**"...**

**I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇELERİ**

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

'1. 20.10.2005 Tarih ve 5413 Sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ve Sağlık Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 2 nci Maddesinin 10.07.2003 Tarihli ve 4924 Sayılı Kanunun 5 inci Maddesine Eklediği Fıkranın Birinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı.

Anayasanın 128 inci maddesine göre, '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. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.'

Anayasa Mahkemesi Sağlık Hizmetleri Temel Yasasının iptali istemi dolayısı ile verdiği kararda, hiçbir yasaya hiçbir kurala bağlı olmadan sözleşmeli personel çalıştırılmasının hukuksal yönden olanaksız olduğuna karar vermiş, ancak sözleşmeli personelin göreve alınma, görevden çıkarılma nedenleri ve çalıştırma koşulları yasada gösterildiği takdirde, bu tür sözleşmeli personelin diğer kamu görevlisi sayılabileceğine karar vermiştir.

Sağlık Bakanlığı'nın 'memur' statüsündeki personeli yanında 'sözleşmeli' statüsündeki personelinin de asli ve sürekli kamu hizmeti yürütmelerini temin etmek amacıyla, sözleşmeli personel statüsünün yasayla oluşturulması gerekir. Bu Anayasal zorunluluğun gereği olarak eleman temininde güçlük çekilen yerlerde çalıştırılacak sözleşmeli sağlık personelinin statüsü, 4924 ve 5413 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir.

Sağlık Bakanlığı'nın eleman temininde güçlük çekilen yerlerde çalıştıracağı sözleşmeli personelin aylıkları ve diğer özlük hakları 657 sayılı Yasadan farklı bir şekilde ancak, yine Yasa ile belirlenmektedir. 4924 sayılı Yasada 'izin', 'çalışma saatleri' 'sözleşmenin feshi', 'sosyal güvenlik' ve 'atanma' ya ilişkin düzenlemelerle sözleşmeli personele güvence sağlayan özlük hakları ile ilgili düzenlemeler vardır. Ayrıca, 4924 sayılı Kanunun 8 inci maddesi ile, Kanunda hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanuna tabi personel hakkında diğer kanunlarda aksine bir hüküm bulunmadıkça 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümleri uygulanması kabul edilmiştir.

4924 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde sözleşmeli personel pozisyonlarına 'atama' yapılacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin, 308 sayılı KHK'nin iptali için açılan davada verdiği E.1988/5, K.1988/55 sayılı Kararda aynen şöyle denilmektedir: 'Atama, gerek öğretide, gerek yargısal içtihatlarda birbiriyle uyumlu ve tutarlı biçimde bir şart işlem olarak nitelendirilmektedir. Şart işlemlerin temel karakteristiğini, objektif hukuktan gelen bir güç ve yetkinin kullanılması oluşturmaktadır. İşlemin konusunu, objektif hukuk kuralları düzenlediği için tarafların iradesinin belirleme yetkisi yoktur. Atama işleminde memur ya da diğer kamu görevlilerinin rolü, karşılıklı hak ve yükümlülüklerin, yetki ve sorumlulukların kural işlemleri önceden saptandığı, varolan ve doğmuş bir statüye intisap etmekten ibarettir.'

4924 sayılı Kanunun 1 inci maddesinde istihdam edilecek sözleşmeli personel unvanları ve bunlarda aranılacak nitelikler ekli (1) sayılı cetvelde gösterilmiştir. Cetvelde, baştabip, baştabip yardımcısı ve başhemşire unvanları yoktur.

(1) sayılı cetvelde gösterilen tabip, uzman tabip, hemşire gibi sözleşmeli personel atama yoluyla istihdam edilirken, söz konusu sözleşmeli personel 5413 sayılı Kanunla 4924 sayılı Kanunun 5 inci maddesine eklenen fıkranın ilk cümlesinde yer alan: 'Sözleşmeli personel, istihdam edildiği hizmet biriminde gereği halinde başhekim, başhekim yardımcısı ve başhemşire olarak görevlendirilebilir' cümlesi uyarınca baştabip, baştabip yardımcısı ve başhemşire olarak görevlendirilebilecektir.

Yani, daha üst görevler olduğunda şüphe olmayan baştabip, baştabip yardımcısı ve başhemşire görevlerine atama değil görevlendirme yapılacaktır.

657 sayılı Kanunun 69 uncu maddesinde 'idari görevlere atama', 86 ncı maddesinde 'vekalet görevi', 88 inci maddesinde 'ikinci görev', Ek Madde 8'de 'geçici süreli görevlendirme' düzenlenmiştir. 'Görevlendirme', 657 sayılı Kanunda yer almayan bir ifadedir. Görevlendirme ile ilgili 4924 ve 5413 sayılı yasalarda da herhangi bir düzenleme yoktur.

Bu anlamda görevlendirme ibaresi, memur veya diğer kamu görevlilerine güvence sağlayan bir ifade değildir. Buna karşılık 'atama' ibaresi memur veya diğer kamu görevlilerine güvence sağlayan unsurlardan biridir.

308 sayılı KHK'nin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde; 'O halde devlet, genel idare esasları dışındaki hizmetlerde birer çalıştırılan konumunda bulunan KİT'lerdeki sözleşmeli personelin hukuksal statüsünü belirlemek ve istihdam güvencesini sağlamak için, yapılacak idari sözleşmelere esas olmak üzere, Anayasanın 128 inci maddesinin ikinci fıkrasında memur ya da diğer kamu görevlilerine, 49 uncu ' 55 inci maddelerde işçilere ilişkin güvencelerin benzerlerini, KİT'lerin hizmet özelliklerine uygun öğeleri içeren bir çerçeve ile kurallara bağlamak zorundadır.' şeklinde yer alan anlatım, sözleşmeli personel için güvence getirilmesi gerektiğini belirtmekte, bunun yanında getirilecek güvencenin KİT'lerin hizmet özelliklerine uygunluğunu da öngörmektedir.

Sözleşmeli personelin atama veya görevlendirmesine ilişkin kurallarının yasa ile düzenlenmesi ve memurlara olduğu gibi diğer kamu görevlilerine de yasal güvence oluşturulması Anayasal zorunluluktur.

'Görevlendirme', 'atama' işleminden tamamen farklı olan ve memurlar veya diğer kamu görevlilerine güvence sağlamayan bir idari işlemdir.

Bu nedenle, 5413 sayılı Kanunla 4924 sayılı Kanunun 5 inci maddesine eklenen fıkranın ilk cümlesinde yer alan: 'Sözleşmeli personel, istihdam edildiği hizmet biriminde gereği halinde başhekim, başhekim yardımcısı ve başhemşire olarak görevlendirilebilir' cümlesi; Anayasanın 128 inci maddesinde yer alan 'Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir' kuralına aykırıdır.

Öte yandan, Sözleşmeli personelin, istihdam edildiği hizmet biriminde gereği halinde başhekim, başhekim yardımcısı ve başhemşire olarak görevlendirilebilmesi 'yürütmenin kanuniliği' ilkesine de aykırı bir düzenlemedir. Yasama organı, 'gerektiği hallerde' ibaresini kullanarak, yürütme organına gerektiği halleri asli olarak belirleme yetkisini yani asli düzenleme yapma yetkisini vermiştir.

Anayasada yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7 nci maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir.

Anayasanın 6 ncı maddesine göre, hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı için, söz konusu düzenleme Anayasanın 6 ncı maddesine de aykırıdır.

Devlet organlarının düzenli çalışması, yönetimde istikrarın sağlanmasıyla olanaklıdır. Yönetimde istikrar ise, kamu hizmetinin değişken öğesi olan iktidardaki siyasal partilerle değil, kamu hizmetinin değişmez öğesi olan kamu görevlilerine sağlanacak 'görev güvence'siyle gerçekleştirebilecektir. Kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması için, kamu görevlilerinin atama güvencesine kavuşturulmasında kamu yararı bulunmaktadır.

Anayasanın 128 inci, 6 ncı ve 7 nci maddelerine açıkça aykırı olan bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesiyle bağdaştığı söylenemez.

Çünkü hukuk devletinin, işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olması, hukukun üstünlüğü ilkesini içtenlikle benimsemesi, yasa koyucunun çalışmalarında kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı tutması, yasa koyucu da dahil devletin tüm organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olması, adil bir hukuk düzeni kurarak geliştirmeyi zorunlu sayması gerekir.

Hukuk devleti olmak, yönetilenlere hukuk güvencesi sağlayan bir düzen kurmaktır. Böyle bir düzenin kurulması, yasama ve yargı yetkileriyle yürütme alanına giren tüm işlemlerin hukuk kuralları içinde kalması ile gerçekleşebilir. Bu bağlamda hukuk devleti, her dilediğini yapamayan, kendini hukukla bağlı sayan ve tüm yetkilerinin sınırının hukuksal kurallarla belirlendiği Devlettir.

Ayrıca, Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 11 inci maddesindeki Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle uyum halinde olması da düşünülemez.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 5413 sayılı Kanunlun 2 nci maddesiyle 4924 sayılı Kanunun 5 inci maddesine eklenen fıkranın ilk cümlesinde yer alan: 'Sözleşmeli personel, istihdam edildiği hizmet biriminde gereği halinde başhekim, başhekim yardımcısı ve başhemşire olarak görevlendirilebilir' cümlesi; Anayasanın 2, 6, 7, 11 ve 128 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.

2. 20.10.2005 Tarih ve 5413 Sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ve Sağlık Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 3 üncü Maddesinin Değiştirdiği 10.07.2003 Tarihli ve 4924 Sayılı Kanunun 7 nci Maddesinin Birinci Fıkrasının İkinci Cümlesinde Yer Alan 'hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uymaması nedeniyle sicil ve disiplin amirleri tarafından belirtilen yazılı olarak ikaz edilenlerden söz konusu koşullara uyma halinin tekerrürü durumu ile' İbaresinin Anayasaya Aykırılığı.

5413 sayılı Yasanın 3 üncü maddesi, 4924 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile dördüncü fıkrasının son cümlesini değiştirmiştir. 5413 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle sözleşmenin çeşitli nedenlerle feshi halinde, personele güvenceler sağlanmıştır. 4924 sayılı Kanunda ise, bu tür güvenceler yoktu.

Örneğin; norm pozisyon sayısında değişiklik olması, sözleşmeli personel pozisyonlarının vizelendiği birimlerin kapatılması veya bu hizmet birimlerinde sözleşmeli personel istihdamından vazgeçilmesi veya söz konusu birimlerde bazı unvanlarda sözleşmeli personel istihdamından vazgeçilmesi sebebiyle sözleşmenin feshedilmesi halinde söz konusu personelin başka pozisyonlarda çalıştırılmasına ilişkin hükümler 5413 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle getirilmiştir.

Ancak, Sağlık Bakanlığı'nın eleman temininde güçlük çekilen yerlerde çalıştıracağı sözleşmeli personele, sözleşmenin feshi halinde sağlanan güvencelerle ilgili 5413 sayılı Kanun ile getirilen bu olumlu ve Anayasayla uyumlu değişiklikler, sözleşmenin feshi ile ilgili tüm durumları kapsamamaktadır.

5413 sayılı Kanun, 4924 sayılı Kanunda yer alan 7 nci maddenin birinci fıkrasını hiç değiştirmemiştir. Yani, 5413 sayılı Kanunda tekrar aynı biçimde düzenlenen 4924 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin birinci fıkrası, 5413 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında da aynı şekilde yer almıştır. Her iki yasada da aynı şekilde yer alan söz konusu fıkra, aynen aşağıdaki gibidir:

'Sözleşmeli personel, iki ay önceden yazılı ihbarda bulunmak şartıyla sözleşmeyi tek taraflı olarak her zaman feshedebilir. Bakanlık, hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uymaması nedeniyle sicil veya disiplin amirleri tarafından yazılı olarak ikaz edilenlerden söz konusu koşullara uymama halinin tekerrürü durumu ile norm pozisyon sayısında değişiklik olması, sözleşmeli personel pozisyonlarının vizelendiği birimlerin kapatılması veya bu birimlerde sözleşmeli personel istihdam edilmesinden vazgeçilmesi veya söz konusu birimlerde bazı unvanlarda sözleşmeli personel istihdamından vazgeçilmesi hallerinde, sözleşmeli personelin sözleşmesini bir ay önceden yazılı ihbarda bulunmak şartıyla feshedebilir. Bakanlık sözleşmeyi sona erdirmek istediği takdirde gerekçesini karşı tarafa bildirmek zorundadır.'

5413 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, idarenin sözleşmeyi feshedebileceği durumlardan biri hariç diğer durumlar için sözleşmeli personele güvenceler sağlanmıştır. Güvence sağlanmayan durum, yukarıdaki paragrafta koyu harflerle yazılı olan ve sözleşmeli personelin sicil ve disiplin amirlerinin hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uymaması nedeniyle yazılı olarak ikazının tekerrür etmesi halidir.

Yani, hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uymaması nedeniyle sicil veya disiplin amirleri tarafından yazılı olarak ikaz edilenler söz konusu koşullara uymama halinin tekerrürü durumunda tamamen güvencesizdirler. Bunların sözleşmesi Bakanlık tarafından feshedildiğinde, norm pozisyon sayısında değişiklik olması, sözleşmeli personel pozisyonlarının vizelendiği birimlerin kapatılması veya bu birimlerde sözleşmeli personel istihdam edilmesinden vazgeçilmesi hallerinde sözleşmelerin feshinde olduğu gibi başka sözleşmeli pozisyonlara yerleştirilmeyeceklerdir.

Sözleşmeli personelin sözleşmesinin feshini yani işine son verilmeyi gerektirir bir davranışta bulunup bulunmadığı soruşturma konusu bile yapılmadan, yani işine son verilmeyi gerektirir bir davranışta bulunup bulunmadığı tarafsız bir heyet tarafından araştırılıp, soruşturulup, suçlanan kişinin savunması alınarak bir kanaate ulaşılmadan sadece sicil veya disiplin amirlerinin (subjektif değerlendirmelere açık olma olasılığı yüksek) yazılı ikazı ile sözleşmesinin feshedilebilmesi, bu personeli, tamamen güvencesiz kılar ve sağlanmış olan diğer güvenceleri de anlamsız hale getirir.

Sağlık Bakanlığı'nın 'memur' statüsündeki personeli yanında 'sözleşmeli' statüsündeki personelinin de asli ve sürekli kamu hizmeti yürütmelerini temin etmek amacıyla, sözleşmeli personel statüsünün yasayla oluşturulması gerekir. Bu Anayasal zorunluluğun gereği olarak eleman temininde güçlük çekilen yerlerde çalıştırılacak sözleşmeli sağlık personelinin statüsü, 4924 ve 5413 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir.

Anayasanın 128 inci maddesine göre, '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. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.'

Anayasa Mahkemesi Sağlık Hizmetleri Temel Yasasının iptali istemi dolayısı ile verdiği kararda, hiçbir yasaya hiçbir kurala bağlı olmadan sözleşmeli personel çalıştırılmasının hukuksal yönden olanaksız olduğuna karar vermiş, ancak sözleşmeli personelin göreve alınma, görevden çıkarılma nedenleri ve çalıştırma koşulları yasada gösterildiği takdirde, bu tür sözleşmeli personelin diğer kamu görevlisi sayılabileceğine karar vermiştir.

308 sayılı KHK'nin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde; 'O halde devlet, genel idare esasları dışındaki hizmetlerde birer çalıştırılan konumunda bulunan KİT'lerdeki sözleşmeli personelin hukuksal statüsünü belirlemek ve istihdam güvencesini sağlamak için, yapılacak idari sözleşmelere esas olmak üzere, Anayasanın 128 inci maddesinin ikinci fıkrasında memur ya da diğer kamu görevlilerine, 49 uncu ' 55 inci maddelerde işçilere ilişkin güvencelerin benzerlerini, KİT'lerin hizmet özelliklerine uygun öğeleri içeren bir çerçeve ile kurallara bağlamak zorundadır.' şeklinde yer alan anlatım, sözleşmeli personel için güvence getirilmesi gerektiğini belirtmekte, bunun yanında getirilecek güvencenin KİT'lerin hizmet özelliklerine uygunluğunu da öngörmektedir.

Sözleşmeli personelin atama veya görevlendirmesine ilişkin kurallarının yasa ile düzenlenmesi ve memurlara olduğu gibi diğer kamu görevlilerine de yasal güvence oluşturulması ve bu güvencelerin hizmet özelliklerine uygun olması Anayasal zorunluluktur.

Bu nedenle, 5413 sayılı Kanunun 3 üncü maddesiyle değiştirilen 10.07.2003 tarihli ve 4924 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan 'hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uymaması nedeniyle sicil veya disiplin amirleri tarafından yazılı olarak ikaz edilenlerden söz konusu koşullara uymama halinin tekerrürü durumu ile' ibaresi, Anayasanın 128 inci maddesinde yer alan 'Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir' kuralına aykırıdır.

Öte yandan, Devlet organlarının düzenli çalışması, yönetimde istikrarın sağlanmasıyla olanaklıdır. Yönetimde istikrar ise, kamu hizmetinin değişken öğesi olan iktidardaki siyasal partilerle değil, kamu hizmetinin değişmez öğesi olan kamu görevlilerine sağlanacak 'görev güvence'siyle gerçekleştirebilecektir. Kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması için, kamu görevlilerinin atama güvencesine kavuşturulmasında kamu yararı bulunmaktadır.

Anayasanın 128 inci maddesine açıkça aykırı olan bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesiyle bağdaştığı söylenemez.

Çünkü hukuk devletinin, işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olması, hukukun üstünlüğü ilkesini içtenlikle benimsemesi, yasa koyucunun çalışmalarında kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı tutması, yasa koyucu da dahil devletin tüm organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olması, adil bir hukuk düzeni kurarak geliştirmeyi zorunlu sayması gerekir.

Hukuk devleti olmak, yönetilenlere hukuk güvencesi sağlayan bir düzen kurmaktır. Böyle bir düzenin kurulması, yasama ve yargı yetkileriyle yürütme alanına giren tüm işlemlerin hukuk kuralları içinde kalması ile gerçekleşebilir. Bu bağlamda hukuk devleti, her dilediğini yapamayan, kendini hukukla bağlı sayan ve tüm yetkilerinin sınırının hukuksal kurallarla belirlendiği Devlettir.

Ayrıca, Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 11 inci maddesindeki Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle uyum halinde olması da düşünülemez.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 5413 sayılı Kanunun 3 üncü maddesiyle değiştirilen 10.07.2003 tarihli ve 4924 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan 'hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uymaması nedeniyle sicil veya disiplin amirleri tarafından yazılı olarak ikaz edilenlerden söz konusu koşullara uymama halinin tekerrürü durumu ile' ibaresi, Anayasanın 2, 11 ve 128 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.

3. 20.10.2005 Tarih ve 5413 Sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ve Sağlık Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 6 ncı Maddesinin, 07.05.1987 Tarihli ve 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunun Ek 1 inci Maddesinin İkinci Fıkrasının Sonuna Eklediği Cümlelerin Anayasaya Aykırılığı.

20.10.2005 tarih ve 5413 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi ile 07.05.1987 günlü, 3359 sayılı 'Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklenen birinci cümlede, 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 Bakanlıkça atama yapılacağı bildirilmiş; ikinci cümlede ise profesör veya doçent unvanına sahip olmayan uzman tabiplerin klinik şefi ve yardımcılığı kadrolarına atanmalarında yapılacak sınavda başarılı olma koşulu aranırken, profesör ve doçentler için böyle bir koşul getirilmemiş ve her iki cümlede de profesör ve doçentlerin klinik şefi ve şef yardımcısı olarak atanmalarında seçimin nasıl ve hangi ölçülere yapılacağı konusunda herhangi bir düzenleme yer almadığı için, profesör ve doçentlerin atanması konusunda Bakanlığa verilen yetki, tamamen takdiri ve bu nedenle de keyfiliğe açık bir nitelik almıştır.

Anayasamızın 8 inci maddesi, yürütmenin Anayasa ve kanunlar çerçevesinde yerine getirilecek ve kullanılacak bir yetki ve görev olduğunu ifade etmiştir.

Yürütmenin yasa ile düzenlenmemiş bir alanda Anayasanın gösterdiği ayrık haller dışında asli düzenleme yetkisi yoktur. Bu yetki yasamanındır ve devredilemez.

Söz konusu iki cümle ile Sağlık Bakanlığına profesör ve doçentler arasından klinik şefliği ve şef yardımcılığı için atama yapmak konusunda tanınan yetki, atama ile ilgili herhangi bir ölçüt ' kural getirmediği ve atamayı tamamen takdire bıraktığı için, bu hususlarda asli düzenlemeyi yapma yetkisini de yürütmeye vermiş olmaktadır.

Böyle bir yetkilendirmenin Anayasanın 8 inci maddesinde ifade edilmiş olan yürütmenin kanuniliği ilkesi ile bağdaşmayacağı ve Anayasanın 7 nci maddesine aykırı bir yetki devri niteliği taşıyacağı; kökenini Anayasadan almadığı için, Anayasanın 6 ncı maddesi ile de çelişeceği açıktır.

Kaldı ki Anayasanın 128 inci maddesi kamu görevlilerinin yükseltilmelerine, statülerine ilişkin hususların yasa ile düzenlenmesini öngörmektedir.

Anayasanın yasa ile düzenlenmesini öngördüğü bir hususta yürütmeye asli düzenleme yetkisinin bırakılması, Anayasanın 128 inci maddesi ile de uyumsuz olacaktır.

Diğer yanda, uzman profesör ve doçentlere Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerindeki klinik şefi ve şef yardımcılığı kadrolarına sınavsız atama olanağı getiren Tababet Uzmanlık Yönetmeliği kurallarının Danıştay 5. Dairesinin 16.06.2004 ve 23.06.2004 tarihli kararlarıyla iptal edildiği hususu da göz ardı edilmemelidir.

5413 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin 3359 sayılı Kanunun ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklediği ve uzman profesör ve doçentler için sınavsız atama olanağı getiren söz konusu birinci ve ikinci tümcelerin, bu açıdan bakıldığında, Danıştay'ın vermiş olduğu iptal kararının yasa ile etkisizleştirilmesi işlevini yerine getirdiği de ortadadır.

Devlet erklerinin, yürütmenin eyleminin yasa sınırları içinde kalması yerine, yasanın yürütmenin eylemine uydurulması şeklinde kullanılmasının, kuvvetler ayrılığı ve Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilmiş bulunan hukuk devleti ve 8 inci maddesinde ifade edilmiş yürütmenin kanuniliği ilkesi ile bağdaştırılması mümkün olamaz.

İptali istenen söz konusu cümlelerde, klinik şefliği ve şef yardımcılığı için uzman profesör ve doçentler bakımından sınav koşulu aranmazken, uzman tabipler bakımından sınav esasının getirilmiş olması, kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırı düşmektedir. Kuşkusuz doçent ve profesör sıfatını taşıyanlarla, yalnız uzman tabip olanlar bir ve aynı konum ve nitelikte değildir. Ancak bir statüye geliş için sınav esası getirilmiş ise, bu esas farklı konumdakiler bakımından da kendi grupları açısından korunmalıdır. Yani klinik şefliği ve şef yardımcılığı için doçent ve profesör sıfatını taşıyanlar da kendi aralarında sınava veya ayırıma elverişli bir yönteme tabi tutulmalıdır. Bu, özellikle söz konusu görevlere aday birden fazla profesör veya doçentin bulunması halinde gereklidir. Aksi takdirde uygulama, açıkça keyfileşecektir.

1982 Anayasasının 56 ncı maddesinde; sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması başlığı altında '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.

Bu düzenlemede sağlık hakkının niteliği açısından iki temel unsur göze çarpmaktadır. Birincisi sağlık hakkının bir bileşeni olarak 'sağlıklı olma hakkı', diğeri de 'sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkıdır.' Sağlıklı olma hakkı daha çok diğer bireylere olumsuz bir edimde bulunma yükümlülüğü yükleyen içeriğe sahiptir. Bu anlamda, kişilerin sağlıklı olma hakkı bir kamusal korumaya tabidir. Sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı, bir ekonomik ve sosyal haktır. Bu yönüyle kamuya ya da Anayasada geçen biçimiyle Devlete belli yükümlülükler öngörür. Devlet herkesin sağlık hizmetlerinden yararlanması için gerekli tedbirleri almalı, kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlanmasını sağlamalıdır.

Bireyler için sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı, devlet için bir sorumluluk anlamına gelir. Devlet, bu yükümlülüğünü bir yandan bireylerin sağlığına engel olan etmenleri ortadan kaldırarak diğer yandan da kaybolan sağlığın kazanılmasını sağlayarak gerçekleştirir. Bu görev ve hizmetlerin yerine getirilebilmesi için yetişmiş elemana ihtiyaç vardır. Bu elemanların üst düzeyini de, yönetici sınıf oluşturmaktadır.

Eğitim ve araştırma hastanelerindeki klinik şefliği ve şef yardımcılıkları görevinin belirtilen işlevinden kaynaklanan önemine binaen bu görevlere profesör ya da doçentler arasından atama yapılırken en uygununun seçilmesi yerine siyasal kimliği önde gelen ve çeşitli baskılar altında bulunan Bakan'ın öznel değerlendirmelerine ve mutlak takdirine bırakan böyle bir düzenlemenin işyeri huzurunu ve çalışma barışını bozacağı, hizmet kalitesini ve verimini düşüreceği için kamu yararı ile bağdaşmayacağı için hukuka uygun bulunmadığı Sayın Cumhurbaşkanının geri gönderme tezkeresinde de ifade edilmiştir.

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 bakımdan da, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunun ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklenenbirinci ve ikinci cümlelerAnayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme Anayasanın 11 inci maddesinde ifade edilmiş olan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile de bağdaşmaz.

5413 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi ile 3359 sayılı Kanunun Ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklenen ve yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 10 uncu, 11 inci ve 128 inci maddelerine aykırı olan söz konusu birinci ve ikinci cümlelerin iptal edilmesi gerekir.

Diğer taraftan, ikinci tümcede yer alan 'Ancak, profesör veya doçent unvanına sahip olmayan uzman tabiplerin klinik şefi ve klinik şef yardımcılığı kadrolarına atanmalarında, yapılan sınavlarda başarılı olma şartı aranır ilkesinin gereği olarak; 'Sınavların usul ve esasları, Bakanlık tarafından hazırlanan ve bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir.' Şeklinde üçüncü cümlede yapılan düzenleme de, Anayasaya aykırı düşmektedir. Şöyle ki;

Profesör veya doçent unvanına sahip olmayan uzman tabiplerin Anayasanın 128 inci maddesi bağlamında kamu görevlisi olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Kamu hizmetine girişin ve hizmet içinde yükselmenin koşulları, statü hukukunun gereği olarak kanunlarla belirlenmektedir. Bu durum Anayasanın kamu hizmetine girme hakkının düzenlendiği 70 inci maddesi ile kamu hizmeti görevlileriyle ilgili genel ilkelerin düzenlendiği 128 inci maddesinden kaynaklanan bir zorunluluktur.

Anayasanın 128 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre kamu personeline ilişkin statü esaslarının ve bu bağlamda hizmet içinde yükselmenin koşullarına 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. Yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasanın 7 nci maddesine aykırı düşer. Ancak, yasada temel esasların ve çerçevenin belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasaya aykırılık oluşturmaz. Esasen Anayasanın 8 inci maddesinde yer alan, 'yürütme yetkisi ve görevi Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir' hükmünün anlamı da budur.

Anayasanın 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.

5413 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi ile 3359 sayılı 'Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklenen ikinci ve son cümlede, profesör veya doçent unvanına sahip olmayan uzman tabiplerin klinik şefi ve klinik şef yardımcılığı kadrolarına atanmalarında, yapılan sınavlarda başarılı olma şartı dışında bir koşul getirilmeyip yapılacak sınavların usul ve esaslarının belirlenmesi yönetmeliğe bırakılarak idareye sınırları belirsiz bir takdir yetkisi tanınmıştır. Böylece klinik şefi ve klinik şef yardımcılığı sınavına alınacakların belirlenmesinde başarı, sicil, yeterlik gibi hizmet gereklerine ve mesleki niteliklere yönelik hiç bir objektif ölçü öngörülmemiştir.

Bu nedenle, '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' biçimindeki kural da, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 8 inci ve 128 inci maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 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, 20.10.2005 tarih ve 5413 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin, 07.05.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunun ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklediği söz konusu üçüncü cümlede Anayasanın 2 nci, 7 nci, 8 inci, 11 inci ve 128 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.

YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

20.10.2005 tarih ve 5413 sayılı Kanunun; 2 nci maddesinin 10.07.2003 tarihli ve 4924 sayılı Kanunun 5 inci maddesine eklediği fıkranın birinci cümlesi, 3 üncü maddesiyle değiştirilen 10.07.2003 tarihli ve 4924 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan 'hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uymaması nedeniyle sicil veya disiplin amirleri tarafından yazılı olarak ikaz edilenlerden söz konusu koşullara uymama halinin tekerrürü durumu ile' ibaresi ile 6 ncı maddesinin, 07.05.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunun ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklediği cümleler Anayasanın gerekçede belirtilen hükümlerine açıkça aykırı olduğu ve uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi güç yada olanaksız zararlar doğabileceği için, iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerin de durdurulması gerekmektedir.

SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 02.07.2005 tarihli ve 5382 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ve Sağlık Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun;

1. 2 nci maddesinin 10.07.2003 tarihli ve 4924 sayılı Kanunun 5 inci maddesine eklediği fıkranın birinci cümlesinin Anayasanın 2, 6, 7, 11 ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan,

2. 3 üncü maddesiyle değiştirilen 10.07.2003 tarihli ve 4924 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan 'hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uymaması nedeniyle sicil veya disiplin amirleri tarafından yazılı olarak ikaz edilenlerden söz konusu koşullara uymama halinin tekerrürü durumu ile' ibaresinin, Anayasanın 2, 11 ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan,

3. 6 ncı maddesinin 07.05.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunun ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklediği birinci ve ikinci cümlelerin Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 10 uncu, 11 inci ve 128 inci maddelerine ve üçüncü cümlenin de Anayasanın 2 nci, 7 nci, 8 inci, 11 inci ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.'"