idare hizmetleri, eğitim ve öğretim hizmetleri, teknik hizmetler sınıfına girecek nitelikte olan ve 926 sayılı Yasa ile 1765 sayılı yasada belirtilen ve bu kanunda nitelenen personele uygulanır.*”

çalışmanın yasal dayanağının özel kanunlar, serbest çalışma şartlarının ise 2368 sayılı Kanun olduğu söylenebilir. Ancak kamuda (Devlet hastanelerinde) çalışan hekimlere ilişkin olarak gerek 1219 sayılı Kanunda gerek 657 sayılı Kanunda gerekse sağlık bakanlığının teşkilatına ilişkin kanun ve KHK'lerde hekimlerin serbest çalışacağına dair bir düzenleme yer almamaktadır. Serbest çalışmayı yasaklayan herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır. Özellikle devlet hastanelerinde hekimlere uygulanan ve memurların yasaklarını düzenleyen DMK'da ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyette bulunma yasağı mevcuttur. Ancak serbest meslek icrası ticari faaliyet olarak kabul edilmemektedir.<sup>23</sup> Bu nedenle serbest meslek icrası madde kapsamına girmediğinden bu yönde bir yasaklama da mevcut değildir. Serbest meslek icrasının yasaklanması DMK 28. maddeyle tam gün çalışma esasıyla birlikte girmiştir.

Kısaca kamu hastanelerinde çalışan hekimler mesai saatleri dışında serbest çalışma imkanına sahipti. Hekimlerin özel kanunlarında serbest çalışmaya ilişkin bir yasaklama olmaması nedeniyle de, özel muayenehane açarak mesleklerini serbestçe icra edebilmekteydi. Serbest çalışma şartlarını düzenleyen 2368 sayılı Kanun, 5947 sayılı Kanunun 19. maddesinin (a) bendi ile yürürlükten kaldırılmış, serbest meslek icrası DMK 28. maddesine getirilen bir hükümlerle yasaklanmıştır. Dolayısıyla kamuda çalışan hekimlerle sağlıkta reform süreciyle önce il sağlık müdürlüğü ve başhekimlik görevini yürütenlerin serbest çalışması yasaklanmış<sup>24</sup> daha sonraki süreçte tüm hekimleri kapsamıştır.

## B. Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Öğretim Elemanı Hekimlerin Durumu

Yükseköğretim Kurumlarında görev yapan öğretim üyelerinin çalışma esasları 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenmiş-

<sup>23</sup> 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 65. maddesine göre "*her türlü serbest meslek faaliyetinden doğan kazançlar serbest meslek kazancıdır. Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin iş verene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır*". DİBGK, E. 1995/1, K. 1996/1, K.T. 26.11.1990 (E.T. 12.01.2014); DVDDGK, E. 1993/157, K. 1997/82, KT. 11.05.1993, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/vddgk-1993-157.htm> (E.T. 12.01.2014); D5D, E. 2010/4406 YD, KT. 21.7.2010, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5d-2010-4406.htm> (E.T. 12.01.2014).

<sup>24</sup> 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanuna, 5371 sayılı Kanununun (Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 05.07.2007, sy. 25866.) 4. maddesiyle geçici madde 1 eklenmiştir. Buna göre; "*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte il sağlık müdürlüğü ve başhekimlik görevini yürütenlerden mesleklerini serbest olarak icra etmekte olanlar, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde serbest meslek faaliyetlerine son vermek veya buldukları görevlerden ayrılmak zorundadırlar.*"



tir. Bu maddede değişiklik yapılmadan önce öğretim üyelerinden profesör ve doçentlerin devamlı veya kısmi statüde görev yapabileceği hüküm altına alınmıştı. Yardımcı doçentler ve araştırma görevlileri için ise tam zamanlı çalışma esası geçerliydi.

### **1. Tam Zamanlı Çalışma**

YÖK'ün 36. maddesine göre tam zamanlı çalışan profesörler ve doçentler tüm mesailerini üniversite ile ilgili çalışmalarında geçirirler. Dolayısıyla özel kanunlarla belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başkaca herhangi bir iş göremezler, ek görev alamazlar, serbest meslek icra edemezler. Üniversite yönetim kurulunun işbirliğine karar verdiği kamu kuruluşlarında, kamu yararına hizmet amacı güden kuruluşların işletmelerinde veya diğer özel kuruluşlardaki çalışmaları üniversitede sürdürülmüş sayılır. Ancak tam zamanlı atanarlara kısmi statüye geçiş imkanı tanınmıştı. Bunun için doçentlerin en az beş yıl tam zamanlı olarak çalışmış olması gerekmektedir.

### **2. Kısmi Zamanlı Çalışma**

YÖK'nun 36. maddesi kısmi statüde çalışma imkanı da tanımaktaydı. Kısmi çalışma imkanına profesör ve doçent unvanına sahip öğretim üyeleri yararlanabilmekteydi. Üniversitede kısmi statüde çalışan profesörler ve doçentler iki yıllığına atanmaktaydı. Dolayısıyla kısmi statü süreli tanınan bir çalışma esasıydı. Kısmi statüde görev yapanların durumları iki yılda bir incelenerek görevlerine devamlarına ihtiyaç olup olmadığına karar verilmekteydi. Göreve devamlarında yarar görülenlerin görevleri üniversite yönetim kurulunun görüşü ve rektörün kararıyla yenilenebilmekteydi. Kısmi statüde çalışan öğretim üyeleri haftada en az 20 saat üniversitede eğitim öğretim ve araştırma yapmakla yükümlüydü. Bu yükümlülük dışında açmış oldukları özel muayenehanelerinde hekimlik mesleğini serbestçe icra etme imkanları bulunmaktaydı. Kısmi statüde çalışan öğretim üyeleri devamlı statüde çalışan öğretim üyelerinin yararlandığı birtakım hak ve ödeneklerden yararlanamazlardı. Kısmi statüde çalışan öğretim üyeleri üniversite ödeneği, idarî görev ödeneği, geliştirme ödeneği ve döner sermaye gelirlerinden pay veya ücret alamamaktaydı. Devamlı statüde görev yapan emsali profesör ve doçentlerin yararlandığı makam, temsil veya görev tazminatlarından 1/2 oranında yararlanırlardı.

Kısmi statüde çalışan öğretim üyelerine getirilen mali kısıtlamalar dışında üniversitede idari görev alabilme imkânları kısıtlıydı. Bu öğretim üyeleri rektör, dekan, enstitü ve yüksekokul müdürü ve bölüm başkanı olamazlar, bunların yardımcılıklarına seçilemezlerdi. Ancak devlet memurlarınının tabi olduğu mesai saatlerine ve süresine tabi olmak şartıyla enstitü müdürlüğüne, bölüm, anabilim dalı ve anasanat dalı başkanlıklarına seçilebilirlerdi.

Kısmi statüde çalışan öğretim üyelerine devamlı statüye geçme imkanı tanınmıştı. Kısmi statüde bulunanlardan devamlı statüye geçmek isteyenlerin müracaatı o anabilim dalında boş kadro bulunmak şartıyla üniversitenin olumlu görüşü üzerine doğrudan Yükseköğretim Kurulu Kararı ile yapılırdı. 5947 sayılı Kanunun 3. maddesiyle YÖK'nun 36. maddesinde yer alan kısmi statüde çalışma imkanı kaldırılmıştır. Böylece öğretim üyelerine sadece tam gün çalışma esası getirilmiştir.

### III. 5947 SAYILI TAM GÜN KANUNU İLE GETİRİLEN HEKİMLERİN ÇALIŞMA ESASLARINA İLİŞKİN DURUM

5947 sayılı Kanunla birlikte hekimlerin çalışma esaslarında büyük değişikliklere gidilmiştir. Bu süreç tam gün serüvenini uzun bir süre sonra tekrar başlatmış ve büyük tartışmalara neden olmuştur.<sup>25</sup> Özellikle doktrinde öğretim üyesi hekimler için tam gün çalışma esasının önemine dikkat çeken görüşler bulunmaktadır. Bunun nedeni olarak da dışarıda çalışmanın öğretim üyesini bilimden tamamıyla uzaklaştırdığı, ahlâkî olarak da dejenerasyona ittiği, öğretim üyelerinin üniversitede tam gün çalışmaları sağlanamadıkça Türk Doktrininin bilimsel düzeyinin ilerleyebileceğini düşünmenin mümkün olmadığı, dışarıda çalışan öğretim üyeleri, akademik unvanları ve mensubu oldukları fakültenin adı sayesinde haksız rekabetten yararlandığı gibi hususlar gösterilmektedir.<sup>26</sup> Buna karşın öğretim üyelerinin mesailerinde veya mesai sonrasında çalışmalarında tek boyutlu bir düzenlemenin isabetsiz olduğu, öğretim üyelerinin üniversitede mesai kavramının masa başında ifası şeklinde değerlendirilemeyeceği, mesainin esnek olması, ancak bir o kadar da ciddiye alınması gerektiği, öğretim üyelerinin üniversiteye karşı yükümlülüklerini yerine getirmek şartıyla, mesleğini serbestçe icra etmekle zenginleşmesinin, başarının ödüllendirilmesi ve mesleğin teşviki olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir.<sup>27</sup> Ayrıca öğretim üyesinin serbest çalışmasının sadece gelir elde edici faaliyetler olarak ele alınması da isabetli değildir. Öğretim üyesinin mesleki bilgi ve tecrübesi ile özellikle yaşam ve sağlık hakkı kapsamında mesleğini serbestçe icra edebilmesi kamu yararının bir gereğidir. Diğer taraftan gelir elde etmek bir amaç değil

<sup>25</sup> Bu tartışmalardan biri de 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile uygulamadan kaldırılmaya çalışılan döner sermaye bütçelerinin Tam Gün Kanunu ile tekrar yaygınlaştırılmaya çalışıldığı yönündedir. Bunun büyük bir tezat olduğu ifade edilmektedir. Diğer taraftan tam gün çalışma esasının başarılı bir şekilde uygulanmasının üniversitelere ayrılan ödenek tutarının artırılması, öğretim elemanlarının ücretlerinin artırılarak başka çalışma alanlarına itibar göstermemesinin sağlanması ve yeterli öğretim elemanı istihdamı ile gerçekleşecektir. **Mutluer**, Kamil, 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu Açısından Üniversitelerde Tam Gün Çalışma Esası, Maliye D. sy. 156, Ocak-Haziran 2009, s.43, 48 vd.

<sup>26</sup> **Gözler**, Kemal, Anayasa Hukukunun Metodolojisi, Bursa 1999, s. 290; **Mutluer**, s. 43, 48.

<sup>27</sup> **Gülan**, s. 39.

araçtır. Gelir getirici faaliyeti bir amaç ve bu yolda her şeyi mübah gören öğretim üyeleri hakkında da gerekli idari ve cezai takibat yürütülmelidir.<sup>28</sup>

Tam Gün Kanunuyla başlayan süreç doktrin dışında, Kanunkoyucu, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay ekseninde devam etmektedir. Bu tartışmalara aşağıda yer verilmektedir.

#### **A. Devlet (Kamu) Hastanelerinde Çalışan Hekimlerin Çalışma Esasları**

Kamu hastanelerinde çalışan hekimler açısından yukarıda bahsedilen 1219 sayılı Kanunun 12. maddesi değiştirilmiş, mesai saatleri dışında serbest çalışma muayenehane açma koşullarını düzenleyen 2368 sayılı Kanun da yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni düzenlemede hekimlerin ancak maddede yer alan kurumlardan birinde mesleklerini icra edebilecekleri öngörülmüştür. Buna göre tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, mesleğini ayırım gözetilmeksizin tüm kamu kurum ve kuruluşlarında, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde veya Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde ya da muayenehane açarak serbest olarak icra edebilir. Bu genel hükme üçüncü fıkrada istisna getirilmiştir. Buna göre hekimler yukarıda ifade edilen kurum ve kuruluşlar kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabileceklerdir. Dolayısıyla bir hekim birden fazla kamu kurum ve kuruluşunda çalışabilir. Yine birden fazla özel sağlık kurum ve kuruluşlarında ya da özel sağlık kuruluşunda ve vakıf üniversitesinde çalışabilir.

Buna karşılık bir hekim, birden fazla kamu kurum ve kuruluşunda çalışma hakkına sahip olmakla birlikte yukarıda sayılanlar dışında yer alan kurumlarda çalışmasına sınırlama getirilmektedir. Ayrıca özel muayenehanesinde serbest meslek icra eden bir hekim, aynı zamanda SGK ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan bir vakıf üniversitesinde ve özel hastanede çalışma hakkına sahipken, kamu kurum ve kuruluşları ile SGK ve kamu kurumları ile anlaşması olan diğer sağlık kuruluşlarında, çalışması yasaklanmaktadır. Bunun dışında mahalli idareler ile kurumlarda çalışan ve döner sermaye ek ödemesi almayan tabiplere, kurum hekimliği yapma imkanı getirilmiştir. Ayrıca döner sermayesi bulunan sağlık kuruluşlarına kurumsal olarak işyeri hekimliği hizmeti verme hakkı tanınmaktadır.

Kanun, mesleğini serbest icra eden hekimlere, hizmet bedeli hasta tarafından karşılanmak ve SGK'dan talep edilmemek koşuluyla Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan vakıf üniversitelerinde, hastaların teşhis ve tedavisini yapabileceğini düzenlemektedir.

<sup>28</sup> **Gülan**, s. 39, 41

Yukarıdaki düzenlemelere bakıldığında kamu ve özel sağlık hizmetlerinin ayrı ayrı organize edildiği görülmektedir. Kamu ve özel sektörde mesleğini icra eden hekimler için yeni bir çalışma sistemi öngörerek, çalışma koşullarına bazı sınırlamalar getirmiş, ayrıca özel sağlık hizmeti sunumunun, kamu kurum ve kuruluşlarının kaynakları kullanılmadan gerçekleştirilmesi için birtakım hükümler getirilmiştir.

### **B. Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Öğretim Elemanı Hekimlerin Durumu**

5947 sayılı Kanunun 3. maddesiyle YÖK'ün 36. maddesi değiştirilmiştir. Bu hükümle öğretim elemanlarının kısmi statüde çalışma imkanı kaldırılmış ve üniversitede devamlı statüde görev yapacakları hükmü getirilmiştir. Ayrıca öğretim elemanları için, kanunlarla belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremezler, ek görev alamazlar, serbest meslek icra edemezler hükmü korunduğu için açık bir şekilde öğretim üyelerinin üniversite dışında resmi ve özel bir iş yapamayacaklarını ve muayenehane açamayacağını durumu ortaya çıkmıştır. Kısacası bu Kanunla mevcut olan kısmi çalışma imkanına son verilerek tam gün çalışma esası getirilmiş ve hekimlerin serbest çalışma imkanları da son bulmuştur. Mesleğini serbest olarak icra etmek isteyen hekimlerin kamu ile olan bağlarının kesilmesi öngörülmüştür. Buna karşılık öğretim üyeleri için kısmi çalışma imkanı tanıyan özel kanunlarda herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Bu nedenle öğretim üyeleri özel kanunlar uyarınca kısmi statüde çalışabilecektir. Bunun bir örneği 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'dur. Bu Kanunun 7/2. fıkrasına göre üniversite personelinden teknoloji geliştirme bölgelerinde yer alan faaliyetlerde araştırmacı ya da idari personel olarak hizmetine ihtiyaç duyulanlar çalıştıkları kuruluşların izni ile sürekli veya yarı zamanlı olarak çalıştırılabilmektedir. Yarı zamanlı görev alan öğretim üyesi, öğretim görevlisi, araştırma görevlisi ve uzmanların yaptıkları bu hizmetleri karşılığında elde edecekleri gelirler, üniversite döner sermaye kapsamı dışında tutulmaktadır. İkinci fıkranın son cümlesinde doğrudan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa atıfta bulunularak YÖK'ün 36. maddesinin, 4691 sayılı Kanunun 7. maddesinde yer alan düzenlemelere aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça düzenlenmektedir.

Tam Gün Kanunu'nun yürürlüğe girmesini müteakip, Anamuhalefet Partisi, Anayasa Mahkemesi'nde özellikle tam gün çalışmaya ilişkin maddelerinin iptali ve öncelikle yürürlüğünün durdurulması talepli iptal davası açmış Mahkeme önce yürürlüğü durdurma kararı vermiş daha sonra da kanun hükmünü iptal etmiştir.

#### IV. ANAYASA MAHKEMESİ'NCE 5947 SAYILI KANUNUN BAZI HÜKÜMLERİNİN İPTAL EDİLMESİ

Anamuhalefet Partisi, 5947 sayılı Kanunun birçok maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açmıştır. Öğretim üyelerinin tam gün çalışmasıyla ilgili olarak 5947 sayılı Kanunun 3. maddesi ile, YÖK'de yapılan değişiklikler önem taşımaktadır. Bu kapsamda YÖK'ün 36. maddesinin 1. fıkrasında yapılan “*Öğretim elemanları, üniversitede devamlı statüde görev yapar*” değişikliği; üniversitede tam gün çalışmayı isteyecek akademik personelin başkaca herhangi bir faaliyette bulunması yasaklayan ve maddenin ikinci fıkrasında yer alan “*yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremezler, ek görev alamazlar, serbest meslek icra edemezler*” şeklindeki değişiklik ile YÖK'e eklenen geçici 57. madde “*bu maddenin yayımlandığı tarihte kısmî statüde görev yapmakta olan öğretim üyelerinden, Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde talepte bulunanlar devamlı statüye geçirilir. Bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar istifa etmiş sayılır*” hükümlerinin iptali istenmiştir.

Ayrıca 5947 sayılı Kanunun 6. maddesiyle YÖK'e geçici 57. madde eklenerek “*Bu maddenin yayımlandığı tarihte kısmî statüde görev yapmakta olan öğretim üyelerinden, Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde talepte bulunanlar devamlı statüye geçirilir. Bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar istifa etmiş sayılır*” hükmü getirilmiş ve bu hükmün “*bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar istifa etmiş sayılır*” cümlesinin de iptali istenmiştir.

Öğretim üyeleri dışında tüm hekimleri kapsayan 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 12. maddesi değiştirilerek, hekimlerin sadece kamuda çalışmaları öngörülerek mesai saatinde veya haricinde dışarıda çalışması yasaklanmıştır. Buna ilişkin olarak “*Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilir*” hükmünün “*...aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki*” kısmın iptali istenmiş, böylece birden fazla yerde çalışma imkanının önü tekrar açılmaya çalışılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 5947 sayılı Kanunun iptali istenen maddeleriyle ilgili olarak bazılarını reddetmiş bazılarını ise iptal etmiştir.<sup>29</sup>

Anayasaya Mahkemesi YÖK'ün 36. maddesinin 1. fıkrasında yapılan “*Öğretim elemanları, üniversitede devamlı statüde görev yapar*” değişikliğini Anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkeme gerekçesinde iptali istenen fıkraların, kanunkoyucu tarafından yapılan değişikliklerle yeni bir çalışma sistemi getirmediğini, önceki düzenlemede var olan kısmi çalışma sistemine yer vermeyerek

<sup>29</sup> AMK, E: 2010/29, K. 2010/90, K.T. 16.07.2010, RG. 04.12.2010, sy. 27775.

devamlı statüde çalışmayı yeniden düzenlediğini, bu nedenle çalışma özgürlüğünün kısıtlanmadığını ifade etmiştir. Ayrıca öğretim elemanlarının kamu görevlisi olmaları nedeniyle çalışacakları statünün belirlenmesinin kanunkoyucunun takdir yetkisi içinde yer aldığını vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi karar gerekçesinde; “Maddenin birinci fıkrasında “*öğretim elemanları, üniversitede devamlı statüde görev yapar*” kuralı yer almaktadır. Kanunkoyucu bu kural ile kamuda çalışan tüm memurlarda olduğu gibi öğretim elemanlarının da devamlı statüde görev yapacaklarını belirlemiştir. Ayrıca, yüksek düzeyde bilimsel çalışma ve araştırma yapma, bilgi ve teknoloji üretme, bilim verilerini yayma, ulusal alanda gelişme ve kalkınmaya destek olma, yurt içi ve yurt dışı kurumlarla işbirliği yapmak suretiyle bilim dünyasının seçkin bir üyesi haline gelme gibi yükseköğretimin temel amaçlarının gerçekleştirilmesinin de üniversitelerde devamlı statüde çalışmayı gerekli kılabilir... Çalışma özgürlüğü herkesin dilediği mesleği seçmede özgür olmasını ve zorla çalıştırılmamayı ifade eden bir haktır. Birey bu hakkını kullanarak dilediği alanı ve işi seçebilir. Çalışma hakkı ise bireyin özgür iradesiyle seçtiği mesleği veya işi icra etmesi, devletin de çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri alması olarak ifade edilebilir. Dava konusu kurala bu açıdan bakıldığında çalışma özgürlüğünü veya ödevini sınırlayan bir düzenleme olmadığı, üniversitede çalışmayı tercih etmiş kamu görevlilerinin çalışma koşullarını düzenlediği açıktır” hususlarına yer vermiştir.

Üniversitede tam gün çalışmayı isteyen akademik personelin başkaca herhangi bir faaliyette bulunmasını yasaklayan ve maddenin ikinci fıkrasında yer alan “yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremezler, ek görev alamazlar, serbest meslek icra edemezler” şeklindeki değişiklik Anayasa Mahkemesi tarafından, yükseköğretim kurumları için temel esasları belirleyen Anayasanın 130. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Mahkeme; “Anayasa’da üniversite, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirilip bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirilmiş, öğretim üyelerine de kamu görevlisi olmakla birlikte genel sınıflandırma içinde ayrı bir yer verilerek kendilerine özgü önem ve değer de bir meslek sınıfı olduğu belirtilmiştir. Öğretim üyelerinin bu konumları dikkate alındığında bunları diğer kamu görevlileri gibi değerlendirmek mümkün değildir” diyerek “Yasakoyucu, yükseköğretimin Anayasa’da belirtilen ilkeler doğrultusunda geliştirilmesi, bu bağlamda sağlık sorunlarının çözüme kavuşturulması için öğretim elemanlarının unvan ve statülerine uygun bazı sınırlamalar getirerek çalışma koşullarını belirleyebilir. Ancak getirilen bu sınırlamalar, üniversitelerdeki bilim özgürlüğü ve bilimsel özerkliğin gereği olan her türlü bilimsel faaliyeti engelleyici nitelikte olamaz. İptali istenen düzenleme ile üniversitelerin bilim verilerini yaymak, ulusal alanda gelişime ve kalkınmaya des-

tek olmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek gibi görevlerini yerine getirmesinin engellendiği, ayrıca, üniversitelerde görev yapan öğretim görevlileri, okutmanlar, öğretim yardımcıları ile akademik olarak belirli bir yetkinliğe sahip öğretim üyeleri arasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın mesai sonrası ücretsiz de olsa resmi veya özel herhangi bir iş yapmalarının yasaklandığı anlaşılmaktadır. Bu durumun Anayasa'nın 130. maddesi ile bağdaşmadığı açıktır" gerekçesiyle iptal etmiştir.<sup>30</sup>

Böylece öğretim üyelerine döner sermayeden faydalanmamak ve üniversitede gelir getirici bir iş yapmamak ve ayrıca eğitim öğretim ve araştırma faaliyetlerinde bulunmak kaydıyla, muayenehane açma ve mesai saatleri dışında serbest meslek icrası yolu tekrar açılmıştır.

YÖK'e eklenen geçici 57. madde "bu maddenin yayımlandığı tarihte kısmî statüde görev yapmakta olan öğretim üyelerinden, Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde talepte bulunanlar devamlı statüye geçirilir. Bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar istifa etmiş sayılır." hükmünü getirmiştir. Öğretim üyelerinin kısmi statüde çalıştıkları iki yıllık süre dolmadan bir yıl içerisinde tam statüye geçirilmesi Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan Hukuk Devleti ilkesine ve bu ilkenin tamamlayıcısı olan hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, süreli de olsa, bu sürenin dolmasına kadar kısmi statüde çalışmayı kazanılmış hak olarak görmüştür. Mahkeme gerekçesinde; "hukuk devleti" ilkesi, yürütme organının faaliyetlerinin yönetilenlerce belli ölçüde öngörülebilir olmasını, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesini, ekonomik ve sosyal yaşamlarındaki tutum ve davranışlarını buna göre düzene sokabilmesini gerektirir. Zira hukuk devletinin gereği olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkesi, idarenin keyfi hareket etmesini engeller. Değişiklikten önceki düzenlemede, kısmi statüde çalışan öğretim üyelerinin kendi talepleri hariç, öngörülen iki yıllık süre dolmadan bu statünün sona erdirilemeyeceği konusunda yasal bir güvenceye sahip oldukları anlaşılmaktadır. Dava konusu tümce ile üniversitelerde öğretim üyesi olarak kısmi statüde görev yapan profesör ve doçentlere devamlı statüye geçmemesi halinde kanunla tanınan süreli çalışmanın, kanunla tanınan süre dolmadan istifa etmiş sayılmaları hukuk devletinin gereği olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleri ile bağdaşmaz. Diğer taraftan kısmi statüde çalışanların, bu durumlarının en az iki yıllık bir dönem kapsadığı düşüncesiyle üniversite dışındaki serbest çalışmalarını planladıkları, ekonomik ve sosyal hayatlarını bu koşulları öngörmek suretiyle belirledikleri açıktır. Yasayla elde edilen bu statünün çalışanlar için kazanılmış hak olarak değerlendirilmesi olanaklı olmasa da yasada öngörülen süre yönünden meşru bir beklentiye sahip oldukları, bu beklentinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkele-

<sup>30</sup> AMK, E. 2010/29, K. 2010/90, K.T. 16.07.2010, RG. 04.12.2010, sy. 27775.

ri gereğince korunmasının kabulü gerekir” demek suretiyle idarenin keyfi davranamayacağını, hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesi çerçevesinde hareket edilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>31</sup>

Anayasa Mahkemesi, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun sadece kamuda çalışmalarını öngörülerek mesai saatinde ve haricinde dışarıda çalışmayı yasaklayan 12. madde hükmü olan “*Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilir*”. cümlesinde yer alan “...aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki” ifadesiyle ilgili olarak Anayasanın 17. maddesindeki yaşama hakkı ve 56. maddesindeki Sağlık hakkına aykırı bularak “...aşağıdaki...” kelimesi dışındaki ifadeyi iptal etmiştir. Mahkeme gerekçesinde; Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “*Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler*” hükmü uyarınca devletin, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama, kişilerin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi olduğunu, kanunkoyucunun da buna dayanarak hasta-hekim ilişkisini düzenlemek, hekimlerin hastalarını gereği gibi takip edebilmeleri ve geri ödeme kuruluşlarınca kullanılan kamu kaynaklarının yerinde harcanabilmesi için gerekli gördüğü önlemleri almak amacıyla, hekimlerin çalışma şartlarını bazı kayıtlara tabi tutabileceğini ifade etmiştir. Ancak kişinin sahip olduğu hak ve hürriyetler önem dereceleri gözönünde bulundurularak Anayasa'da yer verildiğini, “*bu bağlamda hekimlik, Anayasanın 17. maddesinde yer alan ve bireyin en önemli hakkı olan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile doğrudan ilgili bir meslektir. Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşım bu hizmetlerden yararlanabilmeleridir. Devlet için bir görev ve kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesine bu haktan yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemeler Anayasa'ya aykırı düşer*” şeklinde açıklamıştır<sup>32</sup>.

Diğer taraftan mahkeme sağlık hizmetlerinin doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklı olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle, “*Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. İnsanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan hekimin statüsünün de bu çerçevede değerlendirilerek diğer kamu görevlileri ile bu yönden farklılığının gözetilmesi*”nin gerektiğini belirtmiş ve “*bazı*

<sup>31</sup> AMK, E. 2010/29, K. 2010/90, K.T. 16.07.2010, RG. 04.12.2010, sy. 27775.

<sup>32</sup> AMK, E: 2010/29, K. 2010/90, K.T. 16.07.2010, RG. 04.12.2010, sy. 27775.



dallarda uzman olan hekimlerin sayıca az olması ve kamunun yanında özel sağlık kuruluşlarının da bu dallarda uzman hekimlere ihtiyaç duyması, bu hekimlerin mesleğini mesai saatleriyle sınırlı olmaksızın yaygın bir şekilde icra etmelerini gerekli kılabılır. Hekimlerin insan sağlığının gelişmesi ve yaşam haklarının korunması ile doğrudan ilgili olan bu konuları dikkate alınmaksızın çalışma koşullarının kuralda belirtildiği şekilde sınırlandırılması bireylerin yaşam hakkını zedeleyici nitelik taşımaktadır" diyerek hekimlerin istisnaya yer vermeksizin sadece kanun maddesinde yer alan kurumlardan birinde mesleklerini icra etmelerini içeren bir düzenlemeyi Anayasa'da güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırı göreyerek iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği bu hüküm ile hekimlerin kamudaki görevleri dışında mesleklerini dışarıda icra edemeyeceklerine dair düzenleme yürürlükten kalkmış gibi görünse de tartışmaları beraberinde getirmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen Kanun madde ve hükümlerinin iptal gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde, tam gün çalışma esası ve kamuda çalışan hekimlerin ayrıca serbest meslek icra edebilmeleriyle ilgili şu sonuçlar çıkmaktadır<sup>33</sup>:

Mahkeme, kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerini ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşım bu hizmetlerden yararlanabilme şartına bağlamıştır. Bu amacın gerçekleştirilmesinde bu haktan yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemelerin Anayasaya aykırı düştüğünü belirtmiştir. Dolayısıyla bazı istisnalara yer verilmemesi sonucunda kişilerin sağlık hizmetlerine ulaşmasının, hekime ulaşma hakkını kısmen zorlaştıracak nitelikte görülmektedir. Ayrıca getirilen sınırlamalar, üniversitelerde bilim özgürlüğü ve bilimsel özerkliğin gereği olan her türlü bilimsel faaliyeti engelleyici nitelikte olmamalıdır.<sup>34</sup>

Kamuda çalışan hekimlerin ayrıca serbest olarak mesleki faaliyette bulunmasının yasaklanması, hekimlerin çalışma hak ve hürriyetleri bakımından değerlendirilmesinden ziyade, kişilerin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir. Kişilerin sağlıklı yaşam hakkının hekimlerin statüsü ile yakından ilgili olduğunu, hastanın istediği hekime her an ulaşabilmesinin mümkün olması sebebiyle hekimlerin statüsü düzenlenirken de diğer kamu görevlileri ile bu farkın gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Diğer taraftan bazı tıp dallarında uzman olan hekim sayısının az olması ve kamunun yanında özel sağlık kuruluşlarının da bu dallarda uzman hekimlere ihtiyaç duyması, bu hekimlerin mesleğini mesai saatleriyle sınırlı olmaksızın

<sup>33</sup> Pişkinpaşa, Duygu/ Filinte, Nurettin, 650 Sayılı KHK. ile Hekimler Hakkında Getirilen Hükümlerin Anayasa'ya Aykırılık Sorunu, İBD, sy. 6, s. 174; Fırat, s. 211.

<sup>34</sup> Hekimlerin akademik özgürlüğü için bkz. Ünder, Yıldız Ertuğ, Hekimlerin Mesleki ve Akademik Özgürlüğü/Özerkliği, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 221 vd.

yaygın bir şekilde icra etmelerinin yine kişilerin yaşam ve sağlık hakkının bir gereğidir. Hekimlerin insan sağlığının gelişmesi ve yaşam haklarının korunması ile doğrudan ilgili olan bu konularının dikkate alınarak yasal düzenleme yapılması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi, öğretim üyelerinin yükseköğretim kurumları dışında görev alamayacaklarına ilişkin hükmü iptal etmek suretiyle, öğretim üyelerine döner sermayeden faydalanmamak ve üniversitede gelir getirici bir iş yapmak kaydıyla eğitim öğretim ve araştırma faaliyetlerinde bulunmak kaydıyla muayenehane açma ve mesai saati dışında çalışma yolunu tekrar açmıştır.

#### **V. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 5947 SAYILI KANUNUN TAM GÜN VE SERBEST ÇALIŞMA İLE İLGİLİ HÜKÜMLER HAKKINDA VERDİĞİ KARARLA BİRLİKTE GELİŞEN SÜREÇ**

Anayasa Mahkemesi'nin 5947 sayılı Kanunun yukarıda bahsi geçen maddelerini iptal etmesiyle birlikte tartışmalar daha da alevlenmiştir. Özellikle iptal davası açan Anamuhalefet Partisinin “*bentlerden yalnızca birindeki*” ibaresinin iptalini istemesi buna karşılık 3. fıkradaki “*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*” ibaresinin iptalini talep etmemesi nedeniyle Anayasa Mahkemesi taleple bağlılık kuralı uyarınca bu hususta bir değerlendirme yapmamış ve hüküm vermemiştir. Üçüncü fıkranın iptal edilmemiş olması, doktrinde ve yargı yerlerinde farklı yorumlara neden olmuştur.

Bir kısım yargı kararları<sup>35</sup> ve doktrin görüşünde<sup>36</sup>, verilen iptal kararı nedeniyle hekimlerin dışarıda çalışma yasağının iptal edildiğini bu nedenle hekimlerin serbestçe çalışabileceğini, bir kısmı ise 3. fıkranın yürürlükte olması nedeniyle dışarıda çalışma yasağının devam ettiğini kabul etmişlerdir.

#### **A. Sağlık Bakanlığının Tam Gün Çalışma Esasına İlişkin Basın Açıklaması**

Anayasa Mahkemesi'nin 5947 sayılı Kanunun anılan hükümlerini iptal etmesi üzerine Sağlık Bakanlığı 16.07.2010 tarihinde “Tam Gün Kanunu ile İlgili Basın Açıklaması” yapmıştır. Bu açıklamada; Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına atıf yapılarak, üniversitelerde kısmi statüde çalışma esasının sona erdiğini, ancak öğretim üyelerinin sekiz saatlik mesai saatlerinin bitiminde özel çalışabileceklerini belirtmiştir. Uygulamanın ise 30 Ocak 2011 tarihinde başlayacağını duyurmuştur.

<sup>35</sup> D5D, E. 2010/4406 YD, KT. 21.07.2010, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5d-2010-4406.htm>. (E.T. 12.11.2013).

<sup>36</sup> Pişkinpaşa/Filinte, s. 174; Fırat, s. 211.

Ayrıca 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinde yapılan ve hekimlerin sadece kamu kurum ve kuruluşlarının yalnızca birinde çalışmasını öngören değişikliğin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine hekimlerin özel sağlık kuruluşları arasında herhangi bir sınırlamaya bağlı olmaksızın çalışabilecekleri sonucunu doğurduğu ifade edilmiştir.

Buna karşın Sağlık Bakanlığı, Anayasa Mahkemesi'nin kararı ve Kanuna göre öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açması veya özel sağlık kuruluşlarında çalışmasının mümkün bulunmadığını ve uygulamanın 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren başlayacağını duyurmuştur.

### **B. Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı'nın Basın Açıklamasının İptali İçin Danıştay'da Dava Açması**

Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı, Sağlık Bakanlığı'nın, Anayasa Mahkemesi kararının hekimlerin serbest çalışma imkanını sona erdirdiği yolundaki Basın Açıklamasının iptali için Danıştay'da yürütmeyi durdurma talepli dava açmıştır.

#### **1. Danıştay Beşinci Dairesinin Yürütmeyi Durdurma Kararı**

Danıştay 5. Dairesi yürütmeyi durdurma talebini kabul etmiştir<sup>37</sup>. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi'nin Kanun hükmünü iptal etmesi nedeniyle, bunun doğal sonucu olarak, kamuda görev yapan bir doktor, 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin 2. fıkrasının (b) ve (c) bentlerine dahil birimlerde de çalışabileceğini ifade etmiştir. Ayrıca "*kamuda tam gün esasına göre istihdam edilirken, sekiz saatlik çalışma bittikten sonra özel muayenehane de açabileceğin ... Üniversite öğretim üyelerinin muayenehane açma yasağı ortadan kaldırıldığında, özel muayenehane açma konusunda diğer doktorlar için hangi kurallar geçerli ise öğretim üyeleri için de aynı kuralların uygulanması*" gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca, 5947 sayılı Kanunun Yükseköğretim Kanunu'nda değişiklik yapan 3. maddenin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesinin "*kamuda görev yapan doktorların özel muayenehane açma konusunda üniversite öğretim elemanlarıyla aynı mevzuata - 1219 sayılı Yasa'nın 5. ve 12. maddelerine - tabi olması; bu faaliyetin 657 sayılı Yasa'nın 28. maddesinde yer alan ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetler kapsamında değerlendirilmemesi karşısında; dava konusu işlemle, 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açmaları ve özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığının ilan edilmesinde, 5947 sayılı Yasa hükümlerine, Anayasa Mahkemesi kararına ve hukuka uyarlık bulunmamaktadır*". diyerek 21.07.2010 tarihinde oyçokluğuyla yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir.

<sup>37</sup> D5D, E. 2010/4406 YD, KT. 21.07.2010, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5d-2010-4406.htm>. (ET. 12.11.2013).

Bu kararda ayrıca Basın Açıklamasının iptal davasına konu olması bakımından ilk inceleme kapsamında “kesin ve yürütülebilir” olup olmadığı tartışılmış, sonuç olarak; “Kamu gücü ve erkinin, üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığı gerekmeksizin, doğrudan doğruya hukuki sonuç doğuran ve etkisini gösteren işlemler, yürütülebilir nitelikte işlemlerdir. ... Tüm ülke düzeyinde görev yapan kamu görevlisi hekimler için uyulması zorunlu bir işlem olarak yaptırım unsurunu içinde barındırdığı, bir başka anlatımla, içinde yaptırım tehdidi bulundurarak emredici ve zorlayıcı nitelik taşıyan, düzenleyici bir işlem niteliğinde bulunduğu” gerekçesiyle, iptal davasına konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olduğu ifade edilmiştir.

## 2. Sağlık Bakanlığının Yürütmeyi Durdurma Kararına Karşı İtiraz Başvurusu

Sağlık Bakanlığı, Yürütmeyi Durdurma kararına itiraz etmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da yürütmenin durdurulması kararının kaldırılmasına, oyçokluğu ile karar vermiştir.<sup>38</sup>

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun, özellikle Anayasa Mahkemesi kararına dayanarak verdiği kararın gerekçesinde; “Anayasa Mahkemesi kararına dayanarak yürürlükte olan 1219 sayılı Yasanın kamuda görevli hekimlerin serbest çalışmasına izin vermediğini ve 2368 sayılı Yasanın yürürlükten kaldırılması sonucunda ise serbest çalışmaya izin veren düzenlemenin artık bulunmadığını ortaya” koyduğu ifade edilmiştir.

Ayrıca 5947 sayılı Kanun ile kısmi zamanlı çalışmanın kaldırıldığı, kamuda çalışan hekimlere tam gün çalışma koşulu getirildiği ve mesleğini serbest olarak icra etmek isteyen hekimlerin kamu ile bağlarının kesildiği belirtilmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Anayasa Mahkemesi'nin kararını şu şekilde yorumlamıştır: “1219 sayılı Yasadaki sınırlamayı ilkesel düzeyde Anayasaya aykırı görmemiş, bir anlamda hekimlerin çalışma koşullarının yeniden belirlenerek bazı sınırlandırmalar getirilebileceğini kabul etmiştir....1219 sayılı Yasanın değiştirilen 12. maddesi ile getirilen düzenleme ile hekimlerin çalışma sistemine getirilen sınırlandırmayı meşru görmekle beraber bu sınırlandırmanın sınırı belirtilmiş ve yapılacak sınırlandırmanın kişilerin sağlık hizmetlerine ulaşım bu hizmetlerden yararlanabilmesini güçleştirecek nitelikte olmaması gerektiğini vurgulamıştır”.

Danıştay, Anayasa Mahkemesi kararında, kamuda görev yapan hekimlerin aynı zamanda serbest çalışmasının engellenmesinin Anayasaya aykırı olduğuna dair bir belirleme veya gerekçenin bulunmadığını ifade etmektedir. Bu nedenle

<sup>38</sup> DİDDK, E. 2010/1116, KT. 13.1.2011, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/iddgk-2010-1116.htm> (ET. 12.11.2013).

kamuda görev yapan hekimlerin mesai saatleri dışında 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin (b) ve (c) bentleri kapsamındaki yerlerde çalışmalarının tümüyle yasaklanması değil, kısmi zamanlı çalışmanın kaldırılmasının söz konusu olduğunu, bu nedenle kamuda görev yapan hekimlerin serbest çalışmasına bu yönden bir sınırlama getirildiğini ifade etmiştir.

Danıştay bu kararında 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "*Tabiplerin, dış tabiplerinin ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabileceğine*" ilişkin ibarenin ikinci fıkraya açıkça gönderme yaptığına ve Anayasa Mahkemesince iptal edilen ibarenin anlamını aynen devam ettirdiği sonucuna varmaktadır.

Ayrıca kamuda görev yapan hekimlerin özel muayenehane açmasının DMK'nın 28. maddesinde yer alan ticaret ve kazanç getirici diğer faaliyetler kapsamında değerlendirilemeyeceğini de ifade ederek, Anayasa Mahkemesi'nin de hekimin statüsünün en temel insan hakkı olan yaşam hakkı çerçevesinde değerlendirdiğini, dolayısıyla hekimlerin diğer kamu görevlilerinden farklı olduğunu belirtilmiştir.

Sonuç olarak, Sağlık Bakanlığınca, üniversite öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açmaları ve özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığını ve bu uygulamanın 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren başlayacağını duyurulmasına ilişkin dava konusu işlemi hukuka uygun bulmuştur.

Diğer taraftan, basın açıklamasının kesin ve yürütülebilir bir işlem olup olmadığı tartışmasına da katılmıştır. Kararında "*bir işlemin iptal davasına konu edilebilir nitelikte kesin ve yürütülebilir bir işlem olup olmadığını, işlemin ismine veya idarenin isimlendirmesine bakılarak değil, işlemin içeriğine bakılarak belirlenmesi gerekmektedir*" diyerek ülke düzeyinde görev yapan kamu görevlisi tüm hekimler için yaptırım da içeren bir işlem olduğunu ve bu nedenle de kamuda çalışan hekimlerin hukuki durumlarını etkileyen, değiştiren nitelikte bulunan dava konusu "Basın Açıklamasının" iptal davasına konu olabileceğini ifade etmiştir.

### **3. Danıştay Beşinci Dairesinin Basın Açıklamasına İlişkin İptal Kararı**

Danıştay Beşinci Dairesi, esasa ilişkin kararını 06.04.2011 tarihinde oyçokluğuyla vermiş ve Sağlık Bakanlığının Basın Açıklamasını, kamuda görevli hekimlerin muayenehane açamayacaklarına ilişkin bölümünün iptaline, buna karşılık kamuda görevli hekimlerin özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığına ilişkin kısmının ise reddine karar vermiştir.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> D5D, E. 2010/4406, K. 2011/1696, KT. 06.04.2011.

Böylece kamuda görevli hekimlerin muayenehane açabilme yolu açılmıştır. Ancak kamuda görev yapan hekimlerin özel sağlık kuruluşlarında çalışma yolu kapanmıştır. Ayrıca Danıştay Beşinci Dairesi, hekimlerin mesleklerini serbest olarak icra edebildikleri özel muayenehanelerin sağlık kurum ve kuruluşu olmaması nedeniyle özel muayenehane açarak serbest çalışma hakkına sahip bir hekimin, maddenin aldığı bu yeni şekle göre, aynı zamanda, yalnızca (a), yalnızca (b) ya da yalnızca (c) bendindeki sağlık kurum ve kuruluşlarının birden fazlasında da mesleğini icra edebilmesinin imkan dâhilinde bulunduğu sonucuna varmıştır.

Danıştay Beşinci Daire, DİDDK kararının tam aksine 2368 sayılı Kanunun kaldırılmış olmasının, kamuda görevli doktorların muayenehane açmalarının yasal dayanağının ortadan kaldırılması biçiminde yorumlanamayacağını ifade etmiştir. Tam Gün Kanunuyla ilgili olarak Danıştay'ın Anayasa Mahkemesi kararına aykırı yorum yapmasının Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına aykırı olduğu ifade edilmiştir.<sup>40</sup> Danıştay Daire ve Kurulunun aynı olayda Anayasa Mahkemesi kararını farklı yorumlamaları, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı hususunun ele alınmasını gerektirmektedir. Anayasa Mahkemesi kararları, Anayasa madde 158/son fıkrasına göre, devletin tüm organlarını bağlar. Karar, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği hükümdür, diğer bir ifadeyle vardığı sonuçtur. Bununla iptali istenen normun Anayasaya aykırılığı dolayısıyla iptaline ya da uygunluğuna karar verilir.<sup>41</sup> Buna karşın gerekçe karara varılırken ortaya konan nedenler ve buna binaen Anayasa'da dayanan maddelerdir. Ancak buna karşılık karar gerekçesinin bir başka anlatımla Anayasa Mahkemesi'nin yorumunun bağlayıcılığı hususunda tartışmalar vardır. Doktrinde bir kısım görüşe göre Anayasa Mahkemesi gerekçeleri bağlayıcıdır.<sup>42</sup> Ağır basan görüşe göre ise bağlayıcı değildir.<sup>43</sup> Anayasa Mahkemesi'nin yorumunun bağlayıcılığını kabul eden görüşler sakıncalarına da dikkat çekmektedir.<sup>44</sup> Anayasa Mahkemesi'nin, karar gerekçesinin de bağlayıcı olduğu yönündeki kararları ağır

<sup>40</sup> **Fırat**, s. 210; **Tekakça**, Yasin, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları Işığında Hekimler ve Diş Hekimlerinin Mesleklerini Serbest Olarak İcra Etmesi Yönünden Tam Gün Yasası Üzerine Bir İnceleme, ABD, 2012/2, s. 449, 451.

<sup>41</sup> **Döner**, Ayhan, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, c. II. Anayasa Hukuku, Ankara 2008, s. 219.

<sup>42</sup> **Yıldırım**, Turan, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı, AİD, c. 26, sy. 4, s. 77; **Aliefendioğlu**, Yılmaz, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara 1996, s. 294.

<sup>43</sup> **Özbudun**, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2011, s. 441; **Gözler**, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa 2011, s. 490; **Döner**, s. 219; **Hakyemez**, Yusuf Şevki, Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II. Anayasa Hukuku, Ankara 2008, s. 389. Eleştirel bir bakış açısı için bkz. **İyimaya**, Ahmet, Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Normatif Etkisi, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 1193 vd.

<sup>44</sup> **Yıldırım**, Turan, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı, AİD, c. 26, sy. 4, s. 77.

bassa da<sup>45</sup> aksine kararları da mevcuttur.<sup>46</sup> Danıştay, Anayasa Mahkemesi karar gerekçelerinin kendilerini bağlamadığını, kanun hükmünü kendisinin yorumlayacağını ifade etmektedir.<sup>47</sup> Hukuk kurallarını yorumlamanın sadece Anayasa Mahkemesine verilmesi durumunda diğer mahkemelerin hukuk kurallarını yorumlaması söz konusu olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi dışında diğer mahkemeler farklı bir bakış açısı ortaya koyamayacaktır.<sup>48</sup> Bu nedenle, diğer yüksek yargı mercilerinin hukuk kurallarını yorumlaması gerekecektir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi hükmünün herkesi bağlayacağı tartışmasızdır.<sup>49</sup>

Danıştay Beşinci Dairesi, Anayasa Mahkemesi'nin kararını, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulundan farklı yorumlamış ve tam aksine bir sonuca varmıştır. Beşinci Daire Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra gerek üniversite öğretim elemanları, gerekse diğer kamu kurumlarında görev yapan doktorların özel muayenehane açma konusunda aynı hukuki düzenlemelere tabi olduklarını belirtmiştir. Kamu görevlisi olan hekimlere serbest çalışma yasağı getiren 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin değişik ikinci fıkrasında yer alan bentlerden yalnızca birindeki hükmün Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi ile kamu görevlisi olan hekimlerin, 12. maddenin ikinci fıkrasında yer alan bentlerden yalnızca birisine dahil olan kurumlarda çalışma zorunluluğunu ortadan kaldırdığını ifade etmiştir. Kamuda görev yapan bir hekimin 12. maddenin ikinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerine dahil birimlerde de çalışabileceği, bu kapsamda, kamuda tam gün esasına göre istihdam edilirken, sekiz saatlik çalışma bittikten sonra özel muayenehane de açabileceği sonucunun doğduğunu belirtmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında bulunan "*ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir*" ibaresinin ise, iptal kararından önce ikinci fıkrada yer alan kısıtlamaya göre, belirtilen kurum ve kuruluşlardan ancak aynı bentte yer alanlarda çalışabilmeleri mümkün olan hekimlerin, bir bent içindeki ve dolayısıyla aynı konumda kabul edilmiş birden fazla kurum ve kuruluşta da çalışabilmelerini amaçladığını ifade etmiştir. Buna dayanarak da hükmün iptal edilen ikinci fıkra ile aynı işlevi görmediğini ve artık, iptal kararı dikkate alınarak ve kararın ortaya çıkardığı duruma göre anlamlandırılması ve uygulanması zorunlu hale geldiği sonucuna

<sup>45</sup> AMK, E. 1996/51, K. 1998/17, KT. 13.5.1998, AYMKD, sy. 35, c. 2, s. 172; AMK, E. 2066/22, K. 2006/40, KT. 22.03.2006, RG. 29.01.1992, AYMKD, sy. 43, s. 219

<sup>46</sup> AMK, E. 1989/11, K. 1989/48, KT. 12.12.1989, RG. 22.01.1990. Yıldırım'a göre, Anayasa Mahkemesi'nin karar gerekçelerinin bağlayıcılığı yönünde net bir tavır bulunmamaktadır. **Yıldırım**, s. 76.

<sup>47</sup> D8D, E. 1986/402, K. 1988/192, KT. 17.03.1988, DD. sy. 72-73, s. 516. Benzer bir yaklaşım Yargıtay tarafından benimsenmektedir. Bkz. **Yıldırım**, s. 75 vd.

<sup>48</sup> **Hakyemez**, s. 389.

<sup>49</sup> **Özbudun**, s. 441; **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 490; **Döner**, s. 221; **Hakyemez**, s. 389; **Yıldırım**, s. 77.

varmıştır. Sağlık Bakanlığı bu karar üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunda temyize başvurmuştur.

Danıştay, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında özellikle hekim öğretim üyelerinin mesai saatleri dışında serbest meslek icra edemeyeceklerine yönelik düzenleyici ve birel işlemleri hukuka aykırı bulmuştur.<sup>50</sup>

Danıştay'ın yukarıdaki kararları Tam Gün Kanunu'nun kabulünden önce tam gün ile ilgili yapılan diğer düzenlemelere ilişkin verdiği kararların tam aksi yöndedir. Danıştay daha önce tam gün çalışma esasının Yönetmelikle öngörülmesini hukuka uygun bulmuştur. Söz konusu olayda, Sosyal Sigortalar Kurumu klinik şefleri, şef yardımcıları için tam gün çalışma zorunluluğu getiren Sosyal Sigortalar Kurumu Personelinin Ünvan Yükselmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik<sup>51</sup>, 1996 tarihinde Sosyal Sigortalar Kurumu Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Yönetmelik<sup>52</sup> ile yürürlükten kaldırılması üzerine, yürürlükten kaldırılan Yönetmeliğin iptali için Danıştay'da dava açılmış ve Danıştay bu Yönetmeliği iptal etmiştir.<sup>53</sup> Bunun üzerine Eğitim Hastanesinde görev yapan klinik şefinin, kısmi zamanlı çalışmasına izin verilmesi için yaptığı başvurunun reddi üzerine açtığı davada Danıştay şu kararı vermiştir<sup>54</sup>; “*Sigortalar Kurumu Personelinin Ünvan Yükselmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliği yürürlükten kaldırmasında kamu yararının gözetilmediği, dolayısıyla eski Yönetmeliğin yürürlükte kalmasının kamunun yararına olduğu ve bu nedenle maksat unsuru yönünden hukuka aykırı bulunduğu gerekçesiyle idari yargı yerince iptal edilmiş olması (veya yürütülmesinin durdurulması) karşısında, ortada yeni bir düzenleyici işlemle hukukten doldurulması gerekli bir boşluk oluşmayacağı ve verilen yargı kararının idarenin herhangi bir uygulama işlemine gerek kalmaksızın hukuki sonuçlarını ortaya koyacağı, diğer bir deyişle iptal edilen düzenleyici işlemin uygulanabilirlik (icrailik) niteliği son bulduğu için işlemin tesisinden önceki hukuki durumun yürürlük kazanacağı, eski düzenleyici işlemin hiç yürürlükten kaldırılmamışcasına uygulanma niteliğini sürdürceği kuşkusuzdur*” diyerek tam gün çalışma esasını getiren Sosyal Sigortalar Kurumu Personelinin Ünvan Yükselmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin tekrar yürürlük kazandığını ve bu nedenle de “2368 sayılı

<sup>50</sup> D10D, E. 2011/6191, KT. 29.06.2011, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (ET. 17.12.2013)

<sup>51</sup> RG. 27.06.1993, sy. 21620.

<sup>52</sup> RG. 12.12.1996, sy. 22845

<sup>53</sup> D5D, E. 1997/13, K. 1998/515 KT. 25.02.1998, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5d-1997-13.htm>

<sup>54</sup> D12D, E. 2001/1678, K. 2004/2216, KT. 23.06.2004, DD, sy. 109, s. 341 vd. Benzer karar için bkz. D5D ve D12D müşterek kararı, E. 1998/4691, K. 1999/3822, KT. 24.11.1999.



kanun (...) özel kanunlarına göre meslek ve sanatlarını serbest olarak icra etme hak ve yetkisine sahip olanların, istemleri halinde serbest olarak çalışmalarına olanak sağlamakla birlikte idareyi bu konuda zorunlu yetki içine alan bir nitelik taşımamaktadır... Ayrıca yukarıda sözü edilen Yönetmelikte öngörülen "tam gün çalışmak" koşulunun, Sosyal Sigortalar Kurumuna bağlı eğitim hastanelerinde yürütülen sağlık hizmetlerinin üst düzeyde, etkin ve verimli bir şekilde verilmesi, eğitim hastaneleri arasında çalışma süresi açısından farklılaşma önlenerek tüm sigortalılara tam gün ve eşit hizmet verilmesinin sağlanması için ayrı bir önem taşıdığı ve bu yönüyle kamu yararı amacı ve hizmet gerekleri gözetilerek yapılmış bir düzenleme olduğu açıktır" diyerek, Klinik Şef ve Şef Yardımcılığı kadrosuna atanmak için "tam gün çalışmak" koşulunun öngörülmesinde herhangi bir yasal isabetsizlik bulunmadığını belirtmiştir.

## VI. HEKİMLERİN ÇALIŞMA ESASLARINA İLİŞKİN 650 SAYILI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME İLE GETİRİLEN DURUM

Anayasa Mahkemesi'nin 5947 sayılı Kanunun yukarıda anılan hükümlerini iptal etmesi ve Danıştay Beşinci Dairesinin yukarıda geçen kararı üzerine kamuda çalışan hekimlerin serbest çalışıp çalışamayacağı yolundaki tartışmalar sürerken Bakanlar Kurulu 650 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname çıkartmıştır.<sup>55</sup> Bu KHK ile hekimlerin çalışma esaslarını düzenleyen 1219 sayılı Kanun ile üniversite öğretim üyelerinin çalışma esasını düzenleyen YÖK'de ve ayrıca DMK'da değişiklikler yapılmıştır.

### A. Devlet (Kamu) Hastanelerinde Çalışan Hekimlerin Çalışma Esasları

650 sayılı KHK'nın 36. maddesi ile 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin ikinci fıkrası tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, DMK'nın 28. maddesi, YÖK'ün 36. maddesinin altıncı fıkrası saklı kalmak kaydıyla aşağıdaki sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilir şeklinde değiştirilmiştir. Ayrıca askeri hekimler için de benzer hükümler getirilmiştir.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> RG. 26.08.2011, sy. 28037. Dayandığı Kanun: Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkileri ile Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu, RG. 03.05.2011, sy. 26223.

<sup>56</sup> Söz konusu maddedeki değişiklikler sadece 1219 sayılı Kanuna tabi olarak çalışanları değil ayrıca, 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun ek 27. maddesi, 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun 32. maddesi saklı kalmak kaydıyla bahsi geçen mevzuata tabi çalışanları da kapsamaktadır.

Hekimlerin çalışma esasıyla ilgili olarak 650 sayılı KHK ile getirilen en önemli değişikliklerden biri DMK'nın 28. maddesidir. Ticaret yapma yasağını düzenleyen bu maddeye serbest meslek icrasını yasaklayan bir hüküm eklenmiştir. Gerek kamu hastanelerinde çalışan hekimler, gerekse üniversitelerde görev yapan öğretim üyelerinin çalışma esasları bakımından bahsi geçen maddeye atıf yapılmıştır. Bu maddeye göre; “*Memurlar, meslekî faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışamaz.*”

Maddenin ikinci fıkrasında istisnalara yer verilmiştir.<sup>57</sup> Bu istisnalar serbest çalışma kapsamında mesleğini icra etmeyi içermemektedir. Bu istisnalar idari görevler, özel kanunlarla verilen görevler ve insani ve sosyal amaçlı gönüllü çalışmalar olmak üzere üç başlık altında toplanmaktadır.

Bu hükümle birlikte, kamuda çalışan hekimlerin mesai saatleri dışında mesleklerini serbest olarak icra etmeleri tamamen yasaklanmıştır.

## **B. Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Öğretim Elemanı Hekimlerin Durumu**

650 sayılı KHK 40. maddesi ile YÖK'nun 36. maddesine şu fıkra eklenmiştir: “*Yükseköğretim kurumlarının kadrolarında bulunan öğretim elemanları, kanunlarda belirtilen haller dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28'inci maddesi hükmüne tabidir*”. Bu fıkra da görüldüğü üzere 18.01.2014 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemenin<sup>58</sup> aksine öğretim üyeleri arasında herhangi bir ayırım yapılmamış, yüksek öğretim kurumlarında görev yapan tüm öğretim üyeleri bu hükme tabi kılınmıştır.

Ayrıca öğretim üyelerinin, yükseköğretim kurumlarında yalnızca eğitim ve araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve döner sermaye faaliyetleri kapsamında gelir elde edilen hizmetlerde çalışmamak kaydıyla mesai saatleri dışında yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde meslekî faaliyette bulunabileceği ve meslek veya sanatlarını serbest olarak icra edebileceği hükme bağlanmıştır.

<sup>57</sup> Memurların üyesi oldukları yapı, kalkınma ve tüketim kooperatifleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve kanunla kurulmuş yardım sandıklarının yönetim, denetim ve disiplin kurulları üyelikleri görevleri, özel kanunlarda belirtilen görevler ile kurumundan izin alınmak kaydıyla yapılan insani ve sosyal amaçlı gönüllü çalışmalar bu yasaklamanın dışındadır.

<sup>58</sup> 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (RG. 18.01.2014, sy. 28037) 11/2. maddesi sadece “Tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanları” açısından DMK 28. Maddeye atıf yapmaktadır.

Ancak bu durumda bazı ek ödemelerin yapılmayacağı ve bu şekilde serbest çalışan öğretim üyelerinin rektör, dekan, enstitü, yüksekokul ve konservatuar müdürü, bölüm başkanı, anabilim ve bilim dalı başkanı, başhekim ve bunların yardımcısı olamayacağı düzenlenmiştir.

Diğer taraftan Kanuna 59. geçici madde eklenmiştir. Bununla, yükseköğretim kurumları dışında meslekî faaliyette bulunmak ve meslek veya sanatlarını serbest olarak icra etmek isteyen öğretim üyelerine, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıla kadar ücretsiz izin verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

650 sayılı KHK ile yükseköğretim kurumları dışında kamuda çalışan hekimlerin dışarıda serbest meslek icra etmeleri yasaklanmıştır. Buna karşılık öğretim elemanlarına mesai saatleri dışında muayenehane açma ve serbest meslek icra etme imkanı getirilmiştir. Ancak bu durumda üniversitede sadece eğitim ve araştırma faaliyetlerinde bulunulabilecektir. Öğrencilere ders verecek ve tıbbi araştırmalar yapabilecektir. Ayrıca döner sermayeden gelir getirecek çalışmalar yapamayacaktır. Kısaca hasta bakamayacak ve döner sermayeden faydalanamayacaktır. Mesai saatlerinde üniversitede bulunacak, mesai saatleri dışında ise muayenehanesinde hasta bakabilecektir.

Yukarıda ifade edildiği üzere öğretim elemanlarıyla ilgili DMK 28. maddesine atıf yapılırken ayırım yapılmadığı için tıp fakülteleri hastaneleri dışında, örneğin Hukuk veya Mühendislik Fakültelerinde görev yapan öğretim elemanları da dışarıda serbestçe mesleğini icra edebilir. Bu açıdan bakıldığında her ne kadar doçent ve profesörlerin yararlanabildiği kısmi zamanlı çalışma imkanı kalkmış olsa da doçent ve profesör unvanı dışındaki kadrolarda görev yapan yardımcı doçent, öğretim görevlisi ve araştırma görevlileri bakımından yeni imkanlar getirilmiştir.<sup>59</sup> YÖK'ün tanımlar başlığını taşıyan 3/1'e göre; "*Öğretim Elemanları: Yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim üyeleri, öğretim görevlileri, okutmanlar ile öğretim yardımcılarıdır*" şeklinde tanımlanmıştır. Yardımcı doçentler 3/m'ye göre öğretim üyesi kapsamında sayılmakta, araştırma görevlileri de 3/p'ye göre öğretim yardımcıları kapsamında yer almaktadır. Ancak yardımcı doçentler ve araştırma görevlilerinin mesai saatleri dışında serbest meslek icra etmeleri YÖK ile mümkün olsa da ilgili mesleklere ilişkin özel kanunlarla yasaklanabilmektedir. Örneğin Avukatlık Kanunu'nun 13/1-b bendine göre avukatlıkla birleşen işler arasında "Hukuk alanında profesör ve doçentlik" sayılmıştır.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> YÖK'ün 36. maddesine göre profesör ve doçentler kısmi çalışma imkanına sahipken, öğretim görevlileri bu kapsamda yer almamaktadır. D8D., E. 1992/1684, K. 1993/2674, KT. 09.09.1993, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/8d-1992-1684.htm>

<sup>60</sup> 3458 sayılı Mühendislik ve Mimarlık Hakkında Kanun'un (RG. 28.06.1938, sy. 3945) 9/2. maddesine göre profesörlük, doçentlik ve öğretmenlik yapanlar serbest çalışabilir.

Anayasaya aykırılık teşkil ettiği<sup>61</sup> iddiası ile 650 sayılı KHK'nın tümünün iptali için Anamuhalefet Partisi tarafından 24 Ekim 2011 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmıştır. Ayrıca Ankara 11. İdare Mahkemesi itiraz yoluna başvurmuştur.

## VII. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 650 SAYILI KHK'NIN SERBEST VE TAM GÜN ÇALIŞMA ESASINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİ İPTAL KARARI

Anayasa Mahkemesi 18.7.2012 tarihinde hekimlerin serbest ve tam gün çalışmasına ilişki hükümler içeren Kanun Hükmünde Kararname'nin 36., 37., 38., 39., 40. ve 41. maddelerinin 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun kapsamında olmaması nedeniyle iptal kararı vermiştir.<sup>62</sup> Gerekçesi şu şekildedir: "6223 sayılı Kanun'un kapsamına giren iki konu açısından değerlendirildiğinde çeşitli kamu kurumlarında çalışan tabip, dış tabibi ve uzman tabip gibi kamu görevlilerinin ikinci işte çalışma yasağına ilişkin kuralların kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesi ile bir ilgisinin bulunmadığı açıktır. Diğer taraftan çeşitli kamu kurumlarında çalışan tabip, dış tabibi ve uzman tabip gibi kamu görevlilerinin ikinci işte çalışma yasağına ilişkin kurallar kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin bir düzenleme olarak da nitelendirilemez". Ancak Anayasa Mahkemesi hukuksal boşluğun kamu yararını ihlal edecek nitelikte gördüğünden, iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe gireceğine hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu hükümleri Yetki Kanununa aykırılık gerekçesiyle iptal etse de söz konusu hükümler özellikle Anayasa Mahkemesi'nin 5947 sayılı Kanunu iptal gerekçelerine ve eşitlik ilkesine aykırılık taşımaktadır.<sup>63</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı ile birlikte kamuda çalışan hekimler açısından tekrar serbest çalışma imkanı doğmuştur. Ancak bu da uzun sürmemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin KHK'yı Yetki Kanununa aykırılık gerekçesiyle iptal etmesi üzerine bu sefer hekimlerin çalışma esasları Kanun ile düzenlenmiştir.

<sup>61</sup> 650 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 'Tam Gün'le İlgili Hükümleri Hakkında Türk Tabipleri Birliği Görüşleri. <http://www.tb.org.tr/index.php/Haberler/hukuk-2774.html>

<sup>62</sup> AMK, E. 2011/113, K. 2012/108, KT. 18.07.2012, RG. 01.01.2013, sy. 28515.

<sup>63</sup> Pişkinpaşa/Filinte, s. 177 vd.

## VIII. 6514 SAYILI TAM GÜN KANUNU İLE GETİRİLEN HEKİMLERİN ÇALIŞMA ESASLARINA İLİŞKİN DURUM

Hekimlerin çalışma esasını düzenleyen 6514 sayılı “Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” 18.01.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun birçok hükmü 650 sayılı KHK ile benzerdir.

Bu Kanun hekimlerin çalışma esaslarıyla ilgili önemli düzenlemeler getirmiştir. 1219 sayılı Kanunda, YÖK’de ve DMK’da değişikliklere gidilmiş ve serbest çalışmayı yasaklayan yeni birtakım hükümler getirilmiştir. Bunun dışında askeri hekimler için de benzer düzenlemeler öngörülmüştür.

### A. Devlet (Kamu) Hastanelerinde Çalışan Hekimlerin Çalışma Esasları

6514 sayılı Kanun ile 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinde önemli değişikliklere gidilmiştir. Buna göre tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, DMK 28. madde saklı kalmak kaydıyla, yani serbest meslek icra etmemek, gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf yükseköğretim kuruluşlarında çalışmamak kaydıyla; mesleğini tüm kamu kurum ve kuruluşlarında, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde veya Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde ya da muayenehane açarak serbest olarak icra edebilir. Ayrıca 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.

Getirilen diğer bir yenilik ise kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimler ile aile hekimleri yöneticilik görevi bulunmadığı takdirde, kurum ve kuruluşlarındaki çalışma saatleri dışında ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere iş yeri hekimliği yapabileceklerdir. İşyeri hekimliği ile ilgili getirilen bu düzenlemeler mevcut işyeri hekimliği yapan hekimlerin çalışma koşullarını da değiştirmiştir. Özellikle kamu görevlisi hekimlerin ikinci bir iş olarak akdettiği bir sözleşmeye binaen işyeri hekimliği yapması ancak daha sonra yapılan kanuni bir değişiklik ile bunun 30 saat ile sınırlandırılması ve tam gün çalışma esasının getirilmesi nedeniyle edimini yerine getirememesi durumunda, kanunla getirilen değişikliğin sözleşmenin başında öngörülemeyen sonradan meydana gelen bir değişiklik olduğu için hekime haklı nedenle sözleşmeyi fesih hakkı tanımaktadır.<sup>64</sup>

<sup>64</sup> Başbuğ, Aydın, İşyeri Hekiminin Tam Gün Çalışma Zorunluluğu Nedeniyle Çalışma Koşullarının Değişmesi, Sicil D., Eylül 2010, sy. 19, s. 46 vd.

DMK'na 650 sayılı KHK ile getirilen serbest çalışmayı yasaklayan hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine 6514 sayılı Kanunun 9. maddesiyle aynı hüküm eklenmiştir. Buna göre memurlar ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açmak suretiyle mesleki faaliyette ya da serbest meslek icrasında bulunamaz. Bu hükümle muayenehane vb. yerlerin açılması yasaklanmıştır. Diğer taraftan gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından açılan işyerinde, diğer bir ifadeyle muayenehane ya da özel hastanede çalışma da yasaklanmıştır. Kamu tüzel kişilerine ait işyerlerinde çalışma yasağı kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıf üniversiteleri ile sınırlandırılmıştır. 1219 sayılı Kanun birden fazla yerde çalışmayı ve serbest meslek icrasını yasaklamazken, atıfta bulunduğu DMK yasaklama getirmektedir.

Yukarıdaki hükümler birlikte değerlendirildiğinde, daha öncekilere paralel olarak 6514 sayılı Kanunla kamuda çalışan hekimlere mesai saatleri dışında serbest çalışma imkanı getirilmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi tarafından 5947 sayılı Kanunla getirilen "*bentlerden yalnızca birindeki*" hükmünün iptaline rağmen iptal kararından önceki hükümle benzer bir sonuç doğuran düzenlemeye gidilmiştir. Dolayısıyla hekimler işyeri hekimliği dışında 1219 sayılı Kanunun 12. maddesine göre aynı bend içinde yer alan kurumlarda mesleklerini icra edebileceklerdir.

## **B. Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Öğretim Elemanı Hekimlerin Durumu**

YÖK'ün 36. maddesinde yer alan devamlı statüde çalışma esasında herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Öğretim üyeleri devamlı statüde çalışmaya devam edeceklerdir. Ancak 6514 sayılı Kanun ile YÖK'e yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkra üniversitelere, kamu kurum ve kuruluşlarının ve vakıflara ait olanlar da dâhil olmak üzere yükseköğretim kurumlarının kadro ve pozisyonlarında bulunmayan profesör ve doçentleri, ücret karşılığında tıp ve diş hekimliği fakültelerinin ihtiyaç duyulan alanlarında teorik ve uygulamalı eğitim ve öğretim ile araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve bu faaliyetlerin gerektirdiği işleri yapmak üzere diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin hükümlerine tabi tutulmaksızın sözleşmeli öğretim üyesi olarak istihdam edileceği hüküm altına alınmıştır. Yine sözleşmeli olarak istihdam edilecek profesör ve doçentlerin istihdam edilecekleri tıp ve diş hekimliği fakültelerinde devamlı statüde çalışan öğretim üyesi sayısı yüzde 5 ile sınırlandırılmıştır.

Yapılan diğer bir değişiklik ise öğretim üyelerinin çalışma esasları ile ilgili DMK'nın ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağını hüküm altına alan 28. maddesine atıfta bulunulurken tüm öğretim üyelerinin değil, sadece "*Tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanları*" bakımından sınırlandırılmasıdır. Yükseköğretim kurumlarında

görev yapmakta olan öğretim üyelerinin çalışma esaslarına ilişkin YÖK ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu uygulanmaktadır. Her iki Kanunda hüküm bulunmayan konularda DMK'ya atıfta bulunmaktadır.<sup>65</sup> Danıştay kararlarında bir birlik olmamakla birlikte öğretim üyelerine ilişkin personel kanunlarında hüküm bulunmayan hallerde ancak DMK'nın uygulanacağı ifade edilmektedir.<sup>66</sup> Bu nedenle YÖK'ün 36. maddesinde DMK'ya yapılan atıfta yukarıda da belirtildiği üzere sadece tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanları kapsamaktadır. YÖK'de yer alan hükmün özel hüküm olması ve bu alanda Yükseköğretim mevzuatında boşluk bulunmaması sebebiyle Mimarlık, Mühendislik, Hukuk Fakültesi gibi diğer fakültelerde görev yapan öğretim üyelerini kapsamamaktadır. Dolayısıyla hekim öğretim üyeleri dışındaki öğretim üyeleri DMK'da yer alan ofis, büro gibi yerler açma ve serbest meslek icrası yasağı ile özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışma yasağına girmemektedir. Geçici 64. maddenin Anayasa Mahkemesi'nce yürürlüğünün durdurulması nedeniyle mevcut büro, ofis yada muayenehanelerinde mesleklerini icra etmeye devam edebileceklerdir.

Diğer taraftan hekim öğretim üyelerine yönelik istisna hükmüne de yer vermiş ve profesör ve doçent kadrosunda olanlar, her bir anabilim dalındaki kadrolu profesör ve doçent sayısının yüzde 50'sini geçmemek, bir yıla kadar kurumsal sözleşme yapılmak ve geliri üniversite döner sermayesi hesabına kaydedilmek şartıyla ve ilgilinin muvafakati ile mesai dışında özel hastaneler veya

<sup>65</sup> YÖK'ün m. 20; 2914 sayılı YÖPK m. 20; Pınar, İbrahim, Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 1998, s. 314.

<sup>66</sup> D5.D, E. 1988/2228, K. 1991/1046, KT. 22.05.1991, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5d-1988-2228.htm>; Danıştay, YÖK mevzuatında hüküm bulunmayan hallerde DMK'nın uygulanacağını belirtse de, daireler arasında YÖK mevzuatında hüküm bulunup bulunmadığı yönünde farklı yorumlar bulunmaktadır. Öğretim elemanının göreve on gün süreyle kesintisiz gelmemesi üzerine DMK m. 94. uyarınca hakkında görevden çekilmiş sayıldığına yönelik tesis edilen işlemde, öğretim elemanlarının DMK'ya tabi memurların yürüttüğü kamu hizmetinden farklı nitelikte hizmet ifa ettikleri belirtilmiş ve bu eylemin karşılığının YÖK mevzuatında disiplin cezası olarak hüküm altına alındığı ifade edilmiştir. Devlet memurluğu görevinin özelliğiyle ilgili olarak düzenlenen görevi terk eylemine bağlanan istifa etmiş sayılma idari tasarrufunun öğretim elemanı için uygulanamayacağı, disiplin cezası ile karşılanması gerektiği ifade edilerek işlem iptal edilmiştir: "Yasa koyucunun bu farklılığı gözetmek suretiyle, öğretim elemanları açısından göreve devamsızlık hali için bir idari tasarruf öngörmeyerek disiplin cezasına tabi kıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Kaldı ki disiplin cezası şeklinde tesis edilecek bir işlem ile idari bir tasarruf niteliği taşıyan işlemin oluşturulma süreci ve ilgili açılarından yaratacağı hukuki sonuçlar birbirinden farklılık taşımaktadır. Bu bakımdan yönetmelikte disiplin cezasına tekabül eden bir durumun daha ağır sonuçları olan idari bir tasarrufa bağlanmasının hukuka ve hakkaniyete uygun olmayacağı da açıktır." D8D, E. 2008/8930, K. 2012/1651, KT. 11.04.2012, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/8d-2008-8930.htm>; Buna karşılık Danıştay benzer bir olayda DMK m. 94'e göre tesis edilen işlemi hukuka uygun bulmuştur. D12D, E. 1999/6054, K. 2000/2875, KT. 22.06.2000, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12d-1999-6054.htm>.

vakıf üniversitesi hastanelerinde çalıştırılabileceği ifade edilmiştir. Özel hastaneler ya da vakıf hastanelerinde çalışma imkanı sadece profesör ve doçent kadrosunda görev yapanlara yöneliktir. Yardımcı doçentler ya da araştırma görevlerine çalışma imkanı getirilmemiştir. Burada dikkat çekici bir hüküm ise daha önceki düzenlemelerde yer alan öğretim üyeleri, yükseköğretim kurumlarında yalnızca eğitim ve araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve döner sermaye faaliyetleri kapsamında gelir elde edilen hizmetlerde çalışmamak kaydıyla mesai saatleri dışında yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde meslekî faaliyette bulunabilir ve meslek veya sanatlarını serbest olarak icra edebilir şeklindeki hükme yer verilmemiş olmasıdır. Bunun yerine mesai saatleri dışında özel hastane ve vakıf üniversitesi hastanelerinde çalışma imkanı getirilmiştir. Kısaca öğretim üyelerinin, bu kanundan önce mesai saatleri dışında serbest meslek icra imkanı varken bu kanunla birlikte buna son verilmiştir.

6514 sayılı Kanunla tekrar başa dönülmüş, devlet hastanelerinde çalışan hekimler ile öğretim üyelerinin mesai saatleri dışında serbest çalışmasının tamamen yasaklanması öngörülmüştür. Bu Kanunun bazı maddelerinin iptali ve yürürlüğün durdurulması istemiyle 130 milletvekili Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açmıştır.

#### **IX. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 6514 SAYILI KANUNUN BAZI HÜKÜMLERİNİN YÜRÜRLÜĞÜNÜ DURDURMASI VE ÇALIŞMA ESASLARINA İLİŞKİN MEVCUT DURUM**

Anayasa Mahkemesi'nde açılan iptal davasında hekimlerin çalışma esaslarına ilişkin hükümlerin bir çoğunun iptali istenmiş olmakla beraber serbest meslek icrası ve tam gün çalışmasına ilişkin olarak iptali ve yürütmenin durdurulması istenen hükümler şunlardır:

DMK'nın ticaret yasağını düzenleyen 28. maddesine eklenen memurların serbest meslek icra yasağı ve özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışma yasağı,

YÖK'ün 36. maddesine eklenen, tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarının DMK'nın 28. maddesi hükmüne tabi olduklarına ve; üniversitelere, kamu kurum ve kuruluşlarının ve vakıflara ait olanlar da dâhil olmak üzere yükseköğretim kurumlarının kadro ve pozisyonlarında bulunmayan profesör ve doçentler, ücret karşılığında Tıp ve Diş Hekimliği Fakültelerinin sözleşmeli öğretim üyesi olarak istihdam edilebilmesi,

YÖK'e eklenen geçici 64. maddesiyle, maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla mesai saatleri dışında serbest meslek icrasında bulunan veya özel kuruluşlarda çalışan öğretim üyelerinin 3 ay içinde faaliyetlerini sona erdirmesi, aksi takdirde üniversite ile ilişkilerinin kesileceğine ilişkin hüküm,



1219 sayılı Kanunun 12. maddesinde işyeri hekimliğinin şartları ve işyeri hekimliğini 30 saat ile sınırlayan hüküm,

Anayasa Mahkemesi YÖK'e eklenen geçici 64. maddenin, Anayasa'ya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bulunması ve uygulanmalarından doğacak, sonradan giderilmesi güç veya imkansız durum ve zararların önlenmesi için esas hakkında karar verinceye kadar yürürlüğünün durdurulmasına 09.04.2014 tarihinde oy çokluğu ile karar vermiştir.<sup>67</sup> Diğer hükümlerin Anayasaya aykırılığını esas bakımından yaptığı incelemede değerlendirecektir.

Hekimlerin çalışma esasları ile ilgili olarak mevcut durumları değerlendirilecek olursa, Sağlık Bakanlığı bünyesinde çalışan hekimler serbest meslek icra edemeyecektir. Buna karşılık üniversitede görev yapan hekim öğretim üyeleri her ne kadar DMK 28. maddesine göre serbest meslek icrası yasağına tabi olsalar da YÖK'ün geçici 64. maddesinin yürürlüğünün durdurulması nedeniyle mevcut muayenahanelerinde mesai saatleri dışında serbest meslek icrasına devam edebileceklerdir. Ancak 64. madde Kanun hükmünün yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla mevcut olarak mesai saatleri dışında serbest meslek icrasında bulunan veya özel kuruluşlarda çalışan öğretim üyelerinin 3 ay içinde faaliyetlerini sona erdirmesi, aksi takdirde üniversite ile ilişkilerinin kesileceğini düzenlemektedir. Bu nedenle hükmün iptaliyle yürürlük tarihinde mevcut çalışan öğretim üyelerine faaliyetlerini devam ettirme imkanının tanınması ancak özellikle YÖK'de 6514 sayılı kanunla mesai saatleri dışında serbest meslek icrasının yasaklanması ve DMK 28'e göre de serbest meslek faaliyetinin yasaklanması nedeniyle kanun hükmünün yürürlüğe girmesinden sonra mesai saatinden sonra serbest ya da özel kuruluşlarda çalışmak isteyen aynı statüdeki öğretim üyelerine yasak getirilmesi Anayasada yer alan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

## **X. SERBEST ÇALIŞMA YASAĞINA RAĞMEN ÇALIŞAN HEKİMLERE UYGULANACAK DİSİPLİN HÜKÜMLERİ**

Devlet hastanelerinde çalışan hekimler serbest çalışma yasağına rağmen mesai saatleri dışında mesleklerini serbest olarak icra ederse veya özel sağlık kuruluşlarında çalışırlarsa Devlet Memurları Kanunu'nda belirtilen disiplin suç ve cezaları uygulanacaktır.<sup>68</sup> Çünkü üniversite dışında kamuda çalışan hekimler memur statüsünde görev yapmaktadır. DMK 125/D-h'da ticaret yapmak veya devlet memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak disiplin suçu sayılmıştır.

<sup>67</sup> AMK, E. 2014/61, K. 2014/6 (Yürürlüğü Durdurma), RG. 11.04.2014, sy. 28969.

<sup>68</sup> Kamu görevlisi çalıştıran özel hastaneler için de müeyyideler getirilmiştir. Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 34. maddesine göre, kamu görevi olan ve/veya kanunen mesleğini serbest icra etme hakkı bulunmayan tabip ve tabip dışı personelin özel hastanede çalıştırılması durumunda özel hastanenin faaliyeti geçici olarak durdurulur.

Danıştay, DMK 28. maddeye serbest meslek icra yasağı ve özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışma yasağı eklenmeden önce serbest meslek icrasını “Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı” kapsamında değerlendirmemekteydi. Serbest meslek icrasının yasaklanmasıyla devlet memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyette bulunma disiplin suçu kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu suçun cezası ise 1-3 yıl arasında kademe ilerlemesinin durdurulması cezasıdır.

Öğretim üyeleri için disiplin suç ve cezaları Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği’nde düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 9/1-h bendinde yer alan “Ticaret yapmak veya kısmi statüde bulunanlara 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun tanıdığı imkanlar dışında Devlet Memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak” hükmü uyarınca serbest meslek icra eden ya da özel, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya vakıf üniversiteleri hastanelerinde çalışan öğretim üyelerine kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilebilecektir.

## SONUÇ

5947 sayılı Kanun ile başlayan kamuda çalışan hekimlerin serbest meslek icra edip edemeyeceği tartışmaları hala devam etmektedir. 5947 sayılı Kanun kamuda ve yükseköğretim kurumlarında çalışan hekimlerin serbest çalışmasını tamamen yasaklamakta iken 650 sayılı KHK bunu bir nebze olsun yumuşatmış öğretim üyelerine bazı haklardan feragat etmek kaydıyla mesai saatleri dışında serbest çalışma imkanı getirmiş, ancak 6514 sayılı Kanunla birlikte mesai saatleri dışında serbest meslek icrası tekrar yasaklanmıştır. 6514 sayılı Kanunla, üniversiteler dışında kamuda çalışan hekimlerin mesai saatleri dışında serbest çalışma imkanı kalmamıştır. Hekimler işyeri hekimliği dışında 1219 sayılı Kanunun 12. maddesine göre aynı bent içinde yer alan kurumlarda mesleklerini icra edebileceklerdir. Dolayısıyla kamuda çalışan hekimler kamu dışında özel hastanelerde çalışamaz, muayenehane açamaz. Ancak kamu kurum ve kuruluşlarında olmak üzere birden fazla yerde çalışabilir. Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimler ile aile hekimleri yöneticilik görevi bulunmadığı takdirde, kurum ve kuruluşlarındaki çalışma saatleri dışında ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere iş yeri hekimliği yapabileceklerdir.

Üniversitede görev yapan öğretim üyeleri için kısmi çalışma imkanı sonlandırılmış ve sadece tam gün çalışma esası kabul edilmiştir. Buna karşılık öğretim üyeleri için kısmi çalışma imkanı tanıyan özel kanunlarda herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Bu nedenle öğretim üyeleri özel kanunlar uyarınca kısmi statüde çalışabilecektir. Diğer taraftan üniversitelerde profesör ve doçent kadrosunda görev yapan öğretim üyelerinden, her bir anabilim dalındaki kadro-

lu profesör ve doçent sayısının yüzde 50'sini geçmemek, bir yıla kadar kurumsal sözleşme yapılmak ve geliri üniversite döner sermayesi hesabına kaydedilmek şartıyla ve ilgilinin muvafakati ile mesai dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalışabilecektir.

Her ne kadar 6514 sayılı Kanunla getirilen hükümler şimdilik son noktayı koymuş olsa da Anayasa Mahkemesi'nde açılan iptal davası ve YÖK'e eklenen maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla mesai saatleri dışında serbest meslek icrasında bulunan veya özel kuruluşlarda çalışan öğretim üyelerinin 3 ay içinde faaliyetlerini sona erdirmesi aksi takdirde üniversite ile ilişkilerinin kesileceğine ilişkin hükmün yürürlüğünün durdurulması tartışmaları daha da arttırmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin özellikle 5947 sayılı Kanunun iptal gerekçelerine baktığında 6514 sayılı Kanunla serbest meslek yasağına ilişkin olarak getirilen hükümlerin akıbeti belirsiz kalmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin 5947 sayılı Kanunun öğretim üyelerinin yükseköğretim kurumlarından başka resmi ya da özel kuruluşlarda çalışmasıyla serbest meslek icra edemeyecekleri yönündeki iptal kararında, üniversitelerin anayasada bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği özerk kurumlar olması sebebiyle diğer kurumlardan farklı bir niteliğe sahip oldukları, bu nedenle de öğretim üyelerinin genel sınıflandırma içinde kendine özgü önem ve değerinde bir meslek sınıfı olduğu, diğer kamu görevlileri gibi değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Özellikle üniversite öğretim üyelerinin çalışma koşulları belirlenirken ve sınırlamalar getirilirken üniversitelerdeki bilim özgürlüğü ve bilimsel özerkliğin gereği olan her türlü bilimsel faaliyeti engelleyici nitelikte olamayacağı ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 130. maddesine yönelik bu değerlendirmesi göz önünde bulundurulduğunda 6514 sayılı Kanunun öğretim üyelerinin serbest meslek icrasına yönelik hükümlerinin de bilim özgürlüğü kapsamında bilimsel faaliyeti engelleyici hükümler içermesi nedeniyle iptal edileceği ihtimal dahilindedir. Anayasa Mahkemesi zaten mesai saatleri dışında serbest meslek icra edenlerin faaliyetlerini sona erdireceklerine ilişkin geçici 64. maddenin yürürlüğünü durdurmakla tam gün çalışma esasını zedelemeyen serbest meslek icrasının mesai saatleri dışında devam ettirilmesi yönünde iradesini ortaya koymuştur.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesinin hekimlik mesleğini doğrudan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile ilgili gördüğü ve bu nedenle de kişilerin ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşım bu hizmetlerden yararlanabilmeleri gerektiği görüşü nedeniyle bu haktan yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemeleri Anayasa'ya aykırı bulması dikkate alındığında DMK 28. maddesine eklenen muayenehane, ofis, büro vb. yerler açma ve serbest meslek icrasını yasaklamayı da Anayasaya aykırı bulacağı muhtemel görünmektedir.

DMK'ya eklenen serbest çalışma yasağına ilişkin 28. madde hükmü Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmezse YÖK'ün 36. maddesine göre sadece tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarının 28. madde hükmüne tabi olması ve bu nedenle serbest meslek icrasının yasaklanması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Çünkü diğer öğretim üyeleri serbest çalışma yasağına tabi değildirler. Bu nedenle mesai saatleri dışında avukat ya da mühendis olarak serbest çalışabilirken aynı statüye tabi hekim öğretim üyeleri bu haktan mahrum kalmaktadırlar. Eşitsizlik sadece bununla sınırlı da değildir. Özellikle YÖK'e eklenen geçici 64. maddenin yürürlüğünün durdurulmasıyla mevcut olarak serbest meslek icrasında bulunan veya özel kuruluşlarda çalışan serbest meslek faaliyetine devam edilebilmesi sonucunu doğurmaktadır. Buna karşın DMK madde 28'e göre de serbest meslek faaliyetinin yasaklanması nedeniyle kanun hükmünün yürürlüğe girmesinden sonra mesai saatinden sonra serbest ya da özel kuruluşlarda çalışmak isteyen aynı statüdeki öğretim üyelerine yasak getirilmesi Anayasada yer alan eşitlik ilkesine aykırıdır.

Öğretim üyesinin mesleki bilgi ve tecrübesi ile özellikle yaşam ve sağlık hakkı kapsamında mesleğini serbestçe icra edebilmesi kamu yararının bir gereğidir. Diğer taraftan gelir elde etmek bir amaç değil, araç olmalıdır. Gelir getiren faaliyeti bir amaç ve bu yolda her şeyi mubah gören öğretim üyeleri hakkında da gerekli tedbirler alınmalıdır. Diğer taraftan, özellikle kanunkoyucu tam gün çalışma esasında ısrar ederse, bunun başarılı bir şekilde uygulanması üniversitelere ayrılan ödenek tutarının yükseltilmesi, öğretim elemanlarının maaşlarının artırılarak hayat standartlarının hak ettikleri seviyeye getirilmesiyle mümkün olabilecektir. Maaşların artırılmasıyla öğretim üyelerinin büyük bir çoğunluğunun başka çalışma alanlarına gitmeyecekleri düşünülmektedir.

## KAYNAKÇA

- Akdağ**, Recep, Türkiye Sağlıkta Dönüşüm Programı İlerleme Raporu 2008, [http://www.kalite.saglik.gov.tr/content/files/cilimler\\_2011/upsem/turkiyeSDP.pdf](http://www.kalite.saglik.gov.tr/content/files/cilimler_2011/upsem/turkiyeSDP.pdf), (E.T. 18.05.2013)
- Akdur**, Recep, Türkiye’de Sağlık Hizmetleri ve Avrupa Topluluğu Ülkeleri ile Kıyaslanması, [www.recepakdur.com/getfile.asp?file=ab\\_turkiye\\_kiyaslama.pdf](http://www.recepakdur.com/getfile.asp?file=ab_turkiye_kiyaslama.pdf), (E.T 15.10.2013)
- Aktaş**, Ekin Özgür, 657+7= 657, [http://www.izmirtabip.org.tr/userfiles/663\\_e.pdf](http://www.izmirtabip.org.tr/userfiles/663_e.pdf) (E.T.3.12.2013)
- Aliefendioğlu**, Yılmaz, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara 1996.
- Başbuğ**, Aydın, İşyeri Hekiminin Tam Gün Çalışma Zorunluluğu Nedeniyle Çalışma Koşullarının Değişmesi, Sicil D., Eylül 2010, sy. 19, s. 41-47.
- Döner**, Ayhan, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. II. Anayasa Hukuku, Ankara 2008, s. 215-234.
- Fırat**, E. Sevi Bozoğlu, 5947 sayılı Tam Gün Yasası ve Yüksek Yargı Kararları Kapsamında Sağlık Personelinin Serbest Çalışma Hakkı, İKÜHFD, c. 10, sy. 1, Ocak 2011, s. 197-217.
- Gökcan**, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2013.
- Gözler**, Kemal, Anayasa Hukukunun Metodolojisi, Bursa 1999.
- Gözler**, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa 2011.
- Gülan**, Aydın, Akademik Personelin Üniversite Dışında Gelir Getirici Çalışmalarda Bulunmasının Meşruluğu Sorunu, İl Han Özay’a Armağan, İÜHFD, C. LXIX, s. 1-2, s. 37-42.
- Hakyemez**, Yusuf Şevki, Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. II. Anayasa Hukuku, Ankara 2008, s. 365-399.
- İyimaya**, Ahmet, Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Normatif Etkisi, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 1185-1236.
- Kayhan**, Pala, Türkiye İçin Nasıl Bir Sağlık Reformu, Bursa 2007.
- Mutluer**, Kamil, 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu Açısından Üniversitelerde Tam Gün Çalışma Esası, Maliye D. sy. 156, Ocak-Haziran 2009, s. 42-50.
- Özbudun**, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2011.
- Pınar**, İbrahim, Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 1998.
- Pişkinpaşa**, Duygu/ Filinte Nurettin, 650 Sayılı KHK. ile Hekimler Hakkında Getirilen Hükümlerin Anayasa’ya Aykırılık Sorunu, İBD, C. 85, sy. 6, Yıl 2011, s. 172-178.

- Sağlıkta Dönüşüm**, T.C. Sağlık Bakanlığı 2003, <http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-2906/saglikta-donusum-programi.html> (E.T. 12.11.2013)
- Sülkü**, Seher Nur, Türkiye’de Sağlıkta Dönüşüm Programı Öncesi ve Sonrasında Sağlık Hizmetlerinin Sunumu, Finansmanı ve Sağlık Harcamaları, MB SGB Yayını, Ankara 2011.
- Tekakça**, Yasin, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları Işığında Hekimler ve Diş Hekimlerinin Mesleklerini Serbest Olarak İcra Etmesi Yönünden Tam Gün Yasası Üzerine Bir İnceleme, ABD, 2012/2, s. 446-452.
- Tengilimoğlu**, Dilaver, Sağlık Kurumları Yönetimi-I, Hasta Yönetimi ve Organizasyonu, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2012.
- Ünder**, Yıldız Ertuğ, Hekimlerin Mesleki ve Akademik Özgürlüğü/Özerkliği, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 221-240
- Yıldırım**, Savaş, Sağlık Hizmetlerinde Harcama ve Maliyet Analizi, Uzmanlık Tezi, <http://ekutup.dpt.gov.tr/saglik/yildiris/hizmet.pdf> (E.T. 30.10.2013).
- Yıldırım**, Turan, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı, AİD, c. 26, sy. 4, s. 69-80.