

DANIŞTAY () DAİRESİ BAŞKANLIĞI'NA

DAVACI _____ : Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi Başkanlığı

VEKİLİ _____ : Av. Kürşat Bafra - Av. Ziyet Özçelik
Tunus Caddesi No: 21/3 Kavaklıdere/Ankara
Tel: 0312 418 50 10

DAVALI _____ : Sağlık Bakanlığı – Ankara

D. KONUSU _____ : Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 6.9.2016 tarihli ve 54718026-045.99 sayılı Özel Hastaneler Yönetmeliği konulu Genelgesi'nin yürütmesinin durdurulması ve iptali istemidir.

TEBLİĞ TARİHİ _____ : 6.9.2016

AÇIKLAMALAR _____ :

Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü 6.9.2016 tarihli Genelgeyi web sitesinde yayımlayarak yürürlüğe koymuştur. **(Ek 2)** Bu Genelge ile özel hastanelerde hekimlerin çalışmaya başlaması boş kadronun varlığına bağlı kılınmış, 1219 Sayılı Yasanın 12. maddesine, Özel Hastaneler Yönetmeliği'ne ve yargı kararlarına aykırı biçimde kadro dışı geçici çalışma hakkı ortadan kaldırılmıştır. Genelgenin hukuka aykırılığına ilişkin açıklamalarımız aşağıda sunulmaktadır.

1. HUKUKA AYKIRILIK NEDENLERİ

Dava konusu Genelge'de 25.8.2016 tarihli Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 7. maddesi ile kadro dışı geçici çalışma uygulamasına son verildiği, bu nedenle tüm başlayışlarda boş kadro aranacağı ilan edilmiştir.

Genelge'de atif yapılan Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin Ek 5. maddesinin e bendinin 1 numaralı alt bendindeki değişiklik "Özel hastanelerde çalışan tabip ve dış tabipleri, 1219 sayılı Kanunun 12 nci maddesine uygun olmak kaydıyla bulunduğu ilde planlama kapsamındaki birden daha fazla özel sağlık kuruluşunda çalışabilir. Diğer sağlık çalışanları ise planlama kapsamındaki en fazla bir özel sağlık kuruluşunda daha çalışabilir." şeklindedir.

Söz konusu Yönetmelik değişikliği ile 1219 sayılı Kanunun 12 nci maddesine uygun olmak şartıyla hekimlerin birden çok özel sağlık kuruluşunda çalışmasına izin verilmiştir. Yönetmelik değişikliğinde hekimin birden çok yerde çalışması tamgün çalışma anlamına gelen boş kadro şartına bağlanmamış, hekimlerin birden çok sağlık kuruluşunda kısmi zamanlı çalışabileceği ifade edilmiştir. Dava konusu Genelge Yönetmelikte izin verilen bu çalışma biçimini ortadan kaldırmaktadır. Yönetmelik hükmüne aykırı olan dava konusu Genelge ile çalışma özgürlüğünün kısıtlanamayacağı açıktır.

Bununla birlikte 25.8.2016 tarihli Özel Hastaneler Yönetmeliğindeki değişikliğin nedenini Danıştay 15.Dairesi'nin Özel Hastaneler Yönetmeliği'ne ilişkin 17.2.2016 tarihli iptal kararı oluşturmaktadır. Diğer anlatımla 25.8.2016 tarihli değişiklik yargı kararının gereği olarak tesis edilmiştir. Dava konusu Genelge yargı kararını da ihlal etmektedir. Şöyle ki;

25.8.2016 tarihli değişiklik öncesi Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin Ek 5. maddenin e bendinin 1 numaralı alt bendi 21.03.2014 tarihli değişiklik ile düzenlenmiş "Özel hastanelerde kadrolu olarak çalışan tabip ve dış tabipleri, 1219 sayılı Kanunun 12 nci maddesine uygun olmak kaydıyla bulunduğu ilde planlama kapsamındaki diğer özel sağlık kuruluşlarında kadro dışı geçici olarak çalışabilir. Diğer sağlık çalışanları ise planlama kapsamındaki en fazla bir özel sağlık kuruluşunda görev alabilir. Tabiplerin kadrolu olarak çalıştığı kuruluştan ayrılmaları halinde, tabip planlamasının bozulmaması amacıyla azami üç ay daha kadro dışı geçici olarak çalışmaya devam edebilir. Bu sürenin sonunda planlama kapsamındaki herhangi bir özel sağlık kuruluşunda kadrolu olarak çalışmaya başlayamaması halinde düzenlenmiş olan personel çalışma belgesi iptal edilir." denilmiştir.

Türk Tabipleri Birliği bu düzenlemenin iptalini istemiştir. Dava dilekçesinde

- "Kadro dışı geçici çalışma"nın esasen günün belli saatlerinde çalışmayı içeren niteliği itibariyle "geçici" değil, "sürekli" ama tam gün olmayan kısmi süreli çalışmaya karşılık geldiğini,
- Kadro dışı çalışmanın bir hak olduğunu,
- Kadro dışı çalışmanın bir başka hastanede kadrolu çalışmaya bağlı kılınmasının hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.

Danıştay 15.Dairesi E.2014/3859 sayılı dosyadan verdiği kararda bu değişikliği iptal etmiştir. Kararın gerekçesi işbu dosyada iptali istenen Genelgenin hukuka aykırılığını ortaya koymaktadır.

"1219 sayılı Yasanın yukarıda belirtilen 12. maddesinin üçüncü fıkrasının ilk cümlesi uyarınca, tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, anılan maddenin ikinci fıkrasının her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla ve başka sınırlama olmadan, birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilme hakkına sahip oldukları açıktır. Öte yandan, 1219 sayılı Yasa uyarınca tabiplik mesleğini icra etme hakkına sahip bir tabibin, 1219 sayılı Yasanın 12. maddesindeki sınırlamalara bağlı kalmak suretiyle, bir veya birden fazla özel sağlık kuruluşunda sadece kısmi zamanlı olarak çalışabilmesi de mümkündür.

Dava Konusu Yönetmelikte, tabiplerin özel sağlık kuruluşlarında çalışma şekilleri yönünden, kadrolu ve kadro dışı geçici çalışma olarak iki tür çalışma şekline yer verilmiştir. Davalı idarenin açıklamaları ve dava konusu yönetmelik değişikliğinden önceki değişiklikler incelendiğinde, kadro dışı geçici çalışmanın "kısmi zamanlı çalışma" olduğu anlaşılmaktadır. Dava konusu düzenleme ile bir özel sağlık kuruluşunda " kadro dışı geçici", diğer bir deyişle "kısmi süreli" çalışma hakkı, sadece başka bir özel sağlık kuruluşunda kadrolu çalışan tabibe verilmiştir.

Bu durumda, dava konusu maddede, Yasada olmayan bir koşul getirilerek, bir sağlık kuruluşunda kadro dışı geçici çalışabilme, bir tıp merkezi veya özel hastanede kadrolu çalışma şartına bağlandığından, tabiplik mesleğinin, tabibe verdiği çalışma hakkının, 1219 sayılı Yasanın 12. maddesindeki sınırlamaları aşar nitelikte engellendiği sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, davalı idarece, dava konusu düzenlemenin 3359 sayılı Yasa uyarınca, davalı idareye, sağlık hizmetinin yurt çapında dengeli dağılımını sağlamak amacıyla verilen planlama yapma yetkisinden kaynaklandığı ve Bakanlık tarafından yapılan planlamayı etkisiz hale getireceği, kadro dışı geçici çalışan tabiplerin takibi yapılamayacağından, planlama hükümlerinin de etkisiz kalacağı ileri sürülmektedir. Ancak, kadro dışı geçici çalışan tabiplerin de il sağlık müdürlüklerince ve Sağlık Bakanlığınca takibini engelleyen bir hüküm bulunmadığı gibi, davalı idarece yapılacak planlamanın, tabiplerin 1219 sayılı Yasa'dan kaynaklanan kısmi zamanlı çalışma hakkını engellemeyecek şekilde yapılabilmesinin de mümkün olması karşısında, davalı idarenin bu konudaki itirazları yerinde görülmemiştir.

Bu durumda, tabip ve uzmanların Kanunla çizilen çalışma özgürlüğünün sınırlarını aşar nitelikte sınırlamalar getiren düzenlemede hukuka uyarlık bulunmamaktadır. (Ek 3)

Daire kararında kadro dışı geçici çalışmayı hukuka aykırı bulmamış, sağlık kuruluşunda kadro dışı geçici çalışabilmenin kadrolu çalışma şartına bağlanmasını hukuka aykırı bulmuştur. İdare de bu nedenle 25.8.2016 tarihli değişikliğe gitmiş, hekimin planlama kapsamındaki birden daha fazla özel sağlık kuruluşunda çalışabileceğini belirtmiştir.

Yargı kararında son derece açıkça ifade edilmişken ve Yönetmelik düzenlemesi de buna uygun tesis edilmişken Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğünün tüm çalışmayı kadro şartına bağlaması hukuk devleti ilkeleri ile örtüşmemektedir. Anayasa'nın 138. maddesine aykırı düzenlemenin hukuken korunamayacağı açıktır.

Öte yandan Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 6. maddesi uyarınca "Özel hastane kadroları, Bakanlıkça belirlenen sağlık hizmet bölgelendirmesine göre planlanan hekim sayısı ve hizmet ihtiyacı dikkate alınarak Bakanlıkça belirlenir ve yatırım listesinde ilan edilir." denilmektedir. Bunun sonucunda Bakanlık özel hastaneler için asgari sayıda hekim kadrosunu ilan etmiştir. Asgari sayının üzerinde çalışma ya da tam gün olmayan çalışma için de kısmi zamanlı çalışma/kadro dışı çalışmayı öngörmüştür.

Nitekim Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin Ek Madde 5'in 1.fıkrasının a bendinde "Mevcut kadrolu ve kadro dışı geçici çalışan her bir tabip için poliklinik muayene odası oluşturulabilir. Bu amaçla eksik olan poliklinik odası eklenebilir." düzenlemesi bulunmaktadır.

Sadece Ek Madde 5'in 1.fıkrasının 7 ayrı bendinde kadro dışı geçici çalışmaya ilişkin hüküm olup, kadro dışı geçici çalışma statüsüne ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Yönetmeliğin bütününde ise tam 19 maddede kadro dışı geçici çalışmaya yer verilmiştir.

Dava konusu Genelge ile kadro dışı geçici çalışmanın kaldırılmasının, tüm çalışmanın kadrolu çalışma şekline bağlı kılınmasının normlar hiyerarşisine bütünü ile aykırı olduğu ortadadır.

Kaldı ki 4857 sayılı İş Kanunu'nun 9 ve 13. maddelerinde kısmi süreli çalışmaya yer verilmiş, işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesi olarak tanımlanmıştır. Kadro dışı geçici çalışma bu nedenle İş Kanunu'ndaki kısmi süreli çalışmadır. Yasa ile düzenlenen bir çalışma Genelge ile

ortadan kaldırılmaktadır. Kişi sadece kadrosuzluktan değil, çeşitli nedenlerden ötürü tam zamanlı çalışmaya karşılık gelen kadrolu çalışma içerisinde olmayıp yalnızca kısmi süreli statüde çalışmak isteyebilir. Ancak iptali istenilen Genelge bu çalışma biçimine yer vermeyerek yasaklamakta özel hastanede kadrolu çalışmak dışında hekime bir olanak tanımamaktadır. İş Kanunu'nda benzer bir ön şartın bulunmadığı, kısmi süreli çalışma biçiminin kamu yararına aykırı olmadığı, çalışma özgürlüğünün ihlal edildiği dikkate alındığında Genelgedeki kısıtlama hukuka aykırıdır.

II-YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KOŞULLARI OLUŞMUŞTUR

Dava konusu değişiklik hekimlerin çalışma haklarını sınırlayan bir içeriğe sahiptir. Genelgenin yürürlüğe girmesi ile pek çok özel hastanede çalışmak istemesine rağmen kadro olmaması nedeni ile başlayamayacak olup, yine pek çok hekim istifa edip bir başka yerde çalışma hakkını kullanamaz hale gelmiştir. Hukukun genel ilkelerine, Anayasal ilkelere, hukuk normlarına ve de yargı kararlarına aykırı dava konusu düzenlemenin bu nedenle yürütmesinin durdurulmasını istemek zorunda kalmış bulunmaktayız.

HUKUKSAL

NEDENLER _____ : Anayasa, İYUK, 1219 Sayılı Yasa, 4857 Sayılı Yasa ve diğer ilgili mevzuat.

DELİLLER _____ : Ekte sunulan belgeler ve her türlü hukuksal delil.

İSTEM SONUCU _____ : Yukarıda açıklanan ve resen tespit edilecek nedenler karşısında Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 6.9.2016 tarihli ve 54718026-045.99 sayılı Genelgesi'nin yürütmesinin durdurulmasına ve iptaline, yargılamanın duruşmalı olarak yapılmasına, yargılama giderleri ile vekâlet ücretinin davalı idareye yükletilmesine karar verilmesini vekaleten diler ve isterim. Saygılarımla.
7.11.2016

Davacı Vekili
Av. Kürşat Bafra

Ekler:

1. Vekaletname örneği ve yetki belgesi
2. Dava konusu düzenleme metni
3. Danıştay 15.Dairesi'nin E.2014/3859, K.2016/951 sayılı kararının ilgili bölümü