**DANIŞTAY BAŞKANLIĞINA**

**Sunulmak üzere**

**DANIŞTAY 16. DAİRE BAŞKANLIĞI’NA,**

**ESAS NO:2015/18634**

**İTİRAZ EDEN**

**DAVACILAR** :Türk Tabipleri Birliği

GMK Bulvarı Ş. Daniş Tunalıgil Sok. No:2/4 Maltepe/Ankara

**VEKİLİ** :Av. Mustafa Güler (Ankara Barosu 10568)

Strazburg Caddesi 28/28 Sıhhiye 06430 Ankara Tel:0312 229 7130

**DAVALI** :Sağlık Bakanlığı / Ankara

**VEKİLİ :**Av.Recep Aydın GÜLEÇ

**KONUSU :**Danıştay 16. Dairesinin 30.9.2015 tarih ve 2015/18634 E. sayılı kararının yürütmesinin durdurulması isteminin reddine ilişkin kısmının kaldırılmasına karar verilmesi istemidir.

**TEBLİĞ TARİHİ** :20.11.2015

**AÇIKLAMALAR :**

Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve  Yer Değiştirme Yönetmeliğinin kimi hükümlerinin 4.4.2015 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Yönetmelikle değiştirilmiş olmakla; anılan değişikliğin kimi hükümlerinin hukuka aykırılığı ifade edilerek öncelikle yürütmesinin durdurulması ve nihayet iptali istemiyle dava açılmıştır.

Bu davada, Danıştay 16. Daire, aile birliğinin sağlanması gerekliliği ile ilgili ulusal ve uluslar arası düzenlemelere atıf yaparak, stratejik personel tanımlamasıyla hekimlerin aile birliğinin engellenmesine ilişkin ölçüsüz kural niteliğindeki hükmün yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir.

Ancak söz konusu Karar’da, dava konusu diğer hükümlerin yürütmesinin durdurulması isteminin reddine karar verilmiştir. Aşağıda, söz konusu hükümlerin hukuka açıkça aykırılıkları ile uygulanmalarıyla yaratmakta oldukları telafisi mümkün olmayan zararlar açıklanarak yürütmenin durdurulması isteminin reddine dair kararın kaldırılması talep edilecektir.

1. **Stratejik personel ayrımı**

Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve  Yer Değiştirme Yönetmeliğinin Tanımlar başlıklı 4. maddesinin ( m ) bendine göre *“Stratejik personel: Tıpta ve diş hekimliğinde uzmanlık eğitimi mevzuatına göre uzman olmuş uzman tabip, uzman (TUTG) ve tabip unvanındaki personeli”* ifade etmektedir.

Sağlık Bakanlığı bu tanımın yasal dayanağı olarak 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Yasasında hekimlere her eğitim sonrası mecburi hizmet yükümlülüğü getirilmiş olmasını göstermektedir.

3359 sayılı Yasanın Ek 3 ve devamı maddelerinde hekimlere lisans ve uzmanlık eğitimlerinden sonra görevlendirildikleri bölgeye göre 300 ila 600 gün süreyle mecburi hizmetle yükümlü tutulduklarında tartışma bulunmamaktadır.

Ancak, bu yükümlülüğün tanımlanmış olması, hekimlerin yasa ile getirilenden başka yükümlülüklere de tabi tutulabilecekleri anlamına gelmemektedir. Bir başka anlatımla, hekimlerin diğer sağlık personelinden farklı olarak bir takım külfete tabi tutulmuş olmaları onlara alt düzenlemelerle başka külfetlerin de yüklenmesinin gerekçesi olamaz.

Diğer yandan, Devlet memurunun özlük hakları içinde değerlendirilen atama ve yer değiştirme kurallarının Anayasa’nın 128. maddesi uyarınca yasa ile düzenlenmesi gereklidir. Yasa ile tanımlanmayan bir sınırlamanın yönetmelik ile getirilmesi de mümkün bulunmamaktadır. Hekimlerin diğer çalışanlara göre atama ve yer değiştirme bakımından negatif ayrımcılığa maruz bırakılmasına imkan veren herhangi bir yasal kural ise bulunmamaktadır.

Ayrıca, davalının cevap dilekçesinde de kabul ettiği üzere, Bakanlık tarafından çıkartılan atama ve yer değiştirme yönetmeliğinin Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğe de uygun olması gereklidir. Buna karşın, davalı idare tarafından çıkartılan yönetmeliğin Genel/Çerçeve Yönetmeliğe aykırı olarak, stratejik personel olarak tanımlanmak suretiyle, hekimler bakımından ek sınırlamalar içermektedir.

Kaldı ki, Yönetmeliğin 4. maddesindeki tanım Devlet hizmeti yükümlülüğü (mecburi hizmet) ile sınırlı da değildir. Hekimin mecburi hizmetinin bitmiş olması “stratejik personel” tanımının dışına çıkabilmesini sağlamamaktadır. Dolayısıyla, **mecburi hizmetin bitmesinden sonra da yer değiştirme hakkını sınırlayan, aile birliğinin sağlanmasıyla da sınırlı olmayan, ayrımcılık aynı şekilde devam etmektedir.** Örneğin; öğrenim sebebiyle yer değişikliği talebinde bulunma hakkı bütün sağlık personeli için tanınmış iken sadece hekimler bu haktan mahrum edilmişlerdir[[1]](#footnote-1).

Stratejik personel tanımlaması hukuka aykırı olduğu gibi bunun uygulaması niteliğindeki, Yönetmeliğin 16/3 maddesi de hukuka aykırıdır. Zira, Yönetmeliğin 16/1-g maddesi ile bütün sağlık çalışanlarına tanınan öğrenim süresi ile sınırlı olmak kaydıyla, bir defaya mahsus olmak üzere, öğrenim gördüğü yerleşim yerine atanabilme hakkından, stratejik personel olarak tanımlanmış olan hekimlerin yararlanabilmesi bu fıkra ile engellenmektedir. Yasal bir dayanağı olmayan bu kısıtlama ile eşitlik ilkesi ihlal edildiği gibi hekimlerin kendini geliştirebilmesi ve eğitim ve öğrenim hakları da engellenmektedir.

Herhangi bir yasal dayanağı bulunmayan ve mecburi hizmet süresiyle de sınırlı olmaksızın getirilmiş olan stratejik personel tanımı (m.4/1-m) ile öğrenim sebebiyle naklen tayin talep etme hakkını kısıtlayan hükümler (m.16/3) hekimlerin özlük haklarının kısıtlanmasına sebep olduğundan açıkça hukuka aykırıdır.

1. **Geçici görevlendirme**

Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve  Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 11. maddesinde, sağlık çalışanlarının geçici görevlendirmelerine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemede kimi olağanüstü durumların yanı sıra eşe bağlı olarak yer değiştirme gereksinimleri tanımlanmış ve bu durumlarda personelin geçici olarak görevlendirilebileceği belirtilmiştir. Bu haliyle düzenleme, sağlık hizmetlerinde ortaya çıkabilecek personel eksikliklerinin giderilmesini sağlamak bakımından yeterlidir.

Yönetmeliğin 11. maddesinde geçici görevlendirmeye ilişkin gereksinimler tanımlandıktan başka, Maddenin birinci fıkrasında ayrıca *ihtiyaç halinde re’sen* de görevlendirme yapılabileceği belirtilerek Maddede belirtilen ölçütlere bağlı kalmaksızın soyut *ihtiyaç* tanımlamasıyla geniş bir takdir hakkının idareye verilmesi sağlanmıştır.

Oysa dava dilekçesinde de belirtildiği üzere, geçici görevlendirmenin, olağanüstü ihtiyaç halinde başvurulabilen bir yol olup, **atama suretiyle devamlı   biçimde   karşılama   imkanı   olmayan   hizmet ihtiyacının geçici süreyle  bu yolla giderilmesi**ne olanak sağlayan bir müessese olarak anlaşılması gerektiği Danıştay Kararlarında en açık biçimde ortaya konulmuştur.

Yönetmeliğin 11. Maddesinin birinci fıkrasında belirtilen “**ihtiyaç hâlinde re’sen”** ibaresi çalışanların geçici görevlendirme ile bulundukları çalışma yerinden uzaklaştırılabilmesi olanağını ölçüsüz biçimde genişletmektedir. Uygulamada da bu hükme dayanılarak yapılan geçici görevlendirmeler idarenin çalışanlar üzerindeki önemli *“cezalandırma”* araçlarından biri olarak kendini göstermektedir. Bu görevlendirmenin yılda iki ay ile sınırlandırılmış olması da ihlalin ağırlığını azaltan bir unsur değildir. Söz konusu süre az bir zaman olmadığı gibi anılan sürede geçici görevlendirilen kişinin başta barınma olmak üzere herhangi bir gereksinimi idare tarafından karşılanmamakta; bu sorunların bütünüyle hekim tarafından çözülmesi beklenmektedir. Geçici görevlendirilen yerlerin genellikle gelişmemiş yerler olması sebebiyle buralarda geçici barınma olanakları da bulunmamakta; hekimler genellikle hastanenin bir yerinde kalarak bu sorunu çözmeye çalışmaktadır. Ayrıca, re’sen yapılan geçici görevlendirmelerle gönderilen sağlık çalışanı, gittiği yerde hizmet sunumu için gerekli araç gereci de genellikle bulamamakta; hizmetin geçici personel eliyle sunulması sebebiyle kimse tam olarak sahiplenmediğinden donanımın tamamlanması için de yeterli çaba gösterilmemektedir.

Sonuçta, Danıştay’ın da isabetli biçimde saptadığı gibi, sürekli bir kamu hizmetinin örgütlenmesinin atama yoluyla kalıcı personel ile gördürülmesi gereğine aykırı davranılması hizmetin nitelikli sunumunu sağlamadığı gibi çalışanların da önemli ölçüde mağdur olmalarına sebep olmaktadır. Bu nedenlerle, söz konusu geçici görevlendirmelerin ölçüt ve sınırlarının kesin olarak belirlenmesi, idarenin keyfiyetinden çıkartılması gereklidir.

Bu bakımdan, Yönetmeliğin 11. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesindeki “***ihtiyaç hâlinde re’sen de görevlendirebilir****”* ibaresi hukuka açıkça aykırıdır.

1. **İl içi atamalarla ilgili kurallar belirsiz bırakılmıştır**

Yönetmeliğin “*İsteğe bağlı yer değiştirme”* başlıklı 16. maddesinin[[2]](#footnote-2) birinci fıkrasının son cümlesinde **“Personelin il içi atamaları ile ilgili usul ve esaslar Bakanlık ile bağlı kuruluşlarınca belirlenir”** denilerek bu hususun belirlenmesi bir başka düzenleyici işleme bırakılmıştır. Oysa bu Yönetmeliğin amacı ve kapsamı gözetildiğinde il içi ve iller arasındaki atamalarla ilgili alt düzenlemelerin burada belirlenmesi gerektiği görülmektedir.

Davalı savunmasında bu durumu *“her bağlı kuruluşun taşra teşkilatına bağlı birimlerin personel ihtiyaçlarının farklı olması nedeniyle hizmetin etkin ve dengeli sunulması açısından her bağlı kuruluşun il içi atamalarını kendi düzenlemesine bırakmak daha doğru ve yerinde bir uygulama olacağı”* şeklinde açıklamaktadır.

Ancak unutmamak gerekir ki *bağlı kuruluşun taşra teşkilatına bağlı birimlerin personel ihtiyaçları* bu Yönetmelikteki kurallara göre karşılanmakta; dolayısıyla *hizmetin etkin ve dengeli sunulması* da yine bu Yönetmelik kurallarıyla yapılan atama ve nakillerle sağlanmaktadır.Öyleyse, bağlı kuruluşlara bırakılan, personelin il içindeki atama ve nakillerine ilişkin kuralları daha alt düzenlemelerle belirleme yetkisi ile hizmetin etkin ve dengeli sunulması değil personelin il içindeki hareketliliğine ilişkin inisiyatifin keyfi kullanımına olanak sağlayabilecek alt düzenlemelere kapı aralanmasından başka bir şey değildir.

Bu nedenlerle Yönetmeliğin 16.maddesinin birinci fıkrasının “**Personelin il içi atamaları ile ilgili usul ve esaslar Bakanlık ile bağlı kuruluşlarınca belirlenir”** şeklindeki, hukuki güvenlik ilkesini ihlal eden son cümlesi hukuka açıkça aykırıdır.

1. **Yöneticilerin sözleşmelerinin feshinde istedikleri yere atanmalarına dair düzenlemenin hukuka aykırılığı Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Kararıyla saptanmıştır**

Yönetmeliğin 25. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeyle, **sağlık çalışanları bakımından pek çok kısıtlamaya tabi tutulan yer değişikliği hakkı, Bakanlık ve bağlı kuruluşlarda yönetici konumunda bulunanlara alabildiğine geniş bir tercih hakkı verilmek suretiyle düzenlenmiştir**.

Bu düzenleme sonucunda; Bakanlık kadrolarında il müdürü veya müdür olarak en az bir yıl çalışanlar ile kamu hastane birliklerinde genel sekreter, başkan, hastane yöneticisi, başhekim veya müdür olarak en az iki yıl süreyle çalışanlar, bu görevlerinden *her ne sebeple olursa olsun* ayrılmaları halinde istedikleri yerdeki *durumlarına uygun* bir kadroya atanabilmeleri mümkün hale gelmiştir.

Benzer bir düzenleme Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliğinin önceki halinde de mevcut idi. 22.10.2009 tarih ve 27384 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik’in 16. Maddesiyle Ana Yönetmeliğin 25. Maddesine dava konusu Yönetmelikteki düzenlemeyle çok benzer bir hüküm ilave edilmiştir:

*"İl müdürlüğü ve başhekimlik unvanlarına atandıktan veya görevlendirildikten sonra başka yere atanma talebinde bulunanlardan; iki yıl süreyle bu görevleri yürütenler bir defaya mahsus olmak üzere talepleri doğrultusunda durumlarına uygun bir kadroya atanırlar. İki yıldan az bu görevleri yürütenler ise, önceki kadrolarının bulunduğu ildeki durumlarına uygun bir kadroya atanırlar."*

Genel olarak hekimlerin atama ve nakillerinde hekimlere hiç inisiyatif tanınmaksızın her seferinde en gelişmemiş bölgelerde çalıştırmaya imkan veren düzenlemeler yapan Bakanlığın konu kendi yöneticileri olunca böylesine basit ölçütlerle oldukça geniş bir talep hakkını tanımasının eşitlik ilkesine aykırılığı ifade edilerek söz konusu hükmün iptali dava edilmiştir. Anılan davada Danıştay 5. Daire 2009/7695 E. 2012/4074 K. sayılı kararla, hiçbir gerekçe göstermeden davanın reddine karar vermiş ise de temyiz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 15.4.2015 tarih ve 2013/547 E. 2015/1383 K. sayılı karar ile söz konusu hükmün iptali gerektiğini belirterek Danıştay 5. Daire Kararının **bozulmasına** karar vermiştir.

Bozma Kararında belirtilen, “…Yönetmeliğin 5. Maddesinde öngörülen ve tüm atama ve nakillerde uyulması gereken hizmet puanı gibi temel ilkeler ve nesnel ölçütler gözetilmeksizin, il müdürlüğü ve başhekimlik görevinde bulunan kimi personelin talepleri doğrultusunda atanması konusunda bu personele ayrıcalık tanınması sonucunu doğuran dava konusu düzenlemede bu yönüyle hukuka uyarlık görülmemiştir” gerekçesi bu davada iptali istenen düzenleme bakımından da aynen geçerlidir.

Bu çerçevede, Yönetmeliğin 25. maddesinin ikinci fıkrası açıkça hukuka aykırıdır.

1. **Müracaat sınırlamaları**

Yönetmeliğin 30. maddesinin birinci fıkrasındaki değişiklikle sağlık, aile birliği ve can güvenliği mazeretleri dışında yapılan atamalarda atama tarihinden itibaren *fiilen iki yıl çalışmadıkça* başka bir yere atanma talebinde bulunulamayacaktır.

Davalı bu düzenlemeyi sağlık çalışanlarının atandıkları yerde en az iki yıl çalışmalarının hizmet sunumunda verimlilik bakımından önemli olduğu ve hizmetin her yerde sunulabilmesi için gerekli olduğu açıklamasıyla savunmaktadır.

Ancak, bu düzenlemenin temel hedefi hekimler olduğu gibi hekimler arasında da ülkemizin sosyoekonomik bakımdan en gelişmemiş bölgelerine atanan hekimlerdir. Yönetmelikle getirilen bu kısıtlamayla, en ağır mahrumiyet bölgesine atanan hekimler ikinci bir kısıtlamaya tabi tutulmakta; esasen yasal olarak 300 gün olan mecburi hizmetleri fiilen en az 720 güne çıkartılmaktadır!

Yasal bir düzenleme olmadan bir yönetmelik hükmüyle getirilen bu kısıtlama, dolayısıyla Yönetmeliğin 30. maddesinin birinci fıkrasının “Bu Yönetmelik hükümlerine göre atanan personel atandıkları tarihten itibaren fiilen iki yıl çalışmadıkça başka bir yere atanma talebinde bulunamaz.” şeklindeki birinci cümlesi hukuka açıkça aykırıdır.

1. **İstihdam planlama komisyonu, görevi ve çalışma usulü**

Yönetmeliğin 31. maddesinde “İstihdam planlama komisyonu” adıyla bir kurul oluşturulması ile bu kurulun görevleri ve çalışma usulü belirlenmiştir.

İstihdam planlama komisyonu, Yönetmeliğin 5. maddesindeki ilkeler çerçevesinde istihdam planlaması yapmak üzere Bakan onayı ile oluşturulmakta; bir kere oluşturulduktan sonra bu Komisyonun aldığı kararların Bakan tarafından onaylanmasına gerek olmaksızın ilgili birimler tarafından uygulanacağı belirtilmektedir. Bu niteliğiyle, Komisyon kararları doğrudan icrai niteliktedir.

Dava dilekçesinde açıklandığı üzere 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8. ve 23. maddelerinde sağlık insan gücü planlamasında Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü ve Sağlık Meslekleri Kurulu’nun görevleri vardır.

Ancak Bakan tarafından bir komisyon oluşturularak istihdam planlaması yapılabilmesine olanak veren bir düzenleme 663 sayılı KHK’da yer almadığı gibi başka herhangi bir yasal düzenlemede de bulunmamaktadır.

Ayrıca, Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında 3046 sayılı Kanunun 39. maddesine göre de “görevleri ve teşekkül tarzı kuruluş kanunlarında veya diğer kanunlarda gösterilmek kaydıyla sürekli kurullar kurulabilir.”

Dolayısıyla, Yönetmeliğin 31. maddesi ile sürekli kurul niteliğinde bir komisyon oluşturulmasının hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Ayrıca bu Komisyonun teşekkül tarzı yasada belirlenmemiş olmasının da ötesinde dava konusu Yönetmelikte dahi belirlenmemiştir! Önemli icrai yetkiye sahip olan bir sürekli kurulun oluşumu da yapısı ve işleyişi de belirsizdir.

Bütün bu sebeplerle, dava konusu Yönetmeliğin hukuki güvenlik ilkesini ihlal eden 31. Maddesi açıkça hukuka aykırıdır.

1. **Telafisi imkansız zarar**

Yürütmesinin durdurulması talep edilen kurallardan Danıştay 16. Daire tarafından istemimizin reddine karar verilenlere bakıldığında her birinin sağlık çalışanlarının atama ve yer değiştirmesine ilişkin olduğu görülmektedir. Bu kuralların uygulanması çalışanların aile birliklerinin sağlanması/korunması, eğitim ve çalışma haklarının korunmasına ilişkin hakların ihlaline sebep olmaktadır. Bu işlemlerin yaratacağı kişisel ve toplumsal zararın telafisi imkansızdır.

**SONUÇ** **VE** **İSTEM** : Açıklanan nedenlerle; 4.4.2015 tarih ve 29316 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve  Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikle değiştirilen Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve  Yer Değiştirme Yönetmeliğinin;

* 4. maddesinin birinci fıkrasının (m) bendinin,
* 11. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesindeki “***ihtiyaç hâlinde re’sen de görevlendirebilir****”* ibaresinin,
* 16.maddesinin birinci fıkrasının “Personelin il içi atamaları ile ilgili usul ve esaslar Bakanlık ile bağlı kuruluşlarınca belirlenir”şeklindeki son cümlesinin,
* 16. maddesinin üçüncü fıkrasının,
* 25. maddesinin ikinci fıkrasının,
* 30. maddesinin birinci fıkrasının “Bu Yönetmelik hükümlerine göre atanan personel atandıkları tarihten itibaren fiilen iki yıl çalışmadıkça başka bir yere atanma talebinde bulunamaz.” şeklindeki birinci cümlesinin,
* 31. maddesinin,

açıkça hukuka aykırı ve uygulanmasıyla telafisi imkansız zararlar yaratmakta olmalarına karşın, yürütmesinin durdurulması isteminin reddine ilişkin Danıştay 16. Dairesinin 2015/18634 E. sayılı kararının kaldırılmasına karar verilmesini saygıyla ve vekaleten talep ederiz. 26.11.2015

**Davacı vekili**

**Av.Mustafa GÜLER**

1. Yönetmelik; Madde 16/ (3) Stratejik personelin yer değiştirme taleplerinde bu maddenin ikinci fıkrasının (g) bendi hükümleri uygulanmaz. [↑](#footnote-ref-1)
2. İller arası atama dönemleri Ocak ayı ile Temmuz ayıdır. Bakanlık ve bağlı kuruluşları açık olan ve doldurulmasına ihtiyaç duyulan kadroları ilan eder. Bu kadrolara atanmak isteyen personel, tercih yaparak müracaatta bulunur. Bakanlık ile bağlı kuruluşları tercih sırasına bakmaksızın hizmet puanına göre atamaları tamamlar. Hizmet puanlarının eşit olması hâlinde tercih sıralamasına bakılır. Tercih sıralamasının aynı olması durumunda ise meslekî kıdemi fazla olan personel öncelikli olarak atanır. **Personelin il içi atamaları ile ilgili usul ve esaslar Bakanlık ile bağlı kuruluşlarınca belirlenir.** [↑](#footnote-ref-2)