

T.C.
DANIŞTAY
BEŞİNCİ DAİRE
Esas No : 2010/4406

Davacı ve Yürütmenin Durdurulmasını İsteyen : Türk Tabipleri Birliği Merkez
Konseyi Başkanlığı

Vekili : Av. Ziyet Özçelik, Tunus Cad. No:21/3 - Kavaklıdere/ANKARA

Davalı : Sağlık Bakanlığı - ANKARA

İsteğin Özeti : Davacı, Sağlık Bakanlığı'nın internet sitesinde 16.7.2010 tarihinde yayımlanan "Tam Gün Kanunu ile İlgili Basın Açıklaması" ile, 5947 sayılı Yasa ve bu Yasa hakkındaki Anayasa Mahkemesi kararına göre, üniversite öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açmaları ve özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığı ve bu uygulamanın 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren başlayacağını duyurulmasına ilişkin işlemin iptalini ve yürütmenin durdurulmasını istemektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi : M. Emin Kaçar

Düşüncesi : Yürütmenin durdurulması isteminin davalı idarenin birinci savunması gelinceye kadar kabulü gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : İsa Yeğenoğlu

Düşüncesi : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27. maddesi uyarınca yürütmenin durdurulması isteminin karara bağlanabilmesi için, davalı idarenin savunmasının alınması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce, Üye Mustafa Kılıçhan'ın, "İptali istenen işlemin Tam Gün Kanunu ile İlgili Basın Açıklaması olup, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliğini taşımadığı; 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin yürürlük tarihi 30 Temmuz 2010 tarihi olduğundan, henüz söz konusu Yasa'nın uygulanmasından ve bu konuda yetkili makam tarafından kurulmuş bir düzenlemenin varlığından da söz edilemeyeceği; sonuç olarak, basın açıklamasının iptal davasına konu olabilecek icrai bir işlem niteliğini taşımadığı" yolundaki ayrışık oyuna karşılık; dava konusu işlemin aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere kesin ve yürütülmesi zorunlu düzenleyici işlem niteliğini taşıdığı anlaşıldığından işin gereği düşünüldü:

30.1.2010 günlü, 27478 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Üniversite Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 5947 sayılı Yasa'nın 3. maddesi ile, 4.11.1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesi, "Öğretim elemanları, bu Kanun ile diğer kanunlarda belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremezler, ek görev alamazlar, serbest meslek icra edemezler." şeklinde değiştirilmiş; 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile değişik 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12 nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında, "Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilir:



T.C.
DANIŞTAY
BEŞİNCİ DAİRE
Esas No : 2010/4406

a) Kamu kurum ve kuruluşları.

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

c) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan vakıf üniversiteleri, serbest meslek icrası." hükmüne yer verilmiş; 5947 sayılı Yasa'nın 19. maddesinin (a) fıkrası ile de, 31.12.1980 günlü, 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. 5947 sayılı Yasanın 20. maddesine göre, bu Yasanın 3. maddesi yayım tarihinden bir yıl sonra (30.1.2011 tarihinde); 7 ve 19/a. maddeleri ise yayımı tarihinden altı ay sonra (30.7.2010 tarihinde) yürürlüğe girecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin 16.7.2010 günlü, E:2010/29, K:2010/90 sayılı kararıyla; 5947 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değiştirilen 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesinin ikinci fıkrasının birinci tümcesi iptal edilmiş; aynı Yasanın 7. maddesiyle değişik 1219 sayılı Yasa'nın 2. fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "...bentlerden yalnızca birindeki..." ibaresi de iptal edilmiş ve bu ibarenin uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğün durdurulmasına karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 16.7.2010 günlü, E:2010/29, K:2010/90 sayılı iptal kararıyla, öğretim elemanlarının üniversitede devamlı statüde görev yaparken aynı zamanda muayenehane açmalarını engelleyen Yasa hükmü ortadan kaldırılmış ve böylece sekiz saatlik mesaiden sonra serbest çalışmalarına olanak tanınmıştır. Sağlık Bakanlığı, söz konusu Anayasa Mahkemesi kararının sadece üniversite öğretim elemanlarına bu hakkı tanıdığına, kamuda görev yapan doktorların özel muayenehane açmalarının mümkün olmadığını ve bu yasağın 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren başlayacağını, dava konusu işlemle Bakanlığın internet sitesinde herkese duyurmuş bulunmaktadır.

Kamu gücü ve erkinin, üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığı gerekmezsin, doğrudan doğruya hukuki sonuç doğuran ve etkisini gösteren işlemler, yürütülebilir nitelikte işlemlerdir. 5947 sayılı Yasa hükümlerini Anayasa Mahkemesi'nin kısmen iptal kararı ışığında yeniden yorumlayıp açıklayan, kamuda görev yapan doktorların özel muayenehane açıp açamayacakları konusundaki duraksamaların giderilmesini amaçlayan, Yasa'nın 7. maddesinin yürürlüğe gireceği 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren Bakanlık uygulamasının ne olacağını nihai olarak belirleyen ve Bakan tarafından yazılı ve görsel basında yapılan açıklamalarla da sürekli teyid edilen kamu personelinin özel muayenehane açma yasağına ilişkin dava konusu işlemin; tüm ülke düzeyinde görev yapan kamu görevlisi hekimler için uyulması zorunlu bir işlem olarak yaptırım unsurunu içine barındırdığı, Anayasa Mahkemesi kararını da yorumlayarak mevcut hukuki durumun sona ereceği tarihi bildirdiği ve



T.C.
DANIŞTAY
BEŞİNCİ DAİRE
Esas No : 2010/4406

bu tarihten sonraki uygulamayı belirlediği; Anayasa Mahkemesi kararını da gözönüne alarak 5947 sayılı Yasa'nın uygulanması konusunda yeni değerlendirme öğeleri getiren, bir başka anlatımla, içinde yaptırım tehdidi bulundurarak emredici ve zorlayıcı nitelik taşıyan, düzenleyici bir işlem niteliğinde bulunduğu; sonuç olarak, iptal davasına konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olduğu sonucuna varılmıştır.

Sağlık Bakanlığı tarafından, Anayasa Mahkemesi'nin 16.7.2010 günlü, E:2010/29, K:2010/90 sayılı iptal kararının sadece üniversite öğretim elemanlarıyla sınırlı olarak serbest çalışma hakkı tanıdığı kabul edilmiştir. Oysa, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı; tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, 1219 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin 2. fıkrasında yer alan bentlerden yalnızca birisine dahil olan kurumlarda çalışma zorunluluğunu ortadan kaldırmıştır. Bu hükmün iptal edilmesinin doğal sonucu olarak, kamuda görev yapan bir doktor, 12. maddenin 2. fıkrasının (b) ve (c) bentlerine dahil birimlerde de çalışabilecek; bu kapsamda, kamuda tam gün esasına göre istihdam edilirken, sekiz saatlik çalışma bittikten sonra özel muayenehane de açabilecektir.

5947 sayılı Yasa'nın Üniversite öğretim elemanlarına muayenehane açma yasağı getiren 3. maddesinin iptal edilmiş olması da, aynı Yasa'nın 7. maddesindeki ibarenin iptalinin doğurduğu hukuki sonuçları açık bir biçimde desteklemektedir. 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 gerektiği açıktır. Bilindiği gibi, 1219 sayılı Yasa'nın 5. maddesi doktorlara özel muayenehane açma yetkisi vermektedir.

1219 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin doktorlara özel muayenehane açma yetkisi vermesi ve bu faaliyetin üniversiteler dahil kamuda görev yapan tüm doktorlar yönünden 657 sayılı Yasa'nın 28. maddesindeki ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı kapsamında değerlendirilmemesi dolayısıyla, üniversite öğretim elemanlarında olduğu gibi, kamuda görev yapan diğer doktorlar yönünden de özel muayenehane açılmasını yasaklayıcı bir hüküm mevzuatımızda yer almamaktadır.

Her ne kadar 2368 sayılı Yasa, 5947 sayılı Yasa'nın 19. maddesi ile 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmış ise de; mülgâ 2368 sayılı Yasa'nın 4. maddesinde, "...özel kanunlarına göre meslek ve sanatlarını serbest olarak icra etme hak ve yetkisine sahip olanlar"dan söz edildiği; doktorların çeşitli zam ve tazminatlarından yararlandırılmaması kaydıyla istekleri halinde çalışma saatleri dışında serbest olarak çalışmalarına olanak tanındığı; 2368 sayılı Yasa kaldırılırken, kamuda ya da özelde çalışma seçenekleri arasında tercih yapma zorunluluğunu getiren 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin bu düzenlemenin yerini aldığı; 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle getirilen tercih zorunluluğunun Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edildiği gözönüne alındığında, 2368 sayılı Yasanın kaldırılmış olmasının, kamuda görevli doktorların muayenehane açmalarının yasal dayanağını ortadan kaldırılması biçiminde yorumlanamayacağı; Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra gerek üniversite öğretim



T.C.
DANIŞTAY
BEŞİNCİ DAİRE
Esas No : 2010/4406

elemanları, gerekse diğer kamu kurumlarında görev yapan doktorların özel muayenehane açma konusunda aynı hukuki düzenlemelere tabi buldukları kuşkusuzdur.

Bu durumda, 5947 sayılı Yasa'nın 7. maddesinde yer alan "...bentlerden yalnızca birindeki..." ibaresinin Anayasa Mahkemesi'nce iptaliyle, kamu görevlisi doktorların, sekiz saatlik çalışma süreleri sona erdikten sonra, özel muayenehanede çalışmalarına engel oluşturan yasa hükmünün ortadan kaldırılmış olması; 1980 yılına kadarki yasal düzenlemelerin aksine, kamu görevlisi doktorların aynı zamanda serbest olarak da çalışmalarını yasaklayan bir yasa hükmünün artık bulunmaması; üniversite öğretim elemanı doktorların mesleklerini serbest olarak yürütmelerini açıkça yasaklayan 5947 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi; 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 işlemlerle, 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren kamuda çalışan tüm doktorların muayenehane açmaları ve özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığı ilan edilmesinde, 5947 sayılı Yasa hükümlerine, Anayasa Mahkemesi kararına ve hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, kamu kurumlarında görev yapan doktorlara 30 Temmuz 2010 tarihinden itibaren özel muayenehane açma yasağı getirilmesine ilişkin dava konusu işlemin, davalı idarenin savunması gelinceye kadar yürütülmesinin durdurulmasına; davalı idarenin savunma süresinin 15 günle sınırlandırılmasına; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 4. fıkrası uyarınca tebligatın memur eliyle yapılmasına, 21.7.2010 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Salih	Esen	Mustafa	Hayrettin	Nalan
ER	EROL	KILIÇHAN	KADIOĞLU	TERZİ
		(X)		

(X) KARŞI OY :

Yürütmenin durdurulması isteminin davalı idarenin savunması alındıktan sonra incelenmesi gerektiği oyu ile karara karşıyım.

Üye
Mustafa KILIÇHAN



M/E/K. 21.7.2010