

Davacı ve Yürütmenin Durdurulmasını İsteyen: Sağlık ve Sosyal Hizmet Çalışanları
Sendikası (Sağlık - Sen) - ANKARA

Vekili : Av. Özlem Titrek Çağlayan
GMK Bulvarı Özveren Sok. No:9/1-2
Demirtepe - ANKARA

Karşı Taraf (Davalılar) : 1- T.C. Başbakanlık - ANKARA

Vekili : (Hukuk Müşaviri) Nurdan Şahin - aynı yerde

2- Sağlık Bakanlığı - ANKARA

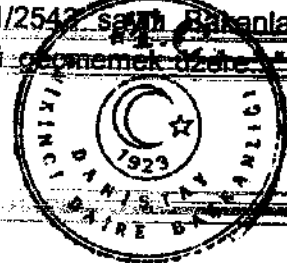
Vekili : (Hukuk Müşaviri) Atilla Güney - aynı yerde

Davanın Özeti : Davacı sendika tarafından, 657 sayılı Yasa'nın 4/C maddesi kapsamında istihdam edilen geçici personele ilişkin olarak Sağlık Bakanlığı 2012 Yılı Hizmet Sözleşmesi'nin (Tıp Sözleşme) başka iş yapma yasağına ilişkin 2/(b) maddesinin, sözleşme feshine ilişkin 6/(a) maddesindeki "...veya sonradan geçici personel olablime şartlarından herhangi birini kaybetmesi..." ibaresinin ve 6/(b) maddesinin, hastalık iznine ilişkin 7/(b) maddesindeki "...yılıda 30 günü geçmemek üzere..." ibaresinin, mazeret iznine ilişkin 7/(c) maddesindeki "...3 gün..." ibaresinin, süt iznine ilişkin 7/(d) maddesindeki "...bir yaşından küçük..." ve "...günde toplam bir buçuk saat..." ibarelerinin, 9. maddesindeki "...damga vergisi hariç..." ibaresinin ve Tıp Sözleşmenin dayanağı olan 10.1.2012 gün ve 28169 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 8.12.2011 gün ve 2011/2543 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarındaki Geçici Mahiyetteki İşleri Yürütmek Üzere Geçici Personel İstihdamı ve Bu Personele Ödenecek Ücretler Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı'nın "Başka iş yapma yasağı" başlıklı 12. maddesinin, hastalık iznine ilişkin 11/2. maddesindeki "...yılıda 30 günü geçmemek üzere..." ibaresinin ve 1. maddesindeki "...bir mali yılda onbir ayı geçmemek üzere..." ibaresinin iptali ve yürütmenin durdurulması istenilmektedir.

Savunmaların Özeti : Yürütmenin durdurulması isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi : Şevket Polat

Düşüncesi : Yürütmenin durdurulması isteminin, Sağlık Bakanlığı 2012 Yılı Tıp Sözleşmesi'nin 6/(a) maddesindeki "...veya sonradan geçici personel olablime şartlarından herhangi birini kaybetmesi..." ibaresi ve 9. maddesindeki "...damga vergisi hariç..." ibaresi ile 2011/2543 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 1. maddesindeki "...bir mali yılda onbir ayı geçmemek üzere..." ibaresi yönünden reddedilmesi, Tıp Sözleşmenin 2/(b) maddesi, 6/(b) maddesi, 7/(b) maddesindeki "...yılıda 30 günü geçmemek üzere..." ibaresi, 7/(c) maddesindeki "...3 gün..." ibaresi, 7/(d) maddesindeki "...bir yaşından küçük..." ve "...günde toplam bir buçuk saat..." ibareleri ile 8.12.2011 gün ve 2011/2543 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 12. maddesi ve 11/2. maddesindeki "...yılıda 30 günü geçmemek üzere..." ibaresi yönünden ise kabulü gerektiği düşünülmektedir.





TÜRK MİLLETİ ADINA

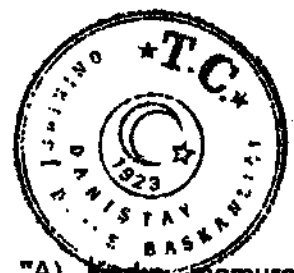
Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesi'nce, davalı idarelerin savunmalarının geldiği görüldüğünden yürütmenin durdurulması istemi hakkında işin gereği düşünüldü:

Dava; davacı sendika tarafından, 657 sayılı Yasa'nın 4/C maddesi kapsamında istihdam edilen geçici personele ilişkin olarak Sağlık Bakanlığı 2012 Yılı Hizmet Sözleşmesi'nin (Tip Sözleşme) başka iş yapma yasağına ilişkin 2/(b) maddesinin, sözleşme feshine ilişkin 6/(a) maddesindeki "...veya sonradan geçici personel olabilme şartlarından herhangi birini kaybetmesi..." ibaresinin ve 6/(b) maddesinin, hastalık iznine ilişkin 7/(b) maddesindeki "...yılda 30 günü geçmemek üzere..." ibaresinin, mazeret iznine ilişkin 7/(c) maddesindeki "...3 gün..." ibaresinin, süt iznine ilişkin 7/(d) maddesindeki "...bir yaşından küçük..." ve "...günde toplam bir buçuk saat..." ibarelerinin, 9. maddesindeki "...damga vergisi hariç..." ibaresinin ve Tip Sözleşmenin dayanağı olan 10.1.2012 gün ve 28169 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 8.12.2011 gün ve 2011/2543 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarındaki Geçici Mahiyetteki İşleri Yürütmek Üzere Geçici Personel İstihdamı ve Bu Personele Ödenecek Ücretler Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı'nın "Başka iş yapma yasağı" başlıklı 12. maddesinin, hastalık iznine ilişkin 11/2. maddesindeki "...yılda 30 günü geçmemek üzere..." ibaresinin ve 1. maddesindeki "...bir mali yılda onbir ayı geçmemek üzere..." ibaresinin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu, "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10/5. maddesinde; devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları belirtilmiş, 128/2. maddesinde ise ;"Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun: "İstihdam şekilleri" başlıklı 4. maddesinde; kamu hizmetlerinin memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği öngörülmüş; (C) bendinde de geçici personel; "Bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğuna Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanılarak Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde ve belirtilen ücret ve adet sınırları içinde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kimselerdir." şeklinde tanımlanmıştır.

Yine, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28/1. maddesinde; memurların Türk Ticaret Kanunu'na göre (tacir) veya (esnaf) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamayacakları, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamayacakları, ticari mümessil veya ticari vekil veya kollektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olamayacakları (görevli oldukları kurumların iştiraklerinde kurumlarını temsilen alacakları görevler hariç) öngörülmüş, 125/D-h maddesinde; "Ticaret yapmak veya Devlet memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak," fiili kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren bir disiplin suçu olarak belirlenmiştir.



Aynı Kanun'un "Mazeret izni" başlıklı 104. maddesinde; "A) Kadın memura; doğumdan önce sekiz, doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı hafta süreyle analık izni verilir. Çoğul gebelik durumunda, doğum öncesi sekiz haftalık analık izni süresine iki hafta eklenir. Ancak beklenen doğum tarihinden sekiz hafta öncesine kadar sağlık durumunun çalışmaya uygun olduğunu tabip raporuyla belgeleyen kadın memur, isteği hâlinde doğumdan önceki üç haftaya kadar kurumunda çalışabilir. Bu durumda, doğum öncesinde bu rapora dayanarak fiilen çalıştığı süreler doğum sonrası analık izni süresine eklenir. Doğumun erken gerçekleşmesi sebebiyle, doğum öncesi analık izninin kullanılmayan bölümü de doğum sonrası analık izni süresine ilave edilir. Doğumda veya doğum sonrasında analık izni kullanılırken annenin ölümü hâlinde, isteği üzerine memur olan babaya anne için öngörülen süre kadar izin verilir.

B) Memura, eşinin doğum yapması hâlinde, isteği üzerine on gün babalık izni; kendisinin veya çocuğunun evlenmesi ya da eşinin, çocuğunun, kendisinin veya eşinin ana, baba ve kardeşinin ölümü hâllerinde isteği üzerine yedi gün izin verilir.

C) (A) ve (B) fıkralarında belirtilen hâller dışında, merkezde atamaya yetkili amir, ilde vali, ilçede kaymakam ve yurt dışında diplomatik misyon şefi tarafından, birim amirinin muvafakati ile bir yıl içinde toptan veya bölümler hâlinde, mazeretleri sebebiyle memurlara on gün izin verilebilir. Zaruret hâlinde öğretmenler hariç olmak üzere, aynı usûlle on gün daha mazeret izni verilebilir. Bu takdirde, ikinci kez verilen bu izin, yıllık izinden düşülür.

D) Kadın memura, çocuğunu emzirmesi için doğum sonrası analık izni süresinin bitim tarihinden itibaren ilk altı ayda günde üç saat, ikinci altı ayda günde birbuçuk saat süt izni verilir. Süt izninin hangi saatler arasında ve günde kaç kez kullanılacağı hususunda, kadın memurun tercihi esastır.

E) Yıllık izin ve mazeret izinleri sırasında fiili çalışmaya bağlı her türlü ödemeler hariç malî haklar ile sosyal yardımlara dokunulmaz." düzenlemesi,

"Hastalık ve refakat izni" başlıklı 105. maddesinin ilk 3 fıkrasında da; "Memura, aylık ve özlük hakları korunarak, verilecek raporda gösterilecek lüzum üzerine, kanser, verem ve akıl hastalığı gibi uzun süreli bir tedaviye ihtiyaç gösteren hastalığı hâlinde onsekiz aya kadar, diğer hastalık hâllerinde ise oniki aya kadar izin verilir.

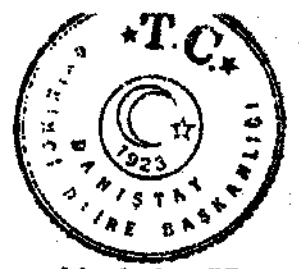
Memurun, hastalığı sebebiyle yataklı tedavi kurumunda yatarak gördüğü tedavi süreleri, hastalık iznine ait sürenin hesabında dikkate alınır.

Bu maddede yazılı azamî süreler kadar izin verilen memurun, bu iznin sonunda işe başlayabilmesi için, iyileştiğine dair raporu (yurt dışındaki memurlar için mahallî usûle göre verilecek raporu) ibraz etmesi zorunludur. İzin süresinin sonunda, hastalığının devam ettiği resmî sağlık kurulu raporu ile tespit edilen memurun izni, birinci fıkrada belirtilen süreler kadar uzatılır, bu sürenin sonunda da iyileşemeyen memur hakkında emeklilik hükümleri uygulanır." düzenlemesi yer almıştır.

1.7.1964 gün ve 488 sayılı **Damga Vergisi Kanunu'nun 3. maddesinde;** "Damga Vergisinin mükellefi kağıtları imza edenlerdir.

Resmi dairelerle kişiler arasındaki işlemlere ait kağıtların Damga Vergisini kişiler öder.

Yabancı memleketlerde Türkiye'deki yabancı elçilik ve konsolosluklarda düzenlenen kağıtların vergisini, Türkiye'de bu kağıtları resmi dairelere ibraz eden, üzerlerinde devir veya ciro işlemleri yapanlar veya herhangi bir suretle hükümlerinden faydalananlar öderler. Ancak bunlardan ticari veya mütedavil kağıt mahi yetinde bulunanların vergisini, bunları en evvel satan



veya kabul veya başka suretle kullanan kişiler öderler." hükmüne, 9. maddesinde; "Bu Kanuna ekli (2) sayılı tabloda yazılı kağıtlar Damga Vergisinden müstesnadır." Hükmüne, (2) sayılı Tablonun "Kurumlarla ilgili kağıtlar" başlıklı 5. Bölümünün 25. Maddesinde ise; "Kamu kurum ve kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatı ile döner sermaye işletmelerinin kadrolarında ve sözleşmeli personel pozisyonlarında istihdam edilen sözleşmeli personel ile yapılan hizmet sözleşmeleri. (Söz konusu kurum, kuruluş ve işletmelerde geçici personel olarak istihdam edilenlerle yapılan sözleşmeler ile 24/11/2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununa göre hizmet alınmasına ilişkin yapılan hizmet sözleşmeleri dahil) hükmüne yer verilmiştir.

657 sayılı Yasa'nın 4/B maddesi kapsamında istihdam edilen sözleşmeli personele ilişkin 6.6.1978 gün ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki **Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar**'ın (22.11.2010 gün ve 2010/1169 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile eklenen) "Sözleşmenin feshi" başlıklı **Ek 6. maddesinde**; " Personelin;

- a) İşe alınma açısından gerekli olan niteliklerden herhangi birini taşımadığının sonradan anlaşılması,
 - b) İşe alınma açısından gerekli olan niteliklerden herhangi birini sonradan kaybetmesi,
 - c) Sözleşme dönemi içerisinde mazeretsiz ve kesintisiz üç gün veya toplam on gün süreyle görevine gelmemesi,
 - ç) Hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uymaması nedeniyle bağlı buldukları yöneticileri tarafından yazılı olarak uyarılmasına rağmen söz konusu koşullara uymama halinin **tekrarlanması**,
 - d) Hizmetinin gerektirdiği pozisyona ihtiyaç kalmaması,
 - e) Bir proje kapsamında işe alınması durumunda istihdam edildiği projenin tamamının veya proje bölümlerinin sözleşmede öngörülen süreden önce tamamlanması,
- hallerinden herhangi birinin gerçekleşmesi halinde, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca sözleşmesi tek tarafı feshedilir.

Personel; kendi isteği ile bir ay önceden haber vermek koşuluyla veya Ek 1 inci maddenin dördüncü fıkrasının (b) ve (c) bendi uyarınca sözleşmeyi tek tarafı feshedebilir.

Hizmet sözleşmesi, ölüm ve 7 nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sayılan hallerde kendiliğinden sona erer." hükmü bulunmaktadır.

10.1.2012 gün ve 28169 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren **8.12.2011 gün ve 2011/2543 sayılı** Kamu Kurum ve Kuruluşlarındaki Geçici Mahiyetteki İşleri Yürütmek Üzere Geçici Personel İstihdamı ve Bu Personele Ödenen Ücretler Hakkında **Bakanlar Kurulu Kararı'nın "İzinler" başlıklı 11. maddesinde**; " (1) Bu Karar gereğince istihdam edilecek geçici personele, çalıştıkları her ay için azami 2 gün ücretli izin verilebilir. Bu izinler sözleşme dönemi içinde toplu olarak da kullanılabilir.

(2) Geçici personele, resmi tabip raporu ile kanıtlanan hastalıklar için yılda 30 günü geçmemek üzere ücretli hastalık izni verilebilir. Hastalık sebebiyle Sosyal Güvenlik Kurumunca ödenen geçici iş göremezlik ödeneği ile iş kazası veya meslek hastalığı sonucu bağlanan sürekli iş göremezlik geliri ilgilinin ücretinden düşülür.

(3) Geçici personelin isteği üzerine; eşinin doğum yapması, kendisinin veya çocuğunun evlenmesi, eşinin, çocuğunun, kendisinin veya eşinin, ana, baba veya kardeşinin ölümü halinde ve her olay için 7 gün ücretli mazeret izni verilir.

(4) Geçici personele, doğum yapmasından önce 8 hafta ve doğum yaptığı tarihten

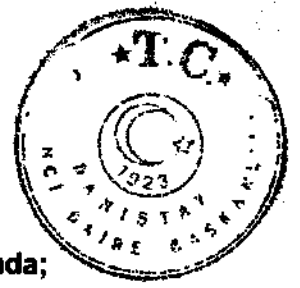


İtibaren 8 hafta olmak üzere toplam 16 hafta süre ile aylıklı izin verilir. Çoğul gebelik halinde, doğumdan önceki 8 haftalık süreye 2 hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde tabibin onayı ile geçici personel, isterse doğumdan önceki 3 haftaya kadar iş yerinde çalışabilir. Bu durumda, geçici personelin çalıştığı süreler, doğum sonrası süreler eklenir. Doğumun erken gerçekleşmesi sebebiyle, doğum öncesi iznin kullanılmayan bölümü doğum sonrası izin süresine ilave edilir. Yukarıda öngörülen süreler geçici personelin sağlık durumuna göre tabip raporunda belirtenecek miktarda uzatılabilir. Doğum izni sebebiyle Sosyal Güvenlik Kurumunca ödenen geçici iş göremezlik ödeneği geçici personelin ücretinden düşülür. Geçici personele, çocuklarını emzirmeleri için, doğum sonrası izin süresinin bitiminden itibaren ilk 6 ayda günde 3 saat, ikinci 6 ayda günde 1,5 saat süt izni verilir. Süt izninin kullanımında annenin saat seçim hakkı vardır." hükmü, "Başka iş yapma yasağı" başlıklı **12. maddesinde**; "Geçici personel, istihdam edildiği sürece dışarıda kazanç getirici başka bir iş yapamaz."

"Suç sayılan fiil ve hareketler" başlıklı **13. maddesinde**; "(1) Çeşitli kanun, tüzük ve yönetmeliklerde devlet memurları için suç sayılan fiil ve hareketler ile yaptırımlar bu Karar gereğince istihdam edilecek geçici personel için de geçerlidir." hükmü yer almaktadır.

Anılan Bakanlar Kurulu Kararının **1. maddesinde** ise ; "Bu Kararın amacı, kamu kurum ve kuruluşlarındaki geçici mahiyetteki işleri yürütmek üzere ekli listede kurumu, adedi ve sözleşme süresi belirtilen azami (45.000) kişinin; 3/5/2004 tarihli ve 2004/7898 sayılı Karamame ile yürürlüğe konulan "Özelleştirme Uygulamaları Sonucunda İşsiz Kalan ve Bilahare İşsiz Kalacak Olan İşçilerin Diğer Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Geçici Personel Statüsünde İstihdam Edilmelerine İlişkin Esaslar" çerçevesinde, **bir mali yılda onbir ay geçmemek üzere**, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) fıkrasına göre, 2012 yılında geçici personel olarak sözleşmeli çalıştırılmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesidir." hükmü yer almaktayken, bu maddede 25.6.2012 gün ve 2012/3339 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yapılan ve 8.7.2012 gün ve 28347 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren değişiklik ile eski metindeki "**bir mali yılda onbir ay geçmemek üzere**," ibaresi "**bir mali yılda onbir ay 28 günü geçmemek üzere**," şeklinde değiştirilmiştir.

657 sayılı Yasa'nın 4/C maddesi kapsamında istihdam edilen geçici personele ilişkin olarak **Sağlık Bakanlığı 2012 Yılı Hizmet Sözleşmesi'nin (Tıp Sözleşme) 2/(b) maddesinde**; geçici personelin, istihdam edildiği sürece dışarıda kazanç getirici başka bir işte çalışmamayı kabul edeceği, **6/(a) maddesinde**; geçici personelin, 2009/15759 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile bu sözleşmede belirtilen şartlardan herhangi birini taşımadığının sonradan anlaşılması veya geçici personel olabilme şartlarından birini kaybetmesi hallerinde sözleşmesinin tek tarafı olarak feshedileceği, **6/(b) maddesinde**; sözleşme hükümlerine uymadığı birim amirince tespit edilenlerin, birim amirinin teklifi üzerine, Kurum tarafından uyarılabileceği gibi sözleşmelerinin tek tarafı olarak feshedilebileceği, **7/(b) maddesinde**; geçici personele, resmi tabip raporu ile kanıtlanan hastalıklar için yılda 30 günü geçmemek üzere ücretli hastalık izni verilebileceği, **7/(c) maddesinde**; geçici personelin isteği üzerine, eşinin doğum yapması, kendisinin veya çocuğunun evlenmesi, annesinin, babasının, eşinin, çocuğunun veya kardeşinin ölümü halinde ve her olay için 3 gün ücretli mazeret izni verileceği, **7/(d) maddesinde**, geçici personele, bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verileceği, **9. maddesinde**; sözleşme düzenlenmesinin gerektirdiği her türlü giderlerin (damga vergisi hariç) Kurumca karşılanacağı hüküm altına alınmıştır.



Davacının iptalini istediği düzenleyici işlemler ayrı ayrı ele alındığında;

1- Sağlık Bakanlığı 2012 Yılı Hizmet Sözleşmesi'nin (Tıp Sözleşme) başka iş yapma yasağına ilişkin 2/(b) maddesi ile dayanağı olan 8.12.2011 gün ve 2011/2543 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın "Başka iş yapma yasağı" başlıklı 12. maddesi yönünden;

657 sayılı Yasa'nın 4/C maddesinde düzenlenen geçici personele ilişkin mevzuat hükümleri dikkate alındığında, anılan Yasa maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan Bakanlar Kurulu kararları dışında söz konusu statüyü düzenleyen hukuk kurallarının bulunmaması nedeniyle, anılan Bakanlar Kurulu kararlarının hukuka aykırılığı öne sürülerek açılan davalarda, uyuşmazlığın çözümü bakımından söz konusu hukuki boşluğun başta 657 sayılı Yasa'daki personel statüleri olmak üzere hukuk düzenimizdeki diğer personel statülerine ilişkin mevzuat hükümlerinin İdare Hukukunun ve geçici personel statüsünün niteliği göz önüne alınarak kıyasen uygulanması yoluyla doldurulacağı açıktır.

657 sayılı Yasa'nın 28. ve 125/D-h maddelerinde devlet memurlarına Türk Ticaret Kanunu'na göre (tacir) veya (esnaf) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunmaları, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev almaları, ticari mümessil veya ticari vekil veya kollektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olmaları (görevli oldukları kurumların iştiraklerinde kurumlarını temsilen alacakları görevler hariç), ticaret yapmaları veya Devlet memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmaları yasaklanmıştır.

Kamu hizmetlerini gerçekleştirebilmek için sahip olduğu üstün kamu gücünü ağırlıklı olarak devlet memurları aracılığıyla kullanan idarenin, söz konusu hizmetlerin aksamadan yürütülmesi için asli kamu personeli grubu olan devlet memurlarına parasal haklar ve iş güvencesi başta olmak üzere güvenceli bir statü yarattığı, ayrıca kamu gücünün kötüye kullanılması ihtimaline binaen ticari faaliyet başta olmak üzere memurlukla bağdaşmayan diğer kazanç getirici faaliyetleri yasakladığı görülmektedir.

Bununla birlikte, memurların memurlukla bağdaşabilecek gelir getirici faaliyetlerde bulunmaları ve yukarıda belirlenen Yasa maddelerinin yasakladığı ticari faaliyetler dışında gelir getirici uğraşlarla iştigal etmeleri olanaklıdır. (örneğin; fikir ve sanat eserleri, yasaklanmayan sportif faaliyetler, hakemlik, yasaklanmayan ücret karşılığı faaliyetler vs.)

Buna karşılık asli ve sürekli kamu hizmeti görmedikleri, kamu gücünün kullanımına sınırlı şekilde katıldıkları, memurlar gibi mali güvenceye sahip olmadıkları ve daha düşük ücretlerle çalıştıkları haide geçici personele 657 sayılı Yasa'nın memurlar için öngördüğü yasakların da üzerine çıkılarak, görevle bağdaşabilecek / bağdaşmayacak işler yönünden bir sınır dahi çizilmeksizin dışarıda kazanç getirici hiçbir iş yapamayacaklarının öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Bu durumda dava konusu düzenlemelerde hukuka ve hakkaniyete uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

2- Sağlık Bakanlığı 2012 Yılı Hizmet Sözleşmesi'nin (Tıp Sözleşme) sözleşme feshine ilişkin 6/(a) maddesindeki "...veya sonradan geçici personel olabilme şartlarından herhangi birini kaybetmesi..." ibaresi ve 6/(b) maddesi yönünden;

Dava konusu düzenlemenin 6/(a) maddesinde; geçici personelin, 2009/15759 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile bu sözleşmede belirtilen şartlardan herhangi birini taşımadığının sonradan anlaşılması veya geçici personel olabilme şartlarından birini kaybetmesi halinde sözleşmesinin tek taraflı olarak feshedileceği, 6/(b) maddesinde ise; sözleşme hükümlerine



uymadığı birim amirince tespit edilenlerin, birim amirinin teklifi üzerine, Kurum tarafından uyarılabileceği gibi sözleşmelerinin tek tarafı olarak feshedilebileceği öngörülmüş olup, söz konusu düzenlemelerde üst hukuk normlarına aykırılık bulunmadığı anlaşılmıştır.

3- Sağlık Bakanlığı 2012 Yılı Hizmet Sözleşmesi'nin (Tıp Sözleşme) hastalık iznine ilişkin 7/(b) maddesindeki "...yılda 30 günü geçmemek üzere..." ibaresi ile dayanağı olan 8.12.2011 gün ve 2011/2543 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 11/2. maddesindeki "...yılda 30 günü geçmemek üzere..." ibaresi yönünden;

Dava konusu düzenlemelerle geçici personelin hastalanması halinde; kullanabileceği hastalık izni süresinin 30 günle sınırlandırıldığı görülmektedir.

Bu konuda dava konusu işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi bakımından geçici personele yönelik bir kanun maddesi bulunmamakla birlikte, 657 sayılı Yasa'nın devlet memurlarının hastalık iznine ilişkin hükümlerinin söz konusu hukuki boşluğun giderilmesinde dikkate alınabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Hastalık halinin insan iradesi dışında gerçekleşen ve öngörülemeyen bir mücbir sebep hali ve haklı bir mazeret olması ve çalışma verimini ortadan kaldıran bir durum olması karşısında; 657 sayılı Yasa'nın yukarıda hükmüne yer verilen uzun hastalık izni süreleriyle bağdaşmayacak şekilde hastalık izin süresini 30 günle sınırlandıran dava konusu düzenlemede hukuka uyarlık bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun YD İtiraz No:2012/680 ve YD İtiraz No:2011/922 sayılı kararları bu yöndedir.

4- Sağlık Bakanlığı 2012 Yılı Hizmet Sözleşmesi'nin (Tıp Sözleşme) mazeret iznine ilişkin 7/(c) maddesindeki "...3 gün..." ibaresi yönünden;

Dava konusu düzenleme ile geçici personelin isteği üzerine, eşinin doğum yapması, kendisinin veya çocuğunun evlenmesi, annesinin, babasının, eşinin, çocuğunun veya kardeşinin ölümü halinde ve her olay için 3 gün ücretli mazeret izni verileceği öngörülmüştür.

657 sayılı Yasa'da devlet memurları için bu konuda verilen mazeret izni süresinin; babalık izni için 10 gün, ölüm halinde de 7 gün olduğu, dava konusu tıp sözleşmenin dayanağı 8.12.2011 gün ve 2011/2543 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nda ise hem babalık izni olarak hemde ölüm halinde 7 gün olduğu halde, dava konusu düzenlemede 3 günle sınırlandırıldığı görülmektedir.

Bu durumda, anılan Bakanlar Kurulu Kararıyla tanınan mazeret izni süresini kısıtlayan dava konusu düzenlemede hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

5- Sağlık Bakanlığı 2012 Yılı Hizmet Sözleşmesi'nin (Tıp Sözleşme), süt iznine ilişkin 7/(d) maddesindeki "...bir yaşından küçük..." ve "...günde toplam bir buçuk saat..." ibareleri yönünden;

657 sayılı Yasa'nın 104. maddesinde doğum yapan memurlara, 8.12.2011 gün ve 2011/2543 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 11/4. maddesinde de doğum yapan geçici personele, doğum sonrası *analık izni süresinin bitim tarihinden itibaren* 1 yıl süt izni hakkı verilmiştir.

Her iki düzenlemede de; 8 haftası doğum öncesine, 8 haftası doğum sonrasına ait olan söz konusu analık izninin, doğum öncesine ait olan 8 haftasından 5 haftasının tabip rapor olması halinde doğum sonrasında da kullanılabileceği ayrıca çoğul gebeliklerde doğum öncesi için 2 hafta daha izin hakkının bulunduğu, keza erken doğum halinde doğum öncesine ait

izinlerin doğum sonrasında da kullanılabilceğinin öngörülmesi karşısında; süt izninin doğumdan itibaren en az 8 hafta sonra başlayacağı, dolayısıyla doğumdan 8 hafta geçtikten sonraki 1 yıllık süreyi kapsayacağı, bu sürenin daha da uzayabileceği açıktır.

Dava konusu düzenleme de ise; analık izni sürelerinin bitim tarihi göz ardı edilip çocuğun yaşına atıf yapılarak doğum tarihinin esas alındığı ve doğumdan itibaren 1 yıl süt izni hakkı tanındığı, dolayısıyla geçici personelin doğum sonrası 8 haftalık analık izni süresinin süt izninden düşüldüğü ve sonuç olarak 1 yıllık süt izni süresinin en az 8 hafta eksik verilmesi neticesinin hasıl olduğu anlaşılmaktadır.

Diğer bir deyişle doğumdan sonra 8 hafta analık izni kullanan geçici personel, çocuğu 1 yaşına geldikten sonra 8 hafta daha süt izni olduğu halde "bir yaşından küçük olma" koşulu nedeniyle bu izin hakkını kullanamayacaktır.

Öte yandan, gerek 657 sayılı Yasa'da, gerekse anılan Bakanlar Kurulu Kararı'nda doğum sonrası analık izninin bitimi sonrasında ilk 6 aylık dönem için günde 3 saat, ikinci 6 aylık dönem içinse günde 1,5 saat süt izni hakkı tanındığı halde, dava konusu düzenleme ile 1 yıllık dönemin tamamı için günde 1,5 saat izin hakkı verilerek ilk 6 aylık döneme ait günde 1,5 saatlik izin hakkının ortadan kaldırıldığı görülmektedir.

Bu durumda, anılan Bakanlar Kurulu Kararıyla tanınan süt izni süresini kısıtlayan dava konusu düzenlemelerde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

6- Sağlık Bakanlığı 2012 Yılı Hizmet Sözleşmesi'nin (Tip Sözleşme), 9. maddesindeki "...damga vergisi hariç..." ibaresi yönünden;

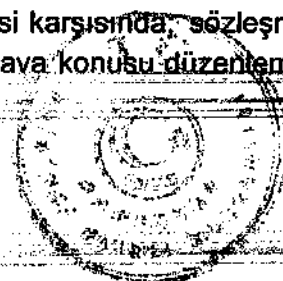
Dava konusu düzenleme ile sözleşme düzenlenmesinin gerektirdiği her türlü giderlerin Kurumca karşılanacağı düzenlenmekle birlikte, damga vergisi bundan müstesna tutulmuştur.

Vergilendirme yetkisinin temelde Maliye Bakanlığı ilgili birimlerine ait olması ve vergi yükümlüsünün zaten Yasalarla belirlenmiş olması karşısında, söz konusu ibarenin davacının ödemekle yükümlü olduğu bir vergiyi ödememesi, yahut tam tersine ödemekle yükümlü olmadığı bir vergiyi ödemesi sonucunu doğurmayacağından, 2577 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin koşullarının olayda gerçekleşmediği anlaşılmıştır.

7- 8.12.2011 gün ve 2011/2543 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 1. maddesindeki "...bir mali yılda onbir ayı geçmemek üzere..." ibaresi yönünden;

Dava konusu düzenlemenin ilk halinde; geçici personelin sözleşme süresinin bir mali yılda onbir ayı geçmeyeceği belirtildiği halde, 8.7.2012 gün ve 28347 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren değişiklik ile bu sürenin "**bir mali yılda onbir ay 28 günü geçmemek üzere,**" şeklinde değiştirildiği görülmekle birlikte, davacı sendika tarafından geçici personelin 1 yıl boyunca çalışabilmesi gerektiği savıyla davanın açıldığı görüldüğünden, söz konusu değişikliğin davanın konusunu tamamen ortadan kaldırmadığı, uyuşmazlığın esasının incelenmesi gerektiği anlaşılmıştır.

657 sayılı Yasa'nın 4/C maddesinde; geçici personelin bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet görevlerinde çalıştırılacaklarının öngörülmesi karşısında, sözleşme süresinin bir mali yılda onbir ay 28 günle sınırlandırılmasına ilişkin dava konusu düzenlemede hukuka aykırılık görülmemiştir.



Açıklanan nedenlerle; 657 sayılı Yasa'nın 4/C maddesi kapsamında istihdam edilen geçici personele ilişkin olarak Sağlık Bakanlığı 2012 Yılı Hizmet Sözleşmesi'nin (Tip Sözleşme) başka iş yapma yasağına ilişkin 2/(b) maddesinin, hastalık iznine ilişkin 7/(b) maddesindeki "...yılda 30 günü geçmemek üzere..." ibaresinin, mazeret iznine ilişkin 7/(c) maddesindeki "...3 gün..." ibaresinin, sût iznine ilişkin 7/(d) maddesindeki "...bir yaşından küçük..." ve "...günde toplam bir buçuk saat..." ibareleri ile dayanağı olan 8.12.2011 gün ve 2011/2543 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarındaki Geçici Mahiyetteki İşleri Yürütmek Üzere Geçici Personel İstihdamı ve Bu Personele Ödenecek Ücretler Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı'nın "Başka iş yapma yasağı" başlıklı 12. maddesinin ve hastalık iznine ilişkin 11/2. maddesindeki "...yılda 30 günü geçmemek üzere..." ibaresinin, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 4001 sayılı Kanunla değişik 27. maddesinde öngörülen ve yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi için gerekli olan koşulların gerçekleşmiş olması nedeniyle yürütülmesinin durdurulmasına, dava konusu Sağlık Bakanlığı 2012 Yılı Hizmet Sözleşmesi'nin (Tip Sözleşme) sözleşme feshine ilişkin 6/(a) maddesindeki "...veya sonradan geçici personel olabilme şartlarından herhangi birini kaybetmesi..." ibaresi ve 6/(b) maddesi ve 9. maddesindeki "...damga vergisi hariç..." ibaresi ile dava konusu Bakanlar Kurulu Kararı'nın 1. maddesindeki "...bir mali yılda onbir ayı geçmemek üzere..." ibaresi yönünden ise yürütmenin durdurulması isteminin reddine, bu kararın tebliğini izleyen 7 (yedi) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na itiraz yolu açık olmak üzere, Tip Sözleşmenin 2/(b) ve 6/(b) maddeleri ile Bakanlar Kurulu Kararı'nın 12. maddesi yönünden oyçokluğu ile, diğer kısımlar yönünden ise oybirliği ile 5.7.2013 tarihinde karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Ahmet Çetin	Erkan	İrfan	Hasan	İbrahim
ZÖNGÜR	CANTEKİN	EROĞLU	TURGUT	GÜNENÇ
(xx)	(x)	(x)		(xx)

(X) KARŞI OY

Yürütmenin durdurulması isteminin, Sağlık Bakanlığı 2012 Yılı Hizmet Sözleşmesi'nin (Tip Sözleşme) başka iş yapma yasağına ilişkin 2/(b) maddesi ile dayanağı olan 8.12.2011 gün ve 2011/2543 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın "Başka iş yapma yasağı" başlıklı 12. maddesi yönünden de reddi gerektiği görüşü ile bu kısma yönelik çoğunluk Kararına katılmıyoruz.

Üye Erkan CANTEKİN Üye İrfan EROĞLU



(XX) KARŞI OY

Dava konusu Sağlık Bakanlığı 2012 Yılı Hizmet Sözleşmesi'nin (Tip Sözleşme) sözleşme feshine ilişkin 6/(b) maddesinde; sözleşme hükümlerine uymadığı birim amirince tespit edilenlerin, birim amirinin teklifi üzerine, Kurum tarafından uyarılabileceği gibi sözleşmelerinin tek taraflı olarak feshedilebileceği düzenlenmiştir.

Böylece, geçici personelin fiillerinin ağırlığı konusunda herhangi bir ayırım yapılmaksızın, en ufak ihlal iddiasında birim amirine sözleşme feshi önerisinde bulunma yetkisi, kurum yetkili amirine de ilgiliyi uyarma veya sözleşmesini feshetme konusunda seçimlik hak tanınmıştır.

Dava konusu Tip Sözleşmenin dayanağı 8.12.2011 gün ve 2011/2543 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nda ise söz konusu düzenlemeye cevaz veren hiçbir hüküm bulunmamaktadır.

Anılan Bakanlar Kurulu Kararı'nın 13. maddesi uyarınca, geçici personelin devlet memurlarıyla aynı disiplin hükümlerine tabi olacağı göz önüne alındığında; devlet memurları için meslekten veya memuriyetten çıkarılmayı gerektirecek nitelikte ve ağırlıkta fiilleri işleyenler için sözleşme feshinin olağan bir sonuç olmasına karşılık, göreve geç gelme örneğinde olduğu gibi uyarma cezasını gerektirecek bir fiil için dahi sözleşme feshi yoluna gidilebilecek olması dava konusu maddenin idareye disiplin hukukunun yerleşik ilkeleri ve hakkaniyet ilkesi gözetilmeksizin sınırsız bir sözleşme feshi yetkisi tanıdığı görülmektedir.

Nitekim; 657 sayılı Yasa'nın 4/B maddesi kapsamında istihdam edilen sözleşmeli personele ilişkin 2008 Yılı Tarım ve Köyşleri Bakanlığı (TAR-GEL projesi kapsamındaki personel) Tip Sözleşmelerinde; uyarma ve kınama cezasını gerektiren fiil veya hallerin üç defa, aylıktan kesme cezasını gerektiren fiil veya hallerin iki defa, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve hallerin bir defa işlendiğinin yapılacak disiplin soruşturması sonucunda tespit edilmesi halinde ilgilinin sözleşmesinin feshedileceğine dair düzenlemeye karşı açılan davada; Danıştay Onikinci Dairesi'nin 20.1.2009 gün ve E:2008/5265 sayılı kararıyla anılan hüküm hukuka aykırı bulunarak yürütmenin durdurulmasına karar verilmiş, bu karara yapılan itiraz Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 29.5.2009 gün ve YD İtiraz No:2009/316 sayılı kararıyla reddedilmiş, sonrasında da dava konusu işlem Danıştay Onikinci Dairesi'nin 6.4.2011 günlü, E:2008/5265, K:2011/1570 sayılı kararıyla hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Dava konusu işlemin ise geçici personel açısından yukarıdaki paragrafta bahsedilen ve hukuka aykırı bulunan uygulamadan da geri bir sözleşme fesih rejimi kabul ettiği, disiplin soruşturmasına dahi gerek duyulmaksızın amirlerin en ufak bir ihlal iddiasında sözleşme feshinin gündeme gelmesi sonucunu doğurduğu anlaşılmaktadır.

Öte yandan, 657 sayılı Yasa'nın 4/B maddesi kapsamında istihdam edilen sözleşmeli personele yönelik benzer hükümlere karşı açılan davalarda verilen yargı kararlarının idareyi harekete geçirdiği ve Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslara 22.11.2010 gün ve 2010/1169 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla "sözleşme feshi" konusunu düzenleyen Ek 6. maddenin eklendiği görülmekle birlikte, aynı durumun 657 sayılı Yasa'nın 4/C maddesi kapsamında istihdam edilen geçici personel açısından henüz gerçekleşmemiş olduğu, konuyu düzenleyen Bakanlar Kurulu kararlarında sözleşme feshine dair hemen hemen hiçbir hüküm bulunmadığı, bunun sonucu olarak da idarelerin Tip Sözleşmelere tek taraflı olarak kendilerine sınırsız yetkiler tanıyan hükümler koyma eğiliminde olduğu görülmektedir.



T.C.
DANIŞTAY
ONİKİNCİ DAİRE
Esas No : 2012/9953

Sonuç olarak; Anayasa'nın 128/2. maddesi uyarınca memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelik, atanma, görev, yetki, hak ve yükümlülükleri ile aylık, ödenek ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi zorunluluğu göz önüne alındığında; dava konusu Tip Sözleşme hükmü ile başta 8.12.2011 gün ve 2011/2543 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı olmak üzere üst hukuk normlarında dayanağı bulunmaksızın "Sözleşme hükümlerine uymadığı birim amirince tespit edilenler, birim amirinin teklifi üzerine, Kurum tarafından uyarılabileceği gibi sözleşmeleri tek taraflı olarak feshedilebilir" şeklinde muğlak ve idareye sınırsız şekilde göreve son verme yetkisi tanınması, hukuk devleti ve hukuk güvenliği ilkeleriyle bağdaşmayacağından dava konusu maddede hukuka uyarlık bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu Tip Sözleşmenin sözleşme feshine dair 6/(b) maddesine ilişkin yürütmenin durdurulması isteminin kabulü gerektiği görüşü ile bu kısma yönelik çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Başkan
A. Çetin ZÖNGÜR

Üye
İbrahim GÜNENÇ

Ş.P*

