

Yürütmenin durdurulması ve duruşma istemlidir

DANIŞTAY BAŞKANLIĞINA

- DAVACILAR** :Türk Dişhekimleri Birliği
Kızılırmak Mah. 1446. Cad. No:12/38 Çankaya Ankara
- VEKİLLERİ** :Av. Mustafa Güler (Ankara Barosu 10568)
Anıt Caddesi 6/7Mebusevleri-Çankaya 06580 Ankara
Tel: 0312 231 3179 – 229 7130 – 532 490 5981
- DAVALI** :Sağlık Bakanlığı / Ankara
- KONUSU** :30.09.2016 tarih ve 29843 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) bendindeki “...*uzman diş tabibi, diş tabibi*...” kelimeleri ile 20. maddesinin altıncı fıkrasının yürütmesinin durdurulması ve iptali; incelemenin duruşmalı olarak yapılması istemidir.

YAYIN TARİHİ :30.9.2016

AÇIKLAMALAR :

Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik 30.09.2016 günlü Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Yönetmeliğin 1. maddesiyle, asıl Yönetmeliğin 4. maddesinin birinci fıkrasının (m) bendi “*m) Stratejik personel: Tipta ve diş hekimliğinde uzmanlık eğitimi mevzuatına göre uzman olmuş uzman tabip, uzman (TUTG), tabip, uzman diş tabibi, diş tabibi ve eczacı unvanındaki personeli,*” ifade eder şeklinde değiştirilmiştir.

Yönetmeliğin 3. maddesiyle deasıl Yönetmeliğin 20. maddesinin altıncı fıkrası “*Stratejik personelin yer değiştirme taleplerinde bu maddenin ikinci fıkrasının (c) bendinin birinci cümlesi ile beşinci fıkrası uygulanmaz.*” olarak değiştirilmiştir.

Yapılan değişikliklerle, yine bu Yönetmelik kurallarıyla¹ negatif ayrımcılığa tabi tutulmuş olanstratejik personelin tanımı yeniden yapılarak, hekimlerin yanı sıra dış hekimleri ile eczacılar da kapsama alınmış;Yönetmeliğin 20. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinin birinci cümlesinde yer alan “*Yer değişikliği talebinde bulunan personelin eşinin görev yaptığı yerin kendi unvan ve branşında C veya D hizmet grubunda olması halinde eşinin görev yaptığı yere ataması yapılır*” ve aynı maddenin 5. fıkrasında yer alan “*Kamu görevlisi olmayan eşinin, atanma talep edilen yerde başvuru tarihi itibarıyla son dört yıl içinde 720 gün sosyal güvenlik primi ödemek suretiyle kendi adına veya bir hizmet akdi ile işverene bağlı olarak çalışmış ve halen çalışıyor olması halinde, personelin yer değişikliği suretiyle ataması yapılır. Kendi adına çalışanlardan borçlarını yapılandıranlar ile atama talep edilen yer dışında sosyal güvenlik primleri ödenenlerden, atama talep edilen yerde iş yerinin faaliyette olduğunu ve bu işyerinde en az 720 gün çalıştığını belgelendirenlerin talepleri de değerlendirmeye alınır*” şeklindeki düzenlemelerle eş durumu mazeretinden yararlanabilmek için aranan şartlar ağırlaştırılmış; 20. maddenin altıncı fıkrasındaki kuralla, stratejik personel olarak kabul edilen **dış hekimlerinin bu koşulları sağlasalar bile eş durumu mazeretinden yararlanabilmeleri ortadan kaldırılmıştır.**

Dava konusu düzenlemeyle yasal dayanağı olmaksızın ve herhangi bir ölçüte tabi tutulmadan hekim, dişhekimisi ve eczacı meslek isimleri belirtilerek stratejik personel olarak tanımlanmış; diğer sağlık çalışanlarının

¹Stratejik personele yönelik olumsuz düzenlemelerden bir kaç: Kamu hastane birliğinde sözleşmeli çalışan eşinin yanına tayin edilebilmek için stratejik personel olmamak gerekir m.11/7, sağlıkla ilgili bir alanda en az dört yıllık örgün yüksek öğrenim görenler stratejik personel değilse öğrenim süresiyle sınırlı olmak üzere fakültenin bulunduğu ile atanabilirler m.16/3, eşinin çalıştığı yer hizmetine ihtiyaç duyulan bir il olmasına karşın (m.20/2-c) stratejik personelin tayini oraya yapılmaz (m.20/6), eşi kamu görevlisi olmayanlar belli şartlarla eş durumu mazeretinden yararlanabilirler (m.20/5) ancak eş stratejik personel ise bu hakkı yoktur (m.20/6)

yararlanabildiği aile birliği mazeretine bağlı yer değişikliği hakkında yararlanma olanağı da bu kişiler için yasaklanmış, aile bütünlüğünün sağlanması engellenmiştir.

Bu suretle, kamu sağlık hizmetlerinin ülke çapında yaygın biçimde sunulması ile çalışanların aile birliğinin korunması arasındaki denge, içinde dış hekimlerinin de bulunduğu meslek mensupları bakımından bozulmuştur.

Dava konusu işlem, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, Anayasa'ya ve Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerle belirlenen ayrımcılık yasağı ve aile hayatına saygı ilkelerine aykırıdır.

DAVA KONUSU İŞLEMİN NİTELİĞİ

Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik'te 16.8.2014 ve 11.8.2015 tarihlerinde yapılan değişikliklerle devlet memurlarının eş durumu mazeretine dayalı atamalarına ilişkin kurallar yeniden düzenlenmiş, kamu personeli olmayan eş yönünden de *atanmayı talep ettiği yerde eşinin başvuru tarihi itibarıyla son iki yıl içinde 360 gün sosyal güvenlik primi ödemek suretiyle kendi adına veya bir hizmet akdi ile işverene bağlı olarak halen çalıştığı* şeklinde belirtilen koşulu taşıyanların, eş mazeretine dayalı atama talep edebilmeleri olanaklı hale getirilmiştir. Diğer yandan, kamu kurum ve kuruluşlarının 6 ay içinde mevzuatlarını bu Yönetmeliğe uygun hale getirmeleri ile bu süne içinde Genel Yönetmelik kurallarının uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.

Sağlık Bakanlığı, 04.04.2015 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelik ile anılan genel Yönetmelik kuralına aykırı bir düzenleme yapmıştır. Türk Tabipleri Birliği tarafından bu düzenlemenin iptali için Danıştay 16. Daire'de açılan davada yürütmenin durdurulmasına karar verilmiş, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ise bu kararı kaldırmıştır.

Bireysel işlemle birlikte Yönetmeliğin ilgili maddesinin de iptali istemiyle açılan 2016/1628 E. sayılı davada ise Danıştay 5. Daire tarafından,; Devlet memurları ile ilgili genel yönetmelik kurallarıyla tanınan haklardan hekimlerin de yararlanması gerektiği, bunu engelleyen **20. maddenin 7. fıkrasının, dava konusu olan beşinci fıkra ile ilgili kısmının, hukuka açıkça aykırı olduğu ve uygulanmasıyla telafisi mümkün olmayan zarara sebep olabileceğine hükmedilerek yürütmenin durdurulması kararı verilmiştir.**

Yargı kararlarının ardından, Sağlık Bakanı'nın, yeni bir mevzuat değişikliğiyle "hekimleri özel sektörde çalışan eşinin yanına bundan sonra yollamayacağız"² beyanını izleyen günlerde, Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik'te 1.9.2016 tarihinde yapılan değişiklikle "*Genel sağlık bakımından önemi haiz sağlık personeli hakkında özel yönetmelikte düzenleme yapılması kaydıyla birinci fıkranın (d) bendine ilişkin **farklı usul ve esaslar belirlenebilir.***" kuralı getirilmiştir.

Sağlık Bakanlığı'nın, Genel Yönetmelikteki değişiklik üzerine hekimlerin yanı sıra dişhekimlerini de stratejik personel olarak tanımlayarak hakları kısıtlanan meslek gruplarının kapsamını genişlettiği ve bunların eşleri kamu görevlisi değilse eş durumu mazeretinden yararlanabilmelerini yasakladığı dava konusu düzenleyici işlem 30.9.2016 günlü Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Dava konusu işlem, haklı bir gerekçe olmaksızın diş hekimlerini *stratejik personel* kapsamına almış; Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik'te yapılan değişiklikle tanınan düzenleme sınırlarını aştığı gibi, yargı kararlarıyla hukuka aykırılığı tespit edilmiş bir düzenlemenin tekrarı olup "ölçülülük ve orantılılık" gereklerini de içermemektedir.

²<http://www.haberler.com/saglik-bakani-akdag-aciklamasi-8681490-haberi/>

Kaldı ki sağlık hizmetinin yurutumundeki konumları işaret edilerek “stratejik personel” olarak nitelenen dişhekimleri, aile birliği mazereti yonunden kendilerinin değil eşlerinin statu ve goevleriyle bu haktan yararlanmakta ya da haktan mahrum bırakılmaktadır. Aynı hukuki durumdaki kişilerin farklı kurallara tabi tutulması ayrımcılık yasağına aykırı olup duzenlemeyle getirilen kısıtlama hukuka aykırıdır.

DUZENLEMENİN HUKUKA AYKIRILIK NEDENLERİ

1) Dişhekimlerinin stratejik personel kapsamına alınması

Yonnetmeliğin yururluğe girdiği 2013 yılında “Stratejik personel: Tıpta ve diş hekimliğinde uzmanlık eğitimi mevzuatına goere uzman olmuş personel ile tabip ve diş tabibi unvanındaki personeli,” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Bu hukumde 2015 yılında yapılan deđiřlikle³ dişhekimleri *stratejik personel* tanımından ııkartılmıştır. 2016 yılında dava konusu değişlikle, bu sefer eczacılar da dahil edilerek hekim, dişhekimi ve eczacılar *stratejik personel* tanımı içinde ifade edilmiştir.

Ulkemizde dişhekimliği hizmetleri, yaygın olarak muayenehaneler ile ozel ağız ve diş sağlığı poliklinik ve merkezlerinde sunulmaktadır. 2014 yılı verilerine goere ulkemizdeki 22.996 dişhekiminin 7.640’ı Sağlık Bakanlığında 13.801’i ise ozel sağlık hizmeti sunumunda ıalışmaktadır.

Ulkemizde, Sağlık Bakanlığına bağlı toplam 6 diş hastanesi ile 137 ADSM bulunmaktadır. Sağlık Bakanlığı tarafından oluşturulan ağız ve diş sağlığı merkezleri (ADSM) yıllar içinde artış gostermiş ve ulkemizdeki toplam dişhekimlerinin yaklaşık uğte birinin istihdam edildiği yerler oluşturulmuştur. Ancak ne yazık ki, bu ADSM’lerin kurulduğu yerler, toplumun ağız ve diş sağlığı hizmetlerine erişim guçluğu ıektiği yerler değil genel olarak kent merkezleridir.

³(Değişik:4.4.2015-29316) “m) Stratejik personel: Tıpta ve diş hekimliğinde uzmanlık eğitimi mevzuatına goere uzman olmuş uzman tabip, uzman (TUTG) ve tabip unvanındaki personeli,”

Örneğin Ankara'da 7 ADSM ve 2 diş hastanesi bulunmaktadır ve bunların tamamı, özel ağız ve diş sağlığı hizmetlerine kolaylıkla erişilebilen merkez ilçelerdedir. ADSM'lerin il nüfusuna göre bir dağılım göstermediği de anlaşılmaktadır. Zira Türkiye nüfusunun yüzde 18'inin yaşadığı 13 milyonluk İstanbul'da on üç ADSM mevcut iken 4,5 milyonluk Ankara'da yedi, 2 milyonluk Bursa'da dört, 2 milyonluk Konya'da üç, 1,5 milyonluk Diyarbakır'da 1,7 milyonluk Mersin'de, 1 milyonluk Kayseri'de veya 750 bin nüfuslu Trabzon'da sadece birer ADSM bulunmaktadır.⁴

Bu bilgiler ışığında değerlendirme yapıldığında, Sağlık Bakanlığı'nın dişhekimliği hizmet sunumunu toplumun gereksinimlerine göre değil hizmet yoğunluğunun sağlanabileceği yerlere göre planladığı sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla, toplumun bütününün ağız ve diş sağlığı hizmetini sunmak üzere bir planlama içinde olmayan Bakanlığın, atama ve nakillerini kısıtlamak için dişhekimlerini *stratejik personel* kavramı içinde değerlendirmesinin haklı bir sebebi bulunmamaktadır.

Yönetmelikte 4.4.2015 tarihinde yapılan değişiklikle dişhekimlerinin stratejik personel tanımından çıkartılmasından sonra Sağlık Bakanlığı'nın ağız ve diş sağlığı hizmet sunumu stratejisinde herhangi bir değişiklik olmamış; mevcut sistem sürdürülmüştür. Yaklaşık 1,5 yıl önce *stratejik personel* olmaktan çıkartılan dişhekimlerinin şimdi bu kapsama alınmaları bu açıdan da keyfi bir karardır.

Ayrıca, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 2005 yılında 5371 sayılı Yasa ile eklenen maddelerle tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayarak uzman tabip unvanını kazananların her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile mecburi hizmete tabi tutuldukları bilinmektedir. Dişhekimleri bakımından ise herhangi bir mecburi hizmet bulunmamaktadır.

⁴ Kaynak, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu istatistik yılı,2014:
<http://www.tkhk.gov.tr/Dosyalar/bc10470bf9534a39b5b444691850a837.pdf>

Sağlık Bakanlığı tarafından dişhekimi istihdamı için yapılan ilanların tamamında açılan kadro sayısının çok üstünde başvurular olmuştur. Bu da göstermektedir ki Sağlık Bakanlığının dişhekimi istihdamında bir güçlüğü bulunmamaktadır. Bu yönden bakıldığında da dişhekimlerinin *stratejik personel* kapsamına alınarak pek çok negatif kurala tabi tutulmasının haklı bir yanı yoktur.

Bütün bunlardan başka, Sağlık Bakanlığı, ülkemizde yaşayan herkesin sağlığının korunup geliştirilmesi için gerekli olanları saptayıp uygulamakla yükümlü esas kurumdur. Bu yönüyle, toplumun nitelikli ağız diş sağlığı hizmetlerine erişimini sağlayabilmek için sadece Sağlık Bakanlığı tarafından açılan ADSM'lerin değil bütün sağlık kurum ve kuruluşları ile muayenehanelerin de hizmet sunumuna etkin katılımını sağlayacak tedbirleri alması gereklidir. Bu cümleden olmak üzere, muayenehaneler ve özel sağlık kuruluşlarından ağız ve diş sağlığı hizmeti alan vatandaşların tedavi giderlerinin, en azından seçilmiş tedaviler için, SGK ödemelerinin kapsamına alınması gereklidir. Bunun yapılması, Sağlık Bakanlığı ADSM'leri üzerindeki yükün azalmasına, ülkemizdeki bütün dişhekimlerinin mesleğini etkin olarak sunabilmelerine, vatandaşın primini ödediği sağlık güvencesinden en geniş biçimde yararlanabilmesine -ve bu davanın konusu bağlamında bakıldığında- kamuda çalışan dişhekimlerinin atama ve yer değiştirmelerinde negatif kurallara tabi tutulmak suretiyle örneğin aile birlikleri gözetilmeksizin çalıştırılmalarının önlenmesine katkısı olacaktır.

2) Stratejik personel tanımının yönetmelikle yapılması hukuka aykırıdır

Dava konusu Yönetmeliğin 4. maddesinin birinci fıkrasının (m) bendinde, “m) Stratejik personel: Tıpta ve diş hekimliğinde uzmanlık eğitimi mevzuatına göre uzman olmuş uzman tabip, uzman (TUTG), tabip, uzman diş tabibi, diş tabibi ve eczacı unvanındaki personeli,” ifade eder şeklinde tanım

yapılmış; Yönetmeliğin maddelerinde de *stratejik* personelin, çalıştığı yer, sağlık biriminin personel doluluk oranı gibi herhangi bir ayırım olmaksızın bütün dişhekimlerinin, atama ve nakillerine ilişkin kısıtlamalar getirilmiştir.

Anayasanın 128/2 maddesi açıkça “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, **atanmaları**, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve **diğer özlük işleri kanunla** düzenlenir. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır” kuralını getirmiştir. Dava konusu düzenleyici işlem Anayasanın açık kuralına aykırıdır. Kaldı ki aile hayatına saygı hakkına müdahale niteliğindeki düzenlemenin yasayla yapılması gerektiğine dair Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8/2. Maddesiyle getirilen yükümlülüğe de aykırı işlem yapılmıştır. Bilindiği gibi AİHS’nin 8. Maddesi uyarınca herkes aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Maddenin 2. fıkrasına göre, “**Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak** ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, **demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla** söz konusu olabilir”.

Avrupa Sosyal Şartı’nın 1. Bölümünün 16. Maddesi “Ailenin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı” Âkit Taraflar, toplumun temel birimi olan ailenin tam gelişmesi için gerekli koşulları sağlamak amacıyla; sosyal yardımlar ve aile yardımları, mali düzenlemeler, konut sağlama, yeni evlilere yardım ve diğer uygun araçlarla aile yaşamının ekonomik, yasal ve sosyal bakımdan korunmasını teşvik etmeyi taahhüt ederler. Aynı bölümün 27. Maddesinde “Ailevi sorumlulukları olan ve çalışan ya da çalışmak isteyen herkes, herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmadan ve ailevi sorumluluklarıyla çalışması arasında, olabildiğince, uyuşmazlık olmadan bunu gerçekleştirme hakkına sahiptir”.

AİHS'nin 8. Maddesinin amacı öncelikle, bireyi kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı korumaktır. Fakat bu, devleti sadece böyle müdahalelerden kaçınmaya zorlamaz; bu başlıca negatif taahhüde ek olarak, yerine getirilmesi, etkin bir aile ve özel hayata saygı için işlevsel olan pozitif yükümlülükler de söz konusu olabilmektedir.⁵

Düzenleme aile hayatına saygı ve çocuk hakları yönünden ele alındığında da yapılan müdahalenin hukuka aykırı olduğu görülmektedir. Aile yaşamına saygı hakkı Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmî makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmekte olup söz konusu düzenleme Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile yaşamına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasanın 41. maddesinin -Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği- özellikle aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır.⁶

Anayasa Mahkemesi⁷ aile hayatına saygı hakkının ihlaline dair bireysel başvuru kararlarında devletin yükümlülüğünü şöyle tarif etmektedir: “Aile yaşamına saygı hakkı kapsamında devlet için söz konusu olan yükümlülük, sadece belirtilen hakka keyfî surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak aile yaşamına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile yaşamına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin

⁵http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/OzelHayataSaygiHakki.pdf

⁶M. M. E. VE T. E. başvurusu Başvuru Numarası: 2013/2910, Karar Tarihi: 5/11/2015, R.G. Tarih ve Sayı: 2/2/2016-29612

⁷ Benzeri yönde Anayasa Mahkemesi Genel Kurul kararı Marcus Frank Cerny Başvurusu (Başvuru Numarası: 2013/5126) Karar Tarihi: 2/7/2015 R.G. Tarih- Sayı: 12/8/2015-29443, Murat Atılğan, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 22; Başvurucu M. A. Başvuru Numarası : 2013/9047, Karar Tarihi : 7/5/2015, Resmi Gazete : 25 Haziran 2015 - 29397

alınmasını zorunlu kılar (AİHM kararı için bkz. *X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23)”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de devlet tarafından getirilen bir hukuki müdahalenin meşruluğunu, itiraz edilen tedbirin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı bu bağlamda güdülen amaçla orantılılığın bir parçası olan gereklilik kavramı üzerinden incelemektedir. AİHM içtihadında müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı belirlenirken ulusal kanunun varlığı, bu kanunun lafzının net ve kesin olması ve taşıdığı amaç birlikte ele alınmaktadır. Mahkeme, idari düzenlemeler, talimatlar ve büyük oranda esnekliğe sahip olan veya bağlayıcı etkisi olmayan, ulaşılabilir olmayan nitelikteki diğer hukuk kaynaklarını genellikle 8. Madde'nin 2. fıkrası anlamında yeterli bir hukuki zemin oluşturmadığına hükmetmiştir.(Shimovolos - Rusya B. No: 30194/09)

Anayasa Mahkemesi aile hayatına saygı hakkına ilişkin bireysel başvuru dosyasında verdiği kararda, **hakka yapılacak müdahalenin yasayla düzenlenmesi gereğine de vurgu yapmıştır**. Kararda hakka müdahalenin hukuki zemini olup olmadığı belirlenirken şu tespit yapılmıştır:

“Belirtilen Anayasa hükmü, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler gözönünde bulundurulurken sınırlandırılabilceğini ortaya koymaktadır. Anayasanın bütünselliği ilkesi çerçevesinde Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları gözönünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan belirtilen düzenlemede yer alan başta yasa ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa'nın 20. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği açıktır (*Sevim Akat Eşki*, § 35).

Hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlanması ölçütü, Anayasa yargısında önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır (*Sevim Akat Eşki*, § 36)⁸.

AİHS ile belirlenen “kanunla öngörülme” şartı, Anayasanın 90/5 maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde dava konusu düzenleyici işlemin yetki yönünden hukuka aykırı olduğu açıktır.

Bu çerçevede, çalıştıkları yere, yaptığı işe veya buldukları yerdeki sayısal durumlarına göre göre herhangi bir ayrıma yer verilmeksizin bütün dişhekimlerinin, atama ve yer değiştirme bakımından negatif kısıtlamalara tabi tutmak amacıyla, bir yönetmelik kuralıyla (m.4/1-m) *stratejik personel* olarak nitelenmeleri hukuka aykırıdır.

3) Eş kamı görevlisi olmayan dişhekimlerinin eş durumu mazeretinden yararlanmalarının yasaklanması, Genel Yönetmelik’le Bakanlığa verilen yetkinin aşılmasıdır

Dava konusu işlem, “stratejik personel” olarak belirlediği kişilerin tüm devlet memurları ve diğer sağlık çalışanlarından farklı uygulamaya tabi olmasını öngörmektedir. Ancak atama ve yer değiştirmeye ilişkin olarak Sağlık Bakanlığının kendi alanında istisnai kurallar getirebileceğini kabul eden genel Yönetmelik hükmü “stratejik personel” tanımlaması yapmak suretiyle bu kişilerin eş durumu mazeretinden yararlanma olanağının bütünüyle ortadan kaldırılmasına izin vermemektedir.

Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik’te 1.9.2016 tarihinde yapılan değişlikle Sağlık Bakanlığı’na, *Genel sağlık bakımından önemi haiz sağlık personeli hakkında* anılan

⁸ N. Ö.(Başvuru Numarası: 2014/19725) Karar Tarihi: 19/11/2015 paragraf 36)

Yönetmeliğin (d) bendinde belirlenen koşullarla ilgili olarak “farklı usul ve esaslar” belirleyebilme olanağı verilmiştir.

Bir başka anlatımla, Yönetmelik değişikliğiyle, bir kısım sağlık çalışanı için Genel Yönetmelikte belirlenenden farklı koşul ve yöntem tanımlanması mümkün hale gelmiştir. Nitekim kamu personeli olmayan eş sebebiyle eş durumu mazeretinden yararlanabilmesi için Genel Yönetmelikte son iki yılda 300 gün sigorta primi yatırılmış olması gerekli iken Sağlık Bakanlığı, Genel Yönetmelik’le tanınan *yetkiye* dayanarak bu koşulu ağırlaştırmış; *son dört yıl içinde 720 gün* olarak belirlemiş, bu çalışmanın tamamının da aynı işyerinde olmasını şart koşturmuştur. Bakanlığın yaptığı bu düzenleme, ölçülülük bakımından tartışılabilir olmakla birlikte Genel Yönetmelik ile verilen yetki kapsamındadır.

Ancak Bakanlık, eş durumu mazeretinde genel Yönetmelikten farklı koşul ve yöntem tanımlamakla yetinmemiştir; tamamı stratejik personel olarak tanımlanmış olan dişhekimlerinden eş kamusal çalışanı olmayanların eş durumu mazeretinden yararlanabilmelerini de yasaklamıştır! “Stratejik personelin yer değiştirme taleplerinde bu maddenin ikinci fıkrasının (c) bendinin birinci cümlesi ile beşinci fıkrası uygulanmaz.” şeklindeki hüküm (m.20/6) ile eş özelde çalışanların eş durumu mazeretinden yararlanabilmesi için gerekli koşulun belirlendiği beşinci fıkradan içinde dişhekimlerinin de bulunduğu *stratejik personelin* yararlanması yasaklanmaktadır.

Bir hakkın bütünüyle ortadan kaldırılması niteliğindeki düzenleme *farklı koşul ve yöntem* belirlenmesi değildir. Dolayısıyla, dava konusu Yönetmelik hükmü, Genel Yönetmelikte belirlenen farklı düzenleme yapma yetkisini aşmıştır.

4) Düzenlemeyle getirilen kısıtlama ayrımcılık yasağının ihlalidir

Dava konusu işlem, yukarıda açıklandığı gibi, aynı durumda olan kişilerin (eşi kamu görevlisi olan ve olmayan iki dişhekiminin farklı statüde sayılması) farklı kurallara tabi olmasını kabul etmektedir.

Avrupa Sosyal Şartının “Ayrımcılık yasağı” başlıklı 5. Bölümünde “Bu Şartla yer alan haklardan yararlanma ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa mensubiyet, doğum ya da başka statüler gibi nedenlere dayanan hiç bir ayrımcılığa tabi olmaksızın sağlanacaktır” denilmiştir.

Yine, hem AİHS hem de AB hukukunda ayrımcılığın, **benzer durumdaki kişilere farklı muamele edilmesiyle olabileceği gibi, farklı durumlarda olan kişilere aynı şekilde muamele edilmesinden** de ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir.⁹

AİHM yakın tarihli kararlarında, dolaylı ayrımcılığın bu tanımına dayanarak ‘bir muamele farkının, tarafsız bir dille ifade edilmiş olmakla beraber bir gruba karşı ayrımcılık oluşturan genel bir politika veya düzenlemenin orantısız aleyhte etkileri şeklini alabileceğini’ ifade etmiştir.¹⁰

AİHM’nin 8. Maddenin istihdam şartı olarak ele aldığı davalardan biri de¹¹ Özpınar - Türkiye Davası’dır. AİHM kişinin sosyal özel yaşamıyla mesleki hayatına müdahalenin birlikte olup olmadığını değerlendirerek şu vurguyu yapmıştır: “Bireyin ‘sosyal özel yaşamı’ geliştirme imkânını vererek sosyal yaşamını sürdürme hakkını düzenleyen 8. madde, ‘özel yaşamı’ geniş bir ifade ile koruma altına almıştır. Bu görünümüyle, sosyal ilişkileri kurmak ve geliştirmek amacıyla bireyin başkalarıyla münasebet içinde olmasını hukuk düzeni kabul etmektedir. (Campagnano - İtalya, no 77955/01, Bigaeva -

⁹http://anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/elkitabi.pdf

¹⁰ D.H. ve Diğerleri – Çek Cumhuriyeti [GC] (No. 57325/00) paragraf 184; Opuz – Türkiye (No. 33401/02) paragraf 183; AİHM, ZarbAdami – Malta (No. 17209/02) paragraf 80)

¹¹<http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C2S1ceviri2.pdf>

Yunanistan, no 26713/05). Daha da ileri gidilerek; Mahkeme, mesleki faaliyetlerin ‘özel yaşam’ kavramının kapsamına girmediği gibi bir kuralın hiçbir şekilde var olmadığını bir kez daha doğrulamaktadır. Mesleki yaşama getirilen kısıtlamalar, bireyin sosyal kimliği diğer benzer ilişkilerine yansıdığı zaman 8. maddenin kapsamına dâhil edilebilir. Şu noktanın da belirtilmesi gerekir ki, bireylerin çoğunluğu ve hatta neredeyse tamamı dış dünya ile ilişkiye iş yaşamı çerçevesinde girmektedir” AİHM İhsan Ay-Türkiye davasında da istihdamın, özel hayatla ele alınmasında ayrımcılık yapıp yapılmadığını değerlendirmiştir. ¹²

Dava konusu işlemlerin gerekçesi olarak kamu sağlık hizmetinin ülkenin her yerinde kesintisiz olarak verilmesi zorunluluğu ile açıklanmaktadır. Ancak, Yönetmelik’te, eş durumu mazereti sebebiyle atama nakil talepleri “stratejik personelin” görevi dikkate alınarak değil dışhekiminin eşinin görev, unvan veya statüsüne bağlı olarak yapılmakta; dolayısıyla düzenlemenin/kısıtlamanın gerekçesi olarak ileri sürülen sav bütün inandırıcılığını yitirmektedir.

Örneğin;

-Kamu hastane birliklerinde sözleşme imzalayanların eşleri eş durumu mazeretinden yararlanabilmektedir. Ancak stratejik personelin bu fıkraya istinaden görevlendirilebilmesi, eşinin birlikler bünyesinde **genelsekreter, başkan** veya stratejik personel kapsamında olup **hastaneyöneticisi, başhekim, müdür** olarak sözleşme imzalamış olmasına bağlıdır.(m.11/7)

-Eşleri, mevzuatı uyarınca zorunlu yer değiştirmeye tâbi olarak **mülki idare amirliği, milli istihbarat, emniyet hizmetleri** sınıflarından birinde görev yapanlar ile **hâkim, savcı** veya Türk Silahlı Kuvvetlerinde **subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş** veya **uzman er** olarak görev yapan personelin eşinin görev yaptığı yere ataması yapılır. (m.20/2-b)

Personelin, **milletvekili, belediye başkanı, muhtar** veya **noter** olan eşlerinin bulunduğu yere yer değiştirme suretiyle ataması yapılabilir.(m.20/4)

¹²http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ihsan_ay.pdf

Ayrıca, uygulamayla yaratılan eş mazeretinden yararlanma haklarına bakıldığında da Bakanlığın, sağlık çalışanının değil de eşinin statüsünü gözettiği görülmektedir:

Örneğin; bir döneme ilişkin Devlet Hizmeti Yükümlülüğü eş mazereti değerlendirme listeleri¹³ incelendiğinde eşin pozisyonuna bağlı olarak yapılmış olan aşağıdaki atamalar dikkat çekicidir.

- Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı **özel kalem müdürünün** eşi **İstanbul'a** atanmıştır. Ankara'da olan Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının özel kalem müdürlüğü de İstanbul'da olmadığı gibi Sağlık Bakanlığı Yönetmeliğinde bu kadroya tanınan bir ayrıcalık da bulunmamaktadır,

-Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığında **AB Uzmanının** eşi **Ankara'ya** atanmıştır.

-Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunda çalışan **fon uzmanının** eşi **İstanbul'a** atanmıştır,

-Bilgi Teknolojileri Ve İletişim Kurumu **UzmanYrd.** olarak görev yapan kişinin uzman tabip olan eşi **Ankara'ya** atanmıştır

-Milli Savunma Bakanlığında **savunma sanayi uzmanının** ve **uzman yardımcısının** eşleri, Maliye Bakanlığında **uzman** olarak görev yapan kişinin uzman tabip olan eşi, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Gümrük ve Ticaret **Uzmanı** olarak görev yapan kişinin uzman tabip olan eşi **Ankara'ya** atanmıştır.

- Sivas İl Özel İdaresinde görevli **mühendis** eşi Sivas'a, Şahinbey Belediyesinde **programcı** olarak görev yapan kişinin eşi de Gaziantep'e, Belediyede **mühendis** olarak görev yapan kişilerin uzman tabip olan eşleri **İstanbul** ve **Eskişehir'e** atanmıştır.

Buna göre, her iki eş de Sağlık Bakanlığı'na bağlı çalışmıyorsa; eşi milletvekili, belediye başkanı, muhtar, noter, öğretim üyesi, hâkim, savcı, kaymakam, vali, milli istihbarat teşkilatı personeli, polis, subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş veya uzman er olarak görev yapan kişiler ile Sağlık Bakanlığının denetlenebilir bir ölçüte bağlı olmaksızın, duruma göre (!) uygun bulunduğu kişiler eş durumu mazeretinden yararlanabilmektedir.

Dava konusu işlemler, sadece *stratejik personelyönünden* ve sadece bu kişilerin eşlerinin özel sektörde yada kendi adına çalışmaları durumunda aile

¹³<http://www.saglik.gov.tr/YHGM/dosya/1-98764/h/64dhyesmazeretidegerlendirme1.xls>;
<http://www.saglik.gov.tr/YHGM/dosya/1-100222/h/65dhyesmazeretisonuc1.xls>

birliği mazeretinden yararlanmaları önlenmektedir. Bu kişiler, yasada bulunmayan bir statü yaratılarak diğer tüm memurların ve sağlık çalışanlarının sahip olduğu haktan mahrum bırakılmaktadır.Sağlık Bakanlığı'nın düzenleyici işleмиyle aile hayatının korunması hakkına yönelik müdahale, gerekli, orantılı, adaletli, ölçülü, zorunlu ve hakkaniyete uygun değildir.

Diğer yandan AİHM, müdahale gerekçelerinin delillendirilmesini de istemektedir. Dolayısıyla Sağlık Bakanlığı tarafından, sadece eşı özel sektörde veya kendi hesabına çalışanlar yönünden getirilen bu hak kısıtlamasının meşru, ölçülü, orantılı olmadığı açıktır. Ertelenemez ve devredilemez bir hak olan sağlık hakkını korumakla yükümlü olan devletin, sağlık hizmetinin örgütlenmesini sağlarken hizmeti sunanların haklarını göz ardı etmesi kabul edilemez.

Dolayısıyla, hizmetin yürütümüne ilişkin hiçbir ölçüt tanımlanmaksızın stratejik personel olarak tanımlanan bütün dişhekimlerinin evlilik, aile, sosyal yaşam ve özel yaşamlarına yönelik müdahale içeren dava konusu düzenleyici işlem Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile korunan hakka yapılan müdahalenin meşruluk, gereklilik, orantılılık ölçütlerini taşımamaktadır. Açıklanan nedenlerle hukuka aykırı işlemin iptali gerekmektedir.

YÜRÜTMENİN DURDURULMASI TALEBİ

Anayasa tarafından güvence altına alınan hakkın özüne dokunacak şekilde ve ölçülülük ilkesine aykırı olarak bu hakkı tamamen kullanılamaz hale getiren ve herhangi bir objektif ve makul ölçü içermeyen dava konusu Yönetmeliğin 4. maddesinin birinci fıkrasının (m) bendindeki “*m) Stratejik personel: Tıpta ve diş hekimliğinde uzmanlık eğitimi mevzuatına göre uzman olmuş uzman tabip, uzman (TUTG), tabip, uzman diş tabibi, diş tabibi ve eczacı unvanındaki personeli,*” ifade eder şeklindeki düzenlemedeki “*uzman*

diş tabibi, diş tabibi” kelimeleri ile Anayasa, Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleriyle teminat altına alınmış olan aile birliğinin korunması ilkesine aykırı olan Yönetmeliğin 20. maddesinin altıncı fıkrasındaki “*Stratejik personelin yer değiştirme taleplerinde bu maddenin ikinci fıkrasının (c) bendinin birinci cümlesi ile beşinci fıkrası uygulanmaz*” şeklindeki düzenleme hukuka açıkça aykırıdır.

Dişhekimlerinin diğer çalışanlara göre haklarının kısıtlanması ve bu kapsamda aile birliğinin de sağlanamayacak olması telafisi imkansız zararlar doğuracaktır.

İYUK 27/2 uyarınca koşulların oluşması nedeniyle dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmesini talep ediyoruz.

HUKUKSAL NEDENLER :Anayasa, İYUK ve ilgili diğer mevzuat.

KANITLAR :Ekteki belgeler, davalı nezdindeki kayıtlar ve diğer bütün kanıtlar.

SONUÇVEİSTEM :Açıklanan nedenlerle; 30.09.2016 tarih ve 29843 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 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 4/1-(m) bendindeki “*...uzman diş tabibi, diş tabibi...*” kelimeleri ve 20. maddesinin altıncı fıkrasının yürütmesinin durdurulması ve iptaline, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin davalıya yükletilmesiyle incelemenin duruşmalı olarak yapılmasına karar verilmesini saygıyla ve vekaleten talep ederiz. 31.10.2016

Davacı vekili

Av.Mustafa GÜLER

Eki:

1-Vekaletname örneği

2-Dava konusu yönetmelik