



T.C.
KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU

(OMBUDSMANLIK)

ŞİKAYET NO : 2016/699

KARAR TARİHİ : 11/08/2016

KISMEN TAVSİYE KISMEN RET KARARI

ŞİKAYETÇİ :

ŞİKAYETÇİ VEKİLİ :

ŞİKAYET EDİLEN İDARE :

ŞİKAYETİN KONUSU :

..... Valiliği İl Sağlık Müdürlüğü
Başvurucunun, 2015 Eylül ayı içerisinde katıldığı 24 saatlik hizmet içi eğitim ve Kurban Bayramında tuttuğu 16 saatlik nöbet için kendisine nöbet ücreti verilmesi talebi hakkındadır.

ŞİKAYET BAŞVURU TARİHİ : 12.2.2016

I. USÛL

A. Şikayet Başvuru Süreci

1. Şikayet başvurusu, Kurumumuza 12/02/2016 tarih ve 1686 sayı ile kayıt altına alınan elektronik başvuru belgesi ile 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 41/1-a maddesi ve İmza Yetkileri Yönergesinin 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca, şikayetin incelenmesine ve araştırmasına geçilmiş, 29/7/2015 tarihinde Ret Karar Önerisiyle Kamu Başdenetçisine sunulmuştur.

B. Ön İnceleme Süreci

2. Yapılan ön inceleme neticesinde; şikâyet konusunun Kurumumuzun görev alanına girdiği, şikâyetçinin menfaat ihlali koşulunu taşıdığı, idari başvuru yollarının tüketildiği, şikâyetin süresinde yapıldığı ve şikâyetin diğer ön inceleme konularında da eksikliğin bulunmadığı, bu nedenle şikâyetin incelenme ve araştırılmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

II. OLAY VE OLGULAR

A. Şikâyetçinin Konu Hakkındaki Açıklamaları ve İddiaları

3. Kurumumuza intikal eden şikâyet başvuru belgesi ve eklerinde şikayet başvurusu özetle;

3.1. İl Sağlık Müdürlüğüne bağlı 112 Acil Komuta Merkezi Başhekimliğinde doktor olarak görev yaptığını, 2015 yılı Eylül ayı içerisinde 7 tanesi 24 saat, 1 tanesi ise 12 saat olmak üzere toplam 180 saat nöbet tuttuğunu, bununla birlikte idari (nöbet) izinli olduğu 9-10-11/09/2015 tarihlerinde ise mesai saatleri içerisinde 24 saat eğitime katıldığını belirterek toplam da 204 (180+24) saat çalıştığını ancak bu çalışmasına karşılık kendisine sadece 20 saat nöbet karşılığı ücret ödendiğini,

3.2. Kurban Bayramı sebebiyle memurların idari izinli olduğu 22/09/2015 tarihinde 24 saat nöbet tuttuğunu ancak bu nöbetin mesai saati içinde kalan 8 saati dışındaki 16 saati için kendisine herhangi bir nöbet ücreti ödemesi yapılmadığını, bununla birlikte, idari (nöbet) izninin olduğu 9-10-11/09/2015 tarihlerinde mesai saatleri içerisinde 24 saat hizmetiçi eğitime katıldığını ancak bu nöbet için de kendisine herhangi bir ödemenin yapılmadığını iddia ederek toplamda 40 saatlik (24+16) nöbet ücretinin ödenmesini talep etmektedir.

3.3. Başvurucu, şikayet konuyla ilgili olarak İl Ambulans Servisi Başhekimliği'ne dilekçe verdiğini, İl Sağlık Müdürlüğü'nden gelen cevabi yazıda kendisine halihazırda ödenmiş olan 20 saat nöbet ücreti dışında başka bir ödemenin yapılamasının söz konusu olmadığı şeklinde cevap verildiğini ifade etmiştir.

B. İdarelerin Şikâyete İlişkin Açıklamaları

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

4.1. Başvurucunun, İl Sağlık Müdürlüğüne bağlı 112 Acil Komuta Merkezi Başhekimliğinde görev yapmakta olduğu ve başvurucuya şikayete konu dönemde herhangi bir eksik ödeme yapılmadığı,

4.2. Başvurucunun, Kurban Bayramı sebebiyle çalışanların idari izinli olduğu 22/09/2015 tarihinde tuttuğu 24 saatlik nöbetin 20 saatlik kısmının toplam hakedişine denk gelmesi nedeniyle ilgili Toplu Sözleşme hükümleri doğrultusunda normal nöbetlerinin %50 artırımlı ödenmesi ve dini bayramlara denk gelen nöbetlerin %20 artırımlı ödenmesi gerektiğinden başvurucuya 20 saatlik nöbet ücretlerinin %70 artırımlı ödendiği,

4.3. İdari izinli olduğu 09-10-11/10/2015 tarihleri arasında hizmetiçi eğitim olan Erişkin İleri Yaşam Desteği Eğitimine (İLYAD) gönderilen başvurucuya, Sağlık Bakanlığı Hukuk

Müşavirliğinin 07/03/2014 tarih ve 640/5543 sayılı görüş yazısında belirtildiği üzere "**mer'i mevzuat hükümleri çerçevesinde hizmetiçi eğitimin mesaiden sayılacağı, ancak mesai gün ve saatleri dışında da eğitim faaliyetleri düzenlenebileceğinden ve hizmetiçi eğitim almanın nöbet ücreti ödenecek durumlardan olmadığından, hizmetiçi eğitim alanlara aylık mesai süresini geçen kısımlar için nöbet ücreti ödenmeyeceği mütalaa edilmektedir**" hükmü gereğince herhangi bir nöbet ücreti ödenmediği ve eğitim günlerinin mesaiden sayılarak başvurucuya Eylül 2015 dönemi performansa dayalı ek ödemesinin kesinti yapılmadan tam gün üzerinden ödendiği,

4.4. Şikayet konusu talebe ilişkin olarak şikayet sahibi tarafından açılmış bir dava bulunmadığı, benzer durumda olanlar tarafından yargı organlarına açılmış/sonuçlanmış bir dava hakkında şimdiye kadar herhangi bir bilgi sahibi olmadıkları, İl Sağlık Müdürlüğü ve bağlı birimlerinde görev yapan personele yapılan tüm ödemelerin ilgili yönetmelik ve genelgeler çerçevesinde yapıldığı, Şeklinde cevap verilmiştir.

4.5. Söz konusu yazı eklerinde başvurucuya ait 2015 yılı Eylül ayına ait mesai tespit çizelgesi, hakediş tespit çizelgesi, nöbet ödeme bordrosu, nöbet ödeme banka listesi, hizmetiçi eğitim (İLYAD) belgeleri, sabit dışı döner sermaye ek ödeme bordrosu, hukuk müşavirliği görüşleri ve şikayetçiyle yapılan yazışmaların yer aldığı görülmüştür.

5./2016 tarihli ve sayılı bilgi-belge isteme yazımıza istinaden Sağlık Bakanlığı tarafından gönderilen/2016 tarihli ve ... sayılı yazıda özetle;

5.1. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun (657 sayılı Kanun) 99 uncu maddesinde memurların haftalık çalışma süresinin genel olarak 40 saat olarak belirlendiği, Cumartesi ve Pazar günlerinin tatil olduğu ancak özel kanunlarla yahut bu kanuna veya özel kanuna dayanılarak çıkartılacak tüzük ve yönetmeliklerle kurumların ve hizmetlerin özellikleri dikkate alınmak suretiyle farklı çalışma sürelerinin tespit edilebileceği,

5.2. Bununla birlikte, 657 sayılı Kanunun Ek 33 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında yataklı tedavi kurumları seyyar hastaneler, ağız ve diş sağlığı merkezleri, 112 acil sağlık hizmetlerinde haftalık çalışma süresi dışında normal, acil veya branş nöbeti tutan ancak bu nöbet karşılığında kurumunca izin kullanılmasına müsaade edilmeyen personele izin suretiyle kullanılmayan her bir nöbet saati için (nöbet saati süresi kesintisiz 6 saatten az olmamak üzere) nöbet ücretinin ödeneceği,

5.3. Bu çerçevede bir personelin raporlu veya herhangi bir sebeple izinli olduğu günler düşüldükten sonra ay içerisinde çalışması gereken günlük 8 saat sürenin, diğer günlerde fiilen çalıştığı ve 6 saatten fazla nöbet tuttuğu süreden çıkarıldıktan sonra kalan kısmı üzerinden nöbet ücreti ödenmesi gerektiği, İfade edilmiştir.

5.4. Bununla birlikte söz konusu yazıda personele nöbet ücreti ödenebilmesi için; haftalık 40 saat fiilen çalışılmış olması, haftalık fiili çalışma süresinin (40 saat) dışında bir çalışma olması, ilgili kurumun, nöbet karşılığında izin kullanılmasına müsaade etmemiş olması (şayet nöbet karşılığında izin kullanılmış ise ayrıca nöbet ücreti ödenmeyecektir.) ve izin suretiyle karşılanamayan her bir nöbet saati için nöbet süresinin kesintisiz 6 saatten fazla sürmüş olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği,

5.5. Bu çerçevede, bir personelin raporlu veya herhangi bir sebeple izinli olduğu günler düşüldükten sonra ay içerisinde çalışması gereken (günlük 8 saat) sürenin, diğer günlerde fiilen çalıştığı ve 6 saatte fazla nöbet tuttuğu süreden çıkarıldıktan sonra kalan kısmı üzerinden nöbet ücreti ödenmesi gerektiği, ayrıca dört haftadan fazla süren aylarda çalışılması gereken sürenin gün ve saat hesabıyla belirlenmesi gerektiği,

5.6. Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşavirliğinin/2014 tarih ve/...../..... sayılı görüş yazısında; ‘... mer’i mevzuat hükümlerin çerçevesinde hizmetiçi eğitimin mesaiden sayılacağı, ancak mesai gün ve saatleri dışında da eğitim faaliyetleri düzenlenebileceğinden ve hizmetiçi eğitim almanın nöbet ücreti ödenecek durumlardan olmadığından hizmetiçi eğitim alanlara, aylık mesai süresini geçen kısımlar için nöbet ücreti ödenmeyeceği mütalaa edilmektedir...’ denildiği,

5.7. Bakanlığın Hukuk Müşavirliğinin/2015 tarih ve/...../..... sayılı görüş yazısında; “...Başbakanlık Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğü’nün/2015 tarihli ve sayılı genel yazısı ile Kurban Bayramı tatilinin 23/10/2015 Çarşamba günü saat 13.00’te başlayacağı belirtilerek, kurum yöneticilerince gerekli tedbirlerin alınarak, hizmetlerin aksatılmaması, zorunlu hizmetlerin yürütülmesi için asgarî seviyede eleman bulundurulması kaydıyla; kamu kurum ve kuruluşlarındaki bütün çalışanların 21/10/2015 Pazartesi gününden itibaren iki buçuk gün idarî izinli sayılmaları uygun görülmüş ve idarî izin süresince görevli olanlara herhangi bir fazla ödemedede bulunulmayacağı” şeklinde olduğu, İfade edilmiştir.

5.8. Bunun yanında söz konusu yazının eklerinde nöbet ücretinin hesaplanması, hizmetiçi eğitimde nöbet ücreti, idari izin nöbet ücreti hakkındaki yazıların birer suretinin yer aldığı görülmüştür.

C. Olaylar

6. İl Sağlık Müdürlüğüne bağlı 112 Acil Komuta Merkezi Başhekimliğinde doktor olarak görev yapan başvurucunun, Kurban Bayramı sebebiyle personelin idari izinli olduğu/2015 tarihinde tuttuğu 24 saatlik nöbet dahil 2015 yılı Eylül ayı içerisinde 7 tanesi 24 saat, 1 tanesi ise 12 saat olmak üzere toplam 180 saat nöbet tuttuğu,

7. Ayrıca, idari (nöbet) izinli olduğu/...../2015 tarihlerinde Hekimevi ve Eğitim Merkezinde düzenlenen 24 saatlik Erişkin İleri Yaşam Desteği Eğitimi’ne (İLYAD) katıldığı,

8. Başvurucunun,/2015 tarihli ve sayılı dilekçe ile İl Ambulans Servisi Başhekimliğine tarafına eksik yatırılan nöbet ücretlerinin ödenmesi talebiyle başvurduğu, İl Ambulans Servisi Başhekimliğinin söz konusu dilekçeyi/2015 tarihli ve sayılı yazı ile İl Sağlık Müdürlüğüne sunduğu, bunun üzerine İl Sağlık Müdürlüğü'nün/2015 tarihli ve ... sayılı yazısıyla şikayetçinin talebini mevzuat kapsamında ödeme yapılamayacağı gerekçesiyle reddettiği,

9. Yukarıda belirtilen olaylar neticesinde de şikayet başvurusunun 12/02/2016 tarihinde Kurumumuza elektronik başvuru yoluyla başvurduğu görülmüştür.

D. Kamu Denetçisi Muhittin MIHÇAK'ın İnceleme ve Araştırma Bulguları

10. Şikayet konusunun çözümü amacıyla şikayete konu işleme ilişkin bilgi ve belgeler Sağlık Bakanlığından ve İl Sağlık Müdürlüğünden talep edilmiş, ilgili idarelerin cevabi yazılarına Raporun “İdarenin Şikâyete İlişkin Açıklamaları” ve “Olaylar” başlığı altındaki paragraflarda yer verilmiştir.

III. HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE

A. İlgili Mevzuat

11. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 24 üncü maddesi; “*Her şahsın dinlenmeye, eğlenmeye, bilhassa çalışma müddetinin mâkul surette tahdidine ve muayyen devrelerde ücretli tatillere hakkı vardır*” şeklinde düzenlenmiştir.

12. Avrupa Sosyal Şartının 4 üncü maddesinde; “*...Özel durumlara ilişkin istisnalar dışında, çalışanların fazla mesai karşılığında zamlı ücret alma hakkına sahip oldukları...*” kabul edilmiştir.

13. Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesinin 31 inci maddesinin 1 inci fıkrası; “*...her çalışanın kendi sağlığı, emniyeti ve onuruna saygı gösteren çalışma koşullarından yararlanma hakkına sahip olduğu; 2 nci fıkrası, çalışanların azami çalışma saatlerinin sınırlandırılması, günlük ve haftalık dinlenme dönemleri ve yıllık ücretli izin hakkına sahip olduğu*” şeklindedir.

14. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesinin 7 nci maddesinin (d) bendinde; “*...dinlenme, çalışma arası ve çalışma saatlerinin makul ölçüde sınırlandırılması ile ücretli yıllık izin ve resmi tatillerde ücret verilmesi haklarının güvence altına alınması gerektiği*” düzenlemesine yer verilmiştir.

15. Anayasanın 50 nci maddesinin 3 üncü ve 4 üncü fıkralarında; “Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir.”, **Anayasanın 55 inci maddesinde;** “Ücretin emeğin karşılığı olduğu; Devletin, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alacağı”, hususları hüküm altına alınmıştır.

16. Anayasasının “Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” başlıklı 74 üncü maddesinde; “...Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikayetleri inceler...”, **128 inci maddesinde,** “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.” hükümleri amirdir.

17. 14/06/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun "Kurumun Görevi" başlıklı 5 inci maddesinin birinci fıkrasında; “Kurum, idarenin işleyişiyle ilgili şikayet 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.” hükmü yer almaktadır.

18. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu (657 sayılı Kanun) 99 uncu maddesi; “Memurların haftalık çalışma süresi genel olarak 40 saattir. Bu süre Cumartesi ve Pazar günleri tatil olmak üzere düzenlenir. Ancak özel kanunlarla yahut bu kanuna veya özel kanunlara dayanılarak çıkarılacak tüzük ve yönetmeliklerle, kurumların ve hizmetlerin özellikleri dikkate alınmak suretiyle farklı çalışma süreleri tespit olunabilir. Bakanlar Kurulu, yurt dışı kuruluşlarda hizmetin gerektirdiği hallerde, hafta tatilini Cumartesi ve Pazardan başka günler olarak tespit edebilir.”

19. 657 Sayılı Kanunun 101 inci maddesinin 1 inci fıkrası; “Günün yirmidört saatinde devamlılık gösteren hizmetlerde çalışan Devlet memurlarının çalışma saat ve şekilleri kurumlarınca düzenlenir.”

20. 657 Sayılı Kanunun 178 inci maddesinin 1 inci fıkrasının b bendi; “Kurumlar gerektiği takdirde personelini günlük çalışma saatleri dışında fazla çalışma ücreti vermeksizin çalıştırabilirler. Bu durumda personele yaptırılacak fazla çalışmanın her sekiz saati için bir gün hesabı ile izin verilir. Ancak, bu suretle verilecek iznin en çok on günlük kısmı yıllık izinle birleştirilerek yılı içinde kullanılabilir. Fazla çalışmanın uygulama esas ve usulleri Devlet Personel Başkanlığı ile Maliye Bakanlığınca müştereken belirlenir...”

21. 657 Sayılı Kanunun Ek 33 üncü maddesinin 1 inci fıkrası; “Yataklı tedavi kurumları, seyyar hastaneler, ağız ve diş sağlığı merkezleri, aile sağlığı merkezleri, toplum sağlığı merkezleri ve 112 acil sağlık hizmetlerinde haftalık çalışma süresi dışında normal, acil veya branş nöbeti tutarak, bu nöbet karşılığında kurumunca izin kullanmasına müsaade edilmeyen memurlar ile sözleşmeli personele, izin suretiyle karşılanamayan her bir nöbet saati için (nöbet süresi kesintisiz 6 saatten az olmamak üzere), aşağıda gösterilen gösterge rakamlarının aylık

katsayısı ile çarpılması sonucu hesaplanacak tutarda nöbet ücreti ödenir. Bu ücret yoğun bakım, acil servis ve 112 acil sağlık hizmetlerinde tutulan söz konusu nöbetler için yüzde elli oranında artırımlı ödenir. Ancak ayda aile sağlığı ve toplum sağlığı merkezlerinde 60 saatten, diğer yerlerde ve hiçbir şekilde 130 saatten fazlası için ödeme yapılmaz. Bu ücret damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz” Şeklinde düzenlenmiştir.

22. Fazla Çalışmanın Uygulama Esaslarını Gösterir Yönetmeliğinin 3 üncü maddesinin a ve b fıkralarında; “A) Fazla çalışma: Devlet Memurlarının, genel olarak haftalık çalışma süresi olan, 40 saatin üstünde yaptıkları çalışma, fazla çalışmadır.... B) Nöbet Hizmeti: Kurumların faaliyetleri gereği, güvenliğin veya hizmetin devamını temin amacıyla, normal çalışma saatleri içinde veya dışında yapılan çalışmadır.” şeklinde tanımlanmıştır.

23. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 41 inci maddesinin 1 inci fıkrasının e bendinde; “Gece nöbeti tutanlara ertesi günü görev verilmez. Geceyi yoğun mesai ile uykusuz geçiren personele, kurumun personel durumu ve imkanları müsait olmak, hizmeti aksatmamak kaydıyla evinde veya kurum içersinde lüzum görüldüğü sürece dinlenmesi için baştabib izin verebilir. Bu takdirde de bunlar acil durumlarda baştabib veya nöbetçi tabibin davetine uymaya mecburdurlar. Hafta tatillerinde ve resmi tatil günlerinde nöbet tutanlara hizmeti aksatmamak kaydıyla diğer iş günlerinde nöbet süresi kadar izin verilebilir.” hükmüne yer verilmiştir.

24. “Fazla Çalışma” başlıklı 2014/5 sayılı Başbakanlık Genelge’si;

“...1. Kamu görevlilerine; belli bir sürede bitirilmesi gereken, zorunlu ve istisnai haller bulunmadığı sürece, günlük çalışma saatleri dışında fazla çalışma yaptırılmayacaktır.

2. Fazla çalışma yaptırılmasının gerektiği zorunlu ve istisnai hallerde, fazladan çalışılan süreye ilişkin ücret, ilgili mevzuatı çerçevesinde ödenecektir.

3. İlgili mevzuatı gereği fazla çalışma karşılığı ücret ödenememesi durumunda ise; söz konusu kamu görevlilerine, başta 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 178’inci maddesi ile 2009/12 sayılı Başbakanlık Genelgesinin 6’ncı maddesi olmak üzere tabi oldukları mevzuat hükümleri çerçevesinde; yaptırılacak fazla çalışmanın her sekiz saati için bir gün hesabı ile izin verilecektir. Ancak, bu suretle verilecek iznin en çok on günlük kısmı yıllık izinle birleştirilerek yılı içinde kullanılabilir...” şeklindedir.

25. Başbakanlık Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğünün 16/09/2015 tarih ve 10381 sayılı genel yazısında; “Kurban Bayramı tatili, 23/09/2015 Çarşamba günü saat 13.00 de başlayacaktır. Kurum yöneticilerince gerekli tedbirlerin alınarak hizmetlerin aksatılmaması, zorunlu hizmetlerin yürütülmesi için asgari seviyede eleman bulundurulması kaydıyla; kamu kurum ve kuruluşlarındaki bütün çalışanların 21 Eylül Pazartesi gününden itibaren iki buçuk gün idari izinli sayılmaları uygun görülmüştür, idari izin süresince görevli olanlara herhangi bir fazla ödemede bulunulmayacaktır.” şeklindedir. **B. Şikâyet Konusuna İlişkin Uygulamalar**

26. Anayasa Mahkemesinin 05/03/2015 tarih ve E:2015/17, K: 2015/20 sayılı kararı: “...Öte yandan, 657 sayılı Kanun'un ek 33. maddesi nöbet uygulamasında ödenecek ücreti sınırlayarak dolaylı yoldan nöbet sürelerine ilişkin sınırlama getirmektedir. Anılan Kanun'da belirtilen saatlerden fazla nöbet tutulduğunda ise fazla tutulan her sekiz saate bir gün izin verilmektedir. Ayrıca bu ücret yoğun bakım, acil servis ve 112 acil sağlık hizmetlerinde tutulan söz konusu nöbetler için yüzde elli oranında artırılmış ödenecektir...”şeklindedir.

27. Danıştay 5. Dairesinin 13/04/2015 tarihli E: 2012/10765 K: 2015/3733 sayılı kararı: Aile Sağlığı Merkezi'nde aile hekimi olarak görev yapan davacının İlçe Entegre Hastanesi bünyesinde tutmuş olduğu nöbetler karşılığı izin kullandırılması talebinin reddedilmesi işlemine karşı açılan davada “...davacının tuttuğu nöbetler karşılığında izin kullandırılması gerekirken aksi yönde tesis edilmiş olan dava konusu işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında ise hukuki isabet görülmemiştir.” şeklindedir.

28. Tokat İdare Mahkemesinin E.2011/804 ve K.2012/656 sayılı kararında: fazla mesai ücreti ve idari izin konusunda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 178 inci maddesine atıfta bulunarak meri mevzuat hükümleri kapsamında fazla mesai ücreti ödeme imkanı bulunmaması durumunda haftada 40 saatten fazla çalıştırılan personelin çalıştığı her sekiz saat için bir gün izin kullandırılması gerektiği; bir diğer ifadeyle kurumları tarafından haftalık 40 saatten fazla çalıştırılan personelin fazla çalıştığı sürelerin tamamının fazla çalışma süresinden sayılması ve bu fazla çalışma süresine karşılık 657 sayılı Kanunun 178 inci maddesi uyarınca işlem tesis edilmesinin kanuni bir zorunluluk olduğu yönünde karar verdiği görülmüştür.

C. Kamu Denetçisi Muhittin MIHÇAK'ın Kamu Başdenetçisine Önerisi

29. Kamu Denetçisi tarafından yapılan inceleme ve araştırma neticesinde, idarece tesis edilen işlemlerin hukuka uygun olduğu değerlendirilerek şikâyetin reddi yönündeki öneri Kamu Başdenetçisine sunulmuştur.

D. Hukuka ve Hakkaniyete Uygunluk Yönünden Değerlendirme

30. Başvurucu, 3 Nolu paragrafta açıklandığı üzere başvurusunda; idari (nöbet) izinli olduğu .../.../2015 tarihlerinde katıldığı 24 saatlik hizmetiçi eğitime ve Kurban Bayramı tatilinde tuttuğu 16 saatlik nöbete karşılık kendisine nöbet ücreti ödemesi yapılmadığını iddia ederek toplam 40 saatlik (24+16) nöbet ücretinin ödenmesi talebiyle Kurumumuza şikâyet başvurusunda bulunmuştur. Başvuruda yer alan iddialar **A** ve **B** olmak üzere iki ayrı başlık altında aşağıda irdelenmiştir.

A . Başvurucunun idari (nöbet) izinli olduğu tarihlerde hizmetiçi eğitime gönderilmesi nedeniyle kendisine nöbet ücreti ödenmesi talebine ilişkin değerlendirme;

31. Başvuru konusuyla ilgili olarak uluslararası mevzuatta birçok düzenleme mevcut olup İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 24, Avrupa Sosyal Şartının 4, Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesinin 31, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 7 nci maddelerinde çalışanların dinlenme, çalışma arası ve çalışma saatlerinin makul ölçüde sınırlandırılması, ücretli yıllık izin ve resmi tatillerde ücret verilmesi haklarının güvence altına alınması, fazla mesai karşılığında zamlı ücret alma hakkına sahip olmaları hususlarında düzenlemeler yapılmıştır (Bknz: 11. ve 14. Prgrf. arası).

32. Anayasamızın “*Çalışma şartları ve dinlenme hakkı*” başlıklı 50 nci maddesinde dinlenmenin çalışanların hakkı olduğuna, “*Ücrette adalet sağlanması*” başlıklı 55 inci maddesinde, ücretin emeğin karşılığı olup devletin çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli ücret almaları ve diğer sosyal haklardan yararlanmaları için gerekli önlemleri alacağı hususlarına vurgu yapılmıştır. (Bknz: 15. Prgrf.)

33. Öte yandan, 18 ve 20 No.lu paragraflar arasında değinildiği üzere; 657 sayılı Kanunda memurların **genel haftalık çalışma süresinin 40 saat olarak belirlendiği** ancak kurumların ve hizmetlerin özellikleri dikkate alınmak suretiyle farklı çalışma sürelerinin tespit edebileceği; kurumların gerektiğinde personelini **günlük çalışma saatleri dışında fazla çalışma ücreti vermeksizin çalıştırabilecekleri, bu durumda yaptırılacak fazla çalışmanın her sekiz saati için personeline 1 günlük izin vereceği** ifade edilmiş olup, söz konusu düzenlemeler ile memurlara yaptıkları fazla çalışma karşılığında idari izin kullanılacağı veya ücret ödeneceği anlaşılmaktadır.

34. Bunun yanında, 21 No.lu paragrafta yer alan mevzuat hükmünde değinildiği üzere; **112 acil sağlık hizmetlerinde haftalık çalışma süresi dışında normal, acil veya branş nöbeti tutarak, bu nöbet karşılığında kurumunca izin kullanmasına müsaade edilmeven personelin izin suretiyle karşılanamayan her bir nöbet saati için nöbet ücreti ödeneceği** ifade edilmiş olup, söz konusu düzenlemeden 112 acil sağlık hizmetleri personelinden nöbet karşılığında kurumunca izin kullanılmaması ve nöbet tutturulması durumunda her bir nöbet saati için ücret ödeneceği anlaşılmaktadır. Ayrıca, söz konusu **mevzuat hükmünde sadece izin verilmeyip normal, acil veya branş nöbeti tutturulan personele nöbet ücreti ödeneceği belirtilmiş olup, izin verilmeyip hizmetiçi eğitime gönderilen personele nöbet ücreti ödemesi yapılacağına dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir.**İlaveten, 26 ve 28 No.lu paragraflar arasında yer verilen yargı kararlarında da; haftada 40 saatten fazla çalıştırılan ve fazla mesai ücreti verilmeyen personele çalıştığı her sekiz saat için bir gün izin kullanılması gerektiği, bir diğer ifadeyle, kurumları tarafından haftalık 40 saatten fazla çalıştırılan personele fazla mesai ücreti verilmemesi durumunda fazla çalıştığı süreye karşılık 657 sayılı Kanunun 178 inci maddesi uyarınca idari izin işleminin tesis edilmesinin kanuni bir zorunluluk olduğuna vurgu yapılmıştır.

35. İlaveten, 23 No.lu paragrafta yer verilen “Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği”nin 41 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde, **gece nöbeti tutanlara ertesi günü görev verilmeyeceğine;** 24 No.lu paragrafta yer verilen 2014/5 sayılı Başbakanlık Genelge’sinde kamu görevlilerine fazla çalışma yaptırılması durumlarında fazladan çalışılan süreye ilişkin ücretin ilgili mevzuatı çerçevesinde ödeneceğine; ilgili mevzuatı kapsamında fazla çalışma karşılığı ücret ödenememesi durumunda 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 178 inci maddesi kapsamında yaptırılacak fazla çalışmanın her sekiz saati için bir gün hesabı ile izin verileceğine vurgu yapılmıştır.

36. İlaveten, Sağlık Bakanlığı tarafından hizmetiçi eğitimin mesaiden sayılacağı ancak hizmetiçi eğitim almanın nöbet ücreti ödenecek durumlardan sayılmadığı gerekçesiyle ilgililere herhangi bir ödeme yapılamayacağı şeklinde hukuki görüş verilmiştir.

37. Ayrıca, idare tarafından Kurumumuza gönderilen başvurucuya ait 2015 yılı eylül ayı memur mesai listesinde yapılan incelemede; başvurucunun .../2015 tarihinde 24 saat çalıştığı, idari (nöbet) izinli olduğu .../2015 tarihlerinde mesai saatleri içerisinde 24 saat (3 gün * 8 er saat) hizmetiçi eğitime katıldığı ve hizmetiçi eğitimi mütakip herhangi bir idari (nöbet) izin verilmeden başvurucunun .../2015 tarihinde tekrar 24 saat çalıştığı tespit edilmiştir. Bununla birlikte, idareler tarafından gönderilen bilgi ve belgelerde, başvurucunun şikayete konu tarihlerde çalışmaması durumunda verilen sağlık hizmetinin aksayacağına dair herhangi bir gerekçeye de yer verilmemiştir.

B. Başvurucunun, 22/09/2015 tarihinde Kurban Bayramı tatilinde tuttuğu nöbete karşılık talep ettiği nöbet ücretine ilişkin değerlendirme;

38. Kararımızın 18 ve 20 No.lu paragraflar arasında değinildiği üzere; 657 sayılı Kanunda memurların **genel haftalık çalışma süresinin 40 saat olarak belirlendiği; 112 acil sağlık hizmetlerinde haftalık çalışma süresi dışında normal, acil veya brans nöbeti tutarak, bu nöbet karşılığında kurumunca izin kullanmasına müsaade edilmeyen personelin izin suretiyle karşılanamayan her bir nöbet saati için nöbet ücreti ödeneceğine** vurgu yapılmıştır.

39. Diğer yandan, 25 nolu paragrafta da değinildiği üzere Başbakanlık Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğünün 16/09/2015 tarih ve 10381 sayılı genel yazısında; Kurban Bayramı tatilinin 23/09/2015 Çarşamba günü saat 13.00 de başlayacağı, Kurum yöneticilerince gerekli tedbirlerin alınarak hizmetlerin aksatılmaması ve zorunlu hizmetlerin yürütülmesi için asgari seviyede eleman bulundurulması kaydıyla kamu kurum ve kuruluşlarındaki bütün çalışanların **21 Eylül Pazartesi gününden itibaren iki buçuk gün idari izinli sayılacağı ancak söz konusu idari izin süresince görevli olanlara herhangi bir fazla ödemedede bulunulmayacağı** ifade edilmiştir.

40. Başvuru konusuyla ilgili olarak İl Sağlık Müdürlüğü tarafından Kurumumuza gönderilen .../2016 tarihli ve ... sayılı cevabi yazı eklerinde yapılan incelemede; 2015 yılı

Eylül ayına ait memur mesai listesinde **şikayete konu/2015 tarihli nöbet dahil** başvurusunun **7 tanesi 24 saat (2-8-12-15-18-22-26/09/2015), 1 tanesi ise 12 saat (29/09/2015) olmak üzere toplam 180 saat çalıştığı**; meri mevzuat hükümlerine göre aylık çalışma süresinin 160 saat (40 saat*4 hafta) olduğu hususu dikkate alınarak başvurusunun 20 saat (180-160) fazla mesai yaptığı, bu doğrultuda da nöbet ücretinin normal nöbetlerinin %50 ve dini bayramlara denk gelen nöbetlerin %20 olmak üzere %70 artırımlı olarak 378,47-TL olarak hesaplandığı, bordro ve banka belgelerinin tetkiki neticesinde söz konusu ücretin başvurucaya ödendiği tespit edilmiştir.

41. Sonuç olarak, yukarıdan beri yapılan açıklamalar, anılan mevzuat hükümleri, yargı kararları, idarelerin cevabi yazıları ve tüm dosya birlikte değerlendirildiğinde;

41.1. 657 sayılı Kanunun Ek 33 üncü maddesinde nöbet ücreti verilecek haller arasında normal, acil veya branş nöbetinin yer aldığı ancak hizmetiçi eğitimin yer almadığı, Sağlık Bakanlığının da hukuki görüşünün hizmetiçi eğitimin mesaiden sayılacağı ancak hizmetiçi eğitim almanın nöbet ücreti ödenecek durumlardan sayılmadığı yönünde olduğu hususları dikkate alındığında başvurucaya 9-10-11/09/2015 tarihlerinde katılmış olduğu 24 saatlik hizmetiçi eğitime karşılık herhangi bir ücret ödemesi yapılmamasına ilişkin idari işlemde hukuka aykırılık tespit edilemediği,

41.2. Ancak, başvurusunun 08/09/2015 tarihinde 24 saat süren çalışmasından sonra idari (nöbet) izinli olduğu 9-10-11/09/2015 tarihlerinde mesai saatleri içerisinde 24 saat hizmetiçi eğitime çağırılması ve söz konusu hizmetiçi eğitimin hemen sonrasında idari (nöbet) izin verilmeden 12/09/2015 tarihinde başvurucaya tekrar 24 saat çalıştırılmasına ilişkin idari işlemin 657 sayılı Kanununun 178 uncu maddesine, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 41 inci maddesinin 1 inci fıkrasının e bendine, "Fazla Çalışma" başlıklı 2014/5 sayılı Başbakanlık Genelge'sine aykırı olduğu, dolayısıyla başvurucaya fazla çalışması karşılığı olarak idari izin verilmemesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı,

41.3. Başvurusunun, Kurban Bayramında tatiline denk gelen 22/09/2015 tarihli nöbetine ilişkin ücretinin hesaplanmadığı ve ödenmediği iddiasının aksine söz konusu nöbet ücretinin idare tarafından %70 artırımlı olarak hesaplandığı; bordro ve banka belgelerinin tetkikinden söz konusu ücretin başvurucaya ödendiği anlaşıldığından yapılan idari işlemin hukuka aykırılık tespit edilemediği,

Kanaat ve sonucuna varılmıştır.

D. İnsan Hakları Yönünden Değerlendirme

42. 2709 sayılı T.C. Anayasasının "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10 uncu maddesindeki eşitlik ilkesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13 üncü maddesindeki etkili başvuru hakkının ve 17 inci maddesindeki hakları kötüye kullanma yasağının ihlal edildiğine dair herhangi bir bilgi ve bulguya rastlanmadığı gibi şikâyete konu olayda, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde yazılı ve güvence

altına alınmış olan başkaca bir insan hakkı ihlalinin tespit edilemediği sonuç ve kanaatine varılmıştır.

E. İyi Yönetim İlkelerine Uygunluk Yönünden Değerlendirme

43. 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 beklenmektedir.

44. 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 6 ncı maddesinde "*Kurum, 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 gözetir ve iyi yönetim ilkelerine uyar*" hükmü uyarınca, Kurumumuz inceleme ve araştırmasını yaparken, idarenin iyi yönetim ilkelerine uygun olarak işlem, eylem, tutum veya davranışta bulunup bulunmadığını gözetmektedir. Ayrıca, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartınının 41 inci maddesinde geçen "iyi bir yönetim hakkı"nın uygulamada ne anlama geldiğini açıklayan ve ülkemizin de Aday Üye olduğu Avrupa Birliğinin müktesebatının bir parçası olan Avrupa Doğru İdare Davranış Yasasında iyi yönetim ilkeleri ortaya konulmuştur.

45. Söz konusu ilkeler yönünden yapılan değerlendirme neticesinde; idarenin başvuruyla ilgili işlemlerde makul sürede ve gerekçeli karar verme, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi **ilkelerine uygun davrandığı** ancak; Kurumumuz tarafından istenilen bilgi ve belgelere idare tarafından yeterli ve gerekçeli bir şekilde cevap verilmediğinden "*haklı beklentiye uygunluk*" "*kanunlara uygunluk*" ve "*kararların gerekçeli olması*" **ilkelerine uyulmadığı**; İl Sağlık Müdürlüğü tarafından şikâyetçiye makul sürede, gerekçeli cevapların verildiği ancak şikâyetçiye verilen cevaplarda işleme karşı hangi sürede hangi mercilere başvurulabileceğinin gösterilmemiş olması sebebiyle "*karara karşı başvuru yollarının ve süresinin gösterilmesi*" **ilkesine uyulmadığı** görülmüş olup, ilgili idarelerden bundan böyle bu ilkelere de uyması beklenmektedir.

IV. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN YASAL MEVZUAT

A. Dava Açma Süresinin Yeniden Başlaması

46. 14/6/2012 tarih ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 17 inci maddesinin sekizinci fıkrasına göre Kamu Denetçiliği Kurumu'na, dava açma süresi içinde yapılan

başvuru, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurmakta olup, 21 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca başvurunun Kurum tarafından reddedilmesi halinde, durmuş olan dava açma süresi gerekçeli ret kararının ilgiliye tebliğinden itibaren kaldığı yerden işlemeye başlar, 21 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca ise tavsiye kararı üzerine otuz gün içinde herhangi bir işlem tesis edilmez veya eylemde bulunulmaz ise durmuş olan dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlayacaktır.

B. Yargı Yolu

47. 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması" başlıklı 40 ıncı maddesinin 2 nci 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 içinde İdare Mahkemesine yargı yolu açıktır.

V. KARAR

Açıklanan gerekçeler ve dosyanın kapsamına göre başvurunun **KISMEN KABULÜ İLE KISMEN REDDİNE;**

1- Başvurucunun/.../2015 tarihlerinde katılmış olduğu 24 saatlik hizmetiçi eğitime karşılık kendisine ödeme yapılmasına ve başvurunun 22/09/2015 tarihinde tuttuğu nöbete ait ücretin kendisine ödenmesine ilişkin taleplerinin **REDDİNE,**

2- Şikayet başvurusuna, mağduriyetinin giderilmesi için makul sürede meri mevzuat kapsamında (20, 23 ve 24 No.lu Prgf.açıklandığı üzere) idari izin verilmesi hususunda yeni bir işlem tesis etmesi için **İL SAĞLIK MÜDÜRLÜĞÜNE TAVSİYEDE BULUNULMASINA,**

6328 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Valiliği İl Sağlık Müdürlüğünce bu karar üzerine tesis edilecek işlem ya da tavsiye edilen çözümün uygulanabilir nitelikte görülmediği takdirde gerekçesinin otuz gün içinde Kurumumuza bildirilmesinin zorunlu olduğuna,

Bu kararın şikayetçiye ve gereği için Valiliği İl Sağlık Müdürlüğü'ne tebliğine,

Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisi'nce karar verildi.

e-imzalıdır

M.Nihat ÖMEROĞLU
Kamu Başdenetçisi