

T.C.
DANIŞTAY
BEŞİNCİ DAİRE

Esas No : 2005/3824

Davacının ve Yürütmenin Durdurulmasını İsteyen : Türk Dişhekimleri Birliği

Vekilleri :Av. Mustafa Güler, Av. Yalçın Akbal, Strazburg cad. No:28/28
Sıhhiye – Ankara

Karşı Taraf : Sağlık Bakanlığı-Ankara

İsteğin Özeti : Davacı, Sağlık Bakanlığı tarafından 22.7.2005 tarihinde yapılacak olan ilk defa, yeniden, açıktan ve naklen kura ile atama ilanının, kurada uygulanacak esaslarla ilgili 5.maddesinin (c) fıkrasında yer alan "...bilim doktoralarını yapmış olmaları..." ibaresi ile 5.maddenin başvuru formuna ek olarak istenen belgeleri düzenleyen II.kısımının (d) bendinde yer alan "Sağlık Bakanlığı kadrolarına atanacak olan Otodonti, Diş Protezi, Çene Cerrahi, pedodonti, Peridonti ve Diş Tabibi (Tedavi) branşlarında başvuran adayların bilim doktorası yapmış veya" ibaresinin iptalini ve yürütmenin durdurulmasını istemektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi :M. Emin Kaçar

Düşüncesi : İlgili yasa ve yönetmelikte öngörülmeyen özel koşulların kura ilanı ile getirilmesi mümkün olmadığından, yürütmenin durdurulması isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Mehmet Sağlam

Düşüncesi : Yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27.maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği anlaşıldığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci ve On ikinci Dairelerince 2575 sayılı Danıştay Kanunu'na 3619 sayılı Kanunun 10.maddesiyle eklenen ek 1.madde uyarınca yapılan müşterek toplantıda, davalı idarenin birinci savunmasının geldiği ve usule ilişkin itirazlarının geçerli olmadığı görülerek işin gereği yeniden düşünüldü:

4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve KHK'lerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 10.maddesiyle 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel kanunu'na eklenen ek 1.maddenin 1.fıkrasında, "Kamu kurum ve kuruluşlarının uzman (T.U.T.G.), uzman tabip, tabip, Diş Tabibi ve eczacı kadrolarına yapılacak açıktan atamalar, açıktan atama izni alınmaksızın mevzuatta öngörülen işlemlerin tamamlanmasından sonra sınavsız ve kura ile yapılır." Hükmü yer almış; aynı maddenin 3.fıkrasında, "Kura yoluyla yapılacak atamalara ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığı'nca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir." Hükmüne yer verilmiş; 15.2.2004 günlü, 25374 sayılı resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Açıktan Kura ile Atanacak bazı Sağlık personelinin atama Esas ve usullerine İlişkin Yönetmeliğin "Atama Şartları" başlıklı 9.maddesinin işlem tarihinde yürürlükte bulunan metninde, "Bu yönetmelik kapsamında olan personelin ilan edilen kadrolara atamalarının yapılabilmesi için, yapılan kura sonucu atanmak için başvurdukları tarih itibarıyla 657sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48.maddesindeki genel şartlar aranır. Bunun yanında Bakanlık ve bu yönetmelik kapsamındaki kurum ve kuruluşlar, istihdam edilecek unvan ve hizmet birimlerinin gerektirdiği özel şartları ve nitelikleri ayrıca belirleyebilirler." Hükmü öngörülmüş; aynı Yönetmeliğin 8.9.2005 günlü, 25930 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yönetmelikle değişik 9.maddesinde de, özel koşullara ilişkin son cümle aynen korunmuştur.

İptali istenen kura ilanında, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1.maddesi uyarınca Sağlık Bakanlığı'nca çıkarılan Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Açıktan Kura ile Atanacak Bazı Sağlık Personelinin Atama Esas ve usullerine İlişkin Yönetmeliğin 9.maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, Sağlık Bakanlığı'nda ihtiyaç duyulan diş tabibini kadrolarına nitelikli eleman temini amacıyla belli özel koşullara yer verildiği; ağız ve diş sağlığı hizmetlerinde kalite ve verimin artırılması, bu hizmetlerin modern tıbbın gereklerine uygun olarak halka sunulması amacıyla diş

tabipliği kadrolarına uzmanlık eğitimini tamamlamış ya da belli dallarda bilim doktoralarını yapmış olanların atamalarının öngörüldüğü anlaşılmakta olup; sağlık hizmetlerinin topluma en iyi biçimde sunulması amacıyla, uzmanlık eğitimini tamamlamış olanlar yanında, belli dallarda bilim doktorasını yapmış olanların dış tabipliğine atanabilecekleri yolundaki kura ilanında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, olayda 2577 sayılı İdari yargılama usulü Kanunu'nun 4001 sayılı Yasa ile değişik 27.maddesinin 2.fikrasında sayılan koşulların gerçekleşmediği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması isteminin reddine, 26.12.2005 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Turan	Kenan	Salih	Günay	Mustafa
Falcıoğlu	Atasoy	Er	Erden	Kılıçhan
		*	*	
	Üye	Üye	Üye	Üye
	Levent	Zeynep Efser	Hayrettin	
	Artuk	Kavlak	Koçakoğlu	Kadioğlu
		*		

(*) AZLIK OYU

Anayasanın “Yönetmelikler” başlıklı 124.maddesinin 1.fikrasında, “Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilikleri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.” Kuralı öngörülmüş; 657 sayılı Yasanın 36/III.maddesinde, sağlık hizmetleri sınıfı ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfının, sağlık hizmetleri mesleki eğitim görerek yetişmiş olan tabip, dış tabibi...gibi memurları kapsadığı hükmü yer almış; 41.maddesinde, “...Bir sınıfta belli görevlere atanabilmek veya bu görevlerde belli derecelerde yükselebilmek için, kuruluş kanunları ve kuruluş kanunlarına dayanılarak çıkarılacak yönetmelikler ile işin gereğine göre daha yüksek öğrenim dereceleri veya muayyen fakülte, okul ve öğrenim dalları veya meslek içi veya meslekle ilgili eğitim programlarını bitirmiş olmak veya yabancı dil bilmek gibi şartlar konulabilir.” Kuralına yer verilmiş; aynı Yasanın 48/B.maddesinde ise, “Özel şartlar:

1-Hizmet göreceği sınıf için 36 ve 41.maddelerde belirtilen öğretim ve eğitim kurumlarının birinden diploma almış olmak,

2-Kurumların özel kanun ve diğer mevzuatında aranan şartları taşımak” gerektiği belirtilmiştir.

4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve KHK’lerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 10.maddesiyle 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa eklenen ek 1.maddenin 3.fikrasında, kura yoluyla sınavsız yapılacak atamalara ilişkin usul ve esasların Sağlık Bakanlığı’na çıkarılacak Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Açıkta Kura ile Atanacak Bazı Sağlık Personelinin Atama Esas ve Usullerine İlişkin Yönetmeliğin “Atama Şartları” başlıklı 9.maddesinin son cümlesinde ise, istihdam edilecek unvan ve hizmet birimlerinin gerektirdiği özel koşullarla niteliklerin Bakanlıkça ayrıca belirlenebileceği ifadesine yer verilmiştir.

190 sayılı KHK’ye ekli kadro cetvelinin Sağlık Bakanlığı bölümünde dış tabibi kadrosuna yer verildiği; dış tabipliğinde uzmanlık kadrosu bulunmadığı; 5 yıllık dişhekimliği öğrenimini tamamlayanların dış tabiplerinin hak ve yetkilerinin belirlendiği; 4924 sayılı Yasayla 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’na eklenen ek 1.maddenin 3.fikrasında, bu kadrolara kura yoluyla sınavsız yapılacak atamalara ilişkin usul ve esasların, Sağlık Bakanlığı’na çıkarılacak yönetmelikle belirlenmesi öngörülmüş iken, Yönetmeliğin 9.maddesinde atamalarla ilgili özel bir koşul öngörülmediği ve bu koşulların Bakanlıkça ayrıca belirlenebileceğinin belirtildiği; bu maddeye dayanılarak, dava konusu ilanda olduğu gibi, her bir kura ilanında ihtiyaç bulunan boş kadrolar için belli koşulların öngörülmesi uygulamasına gidildiği anlaşılmaktadır.

Yönetimler, boş bir kadroya atama konusunda harekete geçtikleri andan başlayarak bağlı yetki içine girerler. Bu sürecin sonunda, yasa ve yönetmeliklerde belirtilen niteliklere sahip olanlar atanır.

Bu durum, “Devlet organları ve idare makamları, bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır.” Hükümünü taşıyan Anayasanın 10.maddesi ışığında, kamu hizmetine girmede eşitlik ilkesinin gereğidir. Aksine bir uygulama, dava konusu olayda olduğu gibi, kamu hizmetine girme hakkının ihlali sonucunu doğurur. Anayasanın 70.maddesinin 2.fikrasında öngörüldüğü üzere, hizmete alınmada, görevin gerektiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.

657 sayılı yasanın 48/B-2 maddesinde, kamu görevlerine atanacaklarda kurumların özel kanun veya diğer mevzuatında aranan özel koşulları taşımak gerektiği belirtilmekle birlikte, bu nitelik ve koşulların madde metninde açıkça belirtildiği üzere düzenleyici işlemlerle üst hukuk normlarına uygun biçimde belirlenmesi ve kısıtlama yapacak biçimde kullanılmaması gerektiği kuşkusuzdur. Davalı idarenin görev itirazının gerekçesi olarak ileri sürdüğü, iptali istenen işlemin düzenleyici bir işlem olmadığı yolundaki savı da, yönetsel düzenlemeler dahil olmak üzere kura uygulamasının dayanağını oluşturan hukuki metinlerin hiçbirinde dış tabipliği kadrolarına atanabilmek için “özel koşullar” öngörülmediği ve bunun uygulama işlemleriyle yapıldığının idarece kabulü anlamına gelmektedir. Atanılacak kadrolar dış tabipliği kadrosu olduğuna ve bu unvan lisans öğrenimiyle kazanıldığına göre, bu kadrolara sınavsız atamaya olanak tanıyan yasa ve uygulama yönetmeliğinde sınırlayıcı bir koşul öngörülmemiş iken, yönetmeliğin 9.maddesinin son cümlesine dayanılarak her bir kura ilanında atama koşullarının ayrıca belirlenmesi, 657 sayılı Yasanın, kura ile sınavsız yapılacak atamalara ilişkin usul ve esasların saptanacağını öngördüğü Yönetmelik, deneyim ve uzmanlık gerektiren işlerde istihdam edilecek kişilerde aranacak niteliklerin, “özel koşullar” olarak belirlenmesini kura ilanı gibi uygulama işlemlerine bırakamaz. Statü hukuku çerçevesinde, kamu yararı ve hizmet gereklerinin gözetilmesi suretiyle alınan kararların, ilana değin indirgenmesi düşünülemez. Görevli yargı yerinde iptal davası açılmaması nedeniyle hukuka uygunluğu denetlenemeyen, ancak uyuşmazlıkta uygulanan bu yönetmelik maddesinin yasa hükümlerine ve hukuka aykırı olması nedeniyle ihmal edilmek suretiyle dava konusu uyuşmazlığın çözümlenmesi gerektiği açıktır.

Bu durumda, dış tabipliğine atanmak için gerekli nitelikler yasayla belirlenmiş ve bu kadrolara uzmanların ya da belli dallarda bilim doktorasını yapmış olanların öncelikle atanabilecekleri yolunda bir özel düzenlemeye mevzuatta yer verilmemiş iken, bu kadrolara münhasıran belli dallarda doktorasını yapmış olanların atanabilecekleri yolundaki kura ilanı hukuki temelden tümüyle yoksun bir uygulamadır. Yasadan ve üst hukuk normlarına uygun açıklayıcı kurallar içermesi zorunlu genel düzenleyici işlemlerden kaynaklanmayan böyle bir yetkinin kullanımı, her atama döneminde kura adı altında nokta ataması yapılması sonucunu da doğurur.

Açıklanan nedenlerle, Sağlık Bakanlığı'nın ilan edilmiş dış tabipliği kadrolarına yapılacak atamalar için ilgili yasa ve yönetmelikte öngörülmeyen “özel koşullar”ın kura ilanı ile getirilmesi hukuken mümkün bulunmadığından, yürütmenin durdurulması isteminin kabulü gerektiği oyu ile çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Üye
Salih ER

Üye
Günay ERDEN

Üye
Zeynep KAVLAK