

**ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

**Esas Sayısı : 2004/114**

**Karar Sayısı : 2007/85**

**Karar Günü : 22.11.2007**

**İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN :** Danıştay Beşinci Dairesi

**İTİRAZIN KONUSU :** 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin "III-SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI" başlıklı bendine 4924 sayılı Yasa'nın 11. maddesi ile eklenen paragrafın, Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

**I - OLAY**

Sağlık hizmetinin hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesine ilişkin Sağlık Bakanlığı'nca çıkarılan "Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller" in iptali için açılan davada, düzenleyici işlemin dayanağı olan itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu savını ciddi bulan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

**II - İTİRAZIN GEREKÇESİ**

Başvuru kararının gerekçe bölümünde;

"Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi tarafından, 5.5.2004 günlü, 25453 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine ilişkin Esas ve Usuller" in, Denizli Devlet Hastanesinde 7 doktor ve 5 diğer sağlık personeli hizmetinin satın alma yoluyla gördürülmesine ilişkin 4 Ağustos 2004 tarihinde yapılacak ihalenin ve Denizli Devlet Hastanesinde "2004 yılı (4 aylık) Psikiyatri Uzmanı, Onkoloji Uzmanı, Çocuk Psikiyatri Uzmanı, Alerji Hastalıkları Uzmanı Hizmetleri Satın Alma İşi Teknik Şartnamesinin iptali istemiyle Sağlık Bakanlığına karşı açılan davada, davacı Konseyin sözü edilen düzenlemenin dayanağı olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 36'ncı maddesinin "III-SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI" başlıklı bendine 24.7.2003 günlü, 25172 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4924 sayılı Yasanın 11 inci maddesiyle eklenen hükmün, Anayasanın 2, 10 ve 128 inci maddelerine aykırılığı iddiasıyla dosyanın Anayasa Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi istemi incelendi:

24.7.2003 günlü, 25172 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4924 sayılı "Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" un 11 inci maddesiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 36 ncı maddesinin "III-SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI" başlıklı bendine eklenen paragrafta:

"Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir."

hükmü yer almıştır.

5.5.2004 günlü, 25453 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller" in 1 inci ve 3 üncü maddelerinde ise, bu esas ve usullerin, 657 sayılı Yasanın 36'ncı maddesinin III.SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI başlıklı bendine 4924 sayılı Yasanın 11. maddesi ile eklenen hüküm uyarınca Sağlık Bakanlığına tanınan yetkiye dayanılarak, gereği durumunda, 4734 sayılı Kamu ihale Kanunu kapsamında alımı yapılacak olan sağlık hizmetlerinin, bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla satın alma yoluyla gördürülmesine ilişkin esas ve usulleri düzenlemek amacıyla yürürlüğe konulduğu belirtilmiştir.

Buna göre, 657 sayılı Yasanın yukarıda metnine yer verilen 4924 sayılı Yasanın 11 inci maddesi ile değişik 36 ncı maddesi hükmünün, Anayasanın 152/1 ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 28/1 inci maddelerinde belirtilen, davada uygulanacak yasa hükmü niteliğinde olduğu açıktır.

Davacı; bu düzenleme sonucunda sağlık hizmetinin, kamu sağlık personeline değil, bir kısım tacirlerin işçisi durumuna getirilecek sağlık çalışanlarına gördürüleceğini, bu şekilde çalıştırılacak hekimler ile diğer sağlık personelinin, çalışanlara tanınan güvence ve haklardan yoksun olacağını, iki farklı istihdam pazarı ve iki farklı hukuk düzeninin ortaya çıkacağını, düzenlemenin, kazanç amaçlı emek ve insan ticareti yapılması olanağı getirdiğini, bu durumun hukuk devletinin yurttaşlarına hukuk güvenliği sağlaması gerekliliğine aykırı olduğunu, bu nedenle anılan yasal düzenlemenin Anayasanın 2, 10 ve 128 inci maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 56 ncı maddesinde, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu; Devletin, 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 düzenleyeceği hükmü yer almıştır.

Anayasanın bu hükmünden, sağlık hizmetlerinin toplumun genel ve ortak ihtiyaçları kapsamında ele alındığı ve bu hizmetlerin bir kamu hizmeti olarak nitelendirildiği açıkça ortaya çıkmaktadır.

Nitekim, 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanununun 1 inci maddesinde yasanın amacı, İnsan Hakları Evrensel Beyannameinde bir hak olarak tanınan sağlık hizmetlerinden yararlanmanın “toplumsal adalete uygun bir biçimde yürütülmesini sağlamak amacıyla” tababet ve tababetle ilgili hizmetlerin bu yasa çerçevesinde hazırlanacak bir program çerçevesinde toplumsallaştırılması olarak belirtilmiştir.

181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 1 inci maddesinde de, bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacının, herkesin yaşamının beden ve ruh sağlığı içinde devamını sağlamak, ülkenin sağlık koşullarını düzeltmek, bireylerin ve toplumun sağlığına zarar veren nedenlere karşı savaşım vermek ve halka sağlık hizmetlerini ulaştırmak, sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermelerini sağlamak için Sağlık Bakanlığının kurulmasına, örgüt ve görevlerine ilişkin esasları düzenlemek olduğu vurgulanmış, 2 nci maddesinde de Sağlık Bakanlığının görevleri sayılmış ve böylece sağlık hizmetlerinin Devlet tarafından ya da Devletin denetimi ve gözetiminde yürütülmesi esası benimsenerek, bu hizmetlerin kamu hizmeti niteliği bir kez daha vurgulanmıştır.

Sağlık Bakanlığının doğrudan, genel idare esaslarına göre yürütmekte olduğu sağlık hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlilerince yerine getirilmesi de, Anayasanın 128 inci maddesinin gereğidir. Anayasanın 128 inci maddesinin 1 inci fıkrası; “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” hükmünü içermektedir.

Nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda istihdam şekilleri, Anayasanın 128 inci maddesinin anılan hükmüne paralel biçimde düzenlenmiş; 4 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında “Kamu hizmetleri, memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür.” hükmüne yer verilmiş; 5 inci maddesinde de, dört istihdam şekli dışında personel çalıştırılması yasaklanmıştır.

657 sayılı Yasanın 36 ncı maddesine 4924 sayılı Yasanın 11 inci maddesiyle eklenen hüküm ise, Anayasanın “Kamu hizmeti görevleriyle ilgili hükümler” başlıklı 128 inci maddesinde öngörülmeleyen bir istihdam şeklini düzenlemekte; idarenin doğrudan genel idare esaslarına göre yürüttüğü sağlık hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesi şeklinde dolaylı bir özelleştirme yöntemini benimsemektedir.

Bu haliyle 4924 sayılı Yasanın 11 inci maddesi ile 657 sayılı Yasanın 36 ncı maddesinde yapılan değişikliğin, Anayasanın 128 inci ve 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle ve bir davaya bakmakta olan Mahkemenin, taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varması durumunda tarafların bu konudaki sav ve savunmalarını ve kendisini bu kaniya götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Yasanın 28 inci maddesinin 2 nci fıkrası gereğince, 657 sayılı Yasanın 36 ncı maddesinin “III. SAĞLIK VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI” başlıklı bendine 4924 sayılı Yasanın 11 inci maddesiyle eklenen hükmün iptali için yürürlüğün durdurulması istemli olarak Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyada bulunan ilgili belgelerin onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davanın esasının geri bırakılmasına, 22.11.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

denilmektedir.

### **III - YASA METİNLERİ**

#### **A - İtiraz Konusu Yasa Kuralı**

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin “III- SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI” başlıklı bendine 4924 sayılı Yasa'nın 11. maddesi ile eklenen itiraz konusu kural şöyledir:

*“Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir.”*

#### **B - Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları**

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine dayanılmış, 47. ve 56. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

### **IV - İLK İNCELEME**

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fazıl SAĞLAM, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılmalarıyla 29.12.2004 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına, oybirliğiyle karar verilmiştir.

## V - ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, idarenin dolaylı bir özelleştirme yöntemini benimsediği ve Anayasa'nın 128. maddesinde öngörülmemen bir istihdam şeklinin düzenlendiği, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi, yasaların Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere bağlı kalmak zorunda olmadığından itiraz konusu kural ilgisini nedeniyle Anayasa'nın 47. ve 56. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin "III- SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI" başlıklı bendine eklenen itiraz konusu kural "*Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir.*" biçiminde düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında "*Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*" denilmektedir. Bu kuralla açıkça memur ve kamu görevlisi tanımı yapılmamış, onlara gördürülecek iş belirlenme yoluna gidilmiştir.

En geniş tanımı ile kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir.

Anayasa'nın 47. maddesine eklenen dördüncü fıkra ile kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilirliği veya bunlara devredilebileceği konusunda yasama organı yetkili kılınmıştır.

Anayasa'nın 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış, 56. maddesinde de, "*Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.*" denilmiştir.

Sağlık hizmetleri nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu, ertelenemez ve ikame edilemez. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir.

Bu çerçevede, artan sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, yüksek sermaye grubuna dahil sürekli yenilenen teknoloji elde etmek ve cihaz-ekipman-sigorta-bakım-yenileme maliyetlerini minimize etmek, birden çok kuruma ortak hizmet alanı yaratmak, yetersiz ve kısıtlı kalifiye insan gücü kaynağını değerlendirerek hizmette etkinlik ve verimlilik sağlamak, değişen şartlara ve ihtiyaca göre hizmet planlama ve sunumunu yapmak, yerinde sağlık hizmeti sunarak gereksiz hasta transferi ve beraberinde getireceği sosyal sorunlara son vermek, kaynak kullanımını kontrollü, kaliteyi yükselten, maliyeti düşüren etkin, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek, kurumlar arası işbirliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir.

Anayasa'nın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden sözedilemeyeceği gibi, 47. maddesinde öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilirliği olanaklıdır.

Anayasa'nın 2. maddesinde "*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.*" denilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirme bilincinde olan devlettir.

Sosyal hukuk devleti, insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde

