

## 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 tekerrürü durumu ile ...' bölümünün,

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

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

## 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 Kanununun 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 Kanununun 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 ayırık 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 koymasın 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 ögesi olan iktidardaki siyasal partilerle değil, kamu hizmetinin değişmez ögesi olan kamu görevlilerine sağlanacak 'görev güvence'siyle gerçekleştirilebilecektir. 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 Kanununun 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 Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ve Sağlık Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnede 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 günlük çekilen yerlerde çalıştıracağı sözleşmeli personele, sözleşmenin feshi halinde sağlanan güvencelerle ilgili 5413 sayılı Kanun ile getirilen bu olumlu ve Anayasaya 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 tekrarı 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 tekrür etmesi halidir.

Yani, hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uymaması nedeniyle sicil veya disiplin amirleri tarafından yazılı olarak ikaz edilenler söz konusu koşullara uymama halinin tekrürü durumunda tamamen güvencesizdirler. Bunların sözleşmesi Bakanlık tarafından feshedildiğinde, norm pozisyon sayısında değişiklik olması, sözleşmeli personel pozisyonlarının vızelendiği 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 ögesi olan iktidardaki siyasal partilerle değil, kamu hizmetinin değişmez ögesi olan kamu görevlilerine sağlanacak 'görev güvence'siyle gerçekleştirilebilir. 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 Kanununun Ek 1 inci Maddesinin İkinci Fıkrasının Sonuna Eklediği Cümlelerin Anayasaya Aykırılığı.

20.10.2005 tarih ve 5413 sayılı Kanununun 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 yükseltmelerine, 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 ayırma 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 Kanununun ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklenen birinci ve ikinci cümleler Anayasanın 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 Kanununun 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 Kanununun 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 tekrerrü 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 Kanununun 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 cümlelerin 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.'

## 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 vızelendiği 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, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşölüp düşünöldü:

### **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 yapılacağıının 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 yürütölmesinin öngöröldüğü, 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 iktisadi 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 ngrlmŐtır. Söz konusu sözleşmeli personelin pozisyon unvanları Yasa'nın eki (1) sayılı cetvelde, uzman tabip, tabip, diŐ tabibi, eczacı, veteriner, biyolog, psikolog, sosyal çalıŐmacı, diyetisyen, fizyoterapist, ocuk geliŐimcisi, odyolog, tıbbi teknoloğ, sağlık teknikeri, hemşire, ebe ve sağlık memuru olarak sayılmıştır.

Sağlık Bakanlığı'nın sözleşmeli olarak alıŐtıracadıėı personel eliyle eleman temininde güçlük çekilen yerlerde yrttğı 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 sresinin 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 ye olamayacaklarının belirtilmesi, sözleşmeli personelin idare ile imzalayacakları sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunması, sözleşmeli personelin ücretlerinin idarece ödenmesi, emsali Devlet memuru esas alınarak Harcırահ Kanunundan yararlandırılması, haklarında Kamu Konutları Kanunu, Mal Bildiriminde Bulunulması, RüŐvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu hükümlerinin uygulanmasının öngörülmesi, görevi ile veya görevi baŐında iŐlenen suların Devlet memuruna karşı iŐlenmiŐ 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 kabul 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' yapılacağını 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 Tümcenin '... 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 bulunduğu ve sözleşmeli personelin, hizmet sözleşmesinde yer alan bir kuralı ve bu kurala uymaması halinde Yasa'da öngörülen yaptırımını önceden bilmediği söylenemeyeceğinden, hukuk güvenliği ilkesinin ihlalinden 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 Tümcelerın 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 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 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 karıştırları 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	Ahmet	Mehmet ERTEN

KANTARCIOĞLU

AKYALÇIN

Üye

Mustafa  
YILDIRIM

Üye

Cafer ŞAT

Üye

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

Haşim KILIÇ

Üye

Sacit ADALI

Üye

Cafer ŞAT

Üye

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 tekerrürü 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 düşünceyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye

Fulya  
KANTARCIOĞLU

Üye

Mustafa  
YILDIRIM

Üye

Zehra Ayla  
PERKTAŞ