

"...

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemini içeren 6.12.2007 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

'III. GEREKÇE

1) 12.3.2008 tarih ve 5748 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1 inci Maddesi ile değiştirilen 7.5.1987 Tarihli ve 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun Ek 1 inci Maddesinin İkinci Fıkrasının Üçüncü, Dördüncü ve Beşinci Cümlelerinin Anayasa'ya Aykırılığı

5748 sayılı Yasa'nın ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının iptali istenen üçüncü ve dördüncü fıkralarında, Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde klinik şefi, klinik şef yardımcısı ve başasistan kadrolarına atamaların, ilgili dalda uzman olan tabipler arasından Bakanlıkça yapılacak veya yaptırılacak yazılı ve sözlü mesleki sınav sonuçlarına göre yapılacağı, bu sınavlara mesleki çalışma, bilimsel yayın ve yabancı dilde yeterliliği bulunanlar katılabileceği belirtildikten sonra iptali istenilen beşinci cümlesinde 'Yeterlilik kriterleri ile sınavlara ilişkin usûl ve esaslar yönetmelik ile düzenlenir.' hükmüne yer verilmiştir.

Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerindeki klinik şefi, klinik şef yardımcısı ve başasistanların birer kamu görevlisi oldukları kuşkusuzdur.

Anayasa'nın 'Egemenlik' başlığını taşıyan 6. maddesinde; 'Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz', 7. maddesinde; 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez.' denilmektedir. Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında da, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir denilerek, memuriyete girişten emekliliğe kadar memuriyet statüsünün kanunla düzenlenmesi esası öngörülmüştür.

Anayasa Mahkemesinin 11.6.2003 tarih ve E.2001/346, K.2003/63 sayılı kararında,

'Anayasa'nın çeşitli maddelerinde yer alan kanunla düzenlemeden neyin anlaşılması gerektiği Anayasa Mahkemesinin birçok kararında açıklanmıştır. Buna göre yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer. Ancak, yasada temel esasların ve çerçevenin belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz. Esasen Anayasa'nın 8. maddesinde yer alan, 'Yürütme yetkisi ve görevi anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir' hükmünün anlamı da budur.'

denilmiştir. Yine Yüce Mahkemenin bu kararında,

'Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre kamu personeline ilişkin statü esaslarının ve bu bağlamda hizmetten ayrılmaya ilişkin kuralların kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Yasayla düzenleme belirli konulardan kavram, ad ve kurum olarak söz etmek anlamına gelmeyip, düzenlenen alanda temel ilkelerin konularak çerçevesinin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak, yasada temel esasların belirlenmiş olması koşuluyla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntılar yürütme organının takdir yetkisine bırakılabilir.'

denilerek kanunla düzenlemeden neyin anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmuş ve kamu personelinin statü esaslarının kanunla düzenlenmesi gerektiği de özellikle vurgulanmıştır.

5748 sayılı Yasa'da gerek Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerindeki klinik şefi, klinik şef yardımcısı ve başasistan kadrolarına atanmak için Bakanlıkça yapılacak veya yaptırılacak yazılı ve sözlü mesleki sınavlara, gerek bu sınavlara katılmak için mesleki çalışma, bilimsel yayın ve yabancı dilde aranacak kriterlere ilişkin temel ilkeler konularak çerçevesi çizilmemiş, iptali istenilen beşinci cümlede, yeterlilik kriterleri ile sınavlara ilişkin usul ve esasların belirlenmesi tümüyle yönetmeliğe diğer bir anlatımla idareye bırakılmıştır.

Bu durumda, iptali istenen söz konusu kural yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verildiği kuşkusuzdur. Böyle bir yetkilendirmenin; Anayasa'nın 8 inci maddesinde ifade edilmiş olan yürütmenin kanuniliği ilkesi ile bağdaşmayacağı ve Anayasanın 7 nci maddesine aykırı bir yetki devri niteliği taşıyacağı ve Anayasa'nın yasa ile düzenlenmesini öngördüğü kamu personeline ilişkin statü esaslarında ve bu bağlamda atama ve sınava ilişkin hususlarda yürütmeye asli düzenleme yetkisini bıraktığından Anayasa'nın 128 inci maddesi ile de bağdaşmayacağı açıktır.

5748 sayılı Yasa'nın ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının iptali istenen beşinci cümlesinin iptali hâlinde üçüncü ve dördüncü cümlelerinin de uygulama olanağı kalmayacağından bu cümlelerin de iptali gerekmektedir.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasa'nın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun hukuk devleti, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesine yol açacak ve dolayısı ile Anayasa'nın 2 nci maddesinin yanı sıra, 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 12.3.2008 tarih ve 5748 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1 inci maddesi ile değiştirilen 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü, dördüncü ve beşinci cümleleri Anayasa'nın 2 nci, 7 nci, 8 inci, 11 inci ve 128 inci maddelerine aykırı olup, iptalleri gerekmektedir.

2) 12.3.2008 tarih ve 5748 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1 inci Maddesi ile 7.5.1987 Tarihli ve 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun Ek 1 inci Maddesine İkinci Fıkradan sonra eklenen Üçüncü Fıkrasının Üçüncü, Dördüncü ve Beşinci Cümlelerinin Anayasa'ya Aykırılığı

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 1 inci maddesinin söz konusu üçüncü fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinde; Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde, profesör veya doçentlerden klinik şefi veya klinik şef yardımcısı kadrolarına atanmak isteyenler için mevcut toplam kadroların % 35'ini geçmemek üzere ayrılan kadroların

Bakanlıkça ilan edileceği, ilgili uzmanlık alanlarında profesör veya doçentlik unvanını almış olanlar ilanda belirtilen kadrolardan sadece birisine müracaat edebilecekleri öngörülmüş, bu fıkranın iptali istenen üçüncü, dördüncü ve beşinci cümlelerinde de; müracaat eden adayların bilimsel çalışmalarını ve eğitimci niteliklerinin Bakanlık tarafından, ilgili uzmanlık alanlarında tespit edilecek üç profesör veya klinik şefi tarafından değerlendirileceği, bu profesör veya klinik şeflerinin, adaylar hakkında mütalaalarını, öncelik sıralaması yaparak ayrı ayrı Bakanlığa bildirecekleri, bu mütalaalara göre de atamaların Bakanlıkça yapılacağı hükme bağlanmıştır.

İptali istenen kurallar ile, Tababet Uzmanlık Tüzüğü kapsamında uzman olan profesör ve doçentlerin Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerindeki klinik şefi ve şef yardımcılığı kadrolarına sınavsız atanması olanağı tanınmaktadır. Bu atamada belirleyici kriter, Bakanlığın tespit edeceği üç kişilik jürinin (seçici kurulun), adaylar hakkında öncelik sıralaması yaparak ayrı ayrı verecekleri 'mütalaa'dır.

Yapılan bu düzenlemede, adayların bilimsel çalışmalarının ve eğitimci niteliklerinin değerlendirilmesinde ne gibi kriterlerin esas alınacağı ve Bakanlığın tespit edeceği seçici kurulun mütalaalarında öncelik kriterlerinin neler olacağı belirtilmemiştir.

Anayasa'nın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur.

Bu durumda, ek 1 inci maddenin üçüncü fıkrasının iptali istenen üçüncü ve dördüncü cümleleri, belirlilik ve öngörülebilirlik özelliklerini taşımamaları nedeniyle, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığından Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırıdır.

Öte yandan iptali istenen dördüncü cümlede, seçici kurul üyelerinin öncelik sıralamasını hangi esaslara göre yapacaklarının belirlenmeyerek tümüyle bu üyelere bırakılması da, yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı düşen asli düzenleme yetkisinin devri niteliği taşımaktadır

Diğer taraftan, yapılacak atamalarda değerlendirilmesi öngörülen bilimsel çalışmaları ve eğitimci nitelikleri, adayların atanacakları klinik şef ve şef yardımcılığı görevlerinde kamu hizmetini yürütebilecek yeterliğe ve niteliğe sahip olduklarını gösteren Anayasa'nın 128 nci maddesinin aradığı ilkelerle (yetenek ve liyakat ilkeleri) uyumlu olmadığı da kuşkusuzdur. Şöyle ki;

Eğitim ve araştırma hastaneleri ülkemizin uzman hekimlerinin % 50'sini yetiştirmekte ve yoğun bir şekilde sağlık hizmeti sunmaktadır. Bu hastanelerdeki eğitici kadrolarında klinik şefi ve şef yardımcıları yer almaktadır.

Temel işlevi eğitim, öğretim, araştırma yapmak, uzman ve ileri dal uzmanları yetiştirmek olan eğitim ve araştırma hastanelerinin görevlerini en iyi ve etkin biçimde yerine getirebilmelerinin, kliniklere şef ve şef yardımcısı olarak atanacak kişilerin nitelikleriyle doğru orantılı olduğu açıktır. Bu nedenle klinik şef, şef yardımcılığı atamalarının nesnel ölçütlere göre yapılmasında kamu yararı bulunduğu açıktır.

İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetleri memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmekte, memurlarla diğer kamu görevlilerinin hizmet koşulları,

nitelikleri, atanma ve yetiştirilmeleri, ilerleme ve yükselmeleri, ödev, hak, yükümlülük ve sorumlulukları, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri tümüyle idare hukukunun düzenleme alanına girmektedir. İdare hukukunda memur ve kamu görevlileri yönünden 'liyakat ilkesi' ile 'kariyer ilkesi' iki temel ilkedir. Liyakat ilkesine göre uzmanlaşma asıldır. Çünkü liyakat, hizmetin en iyi biçimde görülmesini sağlayan niteliklerin tümünü içerir. Bu ilke, kamu hizmetlerinde ve kamu kuruluşlarında göreve alınacak personelin atanmasından, görevden çıkarmaya değin tüm hizmet ve koşullarda ehliyeti esas alır. Ayrıcalığa ve keyfî takdire yer vermeyen bu ilke, hukuk devleti ilkesinin, siyasal ve sosyal haklar düzeninin bir sonucudur. Kariyer ilkesi ise, görevlinin deneyim ve beceri kazanarak ilerlemesi ve yeteneğini arttırması olup, bir anlamda uzmanlaşma, bir anlamda da birbirine bağlı iş ve hizmetler serisidir. Kamu personelinin, belirli statülerde sınıflandırılmış uzmanlık grupları durumunda sürekli çalışarak ve yetişerek, idari hiyerarşide yükselme koşuluyla kamu hizmetlerini görmesidir. Hizmet süresi ve liyakata yer veren kariyer sisteminde, sınıflar içerisinde dereceler, kademeler ve hiyerarşi bağı zorunlu olup ilerleme ve yükselme koşut bir ücret uygulaması yapılır. Anayasa'nın 128 nci maddesinin gerekçesi de bu doğrultudadır. Nitekim madde gerekçesinde *'Getirilen önemli bir ilke de kamu hizmeti görevlilerinin hizmete alınmalarında yetenek ve liyakat ilkelerine uyulması zorunluluğudur'* denilmiştir.

Görülmektedir ki, kamu görevlisinin statüsü, kamu hizmetinin amacına uygun olarak idare hukuku ilkeleri çerçevesinde düzenlenen bir statüdür. Kamu görevlisi, idare hukukunun öngördüğü, idare hukuku ölçütlerine uygun olarak kamu hizmetini yürütebilecek yeterliğe ve niteliğe sahip olmak zorundadır. Yükselmesi de, idare hukukunca geçerli deneyimi kazanmasına bağlıdır.

Açıklanan nedenlerle, klinik şefi ve şef yardımcılığına atanmada adayların sadece bilimsel çalışmaları ile eğitimci niteliklerini gözeten iptali istenen kurallar, Anayasa'nın 128 nci maddesine açıkça aykırıdır.

Sağlık Bakanlığı, 12.08.2000 gün ve 24138 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Tababet Uzmanlık Yönetmelik değişiklikleri ile; özetle üç aşamalı yapılan ve ilk iki aşaması ÖSYM tarafından merkezi olarak yapılan bilim sınavını ve sınav jürilerinin kur'a ile belirlenme esasını kaldırmış ve eğitim ortamını olumsuz etkileyecek bir çok yeni düzenleme getirmiştir. Bu değişikliklerin iptali için açılan davada Danıştay 5. Dairesi, 16.6.2004 tarih ve E.2003/2399, K. 2004/2914 sayılı kararıyla dava konusu yapılan maddelerin iptaline karar vermiştir. İptal edilen maddeler arasında 5 kişilik jüri üyelerinden tıp fakültesinden seçilen üye hariç olmak üzere dört jüri üyesinin kur'a ile seçilmesi uygulamasını kaldıran ve jüri üyelerinin Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenmesine ilişkin düzenleme de bulunmaktadır. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E.2004/2655, K.2005/2557 sayılı kararı ile Daire kararını onamıştır (Ek.1,2).

Danıştay 5. Dairesi söz konusu kararlarında,

"eğitim hastanelerinin temel fonksiyonları, 'öğretim, eğitim ve araştırma yapmak ve uzman ve ileri dal uzmanları yetiştirmek' olarak belirlenmiş olup; bu hastanelerin, yukarıda sözü edilen mevzuat hükümleriyle ayrıntılı olarak tespit edilmiş olan görevlerini 'en iyi ve etkin bir şekilde' yerine getirebilmeleri, eğitim hastanelerindeki ilgili birimlerin başına şef olarak atanacak kişilerle bunlara yardımcı olmak üzere şef yardımcılığına atanacak kişilerin öncelikle çok iyi bir 'eğitimci-uygulayıcı' olma niteliğine sahip bulunmalarıyla mümkündür.

Öte yandan, anılan hastanelerde eğitimlerini tamamlayarak görevlerini yapmak üzere yurdun çeşitli yerlerinde görevlendirilecek olan tabiplerin, aldıkları eğitim doğrultusunda

mesleklerini icra edecekleri de dikkate alındığında, salt bu durum dahi, asistan ve uzman yetiştirme ile ilgili sağlık kamu hizmetini yürüten şef ve şef yardımcılarının, mesleki bilgi ve mesleki uygulama yönlerinden 'yetkin' kişiler olması gerekliliğini ön plana çıkarmaktadır.'

denilerek tıpta uzmanlık eğitiminin ve bu eğitimi yürütecek olan personelin niteliği açıklandıktan sonra,

"tıpta uzmanlık eğitiminin niteliği, bu eğitimi yürütecek personelle ilgili olarak yukarıda belirtilen hususlar ile nesnel değerlendirme ilkesinin uygulamaya geçirilmesinin önemi ve hizmet gerekleri göz önünde tutulduğunda, başasistan seçimini yapacak beş kişilik jüriden dördünün Bakanlıkça kura yöntemi uygulanmaksızın re'sen belirlenmesine ilişkin 15.maddenin 2. fıkrasının, ilk cümlesinde eksik düzenleme nedeniyle hukuka uyarlık görülmemiştir" şeklinde iptal gerekçesi belirtilmiştir.

4 jüri üyesinin kura yöntemiyle objektif ölçütlere göre seçilmesi uygulamasını kaldıran Yönetmelik hükmünün Danıştay 5. Dairesinin yukarıda açıklanan kararıyla iptal edilmesi üzerine bu defa yasal düzenleme yoluna gidilmiş ve 20.10.2005 tarih ve 5413 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin, 07.05.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklediği '*Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde klinik şefi ve klinik şef yardımcılığı kadrolarına; ilgili dalda uzman olan profesör veya doçentler ile ilgili dal tabipleri arasından Bakanlık tarafından atama yapılır.* Ancak, profesör veya doçent unvanına sahip olmayan uzman tabiplerin klinik şefi ve klinik şef yardımcılığı kadrolarına atanmalarında, yapılan sınavlarda başarılı olma şartı aranır. Sınavların usul ve esasları, Bakanlık tarafından hazırlanan ve bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir.' tümceleri ile Tababet Uzmanlık Tüzüğü kapsamında uzman olan profesör ve doçentlerin, Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerindeki klinik şefi ve şef yardımcılığı kadrolarına doğrudan Bakanlık tarafından atanması olanağı getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 12.12.2005 tarih ve E.2005/145, K. 2005/23 (Yürürlüğü Durdurma) sayılı kararı ile söz konusu tümcelerin, '*Anayasa'ya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bulunduğu ve uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların doğabileceği gözetilerek*' esas hakkında karar verilinceye kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Görüldüğü üzere, eğitim ve araştırma hastanelerindeki klinik şefliği ve şef yardımcılıklarına profesör ya da doçentler arasından atama yapılırken jüri üyelerinin seçilmesini, nesnel değerlendirme ilkesine dayanan kura yöntemi yerine siyasi kimliği önde gelen ve çeşitli baskılar altında bulunan Bakan'ın öznel değerlendirmelerine; atamaların yapılmasını Bakan'ın mutlak takdirine bırakan düzenlemelerin hukuka ve Anayasa'ya aykırılığı, Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma ve Danıştay 5. Dairesinin kararları ile tescil edilmiştir.

Bu durumda, Anayasa'nın 138 inci maddesinde '*mahkeme kararlarına uymak, bunları değiştirmeden ve geciktirmeden yerine getirmek*' zorunluluğundan, 153 üncü maddesinde de açıkça '*Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarıyla yönetim makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağladığından*' sözedilip kesinliği vurgulandığına göre, bu kararlara aykırı düzenlemelere ve girişimlere geçerlik tanınamayacağı gibi, kararları etkisiz ve sonuçsuz kılacak yolların izlenmesi de hoşgörüle karşılanamaz.

Öte yandan Devlet erklerinin, yürütmenin eyleminin yasa sınırları içinde kalması yerine, yasanın yürütmenin eylemine uydurulması şeklinde kullanılmasının, kuvvetler ayrılığı ve Anayasa'nın 2 nci maddesinde ifade edilmiş bulunan hukuk devleti ve 8 inci maddesinde ifade edilmiş yürütmenin kanuniliği ilkesi ile bağdaştırılmasının mümkün olamayacağı açıktır.

Açıklanan nedenle iptali istenen kurallar, Anayasa'nın 2 nci, 8 inci, 138 inci ve 153 üncü maddelerine de aykırı düşmektedir.

Klinik şefi ve şef yardımcılığına atanacak adayların bilimsel çalışmalarını ve eğitimci niteliklerini değerlendirerek atamaya esas mütalaa bildirecek olan üç kişilik seçici kurulun tüm üyelerinin belirlenmesini Bakanlığa bırakan ek 1 inci maddenin üçüncü fıkrasının iptali istenen üçüncü cümlesi, nesnel değerlendirme ilkesi ile hizmet gerekleri göz önünde tutulmadan yapılmış bir düzenleme olduğundan kamu yararına da dayanmamaktadır.

Bir hukuk devletinde, devlet erki kullanılarak yapılan tüm kamu işlemlerinin nihaî amacının 'kamu yararı' olması gerekir. Bu gereklilik, kamu yararını, yasama organının takdir yetkisi için de bir sınır konumuna getirir. Hiçbir kamu erki, kamu yararının gerçekleşmesini engelleyici biçimde kullanılamaz. Bir kamu hukuku tasarrufu olan kanunların partizan ve özel maksatlarla değil, 'kamu yararı' amacı ile çıkarılması gerektiği, Anayasa Mahkemesinin yerleşmiş kararlarının da bir gereğidir.

Bu nedenle söz konusu kural, Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasa'nın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasa'nın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 12.3.2008 tarih ve 5748 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1 inci maddesi ile 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 1 inci maddesine ikinci fıkradan sonra eklenen üçüncü fıkrasının üçüncü, dördüncü ve beşinci cümleleri Anayasa'nın 2 nci, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 128 inci, 138 inci ve 153 üncü maddelerine aykırı olup, iptalleri gerekmektedir.

3) 12.3.2008 tarih ve 5748 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Geçici Madde 1'inin Anayasa'ya Aykırılığı

İptali istenen geçici madde 1'de, Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde en az altı ay klinik şefliği veya klinik şef yardımcılığı görevini yürütmüş profesör ve doçentlerden, bu Kanun'un yayımını takip eden bir ay içinde bu görevlere atanma talebinde bulunanların, bilimsel çalışmalarının ve eğitimci niteliklerinin Bakanlık tarafından ilgili uzmanlık alanlarında tespit edilecek üç profesör veya klinik şefi tarafından değerlendirileceği, bu değerlendirme sonucunda yeterli bulunanların fiilen yürüttükleri görevlere ait kadro unvanlarına göre atamalarının yapılacağı öngörülmüştür.

5413 sayılı yasa TBMM'den ilk geçişini takiben Sayın Cumhurbaşkanı tarafından haklı gerekçelerle veto edilerek TBMM'ye iade edilmiş; ancak Hükümet aynı Yasayı TBMM'den değişiklik yapmadan geçirerek yürürlüğe girmesini sağlamıştır.

Yasa çıkar çıkmaz kısa süre içinde 175 klinik şefi ve şef yardımcısı atanmıştır. Atama yapılacak klinik şefi ve şef yardımcılığı kadroları hiçbir şekilde ilan edilmeden ve kimseye başvuru olanağı tanınmadan atamalar keyfi olarak ve çok kısa bir sürede yapılmıştır (Halk Sağlığı Uzmanları Derneği (HASUDER) Yönetim Kurulunun açıklaması).

Yukarıda (2) numaralı başlık altında açıklandığı üzere, söz konusu 175 atamanın yasal dayanağını oluşturan 20.10.2005 tarih ve 5413 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesinin, 07.05.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklediği tümcelerinin yürürlükleri, Anayasa Mahkemesinin 12.12.2005 tarih ve E.2005/145, K.2005/23 (Yürürlüğü Durdurma) sayılı kararı ile durdurulmuştur.

Böylece Sağlık Bakanlığı Eğitim ve Araştırma Hastanelerine Klinik Şefi ve Şef Yardımcılığı kadrolarına yapılan bu atamaların nesnel ve bilimsel ölçütlerle yapılmadığı ve bu atamaların hukuksal temeli olmadığı Anayasa Mahkemesinin kararı ile de tescil edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı vermesinden sonra hukuka saygılı bir idarenin etik kurallar gereği yürürlüğü durdurulan kural uyarınca yapılan atamaları geri alması ve özellikle yeni atamaları da yapmaması gerektiği çok açıktır. Ancak Sağlık Bakanlığı, atamaları geri almadığı gibi, yürütmeyi durdurma kararının verildiği 12.12.2005'ten, bu kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 17.12.2005'e kadar geçen sürede bile aynı atamaları yapmaya devam etmekte hiçbir tereddüt göstermemiştir (Halk Sağlığı Uzmanları Derneği (HASUDER) Yönetim Kurulunun açıklaması).

Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararını verip açıklamasından sonra yapılmış atamaların geri alınmaması ve kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı tarihe kadar yürürlüğü durdurulan hükme dayalı olarak atamaların yapılmasına devam edilmesi bir Hukuk Devletinde kabul edilmesi asla mümkün olmayan bir durumdur. Nitekim Danıştay 6. Dairesinin 24.12.1991 tarih ve E.1991/482, K.1991/3229 sayılı kararında,

'Anayasa Mahkemesince 3194 sayılı Yasa'nın 47. maddesi Anayasa'nın 2. ve 56. maddelerine aykırı bulunarak 11.12.1986 günlü, 1986/29 sayılı kararı ile iptal edilmiş, karar aynı gün Anayasa gereği devlet eliyle kurulan ve tarafsız bir kamu tüzel kişisi olan TRT Kurumu ve takip eden günde yazılı basın aracılığıyla tüm kamuoyuna duyurulmuş dolayısıyla Yasa maddesinin Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edildiği hususu tüm kamuoyunun özellikle konu ile ilgili bulunan idareler ve şahısların bilgisi dâhiline girmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda, idarece iptal edilen ruhsatın düzenleniş tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesinin iptal kararına kadar yürürlükte olduğu tartışmasız ise de daha sonra sözü edilen ruhsatın dayanağı olan yasa hükmünün Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi sonucu idarece geri alınmasında isabetsizlik bulunmamaktadır' denilmiştir.

Yürürlüğü durdurulan bu hükme göre yapılan atamaların iptali için açılan davalarda da Danıştay 5. Dairesi, 10.04.2007 tarih ve E.2007/773 sayılı ve 19.06.2007 tarih ve E.2007/3505 sayılı kararları ile dava konusu işlemlerin yürütmesi durdurmuştur (Ek 3,4).

Danıştay 5. Dairesinin söz konusu kararlarında,

"anılan Yasa maddesi hükmü ile davalı idareye klinik şef ve şef yardımcılığı kadrolarına ilgili dalda uzman olan profesör ve doçentler arasından sınavsız atama yapma konusunda takdir yetkisi tanınmış ise de, bu yetkinin mutlak ve sınırsız olmadığı, hukukun genel ilkeleri ile kamu yararı ve hizmet gerekleri ölçütü sınırları içinde kullanılabilecek nitelikte bulunduğu

kuşkusuzdur. Bu yetki kullanılırken, hukukun genel ilkelerinden eşitlik ilkesinin göz ardı edilemeyeceği, keza kamu yararı açısından objektiflikten vazgeçilemeyeceği, hizmet gerekleri yönünden de görev için en uygun olanı saptama konusunda gereken davranış biçiminin kullanılmasından geri durulamayacağı tartışmasızdır.

Bu itibarla, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 5413 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile eklenen Ek 1. maddenin ikinci fıkrası ile getirilen ikili atama biçiminin ne şekilde ve hangi esaslara dayalı olarak kullanılacağı hususunun düzenleyici bir işlemle saptanıp yapılacak atamalardan hangilerinin sınavla, hangi kadrolara ise sınavsız gerçekleştirileceğinin kurala bağlanmasından önce ve yalnızca sınav koşuluna tâbi olmayanlar arasından ve herhangi bir ölçüt de gözetilmeden, duyurulmadan atama yapılması, Yasa maddesinde öngörülen yetkinin hiçbir hukuki sınırına tâbi olmaksızın kullanılması anlamına gelmektedir ki, bunun hukuken kabulü mümkün değildir'

denilerek dava konusu atamaların yürütülmesi durdurulmuştur.

İptali istenen geçici madde 1 ile, atama işlemleri gerek yukarıda açıklanan gerek kamu oyuna yansıyan müteaddit yargı kararları durdurulan Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde en az altı ay klinik şefliği veya klinik şef yardımcılığı görevini yürütmüş profesör ve doçentlerden, bu Kanun'un yayımını takip eden bir ay içinde bu görevlere atanma talebinde bulunanlara söz konusu görevlere yeniden atanmaları yolu açılmakta ve bu suretle yargı kararları işlevsizleştirilmektedir.

Yukarıda (2) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle böyle bir düzenlemenin kuvvetler ayrılığı ve Anayasa'nın 2 nci maddesinde ifade edilmiş bulunan 'hukuk devleti' ve 8 inci maddesinde ifade edilmiş 'yürütmenin kanuniliği' ilkeleri ile, 138 inci maddesinde belirtilen 'Yasama ve yürütme organları ile idare mahkeme kararlarına uymak zorundadır' ve 153 üncü maddesinin 'Anayasa Mahkemesi kararları ' yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını bağlar' hükümleriyle bağdaştırılması mümkün değildir.

Hukuk Devleti olabilmenin bir başka göstergesi de yasalarda 'genellik' ilkesine uyulmasıdır. 'Yasaların genelliği' ilkesi, hukukun genel ilkelerinden birisi olup özel, aktüel ve geçici bir durumu gözetmeyen, belli bir kişiyi hedef almayan, aynı statüde olan herkesi kapsayan kuralların getirilmesini zorunlu kılar (Anayasa Mahkemesi'nin 20.11.1996 günlü, E.1996/58, K.1996/43 sayılı kararı).

Dava konusu kuralın, esas itibarıyla atama işlemleri yargı kararları ile durdurulanlar için getirildiği kuşkusuzdur. Bu nedenle iptali istenen kural, nesnellik ve genellik niteliklerinden yoksun olup, belirli durumlar için, belirli amaçlara ulaşmak amacıyla getirildiğinden Anayasa'nın hukuk Devleti kavramına aykırıdır.

Öte yandan geçici madde 1'de yer verilen, madde kapsamında bulunanların bilimsel çalışmaları ve eğitimci niteliklerinin Bakanlık tarafından ilgili uzmanlık alanlarında tespit edilecek üç profesör veya klinik şefi tarafından değerlendirileceği ve bu değerlendirme sonucunda yeterli bulunanların fiilen yürüttükleri görevlere ait kadro unvanlarına göre atamalarının yapılacağına ilişkin düzenleme; yukarıda (2) numaralı başlık altında iptali istenen kurallarla yapılan düzenlemenin aynı olduğundan bu başlık altında etraflıca belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 2 nci, 7 nci, 8 inci, 128 inci, 138 inci ve 153 üncü maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasa'nın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasa'nın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle 12.3.2008 tarih ve 5748 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Geçici Madde 1'i, Anayasa'nın 2 nci, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 128 inci, 138 inci ve 153 üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptali istenen kurallar Anayasa hükümlerine açıkça aykırı olduğu gibi, yasaların genelliği ilkesiyle bağdaşmayan kişiye özel bir kanun niteliği taşımakta ve özünde de kamu yararı amacına dayanmadığından uygulanmaları hâlinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların doğabileceği açıktır.

Öte yandan, Anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereğidir. Anayasa'ya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağına duraksama bulunmamaktadır. '"