



T.C.
KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU
(OMBUDSMANLIK)

ŞİKAYET NO :2015/5896
KARAR TARİHİ :22/06/2016

RET KARARI

ŞİKAYETÇİ

:

ŞİKAYETÇİ VEKİLİ

:

ŞİKAYET EDİLEN İDARE

: İl Sağlık Müdürlüğü

ŞİKAYETİN KONUSU

: Şikayet başvurusunun; 5283 sayılı Kanun hükümleri göz önünde bulundurularak maddi haklarının tarafına ödenmesi talebi hakkındadır.

ŞİKAYET BAŞVURU TARİHİ : 23.12.2015

I.USÛL

A. Şikâyet Başvuru Süreci

1. Şikâyet başvurusu, Kurumumuza posta yolu ile gönderilen, 23/12/2015 tarih ve 13239 sayı ile kayıt altına alınan, şikâyet dilekçesi vasıtasıyla yapılmıştır. Şikayet başvurusunun karara bağlanması için 28/3/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 41 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ve İmza Yetkileri Yönergesinin 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca, şikayetin incelenmesine ve araştırmasına geçilmiş, 2015/5896 Esas No.lu Kısmen Tavsiye, Kısmen Ret Karar Önerisiyle Kamu Başdenetçisine sunulmuştur.

B. Ön İnceleme Süreci

2. Yapılan ön inceleme neticesinde, şikâyet konusunun Kurumumuzun görev alanına girdiği, şikâyet başvurusunun menfaat ihlali koşulunu taşıdığı, şikâyetin süresinde yapıldığı, idari başvuru yolları tüketilmiş olduğu anlaşılmış olup, diğer ön inceleme konularında da bir eksikliğin olmadığı bu nedenle şikâyetin inceleme ve araştırmasına engel bir hususun bulunmadığı tespit edilmiştir.

II. OLAY VE OLGULAR

A. Şikâyetçinin Konu Hakkındaki Açıklamaları ve İddiaları

3. Şikâyet başvurusu; Kurumunda olarak çalışmakta iken 5283 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen personel devri sonrasında Sağlık Bakanlığı bünyesinde çalışmaya başladığını, hâlihazırda -.. numaralı Sağlık İstasyonunda olarak çalışmakta olduğunu, aylık ücretinin diğer personelle eşitlenmesi amacıyla 2010 yılına kadar maaş zammı almadığını, kurum tarafından yapılan ek ödemelerden de yararlanmadığını, 5283 sayılı Kanunun 5'inci maddesinin altıncı fıkrasında yer alan maddi haklarının tarafına ödenmediğini belirtmiş olup 5283 sayılı Kanun hükümleri göz önünde bulundurularak maddi haklarının tarafına ödenmesini talep etmektedir.

B. İdarenin Şikâyete İlişkin Açıklamaları

4. İl Sağlık Müdürlüğü tarafından/2016 tarihli ve sayılı yazımıza istinaden gönderilen/2016 tarihli ve ... sayılı yazıda özetle;

4.1. Şikâyet başvurusuna 15/07/2010 tarihine kadar 5283 sayılı Kanun kapsamında fark tazminatı ödemesinin yapıldığı, 15/07/2010 tarihinde devlet memurları maaşına gelen zam neticesinde başvurunun aynı derece, kademe ve unvanda çalışan personelle eşitlendiği, bu sebeple bu tarihten sonra başvurucuya fark tazminatı ödemesinin yapılmadığı, başvurucuya yapılmış olan maaş ve döner sermaye ödemelerinde de herhangi bir eksikliğin bulunmadığı,

4.2. Bununla birlikte başvurunun 5283 sayılı Kanun kapsamında/.... tarihinde Kurumundan Devlet Hastanesine atanmış olması ve Nolu Acil Sağlık Hizmetleri İstasyonundaki görevine/..... tarihinde başlamış olması sebebiyle başvurunun sadece/.....-15/03/2016 tarihleri arasındaki çalışma dönemine ilişkin bordrolarının Kurumumuza gönderildiği belirtilmiştir.

C. Olaylar

5. Şikâyet başvurusu tarafından şikâyet başvurusuna eklenen belgeler ile ilgili idareyle yapılan yazışmalar sonucunda elde edilen bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde;

5.1. Başvurucunun, Kurumunda olarak çalışmakta iken 5283 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen personel devri sonrasında Sağlık Bakanlığı'na devredilerek/.... tarihinde Devlet Hastanesine atandığı,

5.2./..... tarihinde Nolu Acil Sağlık Hizmetleri İstasyonunda görevine başladığı ve halen numaralı Sağlık İstasyonunda olarak çalışmakta olduğu,

5.3. 5283 sayılı Kanunun kendisine tanıdığı maddi hakların tarafına ödenmesi talebiyle/2015 tarihinde İl Sağlık Müdürlüğüne başvuruda bulunduğu ve söz konusu talebin İl Sağlık Müdürlüğü tarafından/2015 tarihinde reddedildiği,

5.4. 23/12/2015 tarihinde Kurumumuza başvuruda bulunduğu anlaşılmıştır.

D. Kamu Denetçisi Abdullah Cengiz Makas'ın İnceleme ve Araştırma Bulguları

6. Konu kapsamında İl Sağlık Müdürlüğü ile yazışma yapılmış olup, ilgili idarenin açıklamalarına 4 numaralı paragrafta yer verilmiştir.

7. Bununla birlikte; şikâyete konu hususun çözümü için özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulduğundan,/2016 tarih ve sayılı yazı ile Defterdarlığından alanında uzman üç adet kişi bilirkişi görevlendirilip usulüne uygun şekilde yemin ettirildikten sonra, bilirkişilerden; başvurunun iddiaları ve idarenin verdiği bilgi ve belgeler ışığında şikâyete konu hususun değerlendirilerek şikâyet başvurusuna yapılmış olan maaş ve döner sermaye ödemelerinde bir hata bulunup bulunmadığına ilişkin görüşlerini görevlendirme yazımızın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde Kurumumuza sunmaları istenmiştir.

8. Bilirkişi komisyonu tarafından inceleme ve araştırmanın sonuçlanması neticesinde düzenlenen rapor 12/05/2016 tarihinde Kurumumuza ulaşmış olup **söz konusu raporda özetle;**

8.1. Şikâyet başvurusunun İl Sağlık Müdürlüğü bünyesinde-.....-...../..... tarihleri arasındaki çalışma dönemine ait bordrolarının, emsal bordroların ve birleştirilmiş banka listesinin incelenmesinden; 5283 sayılı Kanunun 5'inci maddesinin altıncı fıkrası hükmü gereğince şikâyet başvurusuna **15/07/2010 tarihine kadar fark tazminatı ödemesinin yapıldığı, başvurusunun bu tarihten itibaren maaş artışlarından faydalandırıldığı, başvurucuya yapılan ödemelerde 5283 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir aykırılığın tespit edilmediği** belirtilmiştir.

III. HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE

A. İlgili Mevzuat

9. 2709 sayılı T.C. Anayasasının “Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” başlıklı 74’üncü maddesinde; “*Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.*” hükmü yer almaktadır.

10. 14/06/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun "Kurumun Görevi" başlıklı 5’inci maddesinin birinci fıkrası; “*(1) Kurum, idarenin işleyişiyle ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir.*” şeklindedir.

11. 5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanunun 5’inci maddesinin altıncı fıkrasında; “*İkinci ve dördüncü fıkralar ile 6 ncı madde kapsamında Bakanlığa devredilen personelin devir tarihinde eski kadro veya pozisyonlarına bağlı olarak almakta oldukları aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatları, sözleşme ücreti ile diğer mali hakları (fazla çalışma ücreti ile nöbet ücreti hariç) toplam net tutarının, atandıkları yeni kadro veya pozisyonlarının aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatları, sözleşme ücreti ile döner sermayeden yapılacak ek ödeme de dahil olmak üzere, diğer her türlü mali hakları toplam net tutarından fazla olması halinde, aradaki fark tutarı, atandıkları kadro veya pozisyonlarda kaldıkları sürece, kapanıncaya kadar herhangi bir kesintiye tabi tutulmaksızın ayrıca tazminat olarak ödenir.*” hükmüne yer verilmiştir.

B. Şikâyet Konusuna İlişkin Uygulamalar

12. “Sosyal Sigortalar Kurumuna bağlı hastanede olarak görev yapmakta iken 5283 sayılı Kanun hükümleri uyarınca kadrosu ile birlikte Sağlık Bakanlığına devredilen davacı tarafından, 19.02.2005 tarihinden itibaren fark tazminatından mahsup edilen döner sermaye ek ödemelerinin yasal faiziyle birlikte verilmesi yolundaki başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle” açılan davada **Sakarya 1.İdare Mahkemesi’nin 28.11.2008 gün ve E:2008/443, K:2008/993 sayılı kararı** ile “5283 sayılı Kanun uyarınca Sağlık Bakanlığı'na nakledilen personele ödenecek tazminat miktarının, atandığı kadroda aldığı ücret ile devirden önceki kadrosunda aldığı ücret arasındaki fark hesap edilmek suretiyle belirleneceği ve bu bakımdan, tazminat miktarından döner sermayeden yapılan ek ödeme miktarının mahsup edilmesine yönelik uygulamanın mevzuat hükümlerine uygun olduğu sonucuna varılmakla, davacının döner sermaye ücretinin fark tazminatından mahsup edilmemesine yönelik talebinin reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı” gerekçesiyle **davanın reddine karar verilmiş** ve söz konusu karar Danıştay 11.Daire’nin 06.12.2010 gün ve E:2009/2143,K:2010/9862 sayılı kararı ile onanmıştır.

C. Kamu Denetçisi Abdullah Cengiz MAKAS'ın Kamu Başdenetçisine Önerisi

13. Kamu Denetçisi tarafından yapılan inceleme ve araştırma neticesinde, idarece tesis edilen işlemin kısmen hukuka uygun, kısmen ise hukuka aykırı olduğu değerlendirilerek kısmen tavsiye, kısmen ret yönündeki öneri Kamu Başdenetçisine sunulmuştur.

D. Hukuka ve Hakkaniyete Uygunluk Yönünden Değerlendirme ve Gerekçe

14. Şikâyet başvurusu 3 numaralı paragrafta açıklandığı üzere; 5283 sayılı Kanun hükümleri göz önünde bulundurularak maddi haklarının tarafına ödenmesini talep etmektedir.

15. 5283 sayılı Kanunun **5'inci maddesinin altıncı fıkrasında** yer alan düzenlemede, Sağlık Bakanlığı'na devredilen personelin devir tarihinde almakta oldukları ücretin toplam net tutarının, atandıkları yeni kadro ve pozisyonlarında döner sermayeden yapılacak ek ödeme de dahil olmak üzere aldıkları ücretin toplam net tutarından fazla olması halinde, devir tarihindeki aldıkları ücret tutarı ile atandıkları kadro ve pozisyonda aldıkları ücret arasındaki farkın, personelin bu kadro ve pozisyonda kaldıkları süre ile sınırlı olmak üzere, bu fark **ortadan kalkana dek herhangi bir kesintiye tabi tutulmaksızın ayrıca tazminat olarak ödeneceği düzenlenmiştir**. Dolayısıyla, atanılan kurumdaki ücret miktarı belirlenirken **döner sermaye ücreti de bu hesaba dahil edileceğinden**; 5283 sayılı Kanun uyarınca Sağlık Bakanlığı'na devredilen personele ödenecek fark tazminatı, atanılan kurumdaki **döner sermaye ücreti de dahil**, ödenecek ücret tutarı ile devir tarihinde devredilen kurumdan alınan toplam ücret tutarı arasındaki farkın belirlenmesi suretiyle ödenebilecektir. Sağlık Bakanlığı'na bağlı kurumlarda görev yapmakta olanlara ödenen döner sermaye ücretinden, devredilen personele de ödeme yapılmakla birlikte, **fazladan ödemeye yol açmamak maksadı ve Kanun hükmü uyarınca, döner sermaye ücreti hesaplanan fark tazminatından mahsup edilebilecektir**.

16. Şikâyet konusu somut olayda; şikâyet başvurusunun Kurumunda çalışmaktayken 5283 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen personel devri neticesinde Sağlık Bakanlığı'na devredildiği ve halen numaralı Sağlık İstasyonunda olarak çalıştığı, şikâyet başvurusunun devredildiği tarihte almakta olduğu **toplam net tutarın sabit bir tutar olarak ele alındığı ve bu tutarın devredildiği kurumda almakta olduğu maaş ve döner sermaye ödemelerinin toplamıyla karşılaştırılması suretiyle** başvurucuya aynı Kanun kapsamında **fark tazminatı ödemesinin yapıldığı** ve bu dönemde başvurucunun maaş zammından yararlanmadığı ve ayrıca başvurucuya ödenen döner sermaye ek ücretlerinin fark tazminatından mahsup edildiği, başvurucuya ödenmesi gereken fark tazminatı tutarının 2010 yılı Temmuz ayında kapandığı ve maaşının aynı derece, kademe ve unvanda çalışan personel ile eşitlendiği, bu tarihten sonra başvurucuya fark tazminatı ödemesinin yapılmadığı ve başvurucunun devredilmiş olduğu kadroda yapılan maaş zamlarından aynı derece, kademe ve unvanda çalışan personel gibi yararlanmaya başladığı anlaşılmaktadır.

17. Bununla birlikte şikâyete konu hususun çözümü için özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulması sebebiyle yaptırılan bilirkişi incelemesinde; 8 numaralı paragrafta yer verildiği üzere başvurucuya 5283 sayılı Kanun kapsamında yapılan ödemelerde mevzuata herhangi bir aykırılığın tespit edilmediği görülmektedir.

18. Diğer taraftan tazminat miktarından döner sermayeden yapılan ek ödeme miktarının mahsup edilmesine yönelik uygulamanın mevzuat hükümlerine uygun olduğu mahkeme kararlarında da belirtilmiştir.(Bkz. Paragraf 12)

19. Yukarıdan bu yana anlatılanlar, şikâyet başvurusunun iddiaları, idarenin konu ile ilgili açıklamaları, bilirkişi raporu, ilgili mevzuat ve tüm dosya birlikte değerlendirildiğinde; 5283

sayılı Kanun uyarınca Sağlık Bakanlığı'na nakledilen personele ödenecek fark tazminat miktarının, atanılan kadroda alınacak ücret ile devirden önceki kadrosunda aldığı ücret arasındaki fark hesap edilmek suretiyle belirleneceği ve bu **bakımdan ödenecek fark tazminat miktarından döner sermayeden yapılan ek ödeme miktarının fazladan ödemeye yol açmamak maksadı ile mahsup edilmesine yönelik uygulamada** herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığından ayrıca dosya kapsamında 5283 sayılı Kanun hükümleri kapsamında şikayet başvurusuna ödenmesi gereken herhangi bir maddi hak tespit edilemediğinden şikayetin reddi gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır.

E. İnsan Hakları Yönünden Değerlendirme

20. T.C. Anayasanın “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10’uncu maddesinde ifadesini bulan kanun önünde eşitlik ilkesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13’üncü maddesindeki etkili başvuru hakkının ve 17’nci maddesindeki hakları kötüye kullanma yasağının ihlal edildiğine dair herhangi bir bulgu ve bilgiye rastlanmadığı gibi şikâyete konu olayda, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde yazılı ve güvence altına alınmış olan başkaca bir insan hakkı ihlalinin tespit edilmediği sonuç ve kanaatine varılmıştır.

F. İyi Yönetişim İlkeleri Yönünden Değerlendirme

21. Günümüzde demokratik, modern ve katılımcı yönetim anlayışında idarelerden sadece hukuka uygun olarak hareket etmeleri değil aynı zamanda iyi yönetim ilkelerine de uygun işlem tesis etmeleri de beklenmektedir.

22. 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin “İyi Yönetim İlkeleri” başlıklı 6’ncı maddesinde; Kurumun, inceleme ve araştırma yaparken idarenin, insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde; kanunlara uygunluk, ayrımcılığın önlenmesi, ölçülülük, yetkinin kötüye kullanılmaması, eşitlik, tarafsızlık, dürüstlük, nezaket, şeffaflık, hesap verilebilirlik, haklı beklentiye uygunluk, kazanılmış hakların korunması, dinlenilme hakkı, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı, makul sürede karar verme, kararların gerekçeli olması, karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi, kişisel verilerin korunması gibi iyi yönetim ilkelerine uygun işlem ve eylem ile tutum veya davranışta bulunup bulunmadığını gözeticeği düzenlenmiştir. Söz konusu Yönetmelik hükmünde yer alan ilkelerin kaynağını teşkil eden Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 41’inci maddesinde de iyi yönetim hakkından bahsedilmekte olup benzer ilkelere Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen "Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası"nda da yer verilmiştir.

23. Söz konusu ilkeler yönünden yapılan değerlendirme neticesinde; idarelerden istenilen bilgi ve belgelerin süresi içinde ve gerekçeli olarak Kurumumuza gönderildiği, idarenin başvurularla ilgili işlemlerinde kanunlara uygunluk, hesap verilebilirlik, makul sürede ve gerekçeli karar verme, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi **ilkelerine uygun davrandığı**, ancak idarenin, şikayet başvurusunun konuyla ilgili ilk başvurusunu gerekçeli olarak reddetmesine rağmen, karara karşı başvuru yolunu göstermediği, bu nedenle iyi yönetim ilkelerinde vurgulanan “karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi” **ilkesine uymadığı** anlaşılmış olup, idarenin bundan böyle bu ilkeye de uyması beklenmektedir.

IV. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN YASAL MEVZUAT

A. Dava Açma Süresinin Yeniden Başlaması

24. 14/06/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 17 nci maddesinin sekizinci fıkrasına göre Kamu Denetçiliği Kurumuna, dava açma süresi içinde yapılan başvuru işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurmakta olup, 21 inci maddesinin birincisi fıkrası uyarınca başvurunun Kurum tarafından reddedilmesi durumunda, durmuş olan dava açma süresi gerekçeli Ret Kararının ilgiliye tebliğinden itibaren kaldığı yerden işlemeye başlayacaktır.

B. Yargı Yolu

25. 2709 sayılı 1982 Anayasasının “Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması” başlıklı 40’inci maddesinin ikinci fıkrasında, “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” hükmü yer almakta olup, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 20’nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, ilgili idarenin işlemine karşı 60 günlük dava açma süresinden arta kalan süre içerisinde İdare Mahkemelerine yargı yolu açıktır.

V. KARAR

Yukarıda yer alan gerekçeler ve dosya kapsamına göre **ŞİKÂYETİN REDDİNE**,

Kararın **şikâyet başvurusuna ve İl Sağlık Müdürlüğüne** tebliğine,

Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisi’nce karar verildi.

e-imzalıdır

M.Nihat ÖMEROĞLU
Kamu Başdenetçisi