D. 8/2018 YİM:196/2017

Yüksek İdare Mahkemesinde

Anayasa’nın 152.Maddesi Hakkında

Yargıç Tanju Öncül Huzurunda.

Davacı:Dr.Nil Ergün Eledağ, Bedrettin Demirel Caddesi, Yataklı Tedavi Kurumları Dairesi, Lefkoşa

 -ile-

Davalı:KKTC Sağlık Bakanlığı vasıtası ile KKTC Başsavcılığı, Lefkoşa

İlgili Şahıs:Dr.Mustafa Hasoğlan, Gazimağusa Devlet Hastahanesi, Gazimağusa

 A r a s ı n d a

Müstedi/Davacı namına:Avukat Levent Kızılduman

Müstedaaleyh/Davalı namına:Kıdemli Savcı Sarper Altıncık

Müstedaaleyh/İlgili Şahıs namına:Avukat Yusuf Ergüçlü.

----------

 (16.11.2017 Tarihli Ara Emri İstidası Hakkında)

# K A R A R

Müstedi/Davacı:

 ” Davalının, takriben 10.11.2017 tarihli SAB 0,00- 9/84/51-17/3917 sayılı kararı ile Dr.Mustafa Hasoğlan’ın Gazimağusa Devlet Hastahanesi Başhekimliği mevkiine terfi ve/veya atanma ve/veya nakil ve/veya görevlendirme kararının ve/veya işleminin ve bu karar ile ilgili tüm karar ve işlemlerin tamamen hükümsüz ve/veya etkisiz olduğuna ve/veya herhangi bir sonuç doğuramayacağına dair Mahkemece hüküm ve/veya karar verilmesi “

talebi ile başlattığı davası altında konu istidayı dosyalamış ve:

 ” Davalının, takriben 10.11.2017 tarihli SAB 0,00- 9/84/51-17/3917 sayılı kararı ile Dr.Mustafa Hasoğlan’ın Gazimağusa Devlet Hastahanesi Başhekimliği mevkiine terfi ve/veya atanma ve/veya nakil ve/veya görevlendirme kararının ve/veya işleminin ve bu karar ile ilgili tüm karar ve işlemlerin işbu dava karara bağlanıncaya dek ve/veya Muhterem Mahkemenin uygun göreceği zamana dek işlem görmemesi ve/veya uygulanmaması ve/veya durdurulması ve/veya men edilmesi “

şeklinde emir verilmesini talep etmiştir.

 Davacının kendisinin yaptığı istidaya ekli yemin varakasında, özetle: Birinci Derece Yataklı Tedavi Kurumları Dairesi Başhekimi mevkiinde çalışmakta olduğu, Gazimağusa Devlet Hastahanesi Başhekimi mevkii için açılacak münhalde veya görevlendirmede aday konumunda bulunduğu veya Gazimağusa Devlet Hastahanesi Başhekimliği için aranan nitelikleri haiz olduğu, Davalı Bakanlığın, müsteşarı vasıtasıyla, 10.11.2017 tarihinde, Doktor Mustafa Hasoğlan’ı, Gazimağusa Devlet Hastahanesi Başhekimi mevkiine nakil veya atama veya terfi ettirdiği, Müstedaaleyhin Kamu Hizmeti Komisyonu yetki sahasında olan bir yetkiyi kullandığı, ilgili kişi açısından yapılan işlemin yoklukla nitelendirilen bir karar olduğu, ilgili kişinin aranan nitelikleri haiz olmadığı veya Davalının konu karar ile ilgili yetkisi bulunmadığı, ilgili merciye ancak sınavla atama yapılabileceği, oysa ilgili kişinin sınavsız atandığı, İlgili Şahsın konu karar ile görev, yetki ve sorumluluklarının değiştiği, dolayısıyla kararın yasanın aradığı şartlara aykırı tanzim edildiği nedenleriyle hatalı olduğu ve iptali gerektiği, Davacının davasında haklı olduğuna dair belirtiler bulunduğu, kararın gayriyasal olduğunun çok

açık olduğu, kararın uygulanması halinde geriye dönüşü ve telafisi imkansız bir durumun ortaya çıkacağı ve meşru menfaatinin zarar göreceği, İlgili Şahıs konu mevkide bulunduğu cihetle kendisinin ilgili mevkiye atanma ve yükselme şansının hiçbir zaman olamayacağı iddialarına yer verilmiştir.

 Mahkeme, başlangıçta tek taraflı olarak dosyalanan istidanın Davalıya tebliğine emir vermiş, ayrıca Doktor Mustafa Hasoğlan’ı İlgili Şahıs olarak davaya eklemiştir. Bunun sonrasında, hem Davalı hem de İlgili Şahıs konu istidaya itirazname dosyalamışlardır.

Davalı tarafından dosyalanan itiraz ihbarnamesine ekli, Müsteşar Kemal Deniz Dana tarafından yapılan yemin varakasında özetle: Dr.Mustafa Hasoğlan’ın görevlendirme için gerekli niteliklere sahip olduğu, Davacının ilgili görevlendirmeye talip olduğu, ancak bulunduğu ve halen ifa ettiği görev nedeni ile ve görevlendirme yapılmış olduğundan talebinin reddedil-diği, İlgili Şahıs açısından yapılan görevlendirmenin nakil veya atama veya terfi olmadığı, yasanın veya tüzüğün öngördüğü şartlara uygun bir görevlendirme olduğu, İlgili Şahsın, Başhekim Yardımcısı görevini, görevlendirme olarak vekaleten yürüttüğü, görevlendirme yapma yetkisinin yasal olarak Davalı Bakanlıkta olduğu, gayriyasallık iddialarının doğru olmadığı, Davacının dava sebebi bulunmadığı gibi haklılık belirtisi de olmadığı, keza Davacı açısından geriye dönüşü imkansız durumun ortaya çıkmayacağı ileri sürülmüştür.

İlgili Şahsın Avukatları tarafından dosyalanan itiraz ihbarnamesine ekli, İlgili Şahsın kendisi tarafından yapılan yemin varakasında ise, özetle: 6/2009 sayılı Yasa’nın 81’inci maddesinin şartlarının vekaleten görevlendirmenin 3 aydan fazla sürmesi halinde geçerli olacağı, oysa davanın dosyalanma tarihi itibarıyla ve halen 3 aylık sürenin dolmadığı, bu nedenle davanın mevsimsiz açıldığı, anılan atama veya görevlendirmenin Bakanlığın yetkisinde olduğu ve kendisinin görevlendirilmesinin uygun olduğu, Davacının Yasanın aradığı nitelikleri haiz olmadığı, Davacının Yataklı Tedavi Kurumu Başhekimi olarak tüm devlet hastahanelerinin koordinasyonundan sorumlu olduğu, dolayısıyla da devlet hastahaneleri başhekim-lerinin amiri pozisyonunda bulunduğu ve dava konusu göreve atanmasının mümkün olmadığı, kendisinin Yasanın aradığı nitelikleri haiz bir kişi olduğu, Davacının ciddi bir dava sebebi olmadığı gibi haklılık belirtisi de bulunmadığı, ayrıca Davacı açısından geriye dönüşü imkansız veya telafisi imkansız bir durumun ortaya çıkmayacağı, Davacı davasında başarılı olursa talep ettiği çarenin kendisine bahşedilebileceği iddialarına yer verilmiştir.

İstidanın duruşması sürecinde Davacı taraf Davacıya şahadet verdirmiş, bu süreçte 6 adet evrak da emare olarak sunulmuştur. İtiraz maksatları açısından ise Davalının Müsteşarı Kemal Deniz Dana şahadet vermiş ve bu süreçte de iki adet evrak daha emare yapılmıştır. İlgili Şahıs ise tanık dinletmemiştir.

Tarafların hitapları incelendiğinde, Davacının, konu davayı açmada meşru bir menfaati bulunduğunu, bu meselede yasaya apaçık aykırılığın söz konusu olduğunu, bu nedenle telafisi imkansızlık unsurunun aranmasına gerek olmadığını ileri sürdüğü görülmektedir.

Davalı taraf ise, hitabında, Davacı için etkili bir işlemin olmadığı, Davacının meşru menfaatinin bulunmadığı, ortada kişinin hukuksal durumunu doğrudan etkileyen icrai bir karar bulunmadığı, verilecek emrin Davacıya bir yarar sağlamayacağı, aksine Davalıyı müşkül duruma sokacağı iddialarında bulunmuştur.

İlgili Şahıs Avukatı, Savcılığın iddialarına katıldığını beyan ettikten sonra, emir verilse de Davacının statüsünün değişmeyeceği, telafisi imkansızlığın söz konusu olmadığı iddialarını ileri sürmüştür.

Bu davaya konu yazının tarihi 10.11.2017’dir. Dava ise, 16.11.2017 tarihinde, yani 75 günlük süre içinde açılmıştır. Bu nedenle davada süre sorunu yoktur.

Davalı ve İlgili Şahıs tarafı, yukarıda söylenenlerden görüleceği üzere, Davacının meşru bir menfaatinin etkilenmediğini, ayrıca icrai bir karar olmadığını ileri sürmüş durumdadır.

Emare 4 yazı içeriği:

” Sn.Dr.Mustafa Hasoğlan,

..................................................... Gazimağusa Devlet Hastahanesi Başhekimi Dr.Hasan Topal yaş haddi nedeniyle emekliye ayrılacağı nedenle, mevcut görevlerinizin yanında Gazimağusa Devlet Hastahanesi Başhekimi görevlerinin de tarafınızdan yürütülmesine karar verilmiştir.

Bilgi edinilmesi ve gereğini saygılarımla rica ederim. “

şeklindedir.

Konu yazı ile Dr.Mustafa Hasoğlan’ın hukuksal durumunda bir değişiklik yaratıldığı ilk nazarda görülmektedir. Bu da konu yazıda belirtilenlerin icrai ve kesin bir karar oluşturduğunu düşündürmektedir. Bu noktada ilgili kararın Davacı açısından bir etkisi olup olmadığı önem kazanmaktadır ki, bu husus, ilgili kararın icrai olup olmadığıyla değil, daha çok Davacının etkilenmiş meşru bir menfaatinin bulunup bulunmadığı noktası ile ilgili görünmektedir.

Belirtilenler dolayısıyla meşru menfaat noktası açısından olaya bakıldığında, bu meseledeki Davacının, 13.9.2017 tarihinde, Gazimağusa Devlet Hastahanesi Başhekimliği

kadrosuna naklinin yapılmasını Sağlık Bakanlığı Nakil Kurulundan talep ettiği gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Emare 1 ve Emare 7 yazılardan ise, ”Başhekim“ Hasan Topal’ın, 9.11.2017 tarihinden itibaren emeklilik öncesi izinlerini kullanmaya başlayacağı anlaşılmaktadır.

Davacının istintakı süreci incelendiğinde, Savcılığın, Davacıya:

”Savcı Sarper:

S.Hasan Topal Bey görevliydi orda?

C.Evet.

S.Biliyor musunuz ki, Kamu Hizmeti tarafından görevlendirilmişti oraya vekaleten?

C.Davayı düşürmek için bir aylığına verilmiş bir görevlendirmeydi o. “

iddiasında bulunduğu, Davalının Tanığının sorgusu sırasında:

”Nil Hanım’ın yapılan bu görevlendirme ile ilgili olarak bazı yakınmaları vardır, Mahkemeden ara emri ister ki, görevlendirmenin yürütmesi durdurulsun diye. 13.9.2017 tarihinde Bakanlığın Nakil Kuruluna bir nakil talep formuyla müracaatı var. Bu tarih itibarıyla ne idi durum Mağusa Hastahanesinde, Başhekimlik mevkiinin...

C.Hasan Topal Bey, kamu hizmeti tarafından vekaleten görevlendirilmiş başhekimdi “

şeklinde şahadet verdiği, anılan Tanığın istintakı sırasında ise:

...................................................................................................................

”S.Ben de size iddia ediyorum ki, bu hukuken mümkün değil. Ama hukuken mümkün olmuş olsaydı bile böyle bir durumda Davacıyı ilgili mevkiye görevlendirmeniz daha doğru olurdu. Ne dersiniz bu iddiama?

C.Hukuki bir doğruluğu var. Davacı kişi başka bir kurumun başhekimi olması nedeniyle hiç düşünülmedi.İşlemleri tamam olmadığı için, konunun nakil tüzüğünde da görüşülmesi çok

mümkün değildi. Bir neden bu. İkinci neden, Nakil Tüzüğü’nde görüşülme başvurusu yapıldığında Mağusa Devlet Hastahanesinde kamu hizmeti tarafından vekaleten atanmış bir başhekim yardımcımız görev yapıyordu.

S.Kamu Hizmeti Komisyonu tarafından vekaleten bir görevlendirme yapıldı dediniz.

C.Evet.

S.Ben size iddia ederim ki, o görevlendirme tarihi nedir bilginizde mi?

C.Aklımda yok.

S.Ancak ilk olarak görevlendirmeyi yine Sağlık Bakanlığı yapmıştı. Ben size iddia ederim ki, görevlendirme tarihi, yani Hasan Topal’ın görevlendirme tarihi 31.10.2016’dır. Kamu Hizmeti Komisyonunun almış olduğu kararın tarihi ise, 19.4.2017’dir ve yine..

Mahkeme:Hatırlar mısınız bunu?

Av.Levent:

S.Hatırlar mısınız bunu?

C.Tarihleri hatırlamıyorum efendim.

S.Ve yine 18.4.2017 tarihli Kamu Hizmeti Komisyonu kararı da sadece 30 gün süre ile yani 19.4.2017’den 18.5.2017 tarihine kadar geçerlidir. Doğru mu?

C.Doğrudur.

S.Ben size iddia ederim ki, Kamu Hizmeti Komisyonu’nun bu kararı herhangi bir şekilde yürürlüğe girmiş bir işlem değildir?

C.30 günlüğüne görevlendirilen bir başhekimin, kamu hizmeti tarafından yürürlüğe girmediğini düşünemem yani.

S.Ben size yine iddia ederim ki, eğer yürürlüğe girdiyse bile bu, süreli olduğu için 30 gün sonunda yürürlükten kendiliğinden kalkmıştır.

C.Evet.

..........................................................

.........................................................“

şeklinde şahadet sunulduğu görülmektedir.

Huzurumdaki bu hususlar, ilk nazarda, Davacının nakil başvurusunu yaptığı tarihte, Mağusa Devlet Hastahanesi Başhekimliği kadrosunun asaleten doldurulmuş olmadığını düşündürür niteliktedir. Bunu göz önüne aldığımda, Mağusa Devlet Hastahanesi Başhekimliğine nakil talep eden, ancak nakil işlemi yapılmayan Davacının meşru bir menfaatinin, sonradan konu mevkiye ”görevlendirmeyle“ atandığı belirtilen İlgili Şahsın atanması işleminden etkilenmediğini söylemek çok da olanaklı görünmemektedir. Özellikle nakledilmek istediği bir mevkiye başkasının ”görevlendirilmiş“ olduğu hususu göz önüne alındığında, Davacının, konu ”görevlendirmeyi“ dava etme noktasında, anılan işlemle makul ilgisi olduğunu düşünmek daha doğru görünmektedir. Bu da ilk nazarda, bende Davacının meşru bir menfaatinin konu işlemden etkilendiği kanaatini uyandırmaktadır.

Bu hususları vurguladıktan sonra meselenin esasına bakıldığında, Davacının ara emri verilmesi ile ilgili kriterler açısından yasaya apaçık aykırılık olduğu noktası üzerinde durduğu gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Bir diğer deyişle Davacı, ileride telafisi mümkün olmayacak bir zararın doğup doğmayacağı kriteri üzerinde durmamış, hatta, kendi sundurduğu şahadet çerçevesinde, Davacı açısından böyle bir sorunun ortaya çıkmayacağını bir anlamda kabul etmiştir. Konu kararın, açılacak münhale Davacının başvurusunu ve kazanması halinde de konu göreve atanmasını engellemeyeceği argümanları da bu sonucu doğrular niteliktedir. Bu nedenle, bu meselede tek incelenecek husus, ilgili kararın açıkça hukuka aykırı olup olmadığı veya kararda yokluk sonucunu doğuran yasa dışılık veya ağır yetki gasbı olup olmadığıdır.

Yukarıda özetlenmiş olan Savcılık iddiaları incelendiğinde, Davalı tarafın, konu kararla yapılan ”görevlendirmenin“, nakil veya atama veya terfi olmadığı iddiasını yaptığı anlaşılmaktadır.

 Gerek Davacının gerekse İlgili Şahsın hukuksal konumu şahadet göz önüne alınarak incelendiğinde, her ikisinin de, sağlık alanında asıl ve sürekli görev yürüten kamu sağlık çalışanı konumunda oldukları anlaşılmaktadır. Bu husus, İlgili Şahsın, hem görevlendirildiği konum hem de görevlendirme öncesi bulunduğu konum için de böyledir.

Asıl ve sürekli görevleri yürütenlerin Kamu Hizmeti Komisyonunca atanacağı, 6/2009 sayılı Kamu Sağlık Çalışanları Yasası’nın:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  ”62. | (1) | Kamu hizmetlerinin gerektirdiği asıl ve sürekli görevleri yürüten kamu sağlık çalışanlarının atanmaları, bu Yasa ve Kamu Hizmeti Komisyonu ve Dairesi (Kuruluş Görev ve Çalışma Esasları) Yasası çerçevesinde Kamu Hizmeti Komisyonunca yapılır. |
|  | (2) | Sözleşmeli personel ile geçici personelin atanmalarına veya göreve alınmalarına ilişkin bu Yasadaki özel kurallar saklıdır. “ |

şeklindeki 62’nci maddesinde yer almaktadır.

Aynı Yasa’nın:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| ”78. | (1) | (A) | Bakanlık, kamu sağlık çalışanlarının bir ilçedeki sağlık kurumundan bir başka ilçedeki sağlık kurumuna yapılacak naklini, hizmetlerin etkin, verimli ve yaygın bir biçimde yürütülebilmesine olanak tanımak amacıyla, ilgili sağlık kurumları ve/veya hastane yönetim kurulları ile de istişare ederek, Kamu Hizmeti Komisyonundan ister. |
|  |  | (B) | Bakanlık, hizmetlerin daha iyi yürütülmesini sağlamak amacıyla kamu sağlık çalışanlarını bulundukları aynı hizmet sınıfında açık kadrosu bulunan başka bir sağlık kurumuna veya aynı sağlık kurumunda ve aynı hizmet sınıfında başka bir kadroya naklini, eşit dereceler arasında olması kaydı ile Kamu Hizmeti Komisyonundan ister. |
|  |  | (C) | Bakanlık, hizmetlerin daha iyi yürütülmesini sağlamak amacıyla ilgili sağlık kurumları ve/veya hastane yönetim kurulları ile istişare ederek Personel Dairesinin de uygunluk bildirimi ile aynı öğrenim koşulu gerektiren hizmet sınıfları içerisindeki (yüksek öğrenim gerektiren hizmet sınıfları veya orta öğrenim gerektiren hizmet sınıfları) kamu sağlık çalışanlarının eşit dereceler arasında açık kadrosu bulunan bir başka sağlık kurumuna görevlendirme veya naklini, ilçeler arsındaki görevlendirme veya nakilde personelin de rızasını almak koşuluyla Kamu Hizmeti Komisyonundan ister. |
|  |  | (Ç) | Kamu Hizmeti Komisyonu, yukarıdaki bentlerde yer alan kurallar uyarınca kendisine iletilen tüm nakil istemlerini, gereklilik ve hizmet yararı açısından değerlendirir ve uygun gördüğü takdirde, gerekli nakilleri yapar. |
|  | (2) | Kamu sağlık çalışanlarının aynı ilçede bir sağlık kurumundan bir başka sağlık kurumuna yapılacak nakilleri hizmet yararı ve hizmette etkinlik ve verimlilik gözetilerek ilgili sağlık kurumu ve/veya hastane yönetim kurulları ile istişare edilerek Bakanlık tarafından Personel Dairesi ve ilgili diğer kurumlara bildirilmek kaydı ile yapılır. |
|  | (3) | Kamu sağlık çalışanlarının yukarıdaki (1)’inci ve (2)’nci fıkra kuralları uyarınca yapılacak nakil işlemleri ile ilgili usul ve esaslar Personel Dairesi ile birlikte Bakanlıkça hazırlanıp Bakanlar Kurulunca onaylanacak ve Resmi Gazete’de yayımlanacak Tüzükle düzenlenir. |
|  | (4) | Kamu sağlık çalışanlarının görevini yapamayacağı, Lefkoşa Dr. Burhan Nalbantoğlu Devlet Hastahanesi Sağlık Kurulu kararı ile belgelenmesi halinde, Kamu Görevlileri Yasasına bağlı bir kuruma nakli, Bakanlığın ve ilgili kurumun istişaresi ve Personel Dairesinin uygunluk bildirimi ile Kamu Hizmeti Komisyonu tarafından Kamu Görevlileri Yasası çerçevesinde yapılır.“ |

şeklindeki 78’inci ve:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ”81. | (1) | Bakanlık ve bakanlığa bağlı sağlık kurum ve kuruluşlarında Yöneticilik Hizmetleri Sınıfı (Üst Kademe Yöneticisi Sayılmayan Diğer Yöneticiler) ile üniversite mezuniyeti veya yüksek öğrenim gerektiren Mesleki ve Teknik Hizmet Sınıflarının I. Derecelerine yapılan vekaleten görevlendir-melerde, vekalet görevlerinin üç aydan fazla sürmesi halinde vekalet aylığı verilmek suretiyle aşağıdaki (2)’inci ve (3)’üncü fıkralardaki durum ve koşullarla bir başka kamu sağlık çalışanı vekil olarak atanabilir: |
|  |  | (A) | Kadronun açık olması; veya |
|  |  | (B) | Vekalet edilecek mevkii tutan kamu sağlık çalışanının yasal izinli bulunması; veya |
|  |  | (C) | Geçici olarak görevden uzaklaştırma veya görevden çıkarma cezası nedeniyle veya diğer herhangi bir nedenle görevinden geçici olarak ayrılmış olması, |
|  |  | hallerinde. |
|  | (2) | Vekalet edecek kamu sağlık çalışanının vekalet edilecek mevkiden üst derecede olmaması koşuldur. Vekil olarak atanacak bir kamu sağlık çalışanı, aynı kurumdan veya başka bir kurumdan olabilir. Vekil olarak atanacak bir kamu sağlık çalışanının aynı sınıftan olması gerekir.  Ancak, Yöneticilik Hizmetleri Sınıfına (Üst Kademe Yöneticisi Sayılmayan Diğer Yöneticiler) vekil olarak atanacak kamu sağlık çalışanında, Yöneticilik Hizmetleri sınıfından olma koşulu aranmaz. |
|  | (3) | Vekaleten görevlendirme, Bakanın yazılı istemi üzerine Kamu Hizmeti Komisyonu tarafından yapılır.“ |

şeklindeki 81’inci maddeleri de nakilleri ve vekalet koşullarını düzenlemektedir.

Yine:

|  |  |
| --- | --- |
| ”82.(2) | Kuruluş yasalarında veya kadro hizmet şemalarında, bir göreve vekalet etme görev ve yetkisine sahip oldukları belirlenen kamu sağlık çalışanları, Kamu Hizmeti Komisyonu tarafından atama işlemine gerek görülmeksizin, vekalet görevini yürütürler ve kendi kadrolarına tahsis edilmiş maaşlarını almaya devam ederler.  |
|  |  Ancak, bu görevin üç aydan fazla sürmesi halinde, yukarıdaki (1)’inci fıkra kuralları uygulanır. “ |

şeklindeki 82’nci maddenin (2)’nci fıkrası ise, kuruluş yasalarında veya kadro hizmet şemalarında vekalet yetkisi varsa, Kamu Hizmeti Komisyonu kararı gerekmeksizin vekalet görevinin yürütüleceği hususunu düzenlemiştir.

Gerek 57/1989 sayılı Temel Sağlık Hizmetleri Dairesi (Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları) Yasası, gerek 34/2007 sayılı Yataklı Tedavi Kurumları Dairesi (Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları) Yasası gerekse de 6/2009 sayılı Kamu Sağlık Çalışanları Yasası ve bu Yasalar çerçevesinde belirlenmiş kadrolarla ilgili düzenlemeler incelendiğinde, İlgili Şahıs açısından kuruluş yasalarında veya kadro hizmet şemasında herhangi bir şekilde başhekimliğe vekalet görevinin düzenlendiği görülmemektedir. Kaldı ki, dava konusu kararın alınmış olması, yasal bir vekalet zemini olsa karara ihtiyaç duyulmayacağı için, böylesi bir yasal vekalet zemininin olmadığını gösterir şekilde algılanabilmektedir. Bu noktada geriye kalan tek soru İlgili Şahsın ”görevlendirmesini“ içerir tarzdaki konu kararın, Bakanlıkça alınabilecek bir karar olup olmadığıdır.

 Birleştirilmiş YİM/İstinaf 5-6/2014 Dağıtım 1/2015’te:

”İlk Mahkeme huzurundaki istida, bir geçici emir, bir ara emri talep eden bir istidadır. Ara emri istidalarında, ara emrin ısdar edilmesi için gerekli kriterlerin incelenmesi esnasında, başvurunun esası ile ilgili bulgu yapmaktan kaçınılması gerekir. Esas dava dinlendikten sonra verilecek kararın, ara emri safhasında, esas dava dinlenmeden karara bağlanması, mecbur olmadıktan sonra yapılmamalıdır. Ancak, ara emri talep eden istidada, istida ile ilgili karar vermek için, gerektiği takdirde, mahkeme davanın esası ile ilgili bulgu yapmakta serbesttir (Bak: YİM 21/93 (D. 3/93)). “

denmiştir. Belirtilenlerden anlaşılacağı üzere, ara emri istidalarında, mecbur kalınmadıkça davanın esasıyla ilgili bulgu yapılmaması gerekmektedir. Ancak bu mesele, yukarıda belirtildiği üzere, tümüyle Bakanlığın yetkisi noktasında kilitlenmiş olup Bakanlığın yetkisi açısından bir değerlendirme yapmadan bu istidanın bir karara bağlanamayacağı açıkça görülmektedir. Bu da beni davanın esasıyla ilgili sayılabilecek bir inceleme şekline yöneltmektedir.

 Buna karşın, Davacının davasının bir heyet davası olduğu ve ara emri istidasının tek yargıç olarak tarafımdan ele alındığı hususu göz önüne alındığında, Bakanlığın yetkisi ile ilgili bir değerlendirme yaparken, davayı sonuçlandırmayacak, ancak istidayı sonuçlandırmaya yarayacak kadar ilk nazarda bir değerlendirmeye yönelmek daha sağlıklı olacaktır.

 Bu yaklaşımla, çok benzer yasal düzenlemelerin incelendiği YİM 41/2001 Dağıtım 7/2005’e bakıldığında:

”Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi Anayasanın 121. maddesinin (2). fıkrası altında kamu görevlilerinin atanmalarında, terfilerinde, nakillerinde yetkili organ Kamu Hizmeti Komisyonudur. “Atanma” sözcüğü doğal olarak hem sürekli hem de geçici atanmaları, yani vekaleten atanmaları da kapsar (The word “appoint” etymologically and in its ordinary connotation, covers both a permanent and a temporary appointment – Pikis, J., in Mylonas v. The Republic at p.1101). Eğer Kamu Görevlileri Yasasının 80. maddesinin (3).fıkrası altında Kamu Hizmeti Komisyonunun, bakanın tavsiye ettiği kişiyi vekaleten atama zorunda olduğu sonucuna varırsak, hem Anayasanın kamu görevlilerini atamaya yetkili kıldığı organ olan Kamu Hizmeti Komisyonunun bu yetkisini aslında Kamu Hizmeti Komisyonundan alıp bakana vermiş oluruz, hem de takdir yetkisini alarak Kamu Hizmeti Komisyonunun bağımsızlığına gölge düşürmüş oluruz. Anayasa üçlü kararname ile atanmalarını öngördüğü üst kademe yöneticiliği yapan kamu görevlileri dışındaki kamu görevlilerinin atanmalarında, terfilerinde, nakillerinde yetkiyi tarafsız ve bağımsız bir organ olan Kamu Hizmeti Komisyonuna vererek siyasi gücü bu alanda etkisiz kılmak istemiştir. Kamu Görevlileri Yasasının 80. maddesi altında yapılacak bir vekaleten görevlendirmenin süresi de belli olmayabilir, 80. maddenin (2). fıkrası ışığında kadronun açık olması vekaleten görevlendirmeyi olanaklı kılmaktadır. Açık olan bir kadroya bir kişinin vekaleten atanması durumunda, bu kişinin ne kadar bir süre vekaleten atandığı mevkide görev yapacağı belli değildir; bu süre iki ay, üç ay, on ay olabileceği gibi birkaç yıl da olabilir, her ne kadar vekaleten atamanın ancak kamu hizmetlerinin etkili verilmesinde gereksinim duyulan durumlarda ve öngörülebilen geçici bir süre için yapılması ve bu görevlendirmenin birkaç yıl gibi uzun bir süre için olmaması gerekiyorsa da yine de uygulamada böyle bir görevlendirme birkaç yıl sürebilir. Böyle bir durumda vekaleten atanan kamu görevlisine, vekaleten atandığı kadroda üç aydan fazla görev yapması halinde, vekaleten atandığı kadronun maaşının verileceğini, bu maaşın ileride kamu görevlisi emekliye ayrıldığında emeklilik menfaatlerinin hesaplanmasında etkili olacağını dikkate aldığımızda, Kamu Hizmeti Komisyonunun değil, bakanın, yani siyasi gücün belirlediği, örtülü bir terfi de gündeme getirilmiş olur. Ayni şekilde vekaleten atama yapılan kadroda görev yapan kamu görevlisini Kamu Hizmeti Komisyonu değil siyasi güç belirlemiş olur. Kamu Görevlileri Yasasının 80. maddesi altında üst kademe yöneticilerinin görev yapmadığı kadrolara da vekaleten atama yapılabileceğine de dikkat çekmek gerekir. “

dendiği gerçeği ile karşılaşılmaktadır.

 YİM 143/2003 Dağıtım 9/2007’de de yine benzer yasal düzenlemeler incelenirken sayfa 7’de:

”Görüleceği üzere yukarıda yer alan 81.maddedeki istisnai durum dışında ”vekaleten görevlendirme“ Kamu Hizmeti Komisyonu tarafından yapılmaktadır ve bu bağlamda Davacı, 3.3.2003 tarihinde I.Derece Başhemşire mevkiine vekaleten atanmıştır. “

denmiştir.

 Sağlık alanındaki İlgili mevzuat incelendiğinde, Bakanlığın, Kamu Hizmeti Komisyonundan istekte bulunmadan, 78’inci maddenin (2)’nci fıkrası altında nakil yapabileceği görülmektedir. Ancak:

” Kamu sağlık çalışanlarının aynı ilçede bir sağlık kurumundan bir başka sağlık kurumuna yapılacak nakilleri hizmet yararı ve hizmette etkinlik ve verimlilik gözetilerek ilgili sağlık kurumu ve/veya hastane yönetim kurulları ile istişare edilerek Bakanlık tarafından Personel Dairesi ve ilgili diğer kurumlara bildirilmek kaydı ile yapılır. “

şeklindeki 78’inci maddenin (2)’nci fıkrası incelendiğinde, bu fıkranın, ilk nazarda, dava konusu karar için bakanlığa yetki vermediği, çünkü davaya konu işlemin, aynı ilçedeki bir sağlık kurumundan başka bir sağlık kurumuna nakil olmadığı görülmektedir. Kaldı ki Davalı tarafı, konu kararla yapılanın nakil olmadığını kendi yemin varakasında ileri sürmüştür. Bu nedenle, dava konusu ”görevlendirmenin“ 78.maddenin (2)’nci fıkrası altında yapıldığını düşünmek olanaklı olamamaktadır.

Yukarıdaki kararlar ve Kamu Sağlık Çalışanları Yasası’ndaki anılan kararlarda incelenen mevzuattakine benzer düzenlemeler göz önüne alındığında, 78’inci maddenin (2)’nci fıkrasındaki nakil ve 82’nci maddenin (2)’nci fıkrasındaki düzenlemede belirtilen durumlar dışında, asıl ve sürekli görev olan hastahane başhekimliğine yapılacak bir görevlendirmenin, Bakanlık değil, Kamu Hizmeti Komisyonu tarafından yapılabi-leceği ilk nazarda düşünülebilir hale gelmektedir. Bu ise, Bakanlığın tamamen yetkisiz olarak, diğer bir deyişle, açıkça hukuka aykırı şekilde konu kararı aldığını ilk nazarda düşündürmektedir.

Belirttiğim bu husus, Birleştirilmiş YİM/İstinaf 5-6/2014 sayılı kararda belirtilen:

” İdarenin icra edilebilir bir işleminin açıkça hukuka aykırı olması ve bunun icra edilmesi durumunda, telafisi güç veya imkansız zararların doğabilecek olması karşısında, davayı esastan çözmeyecek, yürütmenin durdurulması niteliğinde bir ara emri verilebilir. İçtihatlar, açıkça hukuka aykırılık hali ile yokluk sonucunu doğuran yasa dışılık veya ağır yetki gasbı hallerinde de telafisi imkansız zarar doğup doğmayacağını incelemeden ara emri verilebileceğini belirtmektedir. “

şeklindeki görüşler de göz önüne alınarak değerlendiril-diğinde, ”ileride telafisi mümkün olmayacak bir zararın doğacağı veya eski duruma dönüşün çok zorlaşacağı“ kriterinin aranmasına gerek olmaksızın, konu kararın yürütmesinin durdurulması yönünde bir emir verilmesinin adil olduğu ortaya çıkmaktadır.

Bu yaklaşımla, Davacının talebi uygun görülür ve Davalının, 10.11.2007 tarihli SAB 0,00-9/84/51-17/3917 sayılı kararı ile Dr.Mustafa Hasoğlan’ı Gazimağusa Devlet Hastahanesi Başhekimliği mevkiine görevlendirme kararının veya işleminin yürütmesinin dava sonuna kadar durdurulmasına emir verilir.

İstida masrafları Davalı tarafından Davacıya ödenecektir.

 Tanju Öncül

 Yargıç

9 Mart 2018