

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2005/145

Karar Sayısı : 2009/112

Karar Günü : 23.7.2009

R.G Tarih-Sayı : 31.03.2010-27538

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Haluk KOÇ ve Kemal ANADOL ile birlikte 112 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 20.10.2005 günlü, 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 Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1- 2. maddesiyle, 10.7.2003 günlü, 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 5. maddesine eklenen fıkranın birinci tümcesinin,

2- 3. maddesiyle, 10.7.2003 günlü, 4924 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının ikinci tümcesinin '... hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uymaması nedeniyle sicil veya disiplin amirleri tarafından yazılı olarak ikaz edilenlerden söz konusu koşullara uymama halinin tekrerrürü durumu ile ...' bölümünün,

3- 6. maddesiyle, 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1. maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklenen tümcelerin,

Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 10., 11. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

20.10.2005 günlü, 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 Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un iptali istenilen kuralları da içeren maddeleri şöyledir;

'MADDE 2.- 4924 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin altıncı fıkrasının birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

Sözleşmeli personelin haftalık çalışma süresi emsali Devlet memurları ile aynıdır.

Sözleşmeli personel, istihdam edildiği hizmet biriminde gereği halinde başhekim, başhekim yardımcısı ve başhemşire olarak görevlendirilebilir. Bu görevleri yürüttükleri sürece kendilerine bu görevlerine istinaden başka bir ücret ödenmez.'

'MADDE 3.- 4924 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile dördüncü fıkrasının son cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

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.

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 söz konusu sözleşmeli personel pozisyonları, bu Kanunun 1 ve 3 üncü maddelerindeki esaslar çerçevesinde yeniden belirlenebilir. Bu şekilde yeniden belirlenen sözleşmeli personel pozisyonları için yıl içerisinde ihtiyaç duyulması halinde ayrıca Bakanlar Kurulu kararı ve Maliye Bakanlığı vizesi alınır. Sözleşmeli personel pozisyonlarının bu şekilde yeniden belirlenmesi halinde, pozisyonları iptal edilen personel, tercihleri alınarak boş sözleşmeli personel pozisyonlarına en çok üç ay içerisinde yerleştirilir. Bu durumlarda yerleştirme işlemi, sınavla ataması öngörülen pozisyonlar için sınav puanına göre, kura ile ataması öngörülen pozisyonlar için kura yöntemi ile yapılır. Bu durumda olanlar hariç olmak üzere sözleşmesi feshedilenler ile hizmet sözleşmesini feshedenler fesih tarihinden itibaren iki yıl süreyle sözleşmeli personel pozisyonlarında istihdam edilemezler. Bunların sözleşmeli statüde geçirdikleri süreler, yeniden sözleşmeli personel pozisyonlarına atanmalarında kazanılmış hak doğurmaz.

Bu hakkı elde etmiş personelin sözleşmesi, 657 sayılı Kanuna göre Devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmesini veya sözleşmenin feshedilmesini gerektirecek bir fiil işlemedikçe emeklilik hakkını elde edene kadar Bakanlık tarafından tek taraflı olarak feshedilemez.'

'MADDE 6.- 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 1 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "kadrolarına" ibaresi "kadroları ile 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (II) sayılı cetvele tabi aynı unvanlı sözleşmeli pozisyonlarına" olarak değiştirilmiş ve ikinci fıkrasının sonuna aşağıdaki cümleler eklenmiştir.

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.'

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 10., 11. ve 128. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 25.11.2005 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine ve yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

20.10.2005 günlü, 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 Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1- 2. maddesiyle 10.7.2003 günlü, 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 5. maddesine eklenen fıkranın birinci tümcesinin yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Şevket APALAK ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 3. maddesiyle 4924 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının ikinci tümcesinin '... hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uymaması nedeniyle sicil veya disiplin amirleri tarafından yazılı olarak ikaz edilenlerden söz konusu koşullara uymama halinin tekerrürü durumu ile ...' bölümünün yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- 6. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1. maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklenen tümcelerin, Anayasa'ya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bulunduğu ve uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların doğabileceği gözetilerek ESAS HAKKINDA KARAR VERİLİNCEYE KADAR YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA,OYBİRLİĞİYLE,

12.12.2005 gününde karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, dava konusu Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- 5413 Sayılı Yasa'nın 2. Maddesiyle 4924 Sayılı Yasa'nın 5. Maddesine Eklenen Fıkranın Birinci Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi'nce sözleşmeli personelin Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan 'diğer kamu görevlileri' kapsamında sayılabileceğine karar verildiği, eleman temininde güçlük çekilen yerlerde çalıştırılacak sözleşmeli sağlık personelinin statülerinin de Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca yasayla düzenlenmesi gerektiğinden bu statünün 4924 ve 5413 sayılı Yasalar ile düzenlendiği, 4924 sayılı Yasa'da sözleşmeli personel pozisyonlarına atama yapılacağına belirtilmesine rağmen istihdam edilecek sözleşmeli personelin unvanları ve niteliklerinin gösterildiği ekli (1) sayılı cetvelde 'baştabip, baştabip yardımcısı ve başhemşire' unvanlarına yer verilmediği, söz konusu üst görevlerin atama ile değil görevlendirme suretiyle yürütülmesinin öngörüldüğü, ancak 4924 ve 5413 sayılı Yasalarda görevlendirme ile ilgili herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı, Anayasanın 128. maddesi gereğince görevlendirme konusunda yasal düzenleme yapılarak sözleşmeli personele güvence oluşturulması gerekirken yasama organının bu konuda düzenleme yapmaması ve görevlendirmenin 'gereği halinde' yapılacağını belirtmesi nedeniyle bu konuda düzenleme yapma yetkisini yürütme organına vermiş olduğu, bunun da yasama yetkisinin devri niteliği taşıdığı, hukuk devletinde yönetilenlere hukuk güvencesi sağlanması gerektiği, görevlendirmenin kamu görevlileri yönünden güvence sağlamayan idari bir işlem olduğu, idari istikrar ilkesinin de kamu görevlilerine sağlanacak görev güvencesiyle gerçekleştirilebileceği, belirtilen nedenlerle iptali istenilen tümcenin Anayasa'nın 2., 6., 7., 11. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralla, sözleşmeli personelin, istihdam edildiği hizmet biriminde gereği halinde başhekim, başhekim yardımcısı ve başhemşire olarak görevlendirilebilecekleri belirtilmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesinde "*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.*" denilmektedir.

Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde memur ve/veya diğer kamu görevlilerinden hangisinin çalıştırılacağına ilişkin tercih, yasa koyucunun takdir alanı içindedir. "Diğer kamu görevlileri" kavramı, söz konusu asli ve sürekli görevlerde kamu hukuku ilişkisiyle çalışan, fakat memur olmayan kişileri kapsamaktadır.

Kamu hizmeti, geniş tanımıyla, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de niteliği gereği kamu hizmetidir.

4924 sayılı Yasa ile eleman temininde güçlük çekilen yerlerde ve hizmet dallarında sağlık hizmetlerinin etkili ve verimli bir şekilde yürütülebilmesini sağlamak üzere Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları tarafından hizmet akdi ile sözleşmeli olarak sağlık personeli istihdam edilmesi öngörülmüştür. Söz konusu sözleşmeli personelin pozisyon unvanları Yasa'nın eki (1) sayılı cetvelde, uzman tabip, tabip, diş tabibi, eczacı, veteriner, biyolog, psikolog, sosyal çalışmacı, diyetisyen, fizyoterapist, çocuk gelişimcisi, odyolog, tıbbi teknolog, sağlık teknikeri, hemşire, ebe ve sağlık memuru olarak sayılmıştır.

Sağlık Bakanlığı'nın sözleşmeli olarak çalıştıracağı personel eliyle eleman temininde güçlük çekilen yerlerde yürüttüğü sağlık hizmetlerinin niteliği itibariyle belli bir düzenlilik içinde sunulması gereken, kişilerin ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilemez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetler olması, sözleşmeli personelin haftalık çalışma süresinin emsali Devlet memuru ile aynı olması, izinleri hakkında kural olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun uygulanması, Devlet memurları için yasaklanmış fiil ve eylemlerde bulunamayacaklarının ve siyasi partiye üye olamayacaklarının belirtilmesi, sözleşmeli personelin idare ile imzalayacakları sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunması, sözleşmeli personelin ücretlerinin idarece ödenmesi, emsali Devlet memuru esas alınarak Harcırah Kanunundan yararlandırılması, haklarında Kamu Konutları Kanunu, Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu hükümlerinin uygulanmasının öngörülmesi, görevi ile veya görevi başında işlenen suçların Devlet memuruna karşı işlenmiş sayılması, disiplin cezaları ve sicil konuları dahil olmak üzere 4924 sayılı Yasa'da hüküm bulunmayan hallerde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun uygulanacak olması hususları gözetildiğinde, sözleşmeli personel tarafından sunulacak sağlık hizmetlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olduğu açıktır. Bu durumda, söz konusu asli ve sürekli görevleri yerine getiren sözleşmeli personelin de 'diğer kamu görevlileri' kapsamında yer aldığının kabulü gerekmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesinde, memurların ve diğer kamu görevlilerinin özlük haklarının yasayla düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Memur ve diğer kamu görevlilerinin yerine getirmekle yükümlü oldukları görevi yürütmekte iken bir başka görev ile görevlendirilmeleri de bu kişilerin özlük hakları kapsamında yer almakta ve yasayla düzenlenmesi zorunlu bulunmaktadır.

İtiraz konusu kuralda sözleşmeli personelin, istihdam edildiği hizmet biriminde başhekim, başhekim yardımcısı ve başhemşire olarak görevlendirilebileceği ifade edilmekle birlikte bu görevlendirmenin niteliği, koşulları ve ne şekilde yapılacağı, bir başka deyişle görevlendirmenin usul ve esasları belirtilmemiştir. Bu hususlara yer verilmeksizin görevlendirmenin 'gereği halinde' yapılacağının ifade edilmesi, bu konuda karar alacak idari makamın takdirini esas almakta ve keyfiliğe yol açabilecek nitelik taşımaktadır. Bu durum, ilk kez tesis edilecek görevlendirme işlemleri bakımından geçerli olduğu gibi görevlendirme işlemlerinin sona erdirilmesi bakımından da geçerli bulunmaktadır.

Özlük hakkı kapsamında yer alan ve yasayla düzenlenmesi gereken, başhekim, başhekim yardımcısı ve başhemşire olarak yapılacak görevlendirmelerin usul ve esaslarının Yasada belirtilmeksizin 'gereği halinde' görevlendirme yapılacağı söylenmek suretiyle sınırları belirli olmayan bir şekilde idareye yetki tanınması, Anayasa'nın 128. maddesi anlamında bir yasal düzenleme niteliği taşımamakta ve anılan maddeye aykırı bulunmaktadır. Belirtilen nedenle, kuralın iptali gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Mustafa YILDIRIM ile Zehra Ayla PERKTAŞ karara değişik gerekçe ile katılmıştır.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Cafer ŞAT ve Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamışlardır.

Kural, Anayasa'nın 128. maddesine aykırı bulunarak iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 2., 6., 7. ve 11. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

B- Yasa'nın 3. Maddesiyle 4924 Sayılı Yasa'nın 7. Maddesinin Değiştirilen Birinci Fıkrasının İkinci Tümcisinin '... hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uymaması nedeniyle sicil veya disiplin amirleri tarafından yazılı olarak ikaz edilenlerden söz konusu koşullara uymama halinin tekerrürü durumu ile ...' Bölümünün İncelenmesi

Dava dilekçesinde, hizmet sözleşmelerinde belirtilen koşullara uymaması nedeniyle sicil veya disiplin amirlerince yazılı olarak ikaz edilen sözleşmeli personelin söz konusu koşullara uymama halinin tekerrürü durumunda sözleşmesinin Bakanlıkça feshedilebileceğini öngören düzenlemenin sözleşmeli personeli güvencesiz hale getirdiği, sözleşmesi feshedilen personelin başka sözleşmeli pozisyonlara da yerleştirilmedikleri, hizmet sözleşmelerinde belirtilen koşullara uyulup uyulmadığı hususunda bir soruşturma yapılmaksızın ve ilgilinin savunmasının alınmaksızın sicil veya disiplin amirince ilgilinin sözleşmesinin feshedilebileceği, bu durumun Anayasanın 128. maddesinde yer alan kamu görevlilerinin özlük haklarının yasayla düzenlenmesi gerektiği yolundaki kurala aykırı olduğu, hukuk devleti ilkesinin yönetilenlere hukuk güvencesi sağlanmasını gerektirdiği, hukuk devletinde tüm yetkilerin sınırının hukuksal kurallarla belirlendiği, belirtilen nedenlerle iptali istenilen kuralın Anayasa'nın 2., 11. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5413 sayılı Yasa ile değiştirilen 4924 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin birinci fıkrasında sözleşmeli personelin sözleşmesinin feshi konusu düzenlenmekte olup, itiraz konusu kuralla 'hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uymaması nedeniyle sicil veya disiplin amirleri tarafından yazılı olarak ikaz edilenlerden söz konusu koşullara uymama halinin tekerrürü durumu' halinde, Sağlık Bakanlığınca bir ay önceden yazılı ihbarda bulunmak şartıyla sözleşmeli personelin sözleşmesinin feshedilebileceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 128. maddesinde, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenleneceği ifade edilmiştir.

Sözleşmeli personelin sözleşmesinin feshi, bu kişilerin özlük hakları kapsamında yer almakta ve yasa ile düzenlenmesi zorunlu bulunmaktadır.

İtiraz konusu kuralda, hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uyulmamasının tekerrürü halinde sözleşmenin feshedilebileceği hükme bağlanmıştır. Hizmet sözleşmesinde yer alacak hususlar, 4924 sayılı Yasa'nın 5. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre, sözleşmeli personelin görev yeri, görevi dahilinde yapacağı işlerin tanımı, uyacakları mesleki ve etik kurallar, ödev, yetki ve sorumlulukları ile diğer hususlar hizmet sözleşmesinde belirtilecektir. Bu bağlamda, itiraz konusu kuralda sözleşmenin feshedilebilmesi için aranan 'hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uyulmamasının tekerrürü hali'nin tespiti, Yasa'nın 5. maddesi gözetilerek yapılacaktır. Hizmet sözleşmesinde yer alan koşulların çerçevesi Yasa'nın 5.

maddesinde belirtildiğinden, hizmet sözleşmesinin Sağlık Bakanlığınca feshedilebilmesi için gerekli koşulların Yasa ile düzenlendiğinin kabulü gerekmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinde, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmeleri gerekir. Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

İtiraz konusu kural uyarınca sözleşmeli personelin sözleşmesinin feshedilebilmesi, öncelikle ilgilinin hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uymamasına bağlı bulunduğundan ve sözleşmeli personelin, hizmet sözleşmesinde yer alan bir kuralı ve bu kurala uymaması halinde Yasa'da öngörülen yaptırımı önceden bilmediği söylenemeyeceğinden, hukuk güvenliği ilkesinin ihlalinin de söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Mustafa YILDIRIM ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 11. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

C- Yasa'nın 6. Maddesiyle 3359 Yasa'nın Ek 1. Maddesinin İkinci Fıkrasının Sonuna Eklenen Tümcelerin İncelenmesi

Yasa'nın 6. maddesiyle 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1. maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklenen tümcelerle, 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 yapılacağı, ancak profesör veya doçent unvanına sahip olmayan uzman tabiplerin klinik şefi ve klinik şef yardımcılığı kadrolarına atanmalarında, yapılan sınavlarda başarılı olma şartının aranacağı, sınavların usul ve esaslarının Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan ve bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde yürürlüğe konulan yönetmelikle belirleneceği kuralları getirilmiştir.

Yasa'nın 6. maddesiyle, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1. maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklenen tümcelerin yer aldığı fıkra, iptal davasının açıldığı 18.11.2005 tarihinden sonra 22.3.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5748 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirildiğinden, bu tümcelere ilişkin, konusu kalmayan iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

20.10.2005 günlü, 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 Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında

Kanun'un 6. maddesiyle, 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1. maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklenen tümcelere ilişkin iptal istemi hakkında, 23.7.2009 günlü, E. 2005/145, K. 2009/112 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu tümcelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, 23.7.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VII- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında '*Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi İptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez*' denilmekte, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır. Maddenin beşinci fıkrasında ise Anayasa Mahkemesi'nin, iptal halinde meydana gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlâl edici mahiyette görmesi halinde yukarıdaki fıkra hükmünü uygulayacağı belirtilmektedir.

20.10.2005 günlü, 5413 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle, 10.7.2003 günlü, 4924 sayılı Yasa'nın 5. maddesine eklenen fıkranın birinci tümcesinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlâl edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince, bu tümceye ilişkin iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VIII- SONUÇ

20.10.2005 günlü, 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 Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1- 2. maddesiyle, 10.7.2003 günlü, 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 5. maddesine eklenen fıkranın birinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Cafer ŞAT ile Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 3. maddesiyle, 10.7.2003 günlü, 4924 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının ikinci tümcesinin '*... hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uymaması nedeniyle sicil veya disiplin amirleri tarafından yazılı olarak ikaz edilenlerden söz konusu koşullara uymama halinin tekerrürü durumu ile ...*' bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mustafa YILDIRIM ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- 6. maddesiyle, 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1. maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklenen tümceler, 12.3.2008 günlü, 5748 sayılı Yasa'nın

1. maddesiyle değiştirildiğinden, bu tümcelere ilişkin, KONUSU KALMAYAN İPTAL İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

4- 2. maddesiyle, 10.7.2003 günlü, 4924 sayılı Yasa'nın 5. maddesine eklenen fıkranın birinci tümcesinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince, bu tümceye ilişkin İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

23.7.2009 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Sacit ADALI
Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Ahmet AKYALÇIN	Mehmet ERTEN
Üye	Üye	Üye
Mustafa YILDIRIM	Cafer ŞAT	A. Necmi ÖZLER

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

7.5.1987 tarih ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun EK- 1. maddesinde, eğitim ve araştırma hastaneleri ile diğer hastanelere 'baştabip' olarak **atanabilme** koşulları özel olarak düzenlenmiş; Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği ile Sağlık Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği'nde de 'Başhekim Yardımcısı' ve 'Başhemşire' kadrolarına atanabilmenin koşulları belirtilmiştir. Kuskusuz, belirtilen bu mevzuat hükümleri 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca 'kadrolu' olarak istihdam edilen anılan sağlık personelinin kapsamaktadır.

İptal istemine konu 10.7.2003 tarih ve 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 5. maddesinin yedinci fıkrası ise hem bu görevlere 'atanma'dan değil 'görevlendirme'den bahsetmekte hem de 'kadrolu' değil, bu Kanun (4924 s. Kanun) kapsamında 'sözleşmeli' statüde görev yapmakta olan anılan sağlık personelinin bu görevlendirmelerinin ancak '**eleman temininde güçlük çekilen yerlerle sınırlı olmak üzere 've' 'zorunlu hallerde'** yapılabileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla, bu statüde olan personelin görevlendirmelerinde yukarıda temas edilen mevzuat hükümleriyle aranılan atama koşullarının aranmaması işin doğasına tamamen uygundur ve bunda Anayasa'ya aykırı bir yön söz konusu değildir. 657 sayılı Kanun'da 'görevlendirme' kavramının olmaması ve sadece 'vekalet', 'ikinci görev' ve 'geçici görevlendirme' kavramlarına yer verilmesi de son derece doğal olup, 'kadro' gibi bir ana unsurda istihdam edilen kamu görevlilerinin statülerini korumaya yönelik bu 'memur teminatı'nın, özel bir maksatla (eleman temininde güçlük çekilen yerlerde ve hizmet dallarında sağlık hizmetlerinin etkili ve verimli bir şekilde yürütülebilmesinin temin) istihdam edilen sağlık personeli için aranması ve öngörülmesi yasakoyucunun bu konuda güttüğü amaca aykırı düşecektir.

Öte yandan, 4924 sayılı Kanun, istihdam edildiği eleman temininde güçlük çekilen yerlerdeki hizmet biriminde 'zorunlu hallerde' başhekim, başhekim yardımcısı ve başhemşire olarak 'görevlendirilebilecek' olan 'sözleşmeli' sağlık personeliyle ilgili genel çerçeveyi çizmiş, statü ve özlük haklarıyla ilgili esaslı düzenlemeleri yapmış ve 8. maddesi ile de '**bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde'** bu kanuna tabi personel hakkında diğer kanunlarda aksine bir hüküm bulunmadıkça 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Dolayısıyla, iptale konu kuralda herhangi bir belirsizlik olmayıp, bilakis bu 'görevlendirme'nin ne şekilde ifa edileceği konusunda 657 sayılı Kanun'un 'vekalet' ve 'geçici görevlendirme'ye ilişkin hükümlerinden yararlanılacak ve bu hükümlerin uygulamasına yönelik olarak çıkartılan düzenleyici tasarruflar da (yönetmelikler vb) konuya açıklık getirecektir. Diğer bir deyişle, belirtilen diğer yasal hükümlerle birlikte değerlendirildiğinde, kuralın yeterince

'belirli' olduğu ve uygulamada herhangi bir belirsizliğe yol açması ihtimalinin bulunmadığı açıktır.

Kuralda geçen 'gereği halinde' halinin açıklanmasına da gerek olmadığı izahtan varestedir. Statü kanunlarında, gelişen bir dinamik yapı olan idare ve onun ajanları konusunda öngörülemeyen tüm detayların karşılanması gibi kanun yapma tekniğine aykırı bir yola gidilmemekte, bu gibi hallerde idareye gerekli olan takdir yetkisine dayalı ve idari yargı denetimine doğal olarak tabi hükümler öngörülmektedir. İlgililerin idari yargı yoluna başvurusu durumunda ise bu yargı yerlerinin, örneğin iptal istemine konu kuraldaki gibi bir görevlendirme sözkonusu olması halinde, bu idari tasarrufun gerekli olup olmadığını yargı denetimine tabi tutarak bir karar verecekleri açıktır. Hal böyle olunca da, bu ibarenin de herhangi bir belirsizliğe yol açmadığı ortadadır.

Açıklanan nedenlerle, anılan kurala yönelik iptal isteminin reddi gerektiği kanısına vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılamıyoruz.

Başkan

Üye

Haşim KILIÇ

Sacit ADALI

Üye

Üye

Cafer ŞAT

Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞIOY GEREKÇESİ

4924 sayılı Yasa'nın 5. maddesine 5413 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile eklenen fıkranın dava konusu ilk tümcesinde, 'sözleşmeli personel, istihdam edildiği hizmet biriminde gereği halinde başhekim, başhekim yardımcısı ve başhemşire olarak görevlendirilir' denilmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin

gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi gerekmektedir.

Dava konusu kurala göre, sözleşmeli personelin görevlendirilebileceği başhekim, başhekim yardımcısı ve başhemşirelik görevlerinin, sağlık hizmetlerinin etkili, verimli ve düzenli bir şekilde sunumunu doğrudan etkileyecek karar alma, alınan kararları uygulatma ve uygulamayı denetleme yetkisini içermeleri nedeniyle Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmeti kapsamındaki sağlık hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerden olduğu açıktır. 4924 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları tarafından hizmet akdi ile sözleşmeli olarak istihdam edilecek personelin işçi sayılmadığı vurgulanmış ise de bunlar, bir kadroya bağlı olarak veya kadro karşılık gösterilerek sözleşmeli olarak çalıştırılmadıklarından Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen memurlar veya diğer kamu görevlileri içinde değerlendirilemezler ve bu bağlamda söz konusu idari hizmetleri görevlendirme suretiyle de olsa yerine getiremezler.

Bu nedenlerle konuya ilişkin çoğunluk kararına farklı gerekçeyle katılıyoruz.

Öte yandan, 4924 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin 5413 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının ikinci tümcesinin dava konusu bölümü ile 'hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uymaması nedeniyle sicil veya disiplin amirleri tarafından yazılı olarak ikaz edilenlerden söz konusu koşullara uymama halinin tekrarı durumu', sözleşmenin feshi nedenleri arasında sayılmıştır.

Yukarıda belirtildiği gibi, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin sözleşmeli personeli tarafından yerine getirilmesi olanaklı bulunmadığından bunların sözleşmelerinin feshine ilişkin kuralların da Anayasal geçerliliği yoktur.

Açıklanan nedenlerle kuralın iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

Üye

Mustafa YILDIRIM

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ