



REPUBLIKA E KOSOVËS - РЕПУБЛИКА КОСОВО - REPUBLIC OF KOSOVO
GJYKATA KUSHTETUESE
УСТАВНИ СУД
CONSTITUTIONAL COURT

Priştine, 15 Nisan 2013
Nr. Ref.: AGJ404/13

MAHKEME KARARI

Başvuru No: KO 131/12

Başvurucular

Dr. Shaip Muja ile Kosova Cumhuriyeti Meclisi'nin diğer 11 milletvekili

Meclis'te 13 Aralık 2012 tarihinde kabul edilen 04/L-125 sayılı Sağlık Yasası'nın 18, 19, 41 ve 60. maddeleri hakkında anayasal denetim ve ihtiyati tedbir talebi başvurusu

KOSOVA CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

Mahkeme Heyeti:

Enver Hasani, Başkan
Ivan Čukalović, Başkanvekili
Robert Carolan, Üye
Altay Suroy, Üye
Almiro Rodrigues, Üye
Snezhana Botusharova, Üye
Kadri Kryeziu, Üye
Arta Rama-Hajrizi, Üye

Başvurucu

1. Başvurucular Kosova Cumhuriyeti Meclisi'nin şu milletvekilleridir: Dr. Shaip Muja, Nait Hasani, Ramiz Lladrovci, Petar Miletić, Azem Sylja, Time Kadrijaj, Xhevdet Neziraj, Kymete Bajraktari, Kurtan Kajtazi, Hydajet Hyseni, Sasha Milosavlević dhe Sala Berisha.

İtiraz Edilen Yasa

2. Kosova Cumhuriyeti Meclisince 13 Aralık 2012 tarihinde kabul edilen 04/L-125 sayılı Sağlık Yasası'nın 18, 19, 41 ve 60 maddeleri hakkında anayasal denetim talebi.

Başvurunun Konusu

3. Başvurucular, 04/L-125 sayılı Sağlık Yasası (bundan sonra: Sağlık Yasası)'nın 18, 19, 41 ve 60. maddelerinin Kosova Cumhuriyeti Anayasası'na uygunluğuna ilişkin denetimin yapılmasını talep etmişlerdir.
4. Başvurucular, başvuru hakkında Mahkeme tarafından nihai bir karar çıkartılıncaya kadar yasanın yürürlüğünü durdurmak amacıyla ihtiyati tedbir konmasını talep etmiştir.

İlgili Hukuk

5. Kosova Cumhuriyeti Anayasası'nın (bundan sonra: Anayasa) 113.5 fıkrası, 03/L-121 sayılı Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Hakkında Yasa (bundan sonra: Yasa)'nın 22, 27 ve 42. maddeleri ile Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (bundan sonra: İçtüzük) 54, 55, 56, 62, 64 ve 65. kuralları.

Başvuru Süreci

6. Başvurucular 20 Aralık 2012 tarihinde posta yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme'ye yapılan başvuru dilekçesinin ekinde başvurunun ilgi ve alakalı olduğunu değerlendirdiği Çalışma Yasası (03/L-212), Kamu Görevi İfasında Çıkar Çatışmasının Önlenmesi Yasası (02/L-133) ve Ayrımcılığın Önlenmesi Yasası'nın nüshalarını göndermiştir.
7. Mahkeme Başkanı 20 Aralık 2012 tarihinde Başkanvekili Ivan Čukalović'i raportör yargıç olarak görevlendirmiş ve Üyeler Altay Suroy (başkan), Kadri Kryeziu ve Arta Rama-Hajrizi'den oluşan Ön İnceleme Heyeti'ni belirlemiştir.
8. Mahkeme 21 Aralık 2012 tarihinde başvurunun kaydedildiğini Kosova Meclisi ve başvurucuya bildirmiştir.
9. Resmi posta yoluyla 21 Aralık 2012 tarihinde Kosova Meclisince kabul edilen Sağlık Yasası'nın bir nüshası Mahkeme'ye ulaştırılmıştır.

10. Mahkeme 24 Aralık 2012 tarihinde başvuruçuların Sağlık Yasası'nın 18, 19, 41 ve 60. maddelerinin yürürlüğünü durdurmaya ilişkin ihtiyati tedbir talebini onayıp bu maddelerin askıya almıştır.
11. Kosova Cumhuriyeti Meclis Başkanı 26 Aralık 2012 tarihinde şu evrakı göndermiştir:
 - a. Meclis'te kabul edilen Sağlık Yasası,
 - b. Sağlık Yasa Tasarısı'na ilişkin Sağlık, Çalışma ve Sosyal Refah İhtisas Komisyonu'nun önerilerini içeren raporu,
 - c. Meclis'in diğer komisyonlarınca sunulan öneriler raporu
12. Sağlık Bakanı 10 Ocak 2013 tarihinde Mahkeme'ye şu talepleri içeren bir yazı göndermiştir:
 - a. Bu yargılamada ilgili taraf statüsünün tanınması,
 - b. Söz konusu talebin reddi halinde *amicus curiae* sıfatıyla yazılı bir başvururu sunma imkanının verilmesi.
13. Mahkeme 11 Ocak 2013 tarihinde Sağlık Bakanlığına talebinin Mahkemece inceleneceğini bildirmiştir.
14. Kosova Sağırılar Derneği'nin kendi girişimiyle Sağlık Yasası'na ilişkin gönderilen yorumları Anayasa Mahkemesi 14 Ocak 2013 tarihinde teslim almıştır. Bu yorumlarda Dernek, Kosova'da sağır kişilerin konumunu betimleyip kendilerinin yasa tasarısının hazırlanmasında aktif rol aldıkları olgusuna vurgu yapmış ve sağır kişilerin sağlık kurumlarına işaret diliyle tam erişimini öngören özel bir hükmün kendilerinin girişimiyle tasarıda yer aldığını belirtmiştir. Bu hüküm daha sonra Parlamento İhtisas Komisyonu tarafından kaldırılmıştır. Dernek, bu hükmün tasarıya iadesini talep etmiş, aksi halde sağır kişilere karşı sağlık kurumlarına erişim hakkından yararlanmada ayrımcılığın yapılmış olacağını belirtmiştir. Dernek, üstelik Kosova Başbakanı tarafından imzalanan 06/146 sayı ve 29 Eylül 2010 tarihli Hükümet Kararıyla işaret dilinin resmileştiği olgusunu da belirtmiştir.
15. Başvuruçuların temsilcisi 24 Ocak 2013 tarihinde başvuruçuların kimlik fotokopilerini ve imzalanmış vekaletnamenin bir nüshasını Mahkeme'ye sunmuştur.
16. Mahkeme aynı tarihte Sağlık Bakanlığı ile Kosova Sağlık Sendikaları Federasyonu (bundan sonra: KSSF)'dan *amicus curiae* yazısını teslim almıştır.
17. Yine aynı tarihte Ön İnceleme Heyeti Raportör Yargıç'ın raporunu inceledikten sonra tam kadroda toplanan Mahkeme Heyeti'ne şu önerilerde bulunmuştur:
 - a. Mahkemece ilk defa 24 Aralık 2012 tarihinde alınan ihtiyati tedbir kararının süresinin 30 Nisan 2013 tarihine kadar geçerli olmak üzere üç aylık daha uzatılması,
 - b. *Amicus curiae* başvurusu sunma iznine ilişkin kararın alınması,

- c. 7 Mart 2013 tarihinde açık duruşmanın yapılması
18. Mahkeme, tam kadroda 24 Ocak 2013 tarihinde Ön İnceleme Heyeti'nin önerilerini oybirliğiyle kabul etmiştir.
19. Mahkeme 7 Mart 2013 tarihinde açık duruşma yaparak aşağıdaki taraflar dinlenmeleri için çağrılmışlar ve dinlenmişlerdir:
- Başvurucuların temsilcisi Dr. Shaip Muja,
 - Kosova Cumhuriyeti Meclisi temsilcisi Bay Xheladin Hoxha,
 - Sağlık Bakanlığı adına Bakan Ferit Agani,
 - Kosova Sağlık Sendikası adına Başkan Blerim Syla,
 - Kamu Denetçiliği Kurumu adına Bay Isa Hasani.
20. Meclis temsilcisi duruşma esnasında Mahkeme'ye şu evrakı sunmuştur:
- Sağlık Yasası'nın onayına ilişkin 13 Aralık 2012 tarihli kararı,
 - Sağlık, Çalışma ve Sosyal Refah Komisyonu'nun Yasa Tasarısına ilişkin 13 Aralık 2012 tarihli raporu,
 - Sağlık Yasası.
21. Sağlık Bakanlığı temsilcisi duruşma esnasında Mahkeme'ye Dünya Bankası'nın 28 Eylül 2011 tarihinde gözden geçirilmiş yasa tasarısına ilişkin yorumlarını sunmuştur.
22. Kosova Sağlık Sendikaları Federasyonu temsilcisi duruşma esnasında Mahkeme'ye şu evrakı sunmuştur:
- Sağlık Yasa Tasarısına ilişkin değişiklik önerileri,
 - Avrupa Kamu Hizmetleri Sendikaları Federasyonu (bundan sonra: EPSU) tarafında bu Federasyona destek mektubu.
23. Kamu Denetçiliği Kurumu Temsilcisi duruşma esnasında Kurum'un Sağlık Yasası'nın ihtiraz konusu maddelerine ilişkin görüşünü Mahkeme'ye sunmuştur.
24. Meclis, Sağlık Yasası'nın kabul edildiği birleşimin dökümünü 8 Mart 2013 tarihinde Mahkeme'ye sunmuştur.
25. Mahkeme 15 Mart 2013 tarihinde davaya ilişkin danışma ve oylama duruşması yapmıştır.

Olguların Özeti

26. Sağlık yasa tasarısı Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanmış ve Kosova Hükümeti tarafından Kosova Meclisi'ne sunulmuştur. Kosova Cumhuriyeti Meclisi tasarımı genel kurulda 28 Haziran 2012 tarihindeki ilk görüşülmesinde kabul etmiştir.
27. 9 Temmuz 2012 tarihinde Priştine'de yasa tasarısına ilişkin açikoturum düzenlenmiştir.

28. Kosova Meclisi Topluluk Hak ve Çıkarları Komisyonu Kosova Meclisi'nin Sağlık, Çalışma ve Sosyal Refah İhtisas Komisyonu'na bu tasarının toplulukların haklarına hangi şekilde etki etmeyeceği yönünde bir öneri sunmuştur.
29. Bundan başka Avrupa Entegrasyon Komisyonu 12 Kasım 2012 tarihinde yasa tasarısının *acquis cumunautaire* ilkeleriyle uyumlu olduğunu tespit etmiştir. Bütçe ve Maliye Komisyonu da yasa tasarısının 2013 ve 2014 yılına ilişkin bütçe maliyetini sunmuştur.
30. Kosova Meclisi Yasama Komisyonu 27 Kasım 2012 tarihinde önerilerini göndermiş (04/3239/L-125) ve Sağlık Yasa Tasarısının görüşülmeye devam edilemeyeceğine ilişkin tutumunu belirterek Sağlık, Çalışma ve Sosyal Refah İhtisas Komisyonu'na 1, 3, 12, 48, 49, 50, 51 ve 52. madde değişiklik önerilerinin görüşülmesini önermiştir.
31. Salık, Çalışma ve Sosyal Refah Komisyonu 3 Aralık 2012 tarihinde Kosova Meclisi Yasama Komisyonu'nun yorumlarını inceleyip "oyçokluğuyla Salık Yasa Tasarısını kabul etmiştir".
32. Sağlık, Çalışma ve Sosyal Refah Komisyonu 7 Aralık 2012 tarihinde Meclis'e Sağlık Yasa Tasarısına ilişkin rapor ve önerilerini sunmuştur.
33. Kosova Cumhuriyeti Meclisi 13 Aralık 2012 tarihinde genel kuruldaki ikinci görüşmede Sağlık Yasa Tasarısının 2, 3A, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30A, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50A, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59 ve 60. madde değişiklik önerilerini kabul etmiştir.
34. Netice itibariyle yasa tasarısı 43 (kırk üç) kabul, 18 (on sekiz) ret ve 3 (üç) çekimser oyla kabul edilmiştir.
35. Kosova Sağlık Sendikaları Federasyonu, 13 Aralık 2012 tarihinde kabul edilen yasanın 41. maddesinin Anayasa'nın 49. maddesi [Çalışma ve Mesleği icra Etme Hakkı]'ne aykırı olduğunu ileri sürerek 17 Aralık 2012 tarihinde Kamu Denetçiliği Kurumuna Sağlık Yasası'nın 41. maddesi hakkında anayasal denetim başvurusunda bulunmuştur.
36. Meclis Başkanı kabul edilen yasayı 21 Aralık 2012 tarihinde Kosova Cumhurbaşkanı'nın onayına sunmuştur.

Başvurucunun İddiaları

a) Yazılı İddialar

37. Başvurucular başvurusunda Sağlık Yasası'nın 41. madde 1. fıkrasına itiraz etmiştir. Söz konusu fıkra kamu sektöründe tam veya yarım zamanlı olarak çalışan her sağlık çalışanının özel sektörde çalışmalarını yasaklamıştır.
38. Sağlık Yasasının 41. maddesi "Çıkar çatışmasının Önlenmesi" başlığı altında şunu belirlemiştir:

Madde 41

1. *Kamu sektöründe tam veya yarım zamanlı çalışan sağlık meslek erbabının sağlık hizmetlerine ilişkin özel kurumlarda çalışmaya hakkı yoktur.*
 2. *İkincil veya üçüncül sağlık hizmetleri kurumlarındaki hastaların, bekleme listesinden bağımsız olarak, tıbbi argümanlarla kanıtlanamayan gerekçelerle özel sağlık kurumlarına yönlendirilmeleri kesinlikle yasaktır.*
 3. *Vatandaşlar veya sakinlerin kamu sektöründen özel sektöre yönlendirilmesi de dahil olmak üzere sağlık meslek erbabına yönelik resmi veya gayri resmi yollarla mali veya başka anlamlarda ödüllendirilmesi veya ecza sanayisiyle kar ilişkisi kurdurulması kesinlikle yasaktır.*
 4. *Bu madde hükümlerini ihlal edenler bu yasa ile belirlenmiş cezai müeyyide ve Bakanlıkça çıkartılacak diğer yasal hükümlerde belirtilecek cezalara maruz kalacaklardır.*
 5. *Kamu sağlık kurumları kendi meslek erbabı ve çalışanlarına kamu kurumu içerisinde özel sağlık hizmeti verme imkanları sunabilirler.*
 6. *Bu maddenin 5. fıkrasında belirtilen özel sağlık hizmeti Bakanlık tarafından çıkartılacak yasal hükümle düzenlenir.*
39. Başvurucular itiraz konusu 41. maddeyle ilgili olarak “Sağlık yasasının 41. maddesi [...]Kosova’da dolaysız olarak uygulanabilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmelerine tamamen aykırıdır (Anayasa’nın 22. maddesi)” iddiasını ileri sürmüşlerdir. Ancak Mahkeme, başvurucuların sözleşmeleri açıkça belirtmediklerini tespit etmiştir.
40. Başvurucular devamında Sağlık Yasası’nın Anayasa’nın 49. maddesini ihlal ettiğini de belirtmişlerdir. Söz konusu madde şöyledir:
- Madde 49 [Çalışma ve Mesleğini Yerine Getirme Hakkı]*
1. *Çalışma hakkı güvenceye bağlıdır.*
 2. *Her birey meslek ve işyerini seçmede özgürdür.*
41. Dahası başvurucular Sağlık Yasası’nın 18 ve 19. maddelerinin Yasa’nın kendi metni ile Kamu Sektörü ile Özel Sektör Ortaklığı Yasası’na aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz etmişlerdir.
42. Sağlık Yasası’nın “Birincil Sağlık Hizmetleri” başlığı altında şöyledir:
1. *Birincil sağlık hizmetleri Bakanlık tarafından çıkarılan alt yasa belgesi tarafından saptanan politika, plan ve standartlarla uyumlu olarak temin edilir;*

2. Birincil sağlık hizmetleri şunu kapsamaktadır:

- 2.1. Sağliğın tanıtımını, hastalığın engellenmesini, erken teşhisini, tanısını, tedavisini ve küçük cerrahi müdahaleler dahil, hastahklar, düzensizlikler ve sakatlıklarla ilgili rehabilitasyonunu;
 - 2.2. Sağliğın tanıtım programları aracılığıyla engellemeli korunma ve Belediye sınırları içindeki ilköğretim ortaöğretim ve yüksek öğretimde çocuklar ile gençlerin sistematik viziteleri.
 - 2.3. Yasayla uyumlu olarak sero-profilaksin, aşı-profilaksin ve kimya-profilaksin dahil, kamu sağliğın korunması ile ilerletilmesi yanı sıra, ahalinin sıralı sağlık eğitimi ve öğrenimi;
 - 2.4. Ağız sağliğının tanıtımı ve dişlerin sağlık korunumu;
 - 2.5. Erken tanı ve tüberkülozun tedavisi;
 - 2.6. Sağlık hizmetlerinin her üç seviyesindeki yegane sistemin bölümü olarak acil hizmetler ve acil tedavi hizmetlerinin örgütlenmesi;
 - 2.7. Anne ve çocuklara ait sağlık hizmetleri ve aile planlaması hizmetleri;
 - 2.8. Ruh sağliğı hizmetleri.
3. Belediyeler birincil kamu sağliğı korunumundan ve bunların sınırları içerisindeki vatandaşların sağlık sorumluluğunun değerlendirilmesinden sorumludurlar.
 4. Belediyeler sağlık hizmetlerindeki tanıtımın öncelikleri ve engelleme önlemlerini öncelikle uygulamakla yükümlüdürler.
 5. Bakanlık tarafından çıkarılan alt yasa belgesi ile uyumlu olarak birincil sağlık hizmetleri aile hekimliği çerçevesi içinde temin edilerek uygulanır.
 6. Aile hekimliği ekibinin oluşumu, bu maddenin 1. paragrafına göre alt yasa belgesi ile saptanır.
 7. Acil durumlar hariç, sağlık güçlüğü olan her bir vatandaş ve ahalinin her biri başlangıçta aile hekimliğine başvuruda bulunmakla yükümlüdür.
 8. Her bir vatandaştan ve ahalinin her birinden bir aile hekimliğini saptaması talep edilecektir.

9. Her bir vatandaş ve ahalinin her biri yaşadığı belediyede, belediye tarafından saptanan bölge içerisinde aile hekimini tercih etme ve bu aile hekimini değiştirme hakkına sahiptir;
10. Bu yasa ile uyumlu olarak birincil sağlık korunumu profesyonelleri, ikincil ve üçüncül seviyedeki sağlık profesyonelleriyle işbirliğinde bulunacaklar.
11. Sağlık hizmetleri kalitesinin artırılması maksadıyla, eğitim ve öğretim hizmetleriyle ve kamu güvenliği organları ile özel profesyonel örgütler ile, ve hükümet ile hükümet dışı insani örgütler ile birincil seviyedeki sağlık bakım kurumları sosyal refah hizmetleri ile bölümler arası işbirliğini temin edilecektir.
12. Aile hekimliği hizmetlerinin örgütlenme ve fonksiyon standartları, bu maddenin 1. paragrafının alt çalışma yönetmeliği ile saptanır.
13. Aile hekimliği hizmetlerinin desteklenmesi ereğiyle Bakanlık bu yasa ile uyumlu olarak birincil sağlık hizmetleri entegre hizmetlerini gözetler ve düzenler.
43. Sağlık Yasası'nın "İkincil Sağlık Hizmetleri" başlıklı 19. maddesi şöyledir:
1. İkincil sağlık hizmetleri şunları kapsar: hastane hizmetlerini ve hastane dışındaki şu hizmetleri: tanı hizmetleri, tedavi hizmetleri, rehabilitasyon hizmetleri, acil nakliyat ve kamu sağlığı hizmetleri.
 2. Bu maddenin 1. paragrafına göre sağlık kurumlarının örgütlenmeleri ile faaliyetleri, Bakanlık tarafından çıkarılan çalışma yönetmelikler ile uyumlu olarak saptanır.
44. Başvurucular son olarak Sağlık Yasası'nın 60. maddesine itiraz etmişlerdir. Onlara göre bu madde Kamu Şirketleri Yasası'na aykırıdır, çünkü bu yasa sağlık hizmetleri kurumlarını kar amacı gütmeyen kuruluşlar olarak tanımlamıştır.
45. Sağlık Yasası'nın "Sağlık Hizmetleri Kurumlarının Finansmanı" başlıklı 60. maddesi şöyledir:
1. Sağlık faaliyetlerinde yer alan sağlık kurumları ve diğer gerçek ile tüzel kişiler her hasta başına yapılan masrafları belgelemek ve hizmet türü, hacmi, kalitesi ve fiyatını belgelerle kanıtlamakla görevlidir.
 2. Sağlık bakımının uygulanması için ayrılan kamu fonunu kullanan sağlık kurumları ve örgütler, yasa ile saptanmış şekilde hesap ve kayıt tutmakla yükümlüdür ve yetkili organlar için gerekli bilgileri sağlamakla yükümlüdür.
46. Başvurucular, Sağlık Yasası'nın sağlık kurumları çalışanlarını diğer kamu kuruluşları çalışanlarıyla eşit olmayan duruma koyan hükümleri olduğunu ileri sürmüşlerdir.

b) Başvurucuların Açık Duruşmada İleri Sürdükleri İddialar

47. Başvurucuların temsilcileri açık duruşmada Sağlık Yasası kabulü için yasa tasarsısının ikinci görüşülmesinde usule uyulmadığı meselesini gündeme getirmiştir. Başvurucuların temsilcisi Yasama Komisyonunun Sağlık Yasa Tasarısında bazı değişiklikler yaptığını belirterek bunların dikkate alınmadığını ileri sürmüştür.
48. Başvurucuların temsilcisi devamında kabul edilen Sağlık Yasası'nın kamu sağlığı sistemini imha edeceğine ilişkin argümanlar ileri sürmüştür. O, Sağlık Yasası'nın öne sürdüğü uygulamaların bölgede veya daha geniş çapta bir yerde bulunmadığını belirtmiştir.
49. O, kamusal sektörde çalışan ve kişisel çıkarları için hastaları özel sektöre yönlendiren kimi sağlık meslek erbabının istismarı meselesinin yöneticilerce daha kısıtlayıcı önlemlerle halledilmesi gerektiği görüşündedir.
50. Başvurucuların temsilcisi tüm sağlık çalışanlarının görevlerini istismar ettiklerini de eklemiş ancak sağlık sistemindeki sorunlardan onların sorumlu tutulamayacaklarını belirtmiştir.
51. Ona göre yeterli denetim ve değerlendirme sürecinin geliştirilmesi gereklidir. Başvurucuların temsilcisi sağlıkta bilgilendirme sistemini öngöreceği yeni bir sağlık stratejisinin 2015 yılına kadar istismar durumunu tamir edebileceği görüşündedir.
52. Dahası başvurucuların temsilcisi Sağlık Yasası'nın 41. madde 5. fıkrasının kendi kendisiyle çelişkide olduğunu, çünkü kamuda çalışan sağlık çalışanlarının özel iş yapmalarına imkan verirken kamusal hastaneler dışında tıbbi uygulama eğitiminin görülmesine imkan vermemektedir. O, günde 24 saat çalışan kamu sağlık kurumlarının yapılarından dolayı 41. madde 5. fıkrasının uygulanamayacağını belirtmiştir.
53. Sağlık Yasası'nın 41. madde 2, 3 ve 4. fıkralarıyla ilgili olarak neye itiraz ettikleri konusunda başvurucuların temsilcisi Mahkeme'ye açık bir cevap vermemiştir.
54. Bunun yerine o, Sağlık Yasası'nın 41. maddesinin Anayasa'nın 49. maddesine tamamen aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Bundan başka başvurucuların temsilcisi Sağlık Yasası'nın çalışanların ek iş yapmalarını engellemediğini belirtmiştir.
55. Başvurucuların 18, 19 ve 60. maddeleri hangi nedenle Anayasa'ya aykırı saydıkları hususuyla ilgili olarak başvurucuların temsilcisi Mahkeme'ye açık bir cevap sunmamıştır. O, Yasa Tasarısında bu maddelere ilişkin hususlara atıfta bulunmuştur.

Sağlık Bakanlığı'nın Cevabı

a) Yazılı Cevap

56. Sağlık Bakanlığı 24 Ocak 2013 tarihli yazılı cevabında Mahkeme'ye başvuru sahiplerinin başvurusunu, aşağıda özetlenen gerekçelerden dolayı temelden yoksun olarak reddini önermiştir.
57. Sağlık Yasası 41 maddesinin Anayasa'nın 49. maddesinin ihlal ettiği argümanlarıyla ilgili olarak Sağlık Bakanlığı şunu belirtmiştir: *Anayasa ile güvence altına alınmış haklar mutlak değil ve Anayasa'nın 55. maddesinde belirtilen koşullarda sınırlandırılabilir.* (Anayasa'nın 55. maddesi bu karar metninin devamında alıntılanmıştır).
58. Sağlık Bakanlığı, Sağlık Yasası'nın 41. maddesinin Anayasa'nın 49. maddesiyle güvence altına alınan hakların hiçbirine müdahale etmediğini, zira hiçbir hekime mesleğinin icrasını kısıtlamadığını belirtmiştir.
59. Anayasa'nın 49. maddesiyle güvence altına alınan haklara müdahalenin olduğu varsayılırken bile böyle bir müdahale Anayasa'nın 55. maddesiyle haklı çıkartılabileceğini belirtmiştir.
60. Sağlık Bakanlığı orantılılık testini hazırlanması konusunda şunu belirtmiştir: *Sağlık meslek erbabının aynı anda hem kamusal hem de özel sektörde istihdamının meşru olarak yasaklanmasının amacı Anayasa'nın 51.1 maddesinde öngörülen sağlık hizmetleri hakkının vatandaşlara kullandırılmasıdır [...].*
61. Sağlık Bakanlığı devamında şu argümanı ileri sürmüştür: *Sağlık meslek erbabının aynı anda hem kamusal hem de özel sektörde istihdamının vatandaşlar açısından zararlı olduğu görülmüştür.* Sağlık Bakanlığı bu şekilde *"kamusal veya özel sektörde çalışma tercihi mecburiyetinin amacı hastaları özel sektöre yönlendirmekle kamusal sektörün kişisel çıkarlar için istismarının önlenmesidir. Aslında bu, hastaların kamusal veya özel sektör sağlık hizmetleri arasında tercih yapma haklarına aykırıdır.*
62. İhtiyaç konusuyla ilgili olarak Sağlık Bakanlığı *inter alia* şunu belirtmiştir: *Vatandaşlar kamu sektöründe çalışan bir hekimin kamudaki mesaisini tamamladıktan sonra özelde onun hizmetinden yararlanmak için bekleyemezler.* Sağlık Bakanlığı devamında sağlık hizmetlerinin kamu yararlı olduklarına göre vatandaşlara yönelik sağlık hizmetlerinin anayasal düzeyde normatif değer olarak sağlık hizmetleri meslek erbabının maddi çıkar sağlama ve mesleğini icra etme özgürlüğü karşısında normatif üstünlüğe sahip olduğunu eklemiştir.
63. Sağlık Bakanlığı, Sağlık Yasası'nın 41.5 fıkrasının istihdam edilmiş sağlık profesyonellerine özel sağlık hizmeti verme imkanı sunduğundan, söz konusu sınırlamanın mutlak olmadığını belirtmiştir. Sağlık Bakanlığı *"bunun amacının maddi çıkar sağlamak amacıyla özel kliniklere yönelmenin önlemleri"* olduğunu belirtmiştir.

64. Sağlık Bakanlığı bu nedenle Mahkeme'nin, Sağlık Yasası'nın 41. maddesinin Anayasa'nın 49. maddesine müdahale ettiğini tespit etmesi halinde bunun Anayasa'nın 55. maddesiyle gerekçelendirilebileceği görüşündedir.
65. Sağlık Bakanlığı devamında, başvuruçuların Sağlık Yasası'nın sağlık hizmetleri meslek erbabının diğer kamu çalışanları karşısında eşitsiz duruma düşürdüğü yönündeki argümanlarını itiraz etmiştir.
66. Sağlık Bakanlığı 18, 19 ve 60. maddelerin mevcut mevzuata aykırı olduğu yönündeki iddialarına itiraz etmiştir. Sağlık Bakanlığı özellikle Mahkeme'nin görevinin her yasanın Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek olduğunu, ancak bir yasanın diğer yasalarla çelişmesini değerlendirmek olmadığını belirtmiştir.

b) Duruşmada Verilen Cevap

67. Başvuruçuların Sağlık Yasası'nın 18, 19 ve 60. maddeleri ilişkin iddialarıyla ilgili olarak Sağlık Bakanlığı başvuruçuların itirazlarının bu maddelerin Yasa Tasarısında yer alan önceki metinleriyle ilgili olduğunu ancak Meclis İhtisas Komisyonu tarafından 18, 19 ve 60. maddelerin içeriklerinin değiştirildiğini belirtmiştir. Başvuruçuların iddialarının aksine kabul edilen Sağlık Yasası'nın hiçbir yerinde "Kar amacı gütmeyen kamu kuruluşu" veya "Yönetim Kurulu" gibi terimler yer almamaktadır.
68. Sağlık Yasası'nın 41. maddesiyle ilgili olarak Sağlık Bakanı, sağlık uygulamalarının ikililiğinin yasaklanması çok sert görünse de sağlık mesleğinin icrasında çıkar çatışmasının önlenmesinin başka yolu bulunmadığını belirtmiştir.
69. Olası çıkar çatışmasını önlemek amacıyla alınan diğer tedbirlere yönelik Mahkeme'nin cevabına ilişkin olarak Sağlık Bakanı, sınırlı bütçe ve ikili sağlık hizmeti uygulamalarını denetleyecek uygun bir mekanizmanın bulunmayışından dolayı vatandaşların mali kayıplarından kaçınmak için tek seçenek olduğunu belirtmiştir. Meslek istismarına yönelik benzer diğer tedbirler, ülkenin tamamında sadece 12 sağlık müfettişi olup yeter sayıda sağlık müfettişlerin olmayışından dolayı etkisiz olduğunu belirtmiştir.
70. Sağlık Bakanı Sağlık Yasası'nın 41. maddesinin Anayasa'yı ihlal etmediğini, çünkü kişinin çalışma hakkını reddetmediğini, sadece sağlık hizmetlerinin kamusal veya özel sektörlerden birinin tercih edilmesini düzenlediğini tekrar vurgulamıştır. Her ne kadar bu madde çalışma hakkının kısıtlanması olarak görülebilse de bu sınırlama Anayasa'nın 55. maddesiyle uyumludur.
71. Sağlık Yasası'nın 41. madde 5. fıkrasıyla ilgili olarak Sağlık Bakanı, benzer uygulamaların Birleşik Krallıkta bulunduğunu ve Sağlık Bakanlığı'nın sağlık hizmetlerinin kamusal sektöründe çalışanların çalıştıkları kurumun içerisinde özel hizmet vermeleri halinde daha kolay denetleyebileceği görüşünü bildirmiştir.
72. Yasa kabul edilirken usullere riayet edilmediği yönündeki iddialarıyla ilgili olarak Sağlık Bakanı, başvuruçuların bu meseleyi başvurularında dile

getirmediklerini belirtmiştir. Bundan bağımsız olarak o, Yasam Komisyonu'nun tüm önerilerinin incelendiğini ve genel kurulda ikinci görüşülmeye Sağlık, Çalışma ve Sosyal Refah İhtisas Komisyonu tarafından kabul edildiğini belirtmiştir.

Kosova Sağlık Sendikaları Federasyonu

a) Yazılı Başvuru

73. Kosova Sağlık Sendikaları Federasyonu 24 Ocak 2013 tarihinde sunduğu yazılı cevabında Sağlık Yasası'nın kabulüne ilişkin usulün şeffaf olmadığını vurgulamıştır.
74. Kosova Sağlık Sendikaları Federasyonu devamında Kosova'nın 2004 yılına ait Sağlık Sigortası Yasası'nın sahip olduğu için onun kabulünün daha önemli olduğunu belirtmiştir.
75. Kosova Sağlık Sendikaları Federasyonu ikili sağlık uygulamalarına ilişkin bölgesel deneyimleri dikkate aldıklarını ve kendilerinin Sağlık Yasa tasarısı hakkında (itiraz edilen 18, 19, 41 ve 60. maddeleri de dahil olmak üzere) kimi değişiklikleri önerdiklerini vurgulamıştır.
76. Kosova Sağlık Sendikaları Federasyonu, Sağlık Yasası aleyhinde 6.000 imzalı toplu dilekçeyi Cumhurbaşkanı ve Kamu Denetçiliği Kurumuna sunmuştu. Kosova Sağlık Sendikaları Federasyonu Kosova Meclisi'nin 120 milletvekiline de mektup göndererek Yasa Tasarısına yönelik itirazlarını bildirmiştir.
77. Kosova Sağlık Sendikaları Federasyonu, Sağlık Yasası'nın kamusal sağlık kurumlarının özelleştirilmesine imkan verdiğini de zikretmiştir.
78. Kosova Sağlık Sendikaları Federasyonuna göre Sağlık Yasası kamusal sağlık kurumları içerisinde yolsuzluğun ortaya çıkmasına imkan vermektedir. Aynı şekilde kamusal sektör uzmanlarının özel sektöre kaçmalarına neden olarak bu yasa devlet sağlık politikalarına da zarar verir. Bu yasa sağlık çalışanlarının kamusal devlet sisteminin başarısızlığına neden oldukları örüşünün ortaya çıkmasına neden olacağından onların haklarını da ihlal eder.

b) Duruşma Esnasında Sunulan Deliller

79. Kosova Sağlık Sendikaları Federasyonu duruşma esnasında bölge ülkelerinde özel sektörde ek iş yapmanın yasaklanmadığını ve Kosova Çalışma Yasası'nın böyle bir sınırlama öngörmediğini belirtmiştir.
80. Kosova Sağlık Sendikaları Federasyonu temsilcisi yasanın halkın geneli için daha fazla gider oluşturacağını ve kamusal sağlık sektörüne erişimi kısıtlayacağını da belirtmiştir.
81. Kosova Sağlık Sendikaları Federasyonunun Sağlık Yasa Tasarısının onay sürecine katılıp katılmadıklarıyla ilgili olarak Sendika temsilcisi,

kendilerinin danışma amacıyla sadece bir kez resmen davet edildiklerini belirtmiş ve endişelerini protesto ve çeşitli kurumlara sundukları yazılı dilekçelerle dile getirdiklerini ileri sürmüştür.

Kosova Cumhuriyeti Meclisi

82. Meclis temsilcisi kabul edilen Sağlık Yasası'nın Anayasa ve Meclis içtüzüğüne gerektirdiği usuller çerçevesinde kabul edildiğini belirtmiştir.
83. Ancak Meclis temsilcisi Mahkeme'ye tıbbi uygulamalarla ilgili olarak iddia edilen çıkar çatışmasını önlemek amacıyla başka bir önlem aldıkları ve diğer bölge ülkelerinin nu meseleyi hangi şekilde haletliklerini Meclis'in dikkate aldığına ilişkin bir cevap sunmamıştır.
84. Meclis temsilcisi Meclis'te izlenen usule ve Sağlık Yasası'nın içeriğine ilişkin sorulara cevap vermek üzere Meclis tarafından yetkilendirildiğini belirtmiştir. Her halükarda Hükümetçe (daha doğrusu Sağlık Bakanlığınca) çıkar çatışmasına yönelik bölgesel uygulamalarla ilgili önerilen hükümlerin % 90'ının herhangi bir değişiklik olmasızın kabul edildiklerine göre bu konuda Hükümet'ten değil Sağlık Bakanlığı'ndan cevabın alınması gerektiğini belirtmiştir.

Kamu Denetçiliği Kurumu

85. Kamu Denetçiliği Kurum temsilcisi duruşma esnasında Sağlık Yasası'nın itiraz edilen maddelerinde Anayasa ihlali tespit etmediklerini belirtmiştir. Bunun nedeninin vatandaşlardan kamu kurumlarında görevli sağlık çalışanlarının kendilerini özel sektör sağlık kurumlarına yönelttikleri yönünde şikayet almış olmalarından kaynaklandığını belirtmiştir. Ancak o, Kamu Denetçiliği Kurumunun mevcut istismarları düzenleyen yasayı memnuniyetle karşıladığını belirtmiştir.
86. Kamu Denetçiliği Kurumu'na Sağlık Yasası'na yönelik herhangi bir itiraz başvurusunun yapıp yapılmadığına ilişkin olarak Kamu Denetçiliği Kurum Temsilcisi sözlü olarak Kosova Sağlık Sendikaları Federasyonu'ndan Sağlık Yasası'na Mahkeme nezdinde itiraz etme talebinde bulunduğu, ancak Kamu Denetçiliği'nin söz konusu yasadaki kaynaklı Anayasa ihlali bulunmadığı görüşünde olduğunu belirtmiştir.

İlgili Tarihçe

87. Sağlık Yasası'nın kabul edildiği Aralık 2012'den önce Kosova'da 2004/4 sayılı Kosova Sağlık yasası yürürlükteydi.
88. Sağlık Yasası'nın 96. maddesi sağlık çalışanlarının hepsinin, Sağlık Genel Kurulu üyesi ve belli bir sağlık hizmeti için lisans almış sağlık kurumlarının hepsinde bağımsız bir şekilde çalışabileceklerini öngörmekteydi.
89. *Özel Sağlık Hizmetleri* başlıklı 98. maddenin hatırlanması faydalıdır. Madde şöyledir:

Madde 98

98.1. Madde 96'da belirtilmiş olan sağlık çalışanı, sadece tek bir özel sağlık kurumu kurabilir.

98.2. Kamu sağlık kurumu içerisinde tam iş zamanlı olarak çalışmakta olan madde 86'da belirtilen sağlık çalışanı, sadece düzenli iş zamanından sonra özel sağlık bakım çalışmalarını yerine getirebilir.

98.3. Kamu sağlık kurumu, düzenli çalışma zamanının tamamlanmasından sonra özel sağlık bakımı çalışmalarını yerine getirmek amacıyla, Sağlık Bakanlığı tarafından çıkartılacak hukuki düzenlemeye uygun bir şekilde kendi mekanlarını ve teçhizatlarını kiraya verebilir.

90. Mahkeme'deki duruşma süresince birkaç kez bölgesel uygulamalara zikredilmiştir.
91. Mahkeme, Bosna Hersek Federasyonu Sağlık Bakanı'nın Sağlık Yasası'nın (Resmi gazete 46/10) kendine verdiği yetkiler dayanarak "Sağlık Hizmetleri Çalışanlarının Sağlık Kurumlarında Ek İş Yapma veya Özel Sağlık Kurumlarında Çalışmalarına İlişkin Yöntem, Usul ve Koşulları Yönetmeliği"ni çıkardığını ve bu yönetmeliğin Bosna Hersek Federasyonu Resmi Gazetesi'nin 13 Temmuz 2012 tarihli 60. sayısında yayımlandığını tespit etmiştir.
92. Bu yönetmeliğin 2. maddesinde sağlık çalışanlarından uzman olup asgari 10 yıllık uzmanlık kıdemi olanların ek iş yapabileceklerini öngörmektedir. Yönetmeliğin 2. maddesinde belirtilen sağlık çalışanları herhangi bir mülkiyete mensup sağlık ve resmen sağlık hizmeti sunan kuruluşlarından birinde çalışıyor olmaları halinde aynı ihtisas alanında hizmet veren bir diğer işverende ek iş yapabilirler.
93. Hırvatistan Cumhuriyetinde Sağlık Güvenliği Yasasına (Resmi gazete 150/08, 71/10, 139/10) göre Hırvatistan Cumhuriyeti Sağlık ve Sosyal Refah Bakanı "Sağlık Çalışanlarının Ek İş Yapmaya İzin Verilmesi Koşullarına İlişkin Yönetmelik" çıkarmıştır.
94. Bu yönetmeliğin 2. maddesine göre sağlık sigortaları kurumlarıyla sözleşmesi olan sağlık kurumlarından çalışan uzmanlara ancak ek iş yapmaya izin verileceği öngörülmüştür. Böyle izinler aynı hizmeti veren uzmanların azami olarak yarısı için verilebilir.
95. Hırvatistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi kendi kararlarında (U-II-787/1994, U-II-290/1995 ve U-II-120/1998 sayı ve 17 Mart 2000 tarihli) aynı ihtisasa sahip sağlık kurumlarındaki sağlık çalışanlarının farklı muamele ile eğitim düzeyine dayalı olarak ek iş yapma hakkından yararlanma meselesini ele almıştır. Mahkeme, Hırvatistan Cumhuriyeti Anayasası'nın çalışma ve istihdam özgürlüğünü güvence altına alan 54. maddenin ihlal edildiğini tespit etmiştir.

96. Makedonya Cumhuriyeti Sağlık Yasası (resmi gazete, no 43/12, 23 Mart 2012) 222. maddesinde sağlık çalışanlarının ek iş yapma koşul ve kıstaslarını belirlemiştir. Madde şöyledir: *Uzman olan ve kurumlarda uzmanlık konsültasyon işleri yapmakla görevlendirilmiş sağlık çalışanlarının kadrolu olarak çalıştıkları kurumdaki mesai saatleri dışında aynı kurum içerisinde veya aynı sağlık hizmet vermek üzere lisans almış kurumlarda haftada 8 saat ek iş yaparak hizmet verebilirler.*
97. Sağlık alanında ikili uygulamaların uygunluğu veya düzenleme mekanizması meselesini incelemek Mahkeme'nin işi değildir. Ancak bu basit araştırma az gelişmiş, gelişmekte ve gelişmiş ülkelerde ikili sağlık uygulamalarını düzenleyen güzel örneklerin bulunduğunu göstermiştir. Ancak bu mesele Mahkeme'nin yargılama yetkisi alanı dışındadır.

Başvurunun Kabul Edilirliği

98. Başvurucuların başvurusunu incelemeye geçmeden önce Mahkeme'nin öncelikle Kosova Anayasası'nda belirtilmiş ve Anayasa Mahkemesi Hakkında Yasa ile Mahkeme İçtüzüğünde ayrıntıları açıklanmış kabul edilirlilik koşullarının yerine getirilip getirilmediğini değerlendirmesi gereklidir.
99. Bu başvuruda Mahkeme Anayasa'nın 113.1 fıkrasına [Yargılama Yetkisi ve Yetkili taraflar] atıfta bulunmak ister. Fıkra şöyledir: *Anayasa Mahkemesi, yasal şekilde sadece yetkili makamlarca açılmış davalar hakkında karar verir.*
100. Mahkeme bir de Anayasa'nın 113.5 fıkrasını dikkate almıştır. Bu fıkra açıkça şunu belirtmiştir: *Kosova Meclisinin on (10) veya daha fazla üyesi, onaylandığı günden itibaren sekiz (8) gün içerisinde Kosova Meclisinde onaylanan her türlü yasa veya karara, içerik veya usul açısından itiraz edebilirler.*
101. Mevcut başvuruda Mahkeme başvurunun Kosova Meclisi'nin 12 milletvekili tarafından yapıldığını, başvurunun özünde Sağlık Yasası hakkında anayasal denetimin yapılmasını talep ettiklerini tespit etmiştir.
102. Mahkeme başvurucuların kendi başvurularında Yasa'nın kabul sürecine ilişkin herhangi bir usul ihlaline ilişkin bir iddiada bulunmadıklarını tespit etmiştir. Aynı şekilde Mahkeme'de yapılan duruşmada başvurucuların temsilcisinin gündeme getirdiği kabul sürecindeki usulsüzlüklere ilişkin iddiaları destekleyecek argümanlar sunma konusunda başarısız olmuştur.
103. Mahkeme, teslim edilen evraka dayanarak Sağlık Yasası'nın 13 Aralık 2012 tarihinde Meclis'te kabul edildiği, başvurunun ise 20 Aralık 2012 tarihinde yapıldığını ve başvurunun yasal süre içerisinde teslim edildiğini tespit etmiştir. Bu nedenle başvuru, Anayasa'da belirtilen yasal süre içerisinde yapılmıştır.
104. Başvurucular yetkili taraf olup başvuru sürelerine uyulduğundan ve de Meclis'in itiraz edilen yasanı kapsayıp anayasa ihlalini açıkça belirtmiş

olduklarından Mahkeme, başvurunun kabul edilirlık kıstaslara uygun olduğunu tespit etmiştir.

105. Bu da Mahkeme'nin başvuruda belirtilen şikayetin esasını inceleme durumunda olduğu anlamına gelmektedir. Esas incelemesi Anayasa'nın 113.5 fıkrasında belirtilen yetkiler sınırlandırılacak, Kosova Meclisi tarafından kabul edilen yasanın itiraz konusu maddelerinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığına karar verilecektir.

Başvuru Hakkındaki Anayasal Denetim

106. Bu başvurunun değerlendirilmesi süresince Mahkeme, aksi ispat edilmedikçe tüm mevzuatın Anayasa'ya uygun olduğu varsayıldığı hususunu dikkate alır. Mahkeme'nin görevi bir karar veya yasal hükmün Anayasa'ya uygunluğunu değerlendirmek olup ilgili karar veya yasal hükmün meşruiyet veya güzel kamusal politikalarla desteklenip desteklenmediğini değerlendirmek değildir.

107. Bu yasanın Anayasa'yı ihlal edip etmediğini değerlendirmek için Mahkeme, Anayasa'nın şu hükümlerini göz önünde bulundurur:

a. Madde 16 [Anayasanın Üstünlüğü]

1. Kosova Cumhuriyetinin en yüksek yasal hükmü Anayasadır. Yasalar ve diğer yasal hükümler bu Anayasayla uyumlu olmalıdır.

2. Yönetim yetkisi Anayasadan gelir.

3. Kosova Cumhuriyeti, uluslararası hukuka uyar.

4. Kosova Cumhuriyetindeki her birey ve organ, Anayasa hükümlerine tabidir.

b. Madde 4.2 [Yönetim Şekli ve Yetki Paylaşımı]

2. Kosova Cumhuriyeti Meclisi yasama yetkisini uygular.

c. Madde 65 [Meclisin Yetkileri]

Kosova Cumhuriyeti Meclisi:

(1) Yasa, karar ve diğer genel hükümleri onaylar...

d. Madde 74 [Görevi Yerine Getirme]

Kosova Meclisi milletvekilleri, görevlerini Anayasa, yasalar ve meclis çalışma kurallarına uygun şekilde, Kosova Cumhuriyetinin en iyi çıkarları için yerine getirirler.

I. Sağlık Yasası'nın 18, 19 ve 60. maddeleri hakkında

108. Başvurucular itiraz konusu 18 ve 19. madde hükümlerinin Sağlık Yasasının basit metni ile Kamusal ve Özel Sektör Ortaklığı Yasası'na aykırı olduğunu belirtmişlerdir.
109. Sağlık Bakanlığı başvurucuların argümanlarına itiraz etmiştir. Sağlık Bakanlığı, Mahkeme'nin özellikle yasalar üzerindeki anayasal denetim yapma yetkisinin olduğunu ancak yürürlükteki yasalar arasındaki uyumsuzlukları belirlemeye yetkili olmadığını belirtmiştir.
110. Mahkeme, başvurucuların hükümlerin hangi nedenle Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin argümanları işlemediklerini tespit etmiştir.
111. Dahası başvurucular yazılı ve sözlü başvurularında Sağlık Yasası'nın 18 ve 19. maddeleriyle Anayasa'nın hangi maddesinin ihlal edildiğini belirtmemiş veya bu anlamın çıkarılacağı bir imada bulunmamışlardır.
112. Sağlık Yasası'nın 60. maddesinin Anayasa'ya uygunluğuyla ilgili olarak Mahkeme, başvurucuların temel argümanının bu maddenin Kamu Kuruluşları Yasası'na aykırı olduğu yönündeki iddiasını tespit etmiştir.
113. Sağlık Bakanlığı başvurucuların Sağlık Yasası'nın 60. maddesine ilişkin argümanlarına itiraz etmiştir. Bakan duruşmada, başvurucuların itirazlarının Yasa Tasarısı madde metinleriyle ilgili olduğunu, ancak bu maddelerin içeriğinin İhtisas Komisyonu tarafından değiştirildiğini ve Meclis'in 18, 19 ile 60. maddelerin değiştirilmiş metinlerini kabul ettiğini ileri sürmüştür. Sağlık Bakanı aynı şekilde kabul edilen Sağlık Yasası'nın hiçbir yerinde "Kar Amacı Gütmeyen Kamu Kuruluşları" veya "Yönetim Kurulu" kavramlarının kullanılmadığını belirtmiştir.
114. Davada müdahil olan tarafların argümanları genel anlamda dikkate alınıp itiraz konusu 18 ve 19. madde hükümlerinin bu argümanlar karşısında Mahkeme, başvurucuların iddialarını 18 ve 19. maddelerin Anayasa'ya uygunluğuna dayandırmadıklarını tespit etmiştir.
115. Sağlık Yasası'nın 18 ve 19. maddeleri incelendiğinde Mahkeme, Anayasa ihlali olabilecek bir şey tespit etmemiştir.
116. Mahkeme, açık duruşmadan sonra başvurucuların iddialarının daha sonra değiştirilmiş olan Yasa Tasarısının 60. maddesiyle ilgili olduğunu tespit etmiştir. Bu nedenle başvurucuların 60. maddenin Anayasa'ya uygunluğuna ilişkin iddialarının geçerli olmadığı tespit edilmiştir.
117. Yukarıda belirtildiği şekilde Meclis'te 13 Aralık 2012 tarihinde kabul edilen Sağlık Yasası'nın 18, 19 ve 60. maddeleri Anayasa'ya uygundur.

II. Sağlık Yasası'nın 41. maddesiyle ilgili olarak

Genel anlamda

118. Mahkeme, başvurucuların temsilcisinin baştan itibaren Yasa'nın 41. maddesinin Anayasa'ya göre Kosova Cumhuriyeti'nde doğrudan

uygulanabilir olup yasalar ve kamu kurumlarının kararlarıyla çelişmeleri halinde üstünlükleri olan uluslararası belgelere aykırı olduğu yönünde argümanlar ileri sürdüğünü tespit etmiştir.

119. Başvurucular özellikle herhangi bir uluslararası evraka atıfta bulunmazken Mahkeme, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 23. maddesinin şöyle olduğuna işret etmiştir:

Madde 23

1. *Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır.*
 2. *Herkesin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır.*
 3. *Herkesin kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır ve gerekirse her türlü sosyal koruma önlemleriyle desteklenmiş bir yaşam sağlayacak adil ve elverişli bir ücrete hakkı vardır.*
 4. *Herkesin çıkarını korumak için sendika kurma veya sendikaya üye olma hakkı vardır.*
120. Mahkeme'nin görüşüne göre çalışma hakkı uluslararası hukukla güvence alınmış bir hak olduğu halde mutlak ve iş elde etmek için şartsız bir hak olarak anlaşılması gerekir. Ancak çalışma hakkının geriye dönük etkisi olacak tedbirlere izin verilemeyeceği yönünde güçlü bir varsayım bulunmaktadır.
121. Dahası Avrupa İnsan Hakları mahkemesi (bundan sonra: AIHM) çalışma hakkının açıkça korumadığı halde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı AIHS'nin 1. Ek Protokolü 1. maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet korunmasını da kapsayacak şekilde bu hakkın belli yönlerini korumaktadır.
122. Sağlık Yasası'nın itiraz edilen 41. maddesinin Anayasa'ya uygunluğu denetimini yaparken Mahkeme bu uluslararası araçların belgeleri hükümlerini dikkate alacaktır.
123. Daha önce de belirtildiği şekilde başvurucular Sağlık Yasası'nın 41. maddesinin Anayasa'nın 49. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.
124. Sağlık Bakanlığı, Anayasa'nın 49. maddesinin mutlak bir hak olmadığını ve Anayasa'nın 55. maddesinde [Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması] belirtilen koşullarda kısıtlanabileceğini belirtmiştir.
125. Mahkeme bu anlamda Sağlık Bakanlığı'nın argümanlarıyla aynı görüştedir.
126. Mahkeme bu çerçevede Anayasa'nın 55. maddesinde belirtilen kısıtlamalara ilişkin olarak Anayasa'nın 49. maddesi ihlali iddiasının dikkate alınmasını gerekli görmektedir.

Anayasa'nın 55. maddesiyle bağlantılı olarak 49. madde ihlali iddiasının değerlendirilmesi

127. Mahkeme, Sağlık Yasası'nın 49. maddeyle güvence altına alınan hakkı olduğu gibi bir yasanın, orantılı olması halinde, Anayasa ile güvence altına alınmış bir hakkı kısıtladığında Anayasa'ya uygundur.
128. Anayasa'nın 55. maddesi iki kademelidir. Madde anayasal hakların kısıtlanmasına ilişkin gerekçeler sunar ve aynı zamanda böyle bir kısıtlamanın sınırlarını belirler.
129. Anayasa'nın 55. maddesi şöyledir:
- 1. Bu Anayasayla güvenceye bağlanmış hak ve temel özgürlükler, yalnız yasayla kısıtlanabilir.*
 - 2. Bu Anayasayla güvenceye bağlanmış temel hak ve özgürlükler, açık ve demokratik bir toplumda kısıtlama amaçlarına ulaşacak şekilde, yalnız zorunlu olduğu ölçüde kısıtlanabilir.*
 - 3. Bu Anayasayla güvenceye bağlanmış hak ve temel özgürlüklerin kısıtlanması, belirlenen amaçlardan başka bir amaç için yapılamaz.*
 - 4. İnsan haklarının kısıtlanması ve söz konusu hakların yorumlanması sırasında tüm kamu otoritesi kurumları ve özellikle mahkemeler, kısıtlanan hakkın özüne, sınırlama amacının önemine, sınırlama türü ve miktarına, sınırlama ile ulaşılmaya istenen amaç arasındaki ilişkiye önem vermeli ve söz konusu amaca asgari kısıtlamalarla ulaşma olanaklarını gözden geçirmelidirler.*
 - 5. Bu Anayasayla güvenceye bağlanmış hak ve özgürlüklerin kısıtlanması, hiçbir şekilde güvenceye bağlanmış hakkın özünü reddetmemelidir.*
130. Söz konusu meseleye geri dönüldüğünde Mahkeme, çalışma hakkının kısıtlanmış olduğu iddiasının Anayasa tarafından yasama yetkiyle donatılmış devlet kurumu olan Kosova Meclisi tarafından kabul edilen bir yasayı kapsadığını tespit etmiştir. Kısıtlama bu haliyle, 55. madde 1. fıkrasında belirtildiği şekilde yasa tarafından yapıldığı yönündeki başvuruyla örtüşmektedir.
131. Anayasa'nın 55. madde 2. fıkrasına göre kısıtlama, 49. maddede öngörülen haklar üzerine [...] *demokratik bir toplumda kısıtlama amaçlarına ulaşacak şekilde ancak konabilir.*
132. *Açık ve demokratik bir toplumda [...] zorunlu olduğu ölçüde* teriminin kavramı 55. madde 3, 4 ve 5. fıkralarında belirtilen gerekliliklerle bağlantılı yorumlanmalıdır. Bu gerekliliklerin her birinin diğer yanı da gözden geçirilmelidir. Gereklilikler şu şekilde sıralanmıştır:
- a. Anayasa hukukunun özü,
 - b. Kısıtlama amacının önemi,
 - c. Kısıtlamanın yapısı ve derecesi,
 - d. Kısıtlama ile varılmak istenen amaç arasındaki ilişki,
 - e. İlgili amaca daha küçük bir kısıtlama ile varılma ihtimali.

Anayasa hukukunun özüyle ilgili olarak

133. Mahkeme Anayasa'nın 49. maddesini hatırlatır:

Madde 49 [Çalışma ve Mesleğini Yerine Getirme Hakkı]

1. Çalışma hakkı güvenceye bağlıdır.

2. Her birey meslek ve işyerini seçmede özgürdür.

134. Bu hüküm Kosova'da uygulanabilir olan belgelerle ilişkilendirilerek yorumlanmalıdır.

135. Anayasa'nın 49. madde 2. fıkrası metninden Anayasa'nın iş ve meslek seçme özgürlüğünü güvence altına aldığı açıktır.

136. Mevcut başvuruda Mahkeme, Sağlık Yasası'nın 41.1 fıkrasının kamu sağlığı meslek erbabının meslek seçiminde herhangi bir kısıtlama getirmediği görüşündedir.

137. Sağlık meslek erbabı olmuş olanlar meslek tercihlerini üniversite ve diğer eğitim kurumlarına kayıt yaptırdıklarında yapmışlardır.

138. Ancak, devletin kamu sağlık kurumlarında çalışan sağlık meslek erbabının (yarım zamanlı sözleşme akdetmiş olanlar dahil) özel sektörde ek iş yapma yasağı getirmekle Anayasa'nın 49.2 fıkrasıyla güvence altına alınmış olan bir mesleği seçip bir işyerini tercih etme hakkına müdahale olup olmadığı değerlendirilmelidir.

139. Sekiz yılı aşkın bir süre yürürlükte olan mevzuatta böyle bir kısıtlama öngörülmediyse mevcut başvuruda bu husus daha önemlidir.

Kısıtlama amacıyla ilgili olarak

140. "çıkar çatışmasının önlenmesi" amacıyla Yasa'nın 41. maddesine bilerek balık konmuştur. Sağlık Yasası'nın bir bütün olarak amacı, bu Yasa'nın 1. maddesinde belirtilmiştir. Madde şöyledir:

Bu Yasa'nın amacı sağlığı teşvik etme, önleyici faaliyetleri yürütme ve sağlık bakımı ile ilgili genel kapsamlı ve kaliteli hizmetlerin sunulması sayesinde, Kosova Cumhuriyeti vatandaşlarının sağlığının korunması ve ilerletilmesi yönünde yasal bir zemin sağlamaktır.

141. Daha önce de belirtildiği şekilde Sağlık meslek erbabının aynı anda hem kamusal hem de özel sektörde istihdamının vatandaşlar açısından zararlı olduğu görülmüştür. Sağlık Bakanlığı bu şekilde "kamusal veya özel sektörde çalışma tercihi mecburiyetinin amacı hastaları özel sektöre yönlendirmekle kamusal sektörün kişisel çıkarlar için istismarının önlenmesidir. Aslında bu, hastaların kamusal veya özel sektör sağlık hizmetleri arasında tercih yapma haklarına aykırıdır.

142. Mahkeme, başvurucuların temsilcisinin kısıtlamanın meşruiyetine itiraz etmeyip amacın biraz sıkılaştırılmış tedbirlerle hedefe ulaşılacak istendiğini belirttiğini tespit etmiştir.
143. Netice itibarıyla Mahkeme, Yasa'nın 41. maddesindeki kısıtlamanın kamu açısından önemli olan bir çıkarı korunmasını hedeflemiş olduğu halde, sağlık alanının korunması lehine bir çıkar çatışmasını önlemeyi amaçlayarak kamusal sektörde kapsayıcı ve nitelikli bir sağlık hizmeti sağlamaya yarar.

Kısıtlamanın şekli ve ölçüsüyle ilgili olarak

144. Sağlık Yasası'nın 41. maddesinin başlığı "*Çıkar Çatışmasının Önlenmesi*" şeklindedir. Bu maddenin 1, 5 ve 6. fıkraları şöyledir:
- 1. Kamu sektöründe tam veya yarım zamanlı çalışan sağlık meslek erbabının sağlık hizmetlerine ilişkin özel kurumlarda çalışmaya hakkı yoktur.
[...]
5. Kamu sağlık kurumları kendi meslek erbabı ve çalışanlarına kamu kurumu içerisinde özel sağlık hizmeti verme imkanları sunabilirler.
6. Bu maddenin 5. fıkrasında belirtilen özel sağlık hizmeti Bakanlık tarafından çıkartılacak yasal hükümle düzenlenir.*
145. Özet olarak 41.1 fıkrası kamusal sağlık sektöründe istihdam edilmiş sağlık hizmetleri meslek erbabının tamamının özel sektör sağlık hizmetleri kuruluşlarından tümünden herhangi birinde çalışmalarını yasaklar. Bu yasak sağlık meslek erbabının tam veya yarım zamanlı olarak kamusal sektör sağlık hizmetinde çalışıyor olması halinde geçerlidir.
146. Diğer yandan 41.5 fıkrası kamusal sağlık sektöründe istihdam edilmiş sağlık hizmetleri meslek erbabının kamusal sağlık hizmetleri kuruluşu yöneticisinin izniyle aynı kurum içerisinde özel hizmet vermeye izin verir. Bu tür izinlerin ne zaman ve nasıl verileceği meselesi Sağlık Bakanlığı tarafından çıkartılacak yasal hükümlerle düzenlenir.
147. Mahkeme, 41.1 fıkrasında öngörülen yasakların kamusal sağlık hizmetleri sektöründe çalışan sağlık meslek erbabının özel sektörde çalışarak veya bir işletmeyle böyle bir ilişki kurarak gelirlerini arttırmayı kesin bir şekilde sınırladığını tespit etmiştir.
148. Kamusal sağlık hizmetleri kurumlarında özel sağlık hizmeti vermeye izin verilebiliyor olmasına karşın bu izinlerin şekli ve ölçüsü yasayla belirtilmemiştir.
149. Mahkeme, 2004/4 sayılı 2004 yılına ait Sağlık Yasası'nın 98.2 fıkrasındaki hüküm kamusal sağlık hizmeti kurumlarının mesai zamanından sonra bina ve araçlarını özel sektör sağlık hizmeti kurumlarına kiralama imkanını tanımış olup artık bu hüküm değiştirilmiştir.

150. Mahkeme, 41. madde ile belirlenmiş kısıtlamanın şekli ve ölçüsünün sağlık meslek erbabının mesleğini özel veya kamusal sektörde icra etmeyi temelden sınırlandırmak olduğunu tespit etmiştir.
151. Mahkeme, kısıtlamanın şekli ve ölçüsünün, sağlık meslek erbabının sahip oldukları hakları keskin bir şekilde sınırlandırdığı görüşündedir.
152. 41. madde ile oluşturulan kamusal sağlık hizmeti kurumu içerisinde sağlık hizmeti verme imkanı henüz yasayla tanımlanmamış, ancak bu kısıtlamanın şekli ve ölçüsünü önemli ölçüde değiştirecek gibi görünmüyor.

Kısıtlama ile ulaşılmak istene amaç arasındaki ilişkiyle ilgili olarak

153. Anayasa'nın 55. maddesinde belirtildiği üzere temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanma şekli AİHS'nin 8-11. maddelerinde öngörülen hak kısıtlamalarıyla karşılaştırılabilir.
154. Dahası Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi [*...]*toplumun genel yararının gerektirdikleri ile bireyin temel haklarının korunmasının gerektirdikleri arasında adil bir denge arayışı, Sözleşme'nin bütününe içkin bir husustur (bkz. *Soering v. Birleşik Krallık*, başvuru no: 14038/88, 7 Temmuz 1989, § 89.) ifadesini kullanmıştır.
155. Her ne kadar çalışma hakkı AİHS ile korunmuş olmasa bile "*demokratik bir toplumda gerekli*" testinin kıyas yoluyla AİHM tarafından hangi şekilde yapıldığı anlaşılabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Silve ve diğerleri v. Birleşik Krallık* (başvuru no: 5947/72, no: 6205/73, no 7052/75, 7061/75, no:7107/75, no: 7113/75, no 7136/75, 25 Mart 1983, §97) şu ifadeye yer verilmiştir:

97. Mahkeme, "demokratik bir toplumda gerekli" deyiminden ne anladığını, bu deyim üzerinde dönen sorunların incelenmesinde Mahkeme'nin işlevinin niteliğini ve bu işlevleri nasıl yerine getireceğini bir kaç kez belirtmiştir. Burada belirli prensipleri özetlemek yeterlidir:

(a) "gerekli" sıfatı, "zorunlu" sıfatıyla anlamdaş olmadığı gibi, "kabul edilebilir", "olağan", "yararlı", "makul" veya "arzu edilebilir" gibi ifadelerin esnekliğine de sahip değildir (bk. 07.12.1976 tarihli Handyside kararı, § 48);

(b) Sözleşmeciler Devletler kısıtlamalar getirirken sınırsız olmayan, belirli bir takdir alanı kullanırlar; kısıtlamaların Sözleşme'yle bağdaşır olup olmadığı konusunda son sözü söylemek, Mahkeme'nin görevidir (bk. aynı karar, § 49);

(c) "demokratik bir toplumda gerekli" deyimini, bir müdahalenin Sözleşme'ye uygun olabilmesi için, diğer şeylerle birlikte, "toplumsal ihtiyaç baskısı"nı karşılamak ve "izlenen meşru amaçla orantılı" olmak zorunda olduğu anlamına gelir (bk. aynı karar, § 48-49);

(d) Sözleşme'nin güvence altına aldığı bir hakka istisna getiren hükümler, dar yorumlanmalıdır (bk. yukarıda geçen Klass ve diğerleri kararı, § 42).

156. Kısıtlamanın zorunlu olduğu hususuyla ilgili olarak Mahkeme, Sağlık Bakanlığı'nın yazılı cevabında "vatandaşlar kamu sektöründe çalışan bir hekimin kamudaki mesaisini tamamladıktan sonra özelde onun hizmetinden yararlanmak için bekleyemezler" ifadesine yer verdiğini tespit etmiştir.
157. "Demokratik bir toplumda gerekli" ifadesinin yorumlanmasında uygulanması gereken ilke, temel bir hakkın kısıtlanmasının "ivedi bir sosyal ihtiyaçla" örtüşmesi ve kısıtlamanın "izlenen meşru amaçla doğru orantılı" olmasıdır.
158. Bu genel ilkelerin uygulanmasında Mahkeme, bireylerin çalışma hakkı ve meslek tercihi özgürlüğü ile toplumun kapsayıcı ve nitelikli kamu sağlığı hizmetleri sağlamaya yönelik meşru çıkarları arasında adil bir denge olup olmadığını belirlemek durumundadır. Mahkeme, Sağlık Yasası'nın 41. maddesiyle öngörülen kısıtlamanın niteliğinin ulaşılmak istenen eksiksiz ve nitelikli sağlık hizmeti hedefiyle orantılı olduğundan emin olmak zorundadır.
159. Mahkeme, kamusal sağlık hizmetleri sisteminde istihdam edilmiş sağlık hizmetleri meslek erbabının özel sağlık hizmetleri kurumlarında çalışmalarına yönelik yasağın onların iki işyerinde aynı anda çalışmalarını önlemeyi amaçlamadığını tespit etmiştir. Aslında böyle bir yasak sağlık hizmetleri meslek erbabının sözleşme yükümlülükleri çerçevesinde zaten mevcuttur. Bunun yerine Salık yasası 41. madde hükümleri sağlık hizmetleri meslek erbabının mesai saatleri dışında özel sağlık kurumlarında çalışmalarını yasaklamıştır.
160. Mahkeme, böyle bir yasağın kamusal sektörde kapsayıcı ve nitelikli bir sağlık hizmeti amacına nasıl hizmet edeceğinin örneklendirilmediğini tespit etmiştir. Yukarıda belirtildiği şekilde yasak, kamusal sağlık hizmetleri sisteminde istihdam edilmiş sağlık hizmetleri meslek erbabının özel sağlık hizmetleri kurumlarında çalışmalarına yönelik yasağın onların iki işyerinde aynı anda çalışmalarını önlemeyi amaçlamadığı açıktır. 41. madde sağlık hizmetleri meslek erbabının çalışmakta oldukları sağlık kurumunda özel sağlık hizmetleri etkinliklerinde yer almalarına imkan tanıdığından, bu yasak ile yukarıda belirtilen amaç arasındaki ilişki daha açıktır.
161. Kamu kuruluşlarında çalışan sağlık hizmetleri meslek erbabının iki iş yapmaya ve hastaların özel sağlık kurumlarına gerekçesiz yönlendirilmesine yönelik bu kısıtlama, sağlık hizmetleri erbabının özel sektörde oldukça yüksek fiyatlarla aynı hizmeti sunma lehine hastalara kamusal sektörden hizmetten mahrum bırakıp kamusal sağlık kuruluşları üzerinden çıkar elde etmeyi önlemek amacıyla mı tasarlanmıştır? Bu davada bu husus sağlık hizmetleri meslek erbabı kamusal sektörünün gerektiği ve istikrarlı şekilde yönetilmesi ve sektör çerçevesinde sağlıklı bir mesleki disiplinin sağlanması meselesidir.

162. Mahkeme bu koşullarda sağlık hizmetleri meslek erbabının kamusal ve özel sektörde çalışmalarının yaygın şekilde yasaklanmasının Sağlık Yasası'nda ulaşılmak istenen kamusal amaçlar için namüsaıt araç olduğunu tespit etmiştir.
163. Mahkeme bu doğrultuda Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin şirket özgürlüğü ve taksilerin lisans almalarına ilişkin bir kararına (21/1994, 16 Nisan 1994) atıfta bulunmak ister. Bu kararda Macaristan Anayasa Mahkemesi, yerel hükümetlere taksi lisans sayısını sınırlandırmalarına imkan veren bir tüzük hükmünü anayasaya aykırı olduğunu ilan etmiştir. Macaristan Anayasa Mahkemesi şunu belirtmiştir:

Bu yönetmelik birçok esasa göre anayasaya aykırıdır.

(a) Anayasa Mahkemesi, taksicilik sektöründe nesnel olarak meslek seçimini gerekli ve orantılı bir şekilde tanımlayabilmiş olan bir anayasal hüküm veya çıkarı tespit etmeye başarılı olamamıştır. Yasama organı tarafından sunulan gerekçeler özellikle temel bir hakkın anayasal kısıtlama ihtiyacını karşılamak için yetersizdir. Ulaştırma, İletişim ve Su Bakanı şunu yazmıştır: "Onun istenmeyen genişlemesi, hizmet kalitesinin bozulma, hizmet için daha yüksek bir fiyatın oluşturulması, girişimcilerin çoğunluğunun likidite ve iflas eksikliği, vergiler ve servis ücretleri ödenmemesi"; onların "-taksi pazarında kendini düzenleyen mekanizmasının yokluğu dikkate alınarak verilen eliminasyon ve tüketici koruma firma müdahale gerektirir". Ama bu "müdahale" temel bir anayasal hakkının temel içeriğinin ihlali oluşturamaz. Numerus clausus ile kurumsal haklarda yapılan kısıtlama rekabet düzenlemesine ilişkin bir anayasal enstrüman değildir, vergi toplama için bir alternatif olarak hizmetin kalitesini yükseltmek için kullanılamaz. Rakiplere yönelik baskı gibi taksi pazarındaki anomali, diğer idari araçları kullanarak çözümlenmelidir (örneğin, ortak harçların ödenmesi zorunlu makbuz verme ve taksimetrelerin zorunlu olarak taktırılmasıyla düzenlenebilir, bu mesleğe girişi kısıtlayarak değil). Kamu idaresi, temel hakların kısıtlanmasıyla kendi yükünden kurtulamaz.

(b) Yerel hükümetleri taksi sayısını kararla sınırlandırmaya yetkilendiren düzenleme de anayasaya aykırıdır. Çünkü bu yetkilendirme kısıtlama getirmeye ilişkin herhangi bir kıstas içermemektedir (bu durum, kısıtlamanın hiçbir anayasal temeli olmadığı olgusundan kaynaklanmaktadır - bkz. (a) paragrafı). Temel bir hakka dolaysız olarak getirilen önemli bir kısıtlama yalnız yasa ile sağlanabilir (Aralık 64, 1991 [XII., 17], AB [MK 1991/139]). Yerel hükümetler böyle bir yekinin kayıtsız şartsız olarak verilmesi Anayasa ile engellenmiştir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi, 1988 tarihli kararın I 19 hükmünü değiştiren LXXVIII sayı 1992 tarihli kararın s. 1 (2) geçersiz ilan etmiştir.

Amacın daha küçük bir kısıtlamayla gerçekleştirilmesi imkanıyla ilgili olarak

164. Mahkeme, Meclis temsilcisinin dinlendikten sonra Meclis'in yasayı kabul sürecinde kamusal sağlık hizmetleri sektörüne Sağlık Yasası'nın 41.1

fıkrasından öngörüleninden daha küçük bir kısıtlamayla kapsayıcı ve nitelikli hizmet sağlamaya yönelik mevzuat hedefine ulaşma imkanının tartışıldığını gösterecek bir cevap sunulmadığını tespit etmiştir.

165. Sağlık Bakanlığı temsilcisi Mahkeme'nin aynı sorusuna cevap verirken sınırlı bütçe ve uygun denetim mekanizmasının bulunmayışından dolayı vatandaşların mali kayıplarının önlenmesi için yegane seçeneğin Yasa'nın 41.1 fıkrasında tarif edilen ikili sağlık uygulamalarının önlenmesinin olduğunu belirtmiştir.
166. Daha önce de belirtildiği şekilde Sağlık Bakanı, mesleği kötüye kullananlara yönelik disiplin cezaları gibi tedbirlerin sağlık müfettişleri bulunmadığı için elverişsiz olduğunu değerlendirmiştir (ülke genelinde sadece 12 sağlık müfettişi bulunmaktadır).
167. Diğer yandan başvuru sahiplerinin temsilcisi, ikili uygulamaları kısıtlamak yerine kamu sağlığındaki görevlerini kötüye kullananlara karşı katı tedbirlerin alınması gerektiğini belirtmişlerdir.
168. Hem başvuru sahiplerinin temsilcisi hem Sağlık Bakanı, sağlık hizmetleri meslek erbabının çalışmalarını gerekli şekilde denetleyecek bir sağlık stratejisinin sağlık meslek erbabının mesleklerinin icrasında istismarları önlemede faydalı olacağı görüşünü belirtmişlerdir.
169. Daha küçük bir kısıtlama için tavsiyelerde bulunmak Mahkeme'nin görevi olmayıp ancak başka diğer tedbirlerin dikkate alınmadığı tespit edilmiştir.
170. Mahkeme bu doğrultuda Çalışma Yasası'nın 85. maddesinin görev ihlaline karşı disiplin tedbirlerini öngördüğünü hatırlatır. Bu yasanın 86. maddesi cezai müeyyideleri öngörmüştür.
171. Mahkeme, Sağlık Bakanlığı'nın fonların ve sağlık müfettişlerinin eksiliği yüzünden mevcut mevzuatın çıkar çatışmasını önlemede yetersiz olduğu yönündeki argümanlarını yeterli bulmamıştır.
172. Mahkeme, Çalışma Yasası hükümlerinin kamusal sağlık hizmetlerinde çalışan meslek erbabının boş zamanlarında özel sektör sağlık hizmetlerine katılımını spesifik bir şekilde kısıtlamaksızın istenen amaca ulaşmayı sağlayabileceği görüşündedir.
173. Bu alternatif araç, ilgili amaca ulaşmak için etkinlik bakımından yasa yapıcı tarafından seçilmiş olan araçlarla eşit olabilir.
174. Sonuç olarak Mahkeme, 41. maddenin bireylerin mesleklerini seçme özgürlüğü çıkarı ile eksiksiz ve nitelikli sağlık hizmeti sağlamaya yönelik kamusal çıkarlar arasında adil bir dengeye ulaşamadığını tespit etmiştir. Mahkeme özel anlamda, özel sağlık kurumlarında çalışmanın yasaklanmasının Kosova vatandaşlarının sağlığının korunması ve iyileştirilmesi hedefine doğru kapsayıcı ve nitelikli sağlık hizmetleri sağlama amacıyla doğru orantılı araç olmadığını tespit etmiştir.

175. Mahkeme, Sağlık Yasası'nın 41. madde hükümlerinin Anayasa'nın 49. maddesiyle güvence altına alınan çalışma hakkını kısıtladığını ve bu kısıtlamaların Anayasa'nın 51. maddesinde öngörülen kısıtlamalara uygun olmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle Sağlık Yasası'nın 41. maddesi Anayasa'ya uygun değildir.

BU SEBEPLERDEN DOLAYI

Anayasa'nın 113.5 fıkrası, Anayasa Mahkemesi Hakkında Yasa'nın 20 ve 27. maddeleri ile İçtüzüğü'nün 54, 55 ve 56. kuralları uyarınca Anayasa Mahkemesi'nin 15 Mart 2013 tarihinde yapılan duruşmasında:

- I. Oybirliğiyle başvurunun kabul edilir olduğuna,
- II. Oyçokluğuyla 04/L-125 sayı ve 13 Aralık 2012 tarihli Sağlık Yasası 41. madde 1, 5 ve 6. fıkralarının Kosova Cumhuriyeti Anayasası'nın 49. maddesine [Çalışma ve Mesleği İcra Etme Hakkı] aykırı olduğuna,
- III. 04/L-125 sayı ve 13 Aralık 2012 tarihli Sağlık Yasası 41. madde 1, 5 ve 6. fıkralarının hükümsüz olduğuna,
- IV. Mahkeme'nin bu kararının yürürlüğe konmasıyla 04/L-125 sayı ve 13 Aralık 2012 tarihli Sağlık Yasası 18, 19, 41 ve 60. maddelerinin askıya alınmasına ilişkin kararların son bulacağına,
- V. Kararın Yasa'nın 20.4 maddesi uyarınca taraflara bildirilip Resmi Gazete'de yayımlanmasına karar verilmiştir.
- VI. İşbu karar derhal yürürlüğe girer.

Raportör Yargıç

Anayasa Mahkemesi Başkanı

Ivan Čukalović, imza

Prof. Dr. Enver Hasani, imza