

Yürütmenin Durdurulması ve Duruşma istemlidir

DANIŞTAY () DAİRESİ BAŞKANLIĞI'NA

DAVACI _____ : Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı

VEKİLİ _____ : Av. Ziyet Özçelik – Av. Kürşat Bafra
Tunus Caddesi No: 21/3 Kavaklıdere/Ankara
Tel: 0312 418 50 10

DAVALI _____ : Sağlık Bakanlığı – Ankara

D.KONUSU _____ : Davalı idare tarafından 12.12.2017 tarihli ve 30268 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulan, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin

- 3. maddesi ile değiştirilen 19. maddenin 3.fıkrasının
- 4. maddesi ile değiştirilen 27. maddenin 8.fıkrasının
- 5. maddesi ile değiştirilen Ek 1. maddenin 16.fıkrasının
- 5. maddesi ile eklenen Ek 1. maddenin 18.fıkrasının
- 8. maddesi ile değiştirilen Ek 9'daki Liste 1- Liste 2'nin yürütmesinin durdurulması ve iptali istemidir.

TEBLİĞ TARİHİ _____ : 12.12.2017

AÇIKLAMALAR _____ :

Sağlık Bakanlığı tarafından Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik 12.12.2017 tarihli ve 30268 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur. **(Ek 2)**

Düzenleme ile hekimlerin çalışma biçimlerini ilgilendiren maddelerin yanısıra tıp merkezinde yapılabilecek işler listesi ve hasta kayıtlarının paylaşımına ilişkin değişiklikler yapılmıştır. Aşağıda yürütmesinin durdurulması ve iptali istenilen her bir maddenin hukuka aykırılığına ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

I- İPTALİ İSTENEN MADDELER ve HUKUKA AYKIRILIK NEDENLERİ

1- Değiştirilen Yönetmeliğin 19. maddesinin 3.fıkrası Hekimlik Yetkisinin Özünü Zedelemektedir.

Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 3. maddesi ile Yönetmeliğin 19. maddesinin 3.fıkrası değiştirilmiştir. Değişiklik sonucunda madde şu şekilde düzenlenmiştir: " Sağlık kuruluşu kadrosuna, ayrılanın yerine aynı uzmanlık dalında tabip başlatılabilir ancak yan dal uzmanlığı bulunanlar Bakanlığın uygun görüşü ile ana dalda başlatılabilir. Bakanlık yan dal değerlendirmesini her bir yan dal uzmanlık

alanında, ÷lkedeki ve ildeki eğitim kurumlarının tıpta uzmanlık eğitimini sağlayacak şekilde yan dal uzmanı bulunup bulunmadığı çerçevesinde yapar. Başlatılacak personel için mesul müdür tarafından personel çalışma belgesi düzenlenerek müdürlüğe en geç beş iş günü içinde onaylatılır. Ayrılanın yerine başlayış dışındaki her türlü personel başlayışlarında ise, öncelikle mesul müdür tarafından çalışma belgesi düzenlenerek müdürlüğe onaylatılır ve çalışma belgesi onaylandığı tarihten itibaren personel sağlık kuruluşunda çalışabilir.”

İptali istenilen bu düzenlemenin birinci sonucu; yan dal uzmanı olan hekimlerin, sahip oldukları uzmanlık diplomalarına dayalı olarak özel hastanelerde mesleklerini icra etme olanaklarının yasal dayanağı olmaksızın kısıtlanmasıdır.

İkinci sonucu; yan dal uzmanlarının özel sağlık sektöründe çalışma alanlarının sınırlandırılmasıdır.

Üçüncü sonucu ise; az sayıda özel sağlık kuruluşunda bulunan yan dal kadrolarında çalışan yan dal uzmanı hekimlerin işsizlik tehdidi altında işverene karşı haklarını savunamaz hale getirilmeleridir.

Dördüncü sonucu ise; Bakanlığın konuyu hangi kriterlere göre değerlendireceği, bu değerlendirmeyi ne kadar süre içinde yapacağı hususlarına da yer verilmediğinden hekimler yönünden yaratılan belirsizlik ve keyfi uygulamaların önünün açılmasıdır.

Bilindiği üzere 1219 sayılı Yasa'nın 1. maddesi uyarınca tıp fakültesi diplomasına sahip olan hekimlerin genel olarak hastalıkları tedavi yetkisi bulunduğu gibi, aynı Yasa'nın 8. maddesine göre kazanılan uzmanlık yetkisi sonucunda o uzmanlık alanı ile ilgili hastalıkları tanı ve tedavi etme yetkisi ve hakkı bulunmaktadır. Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nde de tıpta uzmanlık eğitimi olanların eğitimini aldıkları alana ilişkin uzmanlık yetkisini kullanabilecekleri düzenlenmiştir.

Tıpta yan dal uzmanlığı; belirli bir ana dalda uzman olan hekimin, uzmanı olduğu ana dalın içinde bulunan daha dar kapsamlı bir konuda derinlemesine, ileri ve özel bir eğitim görmesi sonucu edinilmektedir.. Bugüne kadar hekimler, Anayasa'nın 27. Maddesinde güvence altına alınan bilim ve sanat özgürlüğü kapsamında kendilerini geliştirmek amacı ile yan dal uzmanlık eğitimi almış ve almaktadırlar. İptali istenilen düzenleme ile Anayasada tanımlanan bir hakkın kullanımı, bir başka hakkın kullanımının sınırlandırılması nedeni haline getirilmiştir.

İdare tarafından, iptali istenilen düzenlemede, uzun yıllar zorlu bir eğitim ve çalışma sürecinden ve her bir eğitimleri için devlet hizmeti yükümlülüğünden geçen az sayıdaki hekimin bilgi birikiminden yararlanma amacı ileri sürülse bile bu amacın hekimlerin anayasal haklarının hukuka aykırı olarak sınırlandırılması yoluyla gerçekleştirilemeyeceği açıktır. Özendirici tedbirler yerine temel hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılmasına yönelik düzenlemelerin Anayasa'nın 2. Maddesi ile düzenlenen demokratik hukuk devleti, Anayasanın 5. Maddesinde yer alan devletin temel amaç ve görevleri ile bağdaşmayacağı açıktır.

Bu sınırlamasonucu aynı zamanda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi de ihlal edilmektedir. Bakanlığın konuyu ne şekilde, hangi kriterlere göre değerlendireceği, bu değerlendirmeyi kendisine başvurulduktan sonra ne kadar süre içinde yapacağı hususlarına da yer verilmemiş, bu belirsiz tabloda keyfi uygulamalar tesis edilmiştir.Yönetmelik maddesinde sınırlar, ölçütler bulunmamaktadır. Bakanlıktan ne zaman ne kararı çıkacağı bilinmemektedir. Bunun kamuda çalışmaya özendirmekle açıklanması mümkün değildir.

Nitekim bir kanuni düzenlemenin bireylerin davranışını ona göre düzenleyebileceği kadar kesinlik içermesi, kişinin gerektiği takdirde hukuki yardım almak suretiyle, bu kanunun düzenlediği alanda belli bir eylem nedeniyle ortaya çıkacak sonuçları makul bir düzeyde öngörebilmesi gerekmektedir.

Ayrıca düzenleme ile özel sağlık kuruluşlarında çalışacak yan dal unvanına sahip bir hekimin çalışma izni, kamudaki yan dal uzmanlığına sahip eğitici ihtiyacının bulunmaması koşuluna bağlı kılınmıştır. Oysa eğitici kadrosunda yan dal uzmanlık eğitimi verecek akademisyen sayısının yetersizliği halinde bu kadrolara atanma usulü; tıp fakülteleri için 2547 sayılı Yasa ile Sağlık Bakanlığına Bağlı Eğitim ve Araştırma Hastaneleri için ise 3359 sayılı Temel Sağlık Hizmetleri Yasası ile düzenlenmiştir. Atama usulü yasa ile özel olarak belirlenmiş eğitici kadrolarına, kamu ile bağı bulunmayan hekimlerin doğrudan atanması zaten söz konusu değildir. Eğitim kurumlarında eğitici ihtiyacı var ise ilgili kuruluşlar tarafından kadroların ilan edilmesi, yan dal uzmanlığı ve aranan diğer akademik ölçütlerin belirtilmesi, başvuran isteklilere ilişkin jüriler tarafından inceleme yapılması, Sağlık Bakanlığının eğitici kadroları yönünden ise sınav yapılması gerekmektedir. Kişiler eğitici olmak istemez ise zorla kamusal eğitim kadrolarına atanmaları söz konusu olmayacağı gibi, akademik kadrolar için aranan tek nitelik de yan dal uzmanlığı değildir.

Sonuçta; yasada düzenlenmiş hekimlik yetkisini normlar hiyerarşisine aykırı biçimde ortadan kaldıran, hukuki güvenlik ilkesini, hekimlerin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme hakkını ve çalışma hak ve özgürlüğünün özünü zedeleyen Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 3. maddesi ile değiştirilen Yönetmeliğin 19. maddesinin 3.fıkrası bu nedenlerle hukuka aykırı olup, yürütmesinin durdurulması istenmektedir.

2-Kişisel Sağlık Verilerinin Merkezi Sağlık Veri Sistemine Aktarılması Sağlık Hizmetine Erişimi Kısıtlamaktadır.

Davalı idare Yönetmeliğin 27. maddesinin 8.fıkrasında da değişikliğe gitmiş, "Sağlık kuruluşları tarafından kayıt altına alınan kişisel sağlık verileri, 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununa uygun bir şekilde işlenir ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara uygun bir şekilde merkezi sağlık veri sistemine aktarılır. Bakanlık tarafından kurulan kayıt ve bildirim sistemine ve Bakanlıkça yapılacak diğer iş ve işlemlere esas olmak üzere, istenilen bilgi ve belgelerin Bakanlığa gönderilmesi zorunludur." düzenlemesine yer vermiştir.

Sağlık Bakanlığı, bundan önce de sağlık verilerini toplamak için düzenlemeler yapmış Anayasa Mahkemesi ve Danıştay bu düzenlemeleri hukuka aykırı bularak iptal etmiştir. 2016 yılı Nisan ayında

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun yürürlüğe girmesi üzerine hastanın rızası dahi aranmaksızın ve sınırsız biçimde toplanması anlamına gelen dava konusu düzenleme tesis edilmiştir.

Ne var ki Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun uygulanabilmesi için gereken kurum ve kurullar oluşturulmuş değildir. Ayrıca, bu Kurul tarafından belirlenmesi gereken önlemler henüz tanımlanmamış ve veri sorumlusu sicili de oluşturulmamıştır. Bu noksanlık giderilmeden, hastaların her türlü bilgisinin anonim hale getirilmeden merkezi olarak kaydedilmesine başlanması hukuka aykırıdır.

Diğer yandan, 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi 6669 sayılı Kanun'la kabul edilerek 18.02.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca, bu Sözleşme'nin artık iç hukuk kuralı gibi uygulanması gereklidir. 108 sayılı Sözleşme ile kişisel verilerin toplanması, işlenmesi, saklanması ve transferi gibi işlemler birtakım kurallara bağlanmış; sağlıkla ilgili kişisel veriler özellikli veri kategorileri arasında sayılarak otomatik işleme tabi tutulmaları yasaklanmıştır. Buna getirilen istisnalar da aşağıdaki şekilde sınırlı olarak belirlenmiştir:

(a) Devlet güvenliğinin korunması, kamu güvenliği, devletin mali menfaatleri veya suçların önlenmesi için zorunlu bir önlem teşkil ediyorsa,

(b) İlgili şahsın korunması ve başkasının hak ve özgürlükleri için zorunlu bir önlem teşkil ediyorsa.”

Sağlık Bakanlığı tarafından yapılan değişiklikte, otomatik işleme tabi tutulması kararlaştırılan kişisel sağlık verileri için, bu Sözleşmede belirlenen istisnalardan hiçbiri bulunmamaktadır.

İç hukukta yapılacak düzenlemeler, uluslararası sözleşmeler ile uyumsuz olduğu takdirde uluslararası sözleşme hükümleri esas alınmaktadır. Kişisel verilerin korunması Direktifi'nin 2. maddesinde rıza kavramı “kişisel verisi toplanan kişinin, herhangi bir şekilde özel ve bilgilendirildiğini gösteren şekilde özgürce verilmiş olması” olarak tanımlanmıştır. Aynı Direktifin 7/a ve 26/1 maddelerinde “her rızanın belirsiz olmayan bir yolla verilmiş olması” düzenlenmiştir. Özgür rıza ise ancak “kişisel verisi toplanan kişinin gerçek tercihini uygulayabilmesi ve herhangi bir hile, tehdit, cebir veya kişi rıza göstermemiş olursa herhangi bir önemli olumsuz sonuçlar ile karşılaşmaması” anlamına gelmektedir.¹

Bilgilendirme ise verisi toplanan kişi bakımından kolaylıkla erişilebilir, görünür olması anlamına gelmektedir. Kişisel verisi toplanan kişinin istediği her an bu rızadan vazgeçebilmesi ve bundan dolayı herhangi bir olumsuz sonuçla karşılaşmaması uluslararası hukukta geçerli olan bir ilkedir. Ancak Yönetmelik değişikliğinde bu güvenceye yer verilmemiştir.

İptali talep edilen düzenleme 108 sayılı Sözleşme ve Avrupa Konseyi düzenlemeleri ile dolayısıyla Anayasa'nın 90. maddesi ile çelişmektedir. Sağlık politikalarına yön vermek için sağlık hizmeti verileri

¹ Madde 29 ile ilgili 2011 yılında kurulan çalışma grubu raporu, ve ayrıca bakınız rıza kavramına dair 15/2011 sayılı görüş, WP 187, Brüksel, 13 Haziran 2011, sayfa 12

kişisel bilgilerden arındırılmış bir şekilde anonim hale getirilip toplanabilecekken uygulamayı göstermekten uzak bu değişikliğin iptali istenmektedir.

3- Yönetmeliğin Ek 1. Maddesinin 16.Fıkrasındaki Değişiklik Çalışanların ve Hastaların Haklarını İhlal Etmektedir.

Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 5. maddesi ile Yönetmeliğin Ek 1. maddesinin 16. fıkrasında da değişiklik yapılmış; "Tıp merkezlerinde çalışan tabiplerin, başka bir ildeki özel hastanede veya tıp merkezinde hizmet vermek istemeleri halinde;

- a) Hizmet verilecek hastanenin/tıp Merkezinin tıbbi ve fiziki şartları ile personel özelliklerinin uygun olması,
- b) Tedavi edilen hastaların sonraki bakım ve destek hizmetlerinin aksatılmaması,
- c) Kadrolu çalıştıkları tıp merkezi ve hizmet sunacakları hastane/tıp merkezi ile olan sözleşmelerinde bu durumun açıkça belirtilmesi, "zorunludur. Bu durumda hizmet sunacakları hastane/tıp Merkezinin bulunduğu ildeki Müdürlükçe tabip adına EK-4/a'da yer alan "Çalışma Belgesi" düzenlenir." ifadesine yer verilmiştir.

Bazı koşullarda ve şartlarda hekimin bir diğer ilde de çalışması söz konusu olabilmektedir. Ancak bu hakkın koşulları ve uygulanışı daima güncel olarak değerlendirilmeli ve düzenlenmelidir. İptali istenilen düzenleme bu nitelikten yoksundur.

Hekimlerin yürüttükleri mesleki faaliyetlerinin sınırlandırılması gereksinimi, sağlık hizmetlerinin anlık sunulan ve tükenen hizmetler olmamasından ve hizmetlerin denetlenmesi gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Sağlık hizmeti objektif olarak devamlılık göstermesi gereken bir hizmet olma özelliğinin yanı sıra, bir bireye yönelik olarak verilmeye başlanan hizmetin sürdürülebilir olması özelliğini de taşır. Sağlık hizmet sunumunda hekim ile hasta arasında kurulan ilişki, örneğin muayene veya ameliyat ile başlayıp biten bir ilişki değildir. Hekim, tedavi ya da ameliyat sonrası iyileşmenin yahut ortaya çıkabilecek komplikasyonların takibi ve gerektiğinde müdahale edilmesi gibi ana hizmetten ayrılması mümkün olmayan görev ve sorumluluklara da sahiptir. Çoğunlukla yaşamsal nitelikte olan ve takibindeki aksaklıkların ciddi ve geri dönüşsüz sonuçlar ortaya çıkarma olasılığı bulunan sağlık hizmetlerinde, hizmet sunumunun düzenlenmesinde bu unsurların temel belirleyen olarak dikkate alınması zorunludur.

Söz konusu değişikliğe yeni bir hekim istihdamı yerine işverenin birçok yasal yükümlülükten kurtulmak istemesini amaçlamaktadır.

Birden çok ilde çalışma toplum yararı, sağlık hakkı, bilimsel gerekçeler ve hekimin özlük hakları göz önüne alınmadan büyük ölçüde ticari kaygılara ve çıkarıya dayalı olarak ortaya konulmuş, bir hak olmaktan çok baskı aracı durumunda uygulanmıştır.

Nitekim birden çok ilde çalışmak hekimin esas görevinin yanı sıra diğer ek görevlerinde de verimin azalmasına, mesleki uygulama sorunlarına yol açacaktır. Öyle ki hekimin hasta-hastalarını takip

edebilmesi ve de hastanın hekimine (tüm görev yerleri) ulaşması zorlaşacak, hekim ulaşım nedeniyle yaşamıyla ilgili daha fazla riskle (yorgunluk vb) karşı karşıya kalacak, yaygınlık kazanmayla birlikte sağlık sermayesine karşı hekimlerin haklarını, emeklerini koruması zorlaşacaktır.

Birden çok ilde çalışma hekimin çalışma özgürlüğünün artacağı ve “daha fazla kar” edeceği öngörüsü ile cazip kılınmaya çalışılsa da bugüne kadar yaşanan gerçekler hekimlerin daha çok çalışma ve sorumluluk almak zorunda bırakılması, hastaların nitelikli sağlık hizmetine erişiminin zorlanması şeklinde olmuştur.

Tüm bu nedenlerle Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 5. maddesi ile değiştirilen Yönetmeliğin Ek 1. maddesinin 16.fıkrasının yürütmesinin durdurulması ve iptali istenmektedir.

4-Çalışma Hakkına Kısıtlamalar Getiren Yönetmeliğin Ek 1. Maddesinin 18.Fıkrası Üst Hukuk Normlarına, Yargı Kararlarına Aykırıdır.

Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 5. maddesi ile Yönetmeliğin Ek 1. maddesine 18.fıkra eklenmiştir. Buna göre “Özel Sağlık Kuruluşlarında çalışan tabip/uzman tabipler, 1219 sayılı Kanunun 12 nci maddesine uygun olmak kaydıyla, çalıştıkları sağlık kuruluşundaki çalışma saatleri dışında bir özel hastanenin acil servis, klinik servis ve ünitelerinde nöbet tutabilir. Bu tabiplerin nöbet listesi aylık olarak düzenlenir ve Müdürlükçe onaylanır. Özel sağlık kuruluşunun kadrosunda çalışan tabip ve uzman tabipler, kadrolu çalıştıkları özel sağlık kuruluşunun çalışma saatleri dışında 1219 sayılı Kanunun 12 nci maddesine uygun olmak kaydıyla kurumsal sözleşme yapılarak diğer özel hastane veya özel sağlık kuruluşunda çalıştırılabilir. Ancak, bu durumda tabip ve uzman tabiplerin muvafakatinin alınması zorunludur. Sözleşme Müdürlüğe bildirilir ve ilgili tabip ve uzman tabiplere çalışma belgesi düzenlenir. Özel sağlık kuruluşunun kadrosunda çalışan sözleşmeye konu tabip ve uzman tabiplerin kadrodan ayrılmaları halinde sözleşme sona erer.” ifadesine yer verilmiştir.

Bu değişiklik üç yönden hukuka aykırıdır.

- Özel sağlık kuruluşlarında çalışan tabip/uzman tabipler başka bir özel hastanede çalışmasını nöbetle sınırlandırmaktadır.
- Özel sağlık kuruluşunda nöbet tutabilmek için bir başka sağlık kuruluşunda çalışıyor olmak zorunlu hale getirilmiştir.
- Özel hastanede çalışanların nöbet dışında bir başka sağlık kuruluşunda çalışabilmesi kurumsal sözleşmeye bağlı kılınmıştır.

Yönetmelik niteliğinde bir düzenleme ile hekimlere 1219 Sayılı Yasa'nın 12. maddesinde tanınan hakkın nöbetle sınırlandırılması, çalışma yasağı getirilmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte aynı Yönetmeliği'nin Ek Madde 1'in 2.fıkrasında “Muayenehaneler hariç planlama kapsamındaki özel sağlık kuruluşlarında çalışan tabip ve diğ tabipleri, 1219 sayılı Kanunun 12 nci maddesine uygun olmak kaydıyla bulunduğu ilde planlama kapsamındaki birden daha fazla özel sağlık kuruluşunda çalışabilir.” şeklinde değişiklik yapılmıştır. Söz konusu Yönetmelik değişikliği ile 1219 sayılı

Kanunun 12 nci maddesine uygun olmak şartıyla hekimlerin birden çok özel sağlık kuruluşunda çalışmasına izin verilmiştir. Dava konusu düzenleme Ek Madde 1'in 2.fıkrasında izin verilen bu çalışma biçimini örtülü bir biçimde yürürlükten kaldırmakta ya da çelişkili bir durum oluşturmaktadır. Dava konusu düzenleme uygulama birliğini bozacak bir içeriğe sahiptir.

Ayrıca aynı değişiklikle özel sağlık kuruluşunda kadrolu çalışan hekimlerin başka bir özel hastane veya tıp merkezinde kısmı zamanlı çalışabilmesi için kurumsal sözleşme yapılması öngörülmüş, söz konusu sözleşmeye çalışacak olan doktorun muvafakat göstermesi gerektiği belirtilmiştir. Bu düzenleme ile özel hastane kadrosunda çalışan hekimlerin nöbet dışında bir başka sağlık kuruluşunda çalışabilecekleri ifade edilmiştir. Ancak bu hekimin iradesine değil çalıştığı hastanenin işverenin bir başka sağlık kuruluşunda çalışmasını istemesine bağlı kılınmıştır. Bu düzenleme ile hekimin iradesi yok sayılmaktadır.

Özel hastane sahibi zincir hastane veya anlaşmalı olduğu bir başka sağlık kuruluşu ile anlaşarak, hekimin ikinci yerde çalışmasını zorunlu kılmaktadır. Hekimden muvafakat istenmesi bu gerçeği değiştirmemektedir. Çalışma zorunluluğu bulunan, işten atılma tehdidi altındaki hekimin kurumsal sözleşmeye muvafakat vermemesi olanaklı olmayacaktır. İdarenin planlama açısından yaptığı bu düzenlemenin bu amaca değil de ticari kaygılara hizmet edeceği, şirketlerin hekimden bağımsız olarak sözleşme yaparak hekimin ikinci bir başka yerde çalışmasına karar vermelerine yol açacağı açıktır.

Ayrıca parçalı istihdamına kendi iradesinin dışında karar verilen hekimin uzun çalışma saatlerinin ardından nöbet tutmak zorunda bırakılması angarya yasağının ihlali anlamına gelmekte, hekimin dinlenme hakkını ortadan kaldırmaktadır. Bunun nitelikli sağlık hizmetinin sunulmasına engel olacağı, toplum sağlığı açısından risk oluşturacağı açıktır. Sonuçta sağlık sermayesine karşı hekim emeğinin gücü azalacak hekimin kararı değil, zincir şeklindeki sağlık kuruluşlarının ihtiyaçları hekimin çalışma biçimini belirleyerek hastaların sağlık hakkı ihlal edilecektir. Ek 1 Madde'ye eklenen 18.fıkranın bu nedenle iptali istenmektedir.

5- Değiştirilen Ek-9 Listesi Hukuk Normunda Bulunması Gereken Unsurları İçermeyip, Sebep Unsuru Yönünden Hukuka Aykırıdır.

Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 8. maddesi ile Yönetmeliğin ekinde yer alan Ek-9 ekteki liste değiştirilmiş, Sağlık Uygulama Tebliği A,B Ve C Grubu Olup Ayakta Teşhis Ve Tedavi Merkezlerinde Yapılabilecek İşlemler Listesi (LİSTE-1), Sağlık Uygulama Tebliği D Ve E Grubu Olup Ayakta Teşhis Ve Tedavi Merkezlerinde Yapılamayacak İşlemler Listesi (LİSTE-2) yayımlanmıştır.

Bilindiği üzere tıp son derece dinamik bir alandır. Her geçen gün hastalıkların tanı ve tedavisi ile ilgili olarak yeni yeni yöntemler bulunmakta, tanı ve tedavi de kullanılan araç ve gereçler geliştirilmekte, farklılaşmaktadır. Sürekli gelişim ve değişim nedeniyle ayakta teşhis ve tedavi hizmeti kapsamında, hastanın yararı gözetilerek yapılabilecek işlemlerin sayma yolu ile tüketilmesi olanaklı değildir. Yapılabilecek işlemleri sayma yolu ile gösteren bir düzenlemenin ne zaman içinde sürekli olması, ne soyut olması, ne de genel olması mümkündür. Bu yüzden dava konusu düzenleme, Resmi Gazete'de

yayımlanmaya gönderildiği andan başlamak üzere, hukuk normunun gerektirdiği nitelikleri taşımayacağı gibi sağlık hizmetlerine ulaşma hakkını ve çalışma hakkını hukuka aykırı olarak sınırlayan bir metin olma özelliği taşımaktadır.

Elbette davalı idarenin 3359 Sayılı Yasa'nın 3. maddesinin (e) bendinde belirtilen "tesis edilecek eğitim, denetim, değerlendirme ve oto kontrol sistemi ile sağlık kuruluşlarının tespit edilen standart ve esaslar içinde hizmet vermesini" sağlama ödevini yerine getirmek üzere, aynı Yasanın 9. maddesini (a) bendi ile tesis, hizmet ve personel kıstaslarını çıkaracağı bir yönetmelikle düzenleme yetkisi bulunmaktadır.

Bununla birlikte davalı idare tarafından yönetmelik çıkarma yetkisinin Anayasa'nın 2. maddesine uygun olarak kullanılması zorunludur. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, siyasal iktidarı sınırlamak ve devlet faaliyetlerini kurallara bağlamakla istikrara da hizmet etmektedir. Bu istikrarın özü ise hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir. Bunu gerçekleştirmenin başlıca yolu ise kural konulmasını gerektiren durumlarda bunların genel, soyut, anlaşılabilir ve sınırlarının belirli olmasını sağlamaktır.²

Hukuk kuralının, "genellik, soyutluk ve süreklilik" içermesi, hukuk güvenliğinin kurucu öğelerinden olan öngörülebilirlik ve belirlilik açılarından da önemlidir. Hukuk kuralının sürekliliği ise genelliğin bir başka yönünü, zaman içinde genelliği ifade eder. Kuralın belli bir kişi ya da olayları öngörerek değil, belli bir ilişki içinde olabilecek herkese uygulanmak üzere yapılması, ona aynı zamanda objektif bir varlık ve nitelik kazandırır. 3359 sayılı Yasa'nın düzenleme yetkisini Sağlık Bakanlığı'na bıraktığı konularda Bakanlığın yapacağı yönetsel düzenlemelerin objektif nitelikte olması gerektiği Anayasa Mahkemesi kararında da vurgulanmıştır.³İdarenin düzenleme yetkisini kullandığı düzenleyici işlemlerin; genel, nesnel, birel olmayan, tükenmez kural işlemler niteliğinde olması zorunludur⁴.

Yukarıda değinildiği üzere iptali istenilen yönetmelik hükümleri, hukuk kuralında bulunması gereken genellik, soyutluk ve süreklilik unsurlarını içermediği için Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen "Hukuk Devleti" ilkesine aykırı düşmektedir.

Hukuk normunun barındırması gereken unsurlardan yoksunlukla malul düzenlemeler; 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Yasa'nın 5. maddesinde hekimlere tanınan mesleği serbest olarak icra hakkını, 3 ve 8. maddelerindeki genel olarak hastalıkları tedavi hak ve yetkisini ihlal etmektedir. Bu ihlal niteliği itibariyle Anayasal güvence altındaki temel hak ve özgürlüklerden olan çalışma hakkının ihlalidir.⁵

Davalı idarenin ödevi, soyut, genel ve sürekli olmayan düzenleyici işlemler ile bu hakkı ihlal etmek değildir. Aksine bu hakkın, toplum sağlığının korunması geliştirilmesi ve bozulması halinde yerine

²Anayasa Mahkemesi'nin E:2001/129, K: 2002/24, 31.01.2002 günlü kararı

³Anayasa Mahkemesi E: 1987/16, K: 1988/8,Karar Günü: 19.4.1988,Resmi Gazete Tarihi: 23 Ağustos 1988, Resmi Gazete Sayısı: 19908

⁴ ERKUT Celal-İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No:51 Danıştay Matbaası -1990 Sh. 67-68

⁵10. Daire E. 1993/2082 K. 1995/529 T. 13.2.1995

konmasına yönelik amaçlarla uyumlu kullanabilmesi için hukuk normu niteliğini taşıyan düzenleyici işlemler ile hem sağlık hakkını hem de hekim yetkisini bir arada güvence altına almaktır.

Öte yandan Sağlık Bakanlığı bu düzenlemeyi yaparken ne tıpta uzmanlık derneklerinden ne de meslek örgütünden görüş almıştır. Danıştay'ın değişik Daireleri ve İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından verilen pek çok kararda özellikle tıp ve tıpta uzmanlık alanlarında kural koyan düzenlemelerin bilimsel gerekliliklere dayanması gerektiğine, idarenin yalnızca yetkili olması ve takdir hakkına sahip bulunması gerekçeleriyle belirleme yapamayacağına hükmedilmiştir.⁶

İdari Dava Daireleri Kurulu bir kararında tıpta uzmanlık derneklerinin kendi içinde oluşturduğu kurullar aracılığıyla belirlediği gerekliliklerin aksi yönde tesis edilen işlemlerin de temel teşkil eden bir bilimsel çalışmaya veya rapora dayanması; bu konudaki akademik gereklilikleri ortaya koyan veriler ya da bu yöndeki akademik çevrelerden alınmış bilimsel görüşler dikkate alınarak düzenleme yapıldığına ilişkin bilgi ve belgenin sunulması gerektiğine karar vermiştir.⁷ Yargı kararları doğrultusunda idarenin bilimsel çalışmalara dayanarak işlem tesis etmesi gerektiği açıktır.

Bu bağlamda idare yargı kararlarında vurgulandığı üzere sebep unsuruna aykırı işlem tesis etmiş, tıbbi girişimlerle ilgili kural koyan işlemin bir sebebe ve gerekçeye dayalı olmasını, gerekçelerin bilimsel raporun ışığında hazırlanması zorunluluğunu göz ardı etmiştir.

Oysaki Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere Tavsiye Kararı'nda; *"idarenin yetkilerini ancak, yasa ve olguların izin verdiği biçimde ve yalnızca yetkinin verildiği amaca uygun olarak kullanacağı"* düzenlenmiştir. Sonuç olarak bilimsel gerekliliklerle bağdaşmayan, bilimsel süreçler işletilmeden hazırlanan EK-9'daki Liste 1 ve Liste 2'nin hukuka aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanısındayız.

II-YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KOŞULLARI OLUŞMUŞTUR

Dava konusu değişiklikler toplum sağlığını olumsuz etkileyen, hekimlerin çalışma haklarını sınırlayan bir içeriğe sahiptir. Hukukun genel ilkelerine, Anayasal ilkelere, hukuk normlarına ve de yargı kararlarına aykırı dava konusu düzenlemelerin bu nedenle yürütmesinin durdurulmasını istemek zorunda kalmış bulunmaktayız.

HUKUKSAL

NEDENLER _____ : Anayasa, İYUK, 1219 Sayılı Yasa, 3359 Sayılı Yasa ve diğer ilgili mevzuat.

DELİLLER _____ : Ekte sunulan belgeler ve her türlü hukuksal delil.

⁶ Danıştay 8. Dairesi'nin E.2009/7829 sayılı ve 15.01.2010 tarihli, E.2008/7827 sayılı ve 05.04.2010 günlü kararı

⁷ İdari Dava Daireleri Kurulu'nun YD İtiraz No:2010/542 sayılı ve 24.06.2010 tarihli kararı

İSTEM SONUCU : Davalı idare tarafından 12.12.2017 tarihli ve 30268 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulan, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin

- 3. maddesi ile değiştirilen 19. maddenin 3.fıkrasının
- 4. maddesi ile değiştirilen 27. maddenin 8.fıkrasının
- 5. maddesi ile değiştirilen Ek 1. maddenin 16.fıkrasının
- 5. maddesi ile eklenen Ek 1. maddenin 18.fıkrasının
- 8. maddesi ile değiştirilen Ek 9'daki Liste-1 ve Liste-2'nin yürütmesinin durdurulmasına ve iptaline,yargılamanın duruşmalı olarak yapılmasına, yargılama giderleri ile vekâlet ücretinin davalı idareye yükletilmesine karar verilmesini vekaleten diler ve isterim. Saygılarımla. 12.2.2018

Davacı Vekili

Av. Kürşat Bafra

Eki:

1. Vekaletname örneği ve yetki belgesi
- 2.Dava konusu düzenleme metni