

DANIŞTAY İLGİLİ DAİRE BAŞKANLIĞI'NA,
Gönderilmek üzere,
İSTANBUL NÖBETÇİ İDARE MAHKEMESİ BAŞKANLIĞI'NA,

YÜRÜTMENİN DURDURULMASI TALEPLİDİR.

MURAFAA TALEPLİDİR.

DAVACI : **Türk Hekimleri Dostluk ve YardımlaŐma Derneği**
Guraba Hüseyinağa Mah. Nalıncı Sok. 24/2 Aksaray-İSTANBUL

VEKİLİ : **Av. Doç. Dr. R. Yılmaz YAZICIOĞLU**
Bağdat Cad. No. 244 Ergun Apt. K.4 D.11-12 Göztepe, İstanbul

DAVALI : **T. C. Sağlık Bakanlığı**
MithatpaŐa Cad. No: 3 Sıhhiye, 06434 ANKARA

KONU : **Davalı idare tarafından, 07.04.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren "Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" hükümleri; 2709 sayılı TC. Anayasa'sının 38/1, 5237 sayılı TCK'nın 2/2 ve AİHS'nin 7'nci maddesinde düzenlenen "Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz" ilkesine aykırılık teşkil ettiğinden; Kanunda öngörölmeyen Őartları getirerek hekimlerin muayenehanelerinde mesleklerini icra etmelerini imkânsız hâle getirecek Şekilde zorlaştırmak suretiyle Anayasa'nın 48 inci maddesinde düzenlenen "Çalışma Özgürlüğü"nü bizzat Anayasa'nın 11 inci ve 13 üncü maddesine aykırı olarak düzenlenen yönetmelik hükümleriyle sınırlandıran ve Sağlık Bakanlığı'na, muayenehane, laboratuvar ve müesseselerin kuruluş, denetim ve faaliyetlerini durdurma yetkisini sınırsız olarak vermek suretiyle,**

olası denetlemelerin tarafsızlığına gölge düşürerek söz konusu yetki ve görevin kötüye kullanılması tehlikesi yaratan; söz konusu Yönetmeliğe dayanak olarak gösterilen kanunlardan 11.04.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1. ve 5. maddelerine aykırı düzenlemeler getirerek Anayasa 124 üncü madde hükmünü ihlâl eden; hastaya kendisine hizmet verecek hekimi seçme hakkı tanıyan Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 9. maddesini ihlâl eden; muayenehanelerine ruhsat almış ve mesleklerini icra etmeye devam eden hekimlerin kazanılmış haklarını yok sayarak **Anayasa'nın 2'nci maddesinde belirtilen "Hukuk Devleti" ilkesini ihlâl eden** ve Danıştay Onuncu Daire Başkanlığı'nca görülmekte olan 2010/11663 E. sayılı dava uyarınca oluşacak yargı yetkisinden kanuna dolanarak yani hülle yolu ile kaçmaya çalışılan; 07.04.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan *Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*'in 1. maddesi ile, 15.02.2008 tarih ve 26788 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmış "Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliği" değiştiren 12/D maddesinin 1. fıkrasının değiştirilen (a), (b), (d), (e), (f), (i) ve eklenen (k) bentleri, 2. maddesi ile yönetmeliğe eklenen 19. maddesinin 6. fıkrasının, 5. maddesi ile eklenen Geçici 9. maddesinin 4. fıkrasının (a) bendi son cümlesinin, 5. maddesi ile değiştirilen Geçici 9. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendi değişik 2. paragrafının, 4. maddesi ile değiştirilen Ek 1. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesinin, dava konusu yönetmeliğin 6. maddesi ile esas Yönetmeliğin Ek-8. maddesine eklenen kısımlar ile esas yönetmeliğin Ek-7/b maddesinin 12'nci satırdaki kısımları ile değiştirilen Ek-6. maddenin 11'inci satırının iptali ile **dava sonuna kadar yürütmelerinin durdurulması ve yargılamanın murafaalı olarak yapılması** istemlerinden ibarettir.

TEBLİĞ TARİHİ: 07.04.2011

AÇIKLAMALAR

Davalı idare tarafından hazırlanan "Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" 07.04.2011 tarihinde 27898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş olup, söz konusu yönetmelik hukuka, tıp mesleğinin doğasına ve düzenlemelerine, kazanılmış haklara, Türkiye'nin imzalamış oldu uluslararası sözleşmelere aykırı hükümler içermektedir.

I- İPTALİ İSTENİLEN MADDELER VE HUKUKA AYKIRILIK NEDENLERİ

1- 07.04.2011 tarih ve 27898 SAYILI RESMİ GAZETEDE YAYINLANAN YÖNETMELİĞİN 1. MADDESİ İLE DEĞİŞTİRİLEN 15.02.2008 tarih ve 26788 sayılı Resmi Gazetede Yayımlanan AYAKTA TEŞHİS VE TEDAVİ YAPILAN ÖZEL SAĞLIK KURULUŞLARI HAKKINDA YÖNETMELİĞİN 12/D MADDESİNİN 1. FIKRASININ (a), (b), (d), (e), (f), (i) ve EKLENEN (k) BENTLERİ ANAYASA'nın 8 İNCİ ve 124 ÜNCÜ MADDELER HÜKMÜNÜ İHLÂL ETMEKTEDİR. KANUNDA ÖNGÖRÜLMİYEN ŞARTLAR GETİREREK HEKİMLERİN MUAYENEHANELERİNDE MESLEKLERİNİ İCRA ETMELERİNİ ZORLAŞTIRMAK SURETİYLE ANAYASA'NIN 48 İNCİ MADDESİNDE DÜZENLENEN "ÇALIŞMA ÖZGÜRLÜĞÜ"NÜ ANAYASA'NIN 11 İNCİ VE 13 ÜNCÜ MADDESİNDE BELİRTİLENİN AKSİNE YÖNETMELİK HÜKMÜYLE SINIRLANDIRMAKTA, KAPI GENİŞLİĞİ, MERDİVEN YÜKSEKLİĞİ GİBİ DÜZENLEMELER GETİREREK ACİL BİR MÜDAHALEYE İHTİYAÇ DUYMAYAN (SEDYE İLE GETİRİLMİYEN) HASTALARLA İLGİLENEN YA DA ÖNEMLİ CERRAHİ OPERASYONLAR YAPILMAYAN MUAYENEHANELER BAKIMINDAN BU DÜZENLEMELERİ ZORUNLU KILAN DOLAYISIYLA HASTALARIN DAHA İYİ TEDAVİ GÖRMESİ GİBİ BİR AMACI BULUNMADIĞINDAN "AMAÇ" UNSURU BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRILIK TEŞKİL ETMEKTE VE MUAYENEHANELERİNE RUHSAT ALMIŞ VE MESLEKLERİNİ İCRA ETMEYE DEVAM EDEN HEKİMLERİN KAZANILMIŞ HAKLARINI YOK SAYARAK ANAYASA'NIN 2'NCİ MADDESİNDE BELİRTİLEN "HUKUK DEVLETİ İLKESİNİ" İHLÂL ETMEKTE OLUP SÖZ KONUSU HÜKÜMLERİN İPTALİ GEREKMEKTEDİR.

07.04.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Yönetmeliğin 1. maddesi ile, 15.02.2008 tarih ve 26788 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmış "Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin" 12/D maddesinin 1. fıkrasının (a), (b), (d), (e), (f), (i) ve (k) bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmektedir:

(a) Hekim çalışma odası/hasta muayene odası: Muayenehanede, 8 metrekare hekim çalışma alanı ve 8 metrekare hasta muayene alanı olmak üzere en az 16 metrekare kullanım alanına sahip, yeterli şekilde aydınlatılan ve havalandırılan hasta muayene odası ayrılır. Hasta muayene odalarında uzmanlık dalına uygun araç, gereç ve donanım ile hasta muayene masası, soyunma bölümü ve lavabo bulunur. Ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanlık dallarında muayene odasında lavabo istenmez. Kadın hastalıkları ve doğum ile üroloji muayene odalarında ayrıca, içerisinde sıvı sabun-tuvalet kağıdı ve kağıt havlu gibi hijyen araçları bulunan tuvaletin bulunması gerekir. Ancak kadın hastalıkları ve doğum muayenehanelerinde USG bölümü; üroloji muayenehanelerinde ürodinami bölümü, ayrı düzenlenmiş ve bu bölümlerde tuvalet var ise muayene odasında ayrıca tuvalet istenmez. Bu bölümde, hasta mahremiyetini ihlâl etmeyecek ve uygun şartlarda muayeneyi temin edecek şekilde ses, görüntü ve gürültü açısından gerekli düzenlemeler yapılır.

(b) Hasta Bekleme Odası: Kullanım alanı en az 12 metre karedir. Bekleme salonu sekreter hizmet alanı olarak da kullanılabilir.

(d) Pansuman odası: Cerrahi uzmanlık dallarında en az 10 metrekare kullanım alanına sahip pansuman odası bulunur.

(e) Asansör ve merdivenler: Tüm uzmanlık dallarında olmak üzere; giriş katta olmayan muayenehanelerin bulunduğu binada, hastanın tekerlekli sandalye ile girebilmesini sağlamak amacıyla, girişi en az 80 santimetre genişliğinde asansör olması gerekir. Merdivenin gerektiğinde sedye ile hasta taşınmasına imkan sağlayacak şekilde, basamak yüksekliği 16-18 santimetre, basamak genişliği 30-33 santimetreyi sağlamak kaydıyla merdiven ve sahanlığın genişliği en az 1,30 metredir. Merdiven basamak yüksekliği özürülülerin çıkışını zorlaştırmayacak şekilde düz bir sırtla bitirilir. Muayenehanenin girişi, zemin seviyesinde değilse %8 eğimli rampa yaptırılır.

(f) Kapılar: Muayene odası ve tuvalet kapıları 110 santimetre diğer kapılar 90 santimetre genişliğinde olur.

(k) Acil seti: Tüm uzmanlık dallarındaki muayenehanelerde, acil müdahaleler için gerekli olan acil seti bulundurulur. Acil setinde; ambu, laringoskop ve endotrakeal tüp bulundurulması gerekir. İlaçlar, muayenehane içinde sürekli hazır bulundurulur ve kolay ulaşılabilir bir yerde olur.

1.1. Söz konusu yönetmelikle değiştirilen 12/D maddesinin 1. fıkrasının (a), (b), (d), (e), (f), (i) ile eklenen (k) bentleri yönetmeliğe dayanak olarak gösterilen 11.04.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1 ve 5 inci maddelerine AYKIRILIK teşkil etmektedir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 1. ve 5. maddeleri:

Madde 1- "Türkiye Cumhuriyeti Dâhilinde Tababet İcra Ve Her Hangi Surette Olursa Olsun Hasta Tedavi Edebilmek İçin Türkiye Darülfünunu Tıp Fakültesinden Diploma Sahibi Olmak ve Türk Bulunmak Şarttır".

Madde 5- "Hususi muayenehane açmak veyahut evinde muayenehane tesis eylemek suretiyle sanatını icra eylemek isteyen her tabip hasta kabulüne başladığından itibaren en çok bir hafta içinde isim ve hüviyetini, diploma tarih ve numarasını ve muayenehane ittihaz eylediği mahal ile mevcut ise ihtisas vesikalarını mahallin en büyük sıhhiye memuruna kaydettirmeğe ve muayenehanenin nakli halinde en az yirmi dört saat evvel keyfiyeti nakli ihbara mecburdur" şeklinde düzenlenmektedir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda görüldüğü üzere, bir hekimin Tıp Fakültesinden mezun olması ve Türk vatandaşı olması mesleğini icra edebilmesi için yeterli olup, muayenehane açabilmek için ise, isim ve hüviyetini, diploma tarih ve numarasını ve muayenehane açmak için tuttuğu yer ile vesikalarını mahallin en büyük sıhhiye memuruna kaydettirmesi gerekli ve yeterlidir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanundaki hükümlerde, hekimlerin mesleki faaliyetlerinin icrası ve muayenehane açabilmeleri için yönetmelikle getirilen sınırlamaların hiçbiri mevcut değildir. Bu sebeple, söz konusu yönetmelikle hekimlere muayenehane açabilmeleri için getirilen ek yükümlülükler 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda öngörülmediğinden ÜST HUKUK NORMUNA AYKIRILIK TEŞKİL ETMEKTEDİR.

Ayrıca, **3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3 üncü maddesi uyarınca, Sağlık Bakanlığı'na muayenehane açılması hususunda sorumluluk yükleyen bir hüküm de düzenlenmemiş** olup; izin verme, ruhsatlandırma işlemlerine de ilgili maddede yer verilmemektedir.

İdarenin hukuka uygunluğunun araştırılmasında yararlanılan hukuk kuralları hiyerarşik düzen içinde bir piramit oluşturmaktadır. Bu hiyerarşik düzende altta bulunan kurallar üsttekilere uygun olmak zorundadır. Anayasanın tüzüklerle ilgili 115. maddesinde tüzüklerin, kanunlara aykırı olamayacağı; yönetmeliklerle ilgili 124. maddesinde ise, yönetmeliklerin kanunlara ve tüzüklere aykırı olamayacağı belirtilmektedir¹.

Danıştay 5. Dairesi'nin 09.07.2002 tarih ve 2002/1070 E., sayılı kararında, **"Alt düzeyde bir düzenleyici işlemle, dayanağı olan ve üst norm niteliğindeki yasa hükmünün göz ardı edilemeyeceği normlar hiyerarşisinin bir gereğidir"** denilmek suretiyle yönetmeliklerin kanunlara aykırı olamayacağı vurgulanmaktadır.

Aynı şekilde, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 07.03.2010 tarih ve 2003/36 E., 2003/97 K. sayılı kararında, **"Normlar hiyerarşisinde kanundan daha alt düzeyde olan ve kanunun çizdiği sınırları daraltamayacak nitelikte hükümlere sahip olması zorunlu olan düzenleyici işlem ile 4455 sayılı Af Kanunu'nun ilgililere tanıdığı imkânın daraltıldığı ve kısıtlandığı"** söylenerek alt hukuk normu ile üst hukuk normuna aykırılık teşkil edecek hükümler getirilemeyeceği belirtilmektedir.

Kaldı ki, davalı idarenin özel sağlık kuruluşlarının faaliyet esaslarına dair düzenlemelerinin, sağlık hakkının temini ve üstün kamu yararı amacıyla yapılması gerekmekte olup, bu amacı aşan düzenlemelerin çalışma hürriyetini zedeleyen bir hale bürüneceği de açıktır.

¹ **GÖZÜBÜYÜK A. Şeref**, İdare Hukuku Genel Esaslar, 5. Bası, Ankara, 2007, s. 30-31.

1.2. Yargı yetkisinden kanuna dolanmak sureti ile yani hülle yolu ile kaçıma çalışarak Danıştay 10 uncu Daire Başkanlığı'nca yürütmesi durdurulan mezkûr maddeler dava konusu yönetmelik ile tekrar düzenlenmekte olup, **İŞBU DÜZENLEMELERLE İDARİ YARGI KARARLARI YOK SAYILARAK ANAYASA'NIN 138. MADDESİ İLE İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 28 inci maddesi İHLÂL EDİLMEKTEDİR.**

03.08.2010 tarih ve 27661 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan ve Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikle kapı genişliği, merdiven yüksekliği gibi özellikleri ile ilgili düzenlemeler getirerek acil bir müdahaleye ihtiyaç duymadan hastalarla ilgilenen ya da önemli cerrahi operasyonlar yapmayan muayenehaneler bakımından bu düzenlemeleri zorunlu kılan hükümlerinin iptali istemiyle tarafımızca açılan iptal davasında, **Danıştay Onuncu Dairesi'nin 17.01.2011 tarih ve 2010/11663 E. sayılı kararı ile Yönetmeliğin 2. maddesi ile esas Yönetmeliğe eklenen 12/D maddesinin 1. fıkrasının (a), (b), (d), (e), (f) ve (i) bentlerinin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiş bulunmaktadır.**

Akabinde, Danıştay tarafından yürütmesi durdurulan işbu maddeler, 07.04.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren dava konusu yönetmelik ile tekrar düzenlenmekte olup, idarenin bu düzenleyici işlemi, Anayasa, İdari Yargılama Usulü Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'nun muhtelif hükümlerine aykırılık teşkil etmekte ve iptali gerekmektedir.

İdarenin yargı kararlarını yerine getirme zorunluluğu İYUK'nin 28'inci maddesi ile düzenlenmiş olup, işbu madde uyarınca idare, Danıştay ve İdare Mahkemesi kararlarını 30 günü geçmeyecek şekilde uygulamak zorundadır. İdarenin Danıştay ve İdare Mahkemesi kararlarına uygun biçimde hareket etmemesi halinde maddi ve manevi tazminat ile sorumlu olacağı hüküm altına alınmaktadır.

Bunun yanında, idare yargı yetkisinden kanuna dolanmak sureti ile bir başka deyimle, hülle yolu ile Danıştay tarafından yürütmesi durdurulan mezkûr maddeleri tekrar düzenleyerek TCK m. 257/1 uyarınca görevi kötüye kullanma suçunu ihlâl etmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 138 inci maddesinin son fıkrasında yer alan "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" hükmü, sözünü ettiğimiz hukuk devleti ilkesi ve hukuka bağlı idare anlayışının anayasal ifadesi iken², Sağlık Bakanlığı bu düzenlemeleri hukuka aykırı davranmaktadır.

Dava konusu yönetmelikteki mezkûr maddeler, arz ve izah edilen sebepler dolayısıyla **hekimlerin mesleklerini bağımsız olarak icra etmelerini zorlaştırmakta ve hekimleri muayenehanelerini kapatmaya ya da fiilen çalıştırmamaya zorlamakta olup, işbu sebeple yargı kararları dahi hiçe sayılarak düzenlenen usul ve yasaya aykırı söz konusu maddelerin iptali gerekmektedir.**

1.3. Söz konusu eklenen ve değiştirilen yönetmelik hükümleri ile Anayasa 13 üncü maddesinde düzenlenen, "Temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir" HÜKMÜNE AYKIRI OLARAK hekimlerin Anayasa'nın 48 inci maddesinde düzenlenen "ÇALIŞMA VE SÖZLEŞME HÜRRİYETLERİNE**" kısıtlama getirilmektedir. Yasa ile düzenlenmesi gereken bir konunun yönetmelikle düzenlenmesi olanaksızdır³.**

Mevzuatımızda yürürlükte bulunan kanun ve tüzüklerce bir hakkın kullanılması için engel bir hal olarak görmediği bir husus, daha alt seviyedeki idari bir işlemle engel hâl sayılması hukuka uygun değildir. İdarelerin sahip buldukları düzenleme yetkisini hukuka uygun olarak kullanmaları, ayrıca idari işlemlerin normlar hiyerarşisine göre üst hukuk kurallarına uygun biçimde tesis edilmiş olmaları gerektiğinde şüphe bulunmamak gerekir⁴.

Danıştay 10. Dairesi'nin 21.01.1986 tarih ve 1985/169 E., 1986/31 K. sayılı kararında; "*...Yönetmeliğin 48. maddesinde de, itirazın ne şekilde yapılacağı ve itiraz halinde itiraz mercilerinin yetkilerinin ne olduğu açıklandıktan sonra, aynı maddenin iptali istenilen 3. fıkrasında da aynen; "itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz*

² **CARDAN Turgut**, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2. Bası, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2006, s. 661.

³ Danıştay 8. Dairesi'nin 24.12.1998 tarihli, 1997/1959 E., 1998/4563 K. (www.kazanci.com/18.05.2011).

⁴ Danıştay İDDGK 05.02.1999 tarihli, 1997/384 E., 1999/192 K. sayılı kararı (www.kazanci.com/18.05.2011).

üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamaz" kuralı yer almıştır. **Anayasa'nın 13. maddesine ve 2547 sayılı kanuna aykırı olarak düzenlendiği anlaşılan, uyurma ve kınama cezalarına karşı idari yargı mercilerine başvurma hakkını engelleyen Yönetmelik hükmünün iptaline..."** karar verilerek **yönetmelikle temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırmayacağını altı çizilmektedir.**

Yine Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 07.04.2005 tarih ve 2003/417 E., 2005/234 K. sayılı kararında; " Sağlık Bakanlığı Sağlık Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliğinin 41. maddesinin (d) bendinde yer alan"... cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilmiş olmak" ibaresi, gerek okul yönetimince gerekse Bakanlığın il yönetimince, öğrenciler üzerinde keyfi bir takım uygulamalarda bulunmasına yol açacak bir nitelik taşıdığı; kişinin dokunulmazlığı ilkesi ile özel hayatın gizliliği ilkesinin var olan Anayasal ve yasal güvencelerinin, her türlü şüpheyi içinde barındıracak ve yönetimin keyfi uygulamada bulunmasına imkan verecek şekilde söz konusu ibare ile zayıflatıldığı; her ne kadar davalı idarece, uygulamada karşılaşılabilecek olumsuzlukları önlemek amacıyla çıkarılan 24.10.2001 tarihli Genelgede, Yönetmeliğin 41. maddenin (d) bendi ile ilgili olaylarda sadece adli makamlarca yapılan tespit doğrultusunda işlem yapılacağı; okul müdürlüğü veya sağlık müdürlüğünce kesinlikle durum tespitine yönelik herhangi bir uygulama yapılmayacağı belirtilmiş ise de; **Yönetmelikte bu yönde bir düzenlemeye gidilmesindeki sakıncanın, Genelge ile giderilmesinin hukuken mümkün olmadığı açıktır.** Buna göre, Yönetmeliğin 41. maddesinin dava konusu (d) bendinin "fuhuş yapmak" ibaresi dışında kalan, "ya da cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilmiş olmak" ibaresinin, Anayasanın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğu sonucuna ulaşıldığından, temyize konu Daire kararında bu kısım yönünden hukuki isabet görülmemiştir" şeklinde karar verilmiş bulunmaktadır.

1.4. Bununla birlikte söz konusu yönetmelik hükümleri muayenehanelerin asansör, kapı genişliği, merdiven yüksekliği gibi özellikleri ile ilgili düzenlemeler içermekte ve acil bir müdahaleye ihtiyaç duymayan hastalarla ilgilenen ya da önemli cerrahi operasyonlar yapılmayan muayenehaneler bakımından bu düzenlemeleri zorunlu kılmakta, dolayısıyla hastaların daha iyi tedavi görmesi gibi bir amacı bulunmadığından **KAMU YARARINA HİZMET ETMEMEKTE ve bu nedenle de "**AMAÇ**" unsuru bakımından sakatlık teşkil etmektedir.**

Bilindiği üzere idari işlemlerin genel amacı **kamu yararadır.** Yapılan idari işlemin amaç bakımından hukuka aykırı olup olmadığı irdelenirken, söz konusu işlemin kamu yararı için yapılıp yapılmadığının incelenmesi zorunludur⁵. Muayenehanelerinde cerrahi müdahaleler yapmaya ihtiyaç duymayan uzmanlık dallarında ihtisas sahibi olan hekimlerin (dermatolog, göz hastalıkları uzmanı, dâhiliye, kulak burun boğaz uzmanları) muayenehaneleri bakımından asansör, kapı genişliği, merdiven yüksekliği gibi detaylara ilişkin zorunluluklar getirilmesinde kamu yararı bulunmamaktadır. İşbu sebeple "**AMAÇ**" unsuru bakımından sakat olan yönetmelik hükümlerinin iptali gerekmektedir.

Öte yandan, hasta sedyelerinin genişliği genel olarak 55 cm, tekerlekli sandalyenin genişliği ise 80 cm civarında olup, bu tür araçların geçebileceği kapı, asansör vb. gibi alanların genişliğinin 75-80 cm olması yeterli olacaktır. Bu itibarla, işbu düzenlemeleri kabul anlamına gelmemekle birlikte, dava konusu yönetmelikle 110 cm koşulu aranmasının davalı idarenin kötü niyetle hareket ettiğinin bir başka göstergesidir.

Bununla birlikte, Danıştay tarafından yürütmesi durdurulan 03.08.2010 tarihli Yönetmeliğin mezkûr maddelerinde (**Ek-1**), tüm kapıların 110 santimetre genişliğinde olmasından söz edilirken, dava konusu Yönetmelikte sadece "**muayene odası ve tuvalet kapılarının 110 santimetre, diğer kapıların 90 santimetre genişliğinde**" olacağı düzenlenmiştir. Ayrıca dava konusu Yönetmelik ile **asansör genişliğinin ise 80 santimetre genişliğinde** olacağı hüküm altına alınmıştır.

Bilindiği üzere, muayenehanelerde acil sağlık hizmeti sunulmadığı gibi, sedye ile muayenehaneye hasta taşınmasını gerektiren bir sağlık hizmeti de söz konusu değildir. Kaldı ki, sedye veya hastanelerde tesis edilen hasta yatakları ile dolaşma zorunluluğu bulunan hastalar tanım itibarıyla muayenehane hastası değildir. Bu itibarla, 80 santimetre genişliğindeki asansör girişinden sedye veya tekerlekli sandalye ile

⁵ **GÖZÜBÜYÜK**, age., s. 427.

hastalar geçebilecek iken, muayene odası ve tuvalet kapıları için 110 santimetre genişliğindeki kapının bir gereklilik arz etmediği aşikâr olup, işbu izah edilen sebepler ile ilgili düzenlemeler **orantılılık ve ölçülülük ilkelerine aykırılık teşkil etmekte, kendi içinde çelişmekte ve iptali gerekmektedir.** Zira bu ölçüsüzlüğün ve orantısızlığın asıl nedenini, hekimlerin çalışma hareketlerini kamu yararı amacıyla kontrol etmekte değil, aksine kısıtlamak olduğunda aramak gerektiğini ortaya koymaktadır.

Kaldı ki, **yapılarda bulunması gereken fiziki ölçütler ile yapıların Deprem Yönetmeliği'ne uygun olup olmama durumunun tespiti, Büyükşehir Belediyeleri tarafından çıkarılan Yönetmeliklerle belirlenmekte olup,** işbu husustaki denetlemeler de belediyeler vasıtasıyla yapılması gereken bir faaliyet iken, davalı idarenin kendini belediye yerine koyarak muayenehanelerin bulunduğu yapıların fiziki şartlarını denetlemesinin hukuken mümkün olmadığı aşikârdır.

Dava konusu Yönetmelik ile kamu yararını hedeflemeyen bir diğer düzenleme ise, kadın hastalıkları ve doğum ile üroloji muayene odalarında ayrıca tuvalet bulundurma zorunluluğu getirilmesidir. İşbu düzenlemede de hiçbir kamu yararı bulunmamakta olup, **uluslararası standartlara bakıldığında,** böyle bir ölçütün dünya çapında dahi uygulamasına rastlanılamamaktadır. Bilindiği üzere, **muayenehanelerin ve dava konusu Yönetmelik ile özellikle odalarında tuvalet bulundurma mecburiyeti getirilen kadın hastalıkları ve doğum ile üroloji muayene odalarının sürekli steril tutulmaları gerekmekte iken, işbu muayene odalarına tuvalet getirilmesi ile hijyenin sağlanması mümkün olmayacaktır.** Bu tarz bir düzenlemenin nasıl bir kamu yararı hedeflediği hususunu anlamak mümkün olmamakla birlikte, **tıbbi işlem yapılan odanın içerisinde tuvaletin bulundurulması istenmesi esasen hastaların daha iyi ve temiz bir ortamda tedavi görme haklarını ortadan kaldırmaktadır.**

Öte yandan, esas Yönetmelikte değişiklik yapan dava konusu Yönetmelik ile mesleklerini serbest olarak icra etmek isteyen hekimlere getirilen bir diğer kamu yararını hedeflemeyen düzenleme ise "**cerrahi uzmanlık dallarında en az 10 metrekare kullanım alanına sahip pansuman odası**" bulundurmaya ilişkin düzenlemedir. **Pansuman, yaraların mikroplardan temizlenmesi ve korunması için yapılan yıkama ve örtme işlemi olup, bu yönde yapılacak küçük müdahaleler için ayrı bir odanın bulunması bir gereklilik arz etmemekte ve ayrıca bir pansuman odasının bulunmasını zorunlu kılacak bilimsel bir veri de bulunmamakta iken,** davalı idare tarafından bu yönde bir düzenleme yapılması, hekimlerin serbest olarak mesleklerini icra etmesini önlemek amacıyla dava konusu yönetmelikte yer bulduğu aşikârdır. İşbu sebeple,

pansuman işlemleri için bir pansuman setinin bulunması yeterli olup, bu işlem için ayrıca bir pansuman odası bulundurma zorunluluğu getirilmesi kamu yararına aykırılık teşkil etmektedir.

Dava konusu Yönetmelik ile esas Yönetmelikte değişiklik yapan bir diğer düzenleme ise, kadın hastalıkları ve doğum ile çocuk hastaları uzmanlarının muayenehanelerinde lavabosu bulunan asgari 5 metrekarelik bebek emzirme ve bakım odası bulunmasının zorunlu hale getirilmesidir. **Bilindiği üzere muayenehaneler, mesleki faaliyetlerini serbest olarak icra etmekte olan hekimlerin, hastalarını randevu vermek suretiyle ayakta teşhis ve tedavi hizmeti sundukları kuruluşlardır.** İşbu tanımdan da anlaşılacağı üzere, muayenehanelere gelen hastaların randevu saatleri önceden belirlenmiş olup, bu sebepten ötürü gelen hastanın emzirmesi gerektiği süre kadar beklemesi olanaksızdır. Böyle bir istisnai durum yaşandığı takdirde ise, bunun için tahsis edilmiş özel bir bebek emzirme odasının bulunması gerekmekte olup, muayenehanenin uygun bir bölümü hasta için o an tesis edilebilir. Bilindiği üzere, davalı idare işbu Yönetmelik ile gerek tuvalette gerekse muayenehane odasının içinde lavabo bulundurma zorunluluğu getirmiş iken, ayrıca 5 metrekarelik bebek emzirme odasının içinde lavabo mecburiyeti getirerek yapmış olduğu düzenlemenin kamu yararını hedeflemediği aşikârdır.

Bunun yanında, davalı idare tarafından tüm uzmanlık dallarındaki muayenehanelerde, acil müdahalelerde kullanılmak üzere acil setinin bulundurulması zorunluluğu hüküm altına alınmıştır. Muayenehanenin daha önce de belirtmiş olduğumuz tanımını dikkate alındığında, muayenehaneler acil servisler değildir. Ayakta tedavi hizmeti veren ve randevu ile çalışan kuruluşlardır. İşbu sebeple, muayenehanelerde içerisinde ambulatingoskop ve endotrakeal tüp olan acil setinin bulunmasını gerektiren bir durum mevcut değildir. Kaldı ki, her hekimin uzmanlık alanı farklı olmakla birlikte endotrakeal tüp yerleştirmek, anestezi uzmanları, yoğun bakım uzmanları ve acil uzmanlarının yapmakla yükümlü olduğu işlemlerdir. Neticeten muayenehane şartlarında acil seti bulunsa dahi entübasyon adı verilen acil tüp yerleştirme işlemi, ruh sağlığı hekimi veya deri hastalıkları uzmanı tarafından yapılması beklenen bir işlem değildir.

İşbu sayılan sebepler dolayısıyla mevcut hükümler kamu yararına hizmet etmemekte olup, "**AMAC**" unsuru bakımından sakatlık teşkil etmekte ve iptali gerekmektedir.

1.5. 07.04.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan yönetmeliğin yukarıda belirtilen hükümlerinin iptalini gerektiren diğer bir hususta, bu hükümlerin muayenehanelerine ruhsat almış ve mesleklerini icra etmekte olan hekimlerin kazanılmış haklarını yok sayarak Anayasa'nın 2'nci maddesinde belirtilen "Hukuk Devleti ilkesini" ihlâl etmesidir.

Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Hukuk devleti, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesini gerekli kılar. Geriye dönük düzenlemelerle kişilerin haklarının, hukuki istikrar ve güvenlik ilkesi gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz⁶.

Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik" ilkesidir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir⁷.

Zira Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte yapılan her değişiklik ile hekimlerin muayenehanelerinde mesleklerini serbest bir şekilde icra etmeleri, zorlaştırılmak bir yana adeta imkânsız hale getirilmekte olup, işbu sebeple davalı idarenin amacının hem mevcut muayenehanelerin kapatılması hem de yenilerinin açılmamasını sağlamaya yönelik olduğu aşikârdır.

Bu itibarla, söz konusu eklenen ve değiştirilen yönetmelik hükümleri, ruhsat almış ve mesleklerini icra etmekte olan hekimlerin kazanılmış haklarını yok sayarak, **Anayasa 2'nci maddesi hükmünü ihlâl etmekte ve bu sebeple de iptali gerekmektedir.**

⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2009 tarihli, 2006/95 E., 2009/144 K. sayılı kararı (**Bkz. www.anayasa.gov.tr**).

⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 20.05.2010 tarihli, 2009/51 E., 2010/73 K. sayılı kararı (**Bkz. www.kazancı.com**).

1.6. 07.04.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Yönetmeliğin ilgili hükümleri, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 9 uncu maddesine aykırılık teşkil etmekte olup, "hastaya kendisine hizmet verecek hekimi seçme hakkına" da sınırlama getirmektedir.

Bilindiği üzere, muayenehaneler hekimlerin hastalarına önceden randevu vermek suretiyle ayakta teşhis ve tedavi hizmeti verdikleri, yatan hasta kabul etmedikleri ve istisnalar dışında acil hastalara müdahale etmedikleri sağlık kuruluşlarıdır.

Dünya Tabipler Birliği'nin 1981 tarihinde kabul ettiği ve 2005 yılında gözden geçirerek düzelttiği "Hasta Hakları Bildirgesi'nde" nitelikli sağlık hizmeti konusunda temel ilkelere yer verilerek "Her hastanın herhangi bir dış müdahale olmaksızın özgürce klinik ve etik kararlar verdiğini bildiği bir hekim tarafından bakılma hakkına sahip olduğu " kabul olunmaktadır.

Öte yandan **Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 9 uncu maddesi ile hastaya kendisine hizmet verecek hekimi seçme hakkı tanınmış olup, hekimlerin tedaviye devam etmeleri hasta haklarından kaynaklanan bir yükümlülüktür.**

1.7. Dava konusu Yönetmeliğin iptali talep edilen maddeleri uyarınca muayenehanelerde bulunması zorunlu tutulan ölçütler özel hastanelerde, aile hekimliği muayenehanelerinde, kamu sağlık kuruluşlarında ve diğer meslek gruplarında (mühendis, avukat, mimar,..) aranmamış olup, işbu husus anayasal hak olan EŞİTLİK ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

İşbu sebeplerle, 07.04.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan yönetmeliğe dayanak olarak gösterilen kanunlardan 11.04.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1 ve 5 inci maddelerine aykırı düzenlemeler getirerek Anayasa'nın 124 üncü maddesi hükmünü ihlâl eden, kanunda aranmayan şartlar getirerek hekimlerin muayenehanelerinde mesleklerini icra etmelerini

zorlaştırmak suretiyle Anayasa'nın 48 inci maddesinde düzenlenen "Çalışma zgrlğ"n Anayasa'nın 13 üncü maddesinde belirtilenin aksine yönetmelik hükmüyle sınırlandıran, Danıştay Onuncu Daire Başkanlığı'nca görülmekte olan 2010/11663 E. sayılı dava uyarınca oluşacak yargı yetkisinden kanuna dolanarak yani hülle yolu ile kaçmaya çalışılan, kapı genişliği, merdiven yksekligi gibi özellikleri ile ilgili düzenlemeler getirerek acil bir müdahaleye ihtiyaç duymayan hastalarla ilgilenen ya da önemli cerrahi operasyonlar yapılmayan muayenehaneler bakımından bu düzenlemeleri zorunlu kılan dolayısıyla hastaların daha iyi tedavi görmesi gibi bir amacı bulunmadığından "AMAÇ" unsuru bakımından hukuka aykırılık teşkil eden, hastaya kendisine hizmet verecek hekimi seçme hakkını sınırlayan ve muayenehanelerine ruhsat almış ve mesleklerini icra etmekte olan hekimlerin kazanılmış haklarını yok sayarak Anayasa'nın 2'nci maddesinde belirtilen "Hukuk Devleti" ilkesini ihlâl eden, **07.04.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Yönetmeliğin 1. maddesi ile Ayakta Teşhis Ve Tedavi Yapılan zel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte değişiklik yapan 12/D maddesinin 1. fıkrasının, (a), (b), (d), (e), (f), (i) ve (k) bentlerinin, iptalini talep etme zorunluluğu hâsıl olmuştur.**

II- 07.04.2011 TARİH ve 27898 SAYILI RESMÎ GAZETED E YAYINLANAN YÖNETMELİĞİN; 2. MADDESİ İLE AYAKTA TEŞHİS VE TEDAVİ YAPILAN ÖZEL SAĞLIK KURULUŞLARI HAKKINDA YÖNETMELİĞE EKLENEN 19. MADDESİNİN 6. FIKRASI İLE; YÖNETMELİĞİN 5. MADDESİ İLE ESAS YÖNETMELİĞE EKLENEN GEÇİCİ 9. MADDENİN 4. FIKRASININ (a) BENDİNİN SON CÜMLESİ VE YÖNETMELİĞİN 5. MADDESİ İLE AYAKTA TEŞHİS VE TEDAVİ YAPILAN ÖZEL SAĞLIK KURULUŞLARI HAKKINDA YÖNETMELİKTE DEĞİŞİKLİK YAPAN GEÇİCİ 9. MADDENİN 2. FIKRASININ (c) BENDİNİN DEĞİŞİK 2. PARAGRAFI, DAVA KONUSU YÖNETMELİĞİN 6. MADDESİ İLE ESAS YÖNETMELİĞİN EK-8. MADDESİNE EKLENEN KISIMLAR İLE ESAS YÖNETMELİĞİN EK-7/B MADDESİNİN 12'NCİ SATIRDAKİ KISIMLARI İLE DEĞİŞTİRİLEN EK-6. MADDENİN 11 İNCİ SATIRI «**FAALİYET DURDURMA CEZASI**» ÖNGÖREREK **ANAYASA'NIN 38/1, AİHS'nin 7'nci ve 5237 sayılı TCK'nın 2/2'nci MADDESİNDE DÜZENLENEN "KANUNSUZ SUÇ VE CEZA OLMAZ" İLKESİNE AYKIRILIK TEŞKİL ETMEKTE OLUP, İL SAĞLIK MÜDÜRLÜKLERİNE LABORATUVAR VE MÜESSESELERİN KURULUŞ VE DENETİM YETKİSİNİ SINIRSIZ OLARAK VEREREK DENETLEMELERİN TARAFSIZLIĞINA GÖLGE DÜŞÜRMEKTE VE SÖZ KONUSU YETKİ VE GÖREVİN KÖTÜYE KULLANILMASI TEHLİKESİ YARATMAKTA OLUP, İŞBU MADDELERİN İPTALİ GEREKMEKTEDİR.**

07.04.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Yönetmeliğin 2. maddesi ile Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğe eklenen 19. maddesinin 6. fıkrasında,

"Sağlık kuruluşunda uzman tabip dışındaki asgari sağlık çalışanının kuruluştan ayrılması durumunda üç ay içerisinde yerine sağlık çalışanı bulunamaması halinde, personel eksikliğinin bulunduğu birimin veya kuruluşun tamamının faaliyeti eksiklik giderilene kadar durdurulur" hükmü bulunmaktadır.

07.04.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Yönetmeliğin 5 inci maddesi ile Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğe eklenen Geçici 9 uncu maddenin 4. fıkrasının (a) bendinin son cümlesinde,

"Faaliyetin durdurulduğu tarihten itibaren altı ay içerisinde bu Yönetmeliğe uyum sağlayıp tekrar faaliyete geçmeyen laboratuvar ve müesseselerin ruhsatları iptal edilir" şeklinde düzenlenmektedir.

07.04.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Yönetmeliğin 5 inci maddesi ile Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte değişiklik yapan Geçici 9 uncu maddenin 2'nci fıkrasının (c) bendinin değişik 2'inci paragrafında;

" 2.5.2011 tarihine kadar 1219 sayılı Kanununun 12 nci maddesine uygunluk sağlayarak buna dair belgelerini müdürlüğe sunmaları halinde planlamadan istisna olarak sağlık kuruluşunda kadro dışı geçici çalışmalarına izin verilir. Bu süre içerisinde uygunluğunu sağlayamayanların çalışma belgeleri müdürlükçe iptal edilir. Bu çalışma izni tabip/uzmanlara yönelik bir hak olup sağlık kuruluşuna müktesep kadro hakkı vermez. Bu tabip/uzmanlar öncelikle sağlık kuruluşunun müktesep kadrosunda tabip/uzman bulunmaması halinde bu kadroya veya kadrolu çalışanın ayrılması durumunda ayrılanın yerine başlatılır. Bu şekilde çalışan tabip/uzmanın sağlık kuruluşundan ayrılarak başka bir sağlık kuruluşunda çalışmak istemesi halinde çalışma belgesi iptal edilir ve yeni başlayacakları sağlık kuruluşu için 9 uncu ve 17 nci maddeler kapsamında değerlendirilir" hükmü mevcuttur.

2.1. Bilindiği üzere idarenin, düzenleyici işlemlerle suç ve ceza ihdas edip edemeyeceği tartışmaları, 5237 sayılı TCK' nın 2/2'nci maddesi ile sona ermiştir. Anayasa'nın 38 inci maddesinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesini açık ve kesin biçimde düzenlemektedir. Kabahatler Kanunu'nun 4/1 inci maddesi, idareye, genel ve düzenleyici işlemlerle, kanunla çizilen çerçeve hükmün içerini doldurma yetkisi verilmektedir. Ancak bu düzenleme sonunda uygulayacağı yaptırım, kanunda gösterilenlerle sınırlıdır⁸. Kaldı ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 7 inci maddesi de idarenin bu yöndeki tasarrufuna engeldir.

Anayasa'nın 38 inci maddesiyle «suç ve cezaların kanuniliği ilkesi» açık ve kesin biçimde düzenlenmektedir. Bu ilke Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararları ile açıklığa kavuşturulmuş da bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, "... suç ve cezaların yalnızca Anayasa ile konulup kaldırılmasının yeterli olmadığı, konulan kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belirli olması gerektiği sonucunu doğurmaktadır...". "...Cezanın yasallığı ilkesi, bir suça uygulanacak yaptırım türlerinin, ölçülerinin, hangi sınırlar içinde uygulanacağını, nelerin ne ölçüde hafifletici veya ağırlaştırıcı neden olacağını yasa koyucu tarafından kurala bağlanmasını zorunlu kılmaktadır"⁹ .

⁸ OTACI Cengiz - KESKİN İbrahim, Türk Kabahatler Kanunu, 2. Bası, Ankara, 2010, s.25.

⁹ GÖZÜBÜYÜK, s.117.

Buna karşın, gerek 07.04.2011 tarih ve 27898 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Yönetmeliğin dayanağı olan 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda, gerek 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda, Sağlık Bakanlığı açısından muayenehanelerle ilgili cezai yaptırım öngören yönetmelik çıkarma yetkisi bulunmamasına rağmen, Yönetmeliğin 2. maddesi ile Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğe eklenen 19. maddesinin 6. fıkrası, **Anayasa m. 38/1 ve TCK m. 2/2'de düzenlenen "Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz" ilkesine aykırı olarak muayenehanelerin İl Sağlık Müdürlüklerince denetleneceğini ve denetim sonucunda faaliyetlerinin durdurulabileceği düzenlenmektedir¹⁰.**

2.2. 07.04.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Yönetmeliğin söz konusu hükümleri gereğince, Muayenehanelerin, laboratuvar ve müesseselerin kuruluş, denetim ve faaliyet durdurma yetkisini tek başına Sağlık Bakanlığı'na vererek kuruluş ve denetlemelerin tarafsızlığına gölge düşürmekte ve söz konusu yetki ve görevin kötüye kullanılması tehlikesi yaratmaktadır.

Kuruluş ve denetim yetkisinin tek başına Sağlık Bakanlığı'na verilmesi idareye nesnel olmayan bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bu durum keyfi uygulamalara uygun bir zemin hazırlamaktadır. Dolayısıyla bu durumun sonucu olarak denetimlerin tarafsızlığı hususunda kuşku duyulacağı gibi bu yetki ve görevin kötüye kullanılması tehlikesi de ortaya çıkacaktır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 20.05.2010 tarihli, 2009/51 E., 2010/73 K. sayılı kararında, "*Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir*" şeklinde belirtilmiş olup, işbu hükümlerin tarafımızca açıklanan sebeplerle iptali gerekmektedir.

¹⁰ Danıştay 1. Dairesi 25.11.1998 tarih ve 1998/335 E., 1998/337 K. sayılı kararında "*Anayasa'nın 38 inci maddesinin üçüncü fıkrasında ifadesini bulan "kanunsuz suç veya ceza olmaz" ilkesinin bir gereği olarak, yasaların açıkça düzenleme yapmadığı bir konuda, başka ceza hükümlerinin kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Açıklanan nedenle yerel yönetim birliklerinin ceza yönetmeliği çıkarmak ve buna aykırı davranışlara herhangi bir ceza uygulaması yapmak yetkisinin bulunmadığı görüşüne varılmakla...*" hükmü yer almaktadır.

III. 07.04.2011 TARİH ve 27898 SAYILI RESMİ GAZETEDE YAYINLANAN YÖNETMELİĞİN 4 ÜNCÜ MADDESİ İLE DEĞİŞTİRİLEN AYAKTA TEŞHİS VE TEDAVİ YAPILAN ÖZEL SAĞLIK KURULUŞLARI HAKKINDA YÖNETMELİĞİN EK 1. MADDESİNİN 2. FIKRASININ İLK CÜMLESİ, ANAYASA'NIN 48 İNCİ MADDESİ İLE DÜZENLENEN HEKİMLERİN "ÇALIŞMA HÜRRİYETİNİ" İHLÂL ETMEKTE VE BAĞIMSIZ OLARAK MESLEKİ FAALİYETLERİNİ İCRA EDEN HEKİMLERİN ÇALIŞMALARINI SINIRLAMAKTADIR.

07.04.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Yönetmeliğin 4 üncü maddesi ile Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte değişiklik yapan Ek 1. maddenin 2. fıkrasının ilk cümlesinde,

" Tabip, dış tabibi ve uzmanlar, 1219 sayılı Kanunun 12 inci maddesine uygun olmak kaydıyla kadrolu olarak çalıştıkları tıp merkezi veya özel hastane dışında en fazla iki özel sağlık kuruluşunda kadro dışı geçici olarak çalışabilirler" hükmü mevcuttur.

İşbu değiştirilen yönetmelik hükmü, Anayasa'nın 13 üncü maddesinde belirtilen "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir" hükmüne aykırı düzenleme getirerek hekimlerin Anayasa'nın 48 inci maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyetine sınırlama getirmektedir. Yasa ile düzenlenmesi gereken bir konunun yönetmelikle düzenlenmesi olanaksızdır¹¹.

¹¹ Danıştay 8. Dairesi'nin 24.12.1998 tarihli, 1997/1959 E., 1998/4563 K. sayılı kararı. (Bkz. www.kazanci.com.tr)

IV. YÜRÜTMENİNİN DURDURULMASI TALEBİMİZ

İdari Yargılama Usulü Kanununun 27/2 maddesinde belirtildiği üzere **telafisi güç veya imkânsız zarar doğuracak açık hukuka aykırı işlemler hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilmesi gerekmektedir.** Bu sebeple, yukarıda arz ve izah olunduğu üzere, açıkça hukuka aykırılık teşkil eden ve uygulanmaları halinde telafisi güç ya da imkânsız sonuçlar doğuracak yönetmelik hükümleri bakımından huzurdaki davada **teminatsız** olarak yürütmenin durdurulmasını talep etme zorunluluğu hâsıl olmuş bulunmaktadır. Bu sebeple, davalı idare tarafından, 07.04.2011 tarihinde 27898 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 15.02.2008 tarih ve 26788 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmış Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin; Anayasa 38/1 ve TCK 2/2'nci maddelerinde de düzenlenen "Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz" ilkesine aykırılık teşkil ederek, kanunda öngörülme şartlar getirerek hekimlerin muayenehanelerinde mesleklerini icra etmelerini zorlaştırmak suretiyle Anayasa'nın 48 inci maddesinde düzenlenen "Çalışma Özgürlüğü"nü Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilenin aksine yönetmelik hükmüyle sınırlandıran, Sağlık Bakanlığı'na muayenehanelerin, laboratuvar ve müesseselerin kuruluş, denetim ve faaliyet durdurma yetkisini sınırsız olarak vererek denetlemelerin tarafsızlığına gölge düşürmekte ve söz konusu yetki ve görevin kötüye kullanılması tehlikesini yaratan, söz konusu Yönetmeliğe dayanak olarak gösterilen kanunlardan 11.04.1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1. ve 5. maddelerine aykırı düzenlemeler getirerek Anayasa'nın 124 üncü maddesi hükmünü ihlâl eden, hastaya kendisine hizmet verecek hekimi seçme hakkı tanıyan Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 9. maddesini ihlâl eden, muayenehanelerine ruhsat almış ve mesleklerini icra etmeye devam eden hekimlerin kazanılmış haklarını yok sayarak Anayasa m. 2'de belirtilen "Hukuk Devleti" ilkesini ihlâl eden ve Danıştay Onuncu Daire Başkanlığı'nca görülmekte olan 2010/11663 E. sayılı dava uyarınca oluşacak yargı yetkisinden kanuna dolanarak yani hülle yolu ile kaçıma çalışan, 1. maddesi ile Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliği değiştiren 12/D maddesinin 1. fıkrasının değiştirilen (a), (b), (d), (e), (f), (i) ve eklenen (k) bentleri, 2. maddesi ile yönetmeliğe eklenen 19. maddesinin 6. fıkrasının, 5. maddesi ile eklenen Geçici 9. Maddesinin 4. Fıkrasının (a) bendi son cümlesinin, 5. maddesi ile değiştirilen Geçici 9. maddesinin 2. Fıkrasının (c) bendi değişik 2. paragrafının, 4. Maddesi ile değiştirilen Ek 1. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesinin, dava konusu yönetmeliğin 6. maddesi ile esas Yönetmeliğin Ek-8. maddesine eklenen kısımlar ile esas yönetmeliğin Ek-7/b maddesinin 12'nci satırdaki kısımları ile değiştirilen Ek-6. maddenin 11'inci satırının iptalini talep etme zorunluluğu hâsıl olmuştur.

HUKUKİ SEBEPLER: T.C. Anayasası, İYUK, AİHS ve ilgili protokoller, TCK, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Hasta Hakları yönetmeliği ve ilgili sair mevzuat.

DELİLLER : 07.04.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik vs her türlü delil.

İSTEM : **Davalı idare tarafından 07.04.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe sokulan, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik;**

Anayasa'nın 38/1 ve 5237 sayılı TCK'nın 2/2'nci maddesinde düzenlenen "Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz" ilkesine aykırılık teşkil ederek, kanunda öngörülmeyen şartlar getirerek hekimlerin muayenehanelerinde mesleklerini icra etmelerini zorlaştırmak suretiyle Anayasa'nın 48 inci maddesinde düzenlenen "Çalışma Özgürlüğü"nü Anayasa'nın 13 üncü maddesinde belirtilen şartların aksine yönetmelik hükmüyle sınırlandıran, Sağlık Bakanlığı'na muayenehane, laboratuvar ve müesseselerin kuruluş, denetim ve faaliyetlerini durdurma yetkisini sınırsız olarak vererek denetlemelerin tarafsızlığına gölge düşürmekte ve söz konusu yetki ve görevin kötüye kullanılması tehlikesini yaratan, söz konusu Yönetmeliğe dayanak olarak gösterilen kanunlardan 11.04.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1 ve 5 inci maddelerine aykırı düzenlemeler getirerek Anayasa'nın 124 üncü maddesi hükmünü ihlâl eden, hastaya kendisine hizmet verecek hekimi seçme hakkı tanıyan Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 9. maddesini ihlâl eden, muayenehanelerine ruhsat almış ve mesleklerini icra etmeye devam eden hekimlerin kazanılmış haklarını yok sayarak Anayasa'nın 2'nci maddesinde belirtilen "Hukuk Devleti" ilkesini ihlâl eden ve Danıştay Onuncu Daire Başkanlığı'nca görülmekte olan 2010/11663 E. sayılı dava uyarınca oluşacak yargı yetkisinden

kanuna dolanarak yani hülle yolu ile kaçıma çalışılan, **1. maddesi ile 15.02.2008 tarih ve 26788 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiş bulunan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliği değiştiren 12/D maddesinin 1. fıkrasının değiştirilen (a), (b), (d), (e), (f), (i) ve eklenen (k) bentleri, 2. maddesi ile yönetmeliğe eklenen 19. maddesinin 6. fıkrasının, 5. maddesi ile eklenen Geçici 9. maddesinin 4. fıkrasının (a) bendi son cümlesinin, 5. maddesi ile değiştirilen Geçici 9. maddesinin 2.fıkrasının (c) bendi değişik 2. paragrafının, 4. maddesi ile değiştirilen Ek 1. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesinin, 6. maddesi ile esas yönetmeliğin ek-8. maddesine eklenen kısımlar ile esas yönetmeliğin Ek-7/b maddesinin 12'nci satırdaki kısımları ile değiştirilen Ek-6. maddenin 11'inci satırının İPTALİ ile dava sonuna kadar yürütmenin durdurulması ve yargılamanın MURAFALI olarak yapılmasına, yargılama giderleri ve ücret-i vekâletin davalı idare üzerine bırakılmasına karar verilmesini bilveکہ arz ve talep ederiz. 03.06.2011**

Davacı Vekili

Av. Doç. Dr. R. Yılmaz YAZICIOĞLU

Ek 1- 07.04.2011 tarihli ve 27898 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik değişikliği

Ek 2- Danıştay Onuncu Dairesi'nin 2010/11663 E. sayılı dosyası hakkında 17.01.2011 tarihli yürütme durdurma kararı

Ek 3- Onanmış Vekâletname Örneği