



T.C.
KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU
(OMBUDSMANLIK)

ŞİKAYET NO : 2016/89

KARAR TARİHİ : 28/05/2016

RET KARARI

ŞİKAYETÇİ

:

ŞİKAYET EDİLEN İDARE

: 1- Devlet Hastanesi
2-Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu
Başkanlığı (Resen)

ŞİKAYETİN KONUSU

: Şikayet başvurusu, tuttuğu icap nöbet ücretlerinin %50 zamlı olarak ve eksik ödenen kısmın geriye dönük hesaplanarak tarafına ödenmesini talep etmektedir.

ŞİKAYET BAŞVURU TARİHİ

: 07/01/2016

I. USÛL

A. Şikâyet Başvuru Süreci

1. 07/01/2016 tarihinde e-başvuru yoluyla yapılan şikayet başvurusu ve ekleri, 194 evrak numarası ile kayıt altına alınmıştır. Şikayet başvurusunun karara bağlanması için 28/03/2013 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, 06/05/2016 tarihli Kısmen Tavsiye Kısmen Ret Karar Önerisiyle Kamu Başdenetçisine sunulmuştur.

B. Ön İnceleme Süreci

2. Yapılan ön incelemede, şikayet konusunun Kurumumuzun görev alanına girdiği, şikayetçinin menfaat ihlali koşulunu taşıdığı, idari başvuru yollarının tüketildiği, şikayetin süresinde yapıldığı

ve diğ er ön inceleme konularında da bir eksiklik bulunmadığı, bu nedenle şikayetin inceleme ve araştırmasına engel bulunmadığı tespit edilmiştir.

II. OLAY VE OLGULAR

A. Şikayetçinin Konu Hakkındaki Açıklamaları ve İddiaları

3. Şikayet başvuruçusu; Devlet Hastanesinde genel cerrahi branşında operatör doktor olarak görev yapmakta olduğunu, uzman sayısının yeterli olmasına karşın hastanede branş nöbetinin tutulmadığını, söz konusu ihtiyacın icap nöbeti tutularak giderildiğini, icap nöbeti sırasında acil müdahale gerektiren durumların oluştuğunu ve icap nöbetlerinde acil hastaların muayene, tedavi ve ameliyat edildiğini, ancak bu durum göz ardı edilerek nöbet ücretinin % 50 zamlı ödenmediğini belirterek, tutulan icap nöbet ücretlerinin zamlı ödenmesini ve eksik ödenen kısmın geriye dönük hesaplanarak tarafına ödenmesini talep etmektedir.

B. İdarenin Şikayete İlişkin Açıklamaları

4. Güney Bölgesi Türkiye Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliğinden/2016 tarihli ve sayılı yazımıza istinaden gönderilen/2016 tarihli ve ... sayılı cevabi yazıda özetle;

4.1. Devlet Hastanesinde 68 uzman, 9 pratisyen hekimle 24 saat hizmet verildiği, mesai saatleri dışında Acil Poliklinik Nöbeti, Acil Cerrahi Branş Havuz Nöbeti, Acil Dahili Branş Havuz Nöbeti, İdari Şef Nöbeti, İcap Nöbetlerinin tutulduğu,

4.2. Hastanenin B sınıfı bir hastane olduğu, 2. seviye acil servisinin bulunduğu ve hiçbir branşta 6 aktif hekimin bulunmadığı, 2. seviye acil serviste acil branş havuz nöbeti zorunluluğu olduğu, branş nöbetinin ise 3. seviye acillerde ve o branşta en az 6 hekim olması halinde zorunlu olduğu, bu açıdan adı geçen hastanede branş nöbeti tutma zorunluluğunun bulunmadığı, acil serviste branş nöbeti tutulması için Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin tarif ettiği müstakil poliklinik mekanının da olmadığı, genel cerrahın branş nöbeti tutacağı bir hastanede en azından anestezi uzmanlarının da nöbette kalıyor olması gerektiği, hastanede ise 4 anestezi uzmanının olduğu ve bunların icap nöbeti tuttıkları ve hastanede branş nöbeti gerektirecek yoğunlukta hasta sayısı bulunmadığı gerekçeleri çerçevesinde söz konusu Yönetmeliğin 42 nci maddesi gereğince konu başhekimin yetkisine bırakıldığından branş nöbeti tutulmamasına karar verildiği,

4.3. Her personelin sadece kendi branşları ile ilgili görevler için, sorumluluk aldıkları birimlere davet edildikleri, örneğin bir genel cerrahın serviste hasta varsa servise, acilde hasta varsa acil servise çağrıldığı, bunun dışında diyaliz veya 112 gibi birimlerde göreve çağrılmadığı, bu nedenle yalnızca yoğun bakım, diyaliz, ameliyathane, acil servis ve 112 acil sağlık hizmetlerine özgü tutulan icap nöbetleri için nöbet ücretinin %50 artırımlı ödenmesi şeklinde uygulamanın yürütüldüğü belirtilmiştir.

5. Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Başkanlığından/2016 tarihli ve sayılı yazımıza istinaden gönderilen/2016 tarihli ve ... sayılı cevabi yazıda özetle;

5.1. İlgili mevzuat ve Toplu Sözleşme hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, haftalık çalışma süresinin (40 saat) dışında ve resmi tatil günlerinde çalışılmış olması ve bu nöbet süresinin fiilen kesintisiz 6 saatten fazla sürmüş olması ve ilgili kurumun, nöbet karşılığında izin kullanılmasına müsaade etmemiş olması şartlarının birlikte gerçekleşmiş olması halinde, nöbet ücretinin ancak ayda 130 saate kadar tutarı bakımından nöbet tutana ödemede bulunulabileceği ve bu ödemenin **yoğun bakım, acil servis ve 112 acil sağlık hizmetlerinde tutulan söz konusu nöbetler için %50 oranında ödeneceğinin belirtildiği, 2014-2015 yıllarını kapsayan 2. Dönem Toplu Sözleşmesinde de bu artırım uygulanacak birimlere diyaliz ve ameliyathane birimlerinin de sözleşme süresince dahil edildiği**, dolayısıyla nöbet ücretlerinin bu belirlenen çerçevede ödenmesinin mümkün olacağı,

5.2. 657 sayılı Kanun'un Ek 33 üncü maddesi ve Toplu Sözleşmenin 7 nci maddesi ile nöbet ücretlerinin yoğun bakım, acil servis, 112 acil sağlık hizmetleri, ameliyathane ve diyaliz birimlerinde tutulan nöbetler karşılığı ödenecek ücretin %50 artırımlı olarak ödenmesinin söz konusu olduğu; bu birimlerin Kanunla ve Toplu Sözleşme hükümleri ile verilen hizmetin kesintisizliği ve niteliği gereği yüklenilen sürekli, yoğun ve yüksek tıbbi, psiko-sosyal risk (enfeksiyon, sürekli ayakta kalmaya bağlı meslek hastalıkları, yorgunluk, stres, sıkça yaşanan çalışan darpları ve sair) dikkate alınarak, birim bazında ve tahdidi olarak belirlendiği, bununla verilen hizmetten kaynaklı yüklenilen risklere maruz kalan personelin teşviki ile üstlenilen külfet karşılığında maddi olarak ödüllendirilmesinin amaçlandığı, **tahdidi olarak sayılan bu birimlerde fiilen çalışmayan personelin tutmuş olduğu nöbetlere karşılık ödenecek ücretin de %50 artırımlı olarak ödenmesine yönelik mevzuatta bir düzenleme de bulunmadığı ve parasal konuları düzenleyen kuralların yorum yolu ile kapsamının genişletilmesinin mümkün olmaması** karşısında; ilgili personelin, normal mesai dışında branş nöbeti tuttuğu zamanlarda acil servisten veya yoğun bakımdan gelen işlere görevi gereği bakması, acil serviste veya yoğun bakımda görev yapması anlamına da gelmeyeceğinden, **nöbet ücretlerinin %50 artırımlı olarak ödenmesine hukuken imkan bulunmadığı,**

5.3. Başkanlığa hitaplı Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü'nün .../2015 tarihli ve sayılı "Nöbet Ücreti" konulu yazılarında; 2014 ve 2015 yıllarını kapsayan 2. Dönem Toplu Sözleşme uyarınca yoğun bakım, diyaliz, ameliyathane, acil servis ve 112 acil sağlık hizmetlerinde tutulan nöbetler için öngörülen %50 artırımlı ödemelerin icap nöbeti tutanları kapsamadığı ve icap nöbet ücreti ödemelerinde artırımlı ödeme yapılmasının mümkün olmadığını belirttiği,

5.4. Maliye Bakanlığı tarafından Sağlık Bakanlığına cevaben yazılan .../2015 tarihli ve sayılı yazıda, "Gerek Toplu Sözleşmede gerek 657 sayılı Kanunun Ek 33 üncü maddesinde nöbet ücreti %50 artırımlı olarak ödenecek olan hizmet birimleri tek tek sayıldığından, bu kapsamda yapılan artırımlı nöbet ücreti ödemelerinde hizmetin yapıldığı birimin esas alınması ve doğrudan bu birimlerde ve belirtilen bölümler altında gerçekleşmeyen nöbetler için nöbet ücretinin %50 artırımlı ödenmemesi gerektiği; icap nöbetinin evde tutulan bir nöbet türü olması nedeniyle yoğun bakım, diyaliz, ameliyathane, acil servis ve 112 acil sağlık hizmetlerinde tutulan nöbetler için öngörülen söz konusu artırım hükmünün icap nöbeti tutanlara uygulanmasına imkan bulunmadığı değerlendirilmektedir." açıklamalarına yer verildiği,

5.5. Başkanlığın 23/06/2014 tarihli ve 869 sayılı genel yazısı ile yoğun bakım, diyaliz, ameliyathane, acil servis ve 112 acil sağlık hizmetlerine özgü olarak tutulan icap nöbetleri için de nöbet ücretinin %50 artırımlı ödenmesi gerektiğinin belirtildiği, ancak Maliye Bakanlığının farklı görüşü (Bknz: 5.3. prgrf) nedeniyle Başkanlığın taşra teşkilatında her iki görüşe göre de işlem tesis edilmesi nedeniyle farklı uygulamaların ortaya çıktığı, bu tereddüdü gidermek ve uygulama birliğini sağlamaya yönelik olarak Başkanlık ile Maliye Bakanlığı arasındaki görüşmelerin halen devam etmekte olduğu ve en kısa sürede konuya açıklık getirici yeni bir genel yazının yayımlanacağı,

5.6. Branş veya icap nöbeti tutan uzmanın tabip nöbeti süresince gerektiğinde, yoğun bakım, diyaliz ve acil servis, 112 acil sağlık hizmetleri vb. yerlerdeki hastaların değerlendirmesini yapabileceği belirtilmiştir.

C. Olaylar

6. Şikayet başvurusu tarafından şikayet başvurusuna eklenen belgeler ile ilgili idarelerle yapılan yazışmalar sonucunda elde edilen bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde;

6.1. Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Başkanlığı tarafından Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliklerine gönderilen yazı ile yoğun bakım, diyaliz, ameliyathane, acil servis ve 112 acil sağlık hizmetlerine özgü tutulan icap nöbetleri için de nöbet ücretinin %50 artırımlı ödenmesi gerektiğinin belirtildiği (Bknz: 5.5. prgrf),

6.2. Maliye Bakanlığı tarafından Sağlık Bakanlığına yazılan yazı ile yoğun bakım, diyaliz, ameliyathane, acil servis ve 112 acil sağlık hizmetlerinde tutulan nöbetler için öngörülen artırım hükmünün icap nöbeti tutanlara uygulanmasına imkan bulunmadığının değerlendirildiği (Bknz: 5.4. prgrf)

6.3. Başvurucunun/2015 ve/2015 tarihli dilekçeleri ile yapmış olduğu başvurulara ilgili idare tarafından herhangi bir cevabın verilmediği,

6.4. Bunun üzerine başvurusunun 07/01/2016 tarihinde Kurumumuza başvuruda bulunduğu anlaşılmıştır.

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

7. Şikayet konusuna ilişkin olarak idareden bilgi ve belgeler talep edilmiş, ilgili idarece kararın 4 ve 5 numaralı paragrafında açıklanan bilgi ve belgeler gönderilmiştir.

III. HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE

A. İlgili Mevzuat

8. Anayasamızın “Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” başlıklı 74 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında; “Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.” hükmüne, 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.” hükmüne,

9. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun “Kurumun görevi” başlıklı 5 inci maddesinin birinci fıkrasında; *“Kurum, idarenin işleyişi ile 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.”* hükmüne,

10. 25/06/2001 tarihli ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanununun “Toplu Sözleşmenin kapsamı” başlıklı 28 inci maddesinin birinci fıkrasında; *“Toplu sözleşme; kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarını düzenleyen mevcut mevzuat hükümleri dikkate alınarak kamu görevlilerine uygulanacak katsayı ve göstergeler, aylık ve ücretler, her türlü zam ve tazminatlar, ek ödeme, toplu sözleşme ikramiyesi, fazla çalışma ücreti, harcırah, ikramiye, doğum, ölüm ve aile yardımı ödenekleri, cenaze giderleri, yiyecek ve giyecek yardımları ve diğer mali ve sosyal hakları kapsar.”* hükmüne,

11. 14/07/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun Ek 33 üncü maddesinin birinci fıkrasında; *“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.**”* hükmüne, **üçüncü fıkrasında;** *“İcap nöbeti tutan ve bu nöbet karşılığında kurumunca izin kullanmasına müsaade edilmeyen memurlar ile sözleşmeli personele, izin suretiyle karşılanamayan her bir icap nöbeti saati için, icap nöbeti süresi kesintisiz 12 saatten az olmamak üzere, yukarıda nöbet ücreti için belirlenen ücretin yüzde 40’ı tutarında icap nöbet ücreti ödenir. Bu şekilde ücretlendirilebilecek toplam icap nöbeti süresi aylık 120 saati geçemez.”* hükmüne,

12. 14/08/2013 tarihli ve 28735 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve 01/01/2014 tarihi itibariyle yürürlüğe giren “Kamu Görevlilerinin Geneline ve Hizmet Kollarına Yönelik Mali ve Sosyal Haklara İlişkin 2014 ve 2015 Yıllarını Kapsayan 2. Dönem Toplu Sözleşme”nin “Hizmet Kollarına Yönelik Mali ve Sosyal Haklar” başlıklı üçüncü kısmının “Sağlık ve Sosyal Hizmet Koluna İlişkin Toplu Sözleşme” başlıklı üçüncü bölümünün “Nöbet ücreti” başlıklı 7 nci maddesinde, *“657 sayılı Kanunun ek 33 üncü maddesi uyarınca ödenen nöbet ücretleri dini bayram günleri için %20 artırımlı ödenir. Ayrıca yoğun bakım, diyaliz, ameliyathane, acil servis ve 112 acil sağlık hizmetlerinde tutulan nöbetler için ödenen nöbet ücretleri de %50 artırımlı ödenir.”* hükmüne,

13. 13/01/1983 tarihli ve 17927 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin “Nöbet Türleri” başlıklı 42 nci maddesinde; *“Nöbet hizmetleri evde nöbet, normal, acil, branş nöbeti olarak dört şekilde yürütülür. Acil ve branş nöbetlerinin hangi hallerde, tutulacağı hastanenin türüne, iş durumuna,*

personel mevcuduna, hizmetin gereklerine göre baştabib tarafından tesbit edilir. Eğitim Hastanelerinde de uzman ve uzmanlık eğitimi görenlerden kimlerin hangi nöbete gireceklerini ve ne nöbeti tutacaklarını da baştabib tesbit eder.

A) İcapçı nöbeti (Ev nöbeti): Uzman adedi nöbet tutacak miktarlardan az, fakat birden fazla olan kurumlarda uzmanlar sırayla ev nöbetini tutarlar. Bunun için aylık ev nöbet listeleri hazırlanır. Ev nöbetçisi mesai saatleri dışında kurumun idari ve tıbbi her türlü gereklerinden sorumludur. Ev nöbetçisi akşam vizitlerini yapmaya, mesai dışında bulunduğu yeri bildirmeye, kuruma her davette gelmeye mecburdur.(...)

D) Branş nöbeti: Birden fazla genel cerrahi, iç hastalıkları klinikleri ve kadın hastalıkları ve doğum kliniği bulunan yataklı tedavi kurumlarında uzman ve klinik adedi göz önüne alınarak acil hizmet için kliniklere bütün personeliyle birlikte branş nöbeti tutturulabilir.” hükmüne,

14. 03/12/2009 tarihli ve 46143 sayılı Bakanlık Onayı ile yürürlüğe konulan Sağlık Bakanlığı Yataklı Sağlık Tesisleri Rollerinin Yeniden Belirlenmesi ve Gruplandırılmasına İlişkin Kriterlerde; B Grubu Genel Hastaneler, “A-I ve A-II Grubu hastaneler dışında kalan, il merkezlerindeki genel hastaneler ile güçlendirilmiş ilçelerde faaliyet gösteren ve aşağıdaki kriterlere uygun olan genel hastaneler” olarak tanımlanmış ve söz konusu grupta yer alan hastaneler için “1. İl merkezinde veya güçlendirilmiş ilçe merkezi konumunda olan ilçelerde faaliyet göstermesi, 2. 24 saat esasına dayalı olarak dahili branş acil havuz nöbeti ve cerrahi branş acil havuz nöbeti tutulabilmesi, 3. Bünyesinde en az II. seviye acil servis ve II. basamak yoğun bakım ünitesi bulunması gerekir.” ifadelerine,

15. 16/10/2009 tarihli ve 27378 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Yataklı Sağlık Tesislerinde Acil Servis Hizmetlerinin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Tebliğin 12 nci maddesinde; “...(3) Acil servisin kurulu bulunduğu sağlık tesisinde aynı uzmanlık dalından 6 (altı) ve üzeri sayıda uzman tabibin görev yaptığı branşlarda 24 saat kesintisiz hizmet esasına dayalı olarak her bir uzmanlık dalı için müstakil acil branş nöbeti düzenlenir.

...(5) Branş nöbetlerinin acil servis bünyesinde tutulması esastır. Bu amaçla acil servis bünyesinde branş nöbeti ile yükümlendirilen her bir uzman tabip için ilgili branşın gerektirdiği şartları haiz uygun bir acil muayene odası ayrılır.

...(7) Uzman tabip sayısının yetersiz olması ve her bir branş için müstakil acil branş nöbeti düzenlenememesi hâlinde, sağlık tesisi bünyesindeki mevcut klinisyen uzman tabipler arasında dahili branş acil havuz nöbeti ve cerrahi branş acil havuz nöbeti düzenlenir. Dahili ve cerrahi branş acil havuz nöbeti düzenlenebilmesi için; tüm dahili ve cerrahi klinisyen branşların her ikisinde de toplam 6 (altı) ve üzeri sayıda uzman tabip bulunması gerekir.

...(9) Ana dal ve yan dal branşlarından uzman tabip mevcudu 1 (bir) olan branşlar acil branş nöbetlerine dahil edilmez. Bunlar için ihtiyaç hâlinde çağrı yöntemi ile sağlık tesisine davet edilmek üzere icap nöbeti tutturulur.

...(10) Müstakil acil branş nöbeti ile yükümlendirilen uzman tabipler ayrıca icap nöbetine dahil edilmez. Dahili ve cerrahi acil branş havuz nöbetine dahil edilen uzman tabiplere, ayrıca icap nöbeti tutturulur. Hangi branşlarda icap nöbeti düzenleneceğine, hizmetin gereği ve personel mevcudu çerçevesinde baştabib karar verir.” ifadelerine yer verilmiştir.

B. Şikayet Konusuna İlişkin Uygulamalar

16. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 7/12/2007 tarihli ve E:200/2, K:2007/1 sayılı kararı; "...Kadro ve bunun karşılığı ödenen parayı ifade eden aylığın ve bunun bir parçasını oluşturan ek göstergenin, başka bir anlatımla memurun parasal haklarını düzenleyen kuralların, yorum yoluyla kapsamlarının genişletilmesi veya boşluklarının doldurulması mümkün değildir..." şeklindedir.

17. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 22/05/2014 tarihli ve E:2011/793, K:2014/2221 sayılı kararı; "...Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmeliğin "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde, ek ödemenin yapılacağı kişilerin açıkça ve tahdidi olarak savılması ve parasal konuları düzenleyen kuralların yorum yolu ile kapsamının genişletilmesinin mümkün olmaması karşısında, açıktan vekil hemşire olarak görev yapan personelin bu hükümler uyarınca döner sermaye ek ödemesinden yararlandırılmasına hukuken olanak bulunmamaktadır." şeklindedir.

18. Antalya Bölge İdare Mahkemesinin 23/12/2015 tarihli ve E:2015/4435, K:2015/4471 sayılı kararı; "...sağlık memuru olarak görev yapmakta olan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ek 33. maddesinde yer alan "*Bu ücret (nöbet ücreti) yoğun bakım, acil servis ve 112 acil sağlık hizmetlerinde tutulan söz konusu nöbetler için yüzde elli oranında artırımlı ödenir...*" hükmü uyarınca, mesai saatleri dışında acil hasta kabul biriminde sayman mutemedi ve acil hasta kabul memuru olarak tuttuğu acil servis nöbetleri için nöbet ücretinin %50 oranında artırımlı ödenmesi isteminin (...) reddi üzerine, acil servise verilen hizmetine karşılık, eksik ödendiği öne sürülen nöbet ücretlerinin (...) yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Olayda davacının çalıştığı vezne/hasta kabul biriminin tüm hastaneye hizmet verdiği, acil için teşekkül ettirilmiş bir birim olmadığı gibi mesai dışı kabul edilmeyen normal nöbetin fiilen yerine getirildiği bu bağlamda davacının nöbet ücretinin %50 artırımlı öngörüldüğü sayma yoluyla belirlenen herhangi bir birimde çalışmadığı, %50 artırımlı nöbet ücretinden yararlandırılmasının mümkün olmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır." şeklindedir.

19. Sivas Bölge İdare Mahkemesinin 09/04/2015 tarihli ve E:2015/255, K:2015/242 sayılı kararı; "... röntgen teknisyeni olarak görev yapan davacının (...) acil röntgen servisinde tuttuğu nöbetlerin acil serviste tutulan nöbetler kapsamında kabul edilerek nöbet ücretinin yüzde elli artırımlı olarak ödenmesi istemiyle başvuruda bulunduğu, davalı idarenin anılan başvuruyu, personele ödenecek yüzde elli artırımlı nöbet ücretinin sadece yoğun bakım, acil servis ve 112 acil sağlık hizmetleri, diyaliz ve ameliyathane birimlerindeki görevli personel için uygulanacağı gerekçesiyle reddi üzerine bakılmakta olan davada (...) nöbet ücretinin % 50 artırımlı ödenmesi öngörülen birimlerin açıkça ve tahdidi olarak sayıldığı, davacının bu birimlerde görev yapmadığı, yorum yolu ile de parasal konuların kapsamı genişletilemeyeceğinden dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık görülmemiştir." şeklindedir.

C. Kamu Denetçisi Muhittin MIHÇAK'ın Kamu Başdenetçisine Önerisi

20. Kamu Denetçisi tarafından yapılan inceleme ve araştırma neticesinde; şikayet konusu talebin hukuka uygun olduğu değerlendirilerek **reddi**, ancak icap nöbeti tutan sağlık personelin %50

oranında artırımlı nöbet ücretinden faydalandırılması amacıyla ilgili **mevzuatta değişiklik yapılması** gerektiği yönündeki öneri Kamu Başdenetçisi'ne sunulmuştur.

D. Hukuka ve Hakkaniyete Uygunluk Yönünden Değerlendirme ve Gerekçe

21. Şikayet başvurusu 3 numaralı paragrafta açıklandığı üzere; görev yapmakta olduğu hastanede uzman sayısının yeterli olmasına karşın branş nöbetinin tutulmadığını ve icap nöbeti sırasında acil müdahale gerektiren durumların oluşmasına rağmen nöbet ücretinin % 50 zamlı ödenmediğini belirterek söz konusu uygulamaların düzeltilmesini talep etmektedir.

22. Şikayet konusu somut olayda; **Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Başkanlığının** yoğun bakım, diyaliz, ameliyathane, acil servis ve 112 acil sağlık hizmetlerine özgü olarak tutulan icap nöbetleri için de nöbet ücretinin %50 artırımlı ödenmesi gerektiği yönünde Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliklerine yazı gönderdiği, ancak **Maliye Bakanlığının** farklı görüşü (Bknz: 5.3. prgrf) nedeniyle Başkanlığın taşra teşkilatında her iki görüşe göre de işlem tesis edilmesi nedeniyle farklı uygulamaların ortaya çıktığı, **Devlet Hastanesinin** Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Başkanlığının yazısı doğrultusunda yalnızca yoğun bakım, diyaliz, ameliyathane, acil servis ve 112 acil sağlık hizmetlerine özgü tutulan icap nöbetleri için nöbet ücretinin %50 artırımlı ödenmesi şeklinde uygulama yürüttüğü, **başvurucunun** ise söz konusu hastanede branş nöbeti tutacak sayıda doktor bulunmasına rağmen branş nöbetinin değil icap nöbetinin tutulduğu ve yoğun bakım, diyaliz, ameliyathane, acil servis ve 112 acil sağlık hizmetleri haricinde tutulan icap nöbeti esnasında da acil müdahalelerin gerektiği durumların oluştuğu, buna rağmen nöbet ücretinin % 50 zamlı ödenmediği iddiasında olduğu anlaşılmıştır.

23. İdarenin işlem tesis ederken hukuka bağlı olması ve hukuk kuralları içinde hareket etmesi hukuk devletinin ilkelerinden biridir. Bu kapsamda, idari işlemin belli bir sebebe dayanması gerektiği açık bir kuraldır. İdarenin takdir yetkisinin söz konusu olması halinde dahi keyfi olarak hareket edebileceği anlamına gelmez. İdare takdir yetkisini kullanırken kendisine verilen yetkinin amacı doğrultusunda hareket etmeli, verdiği kararlar ve işlemlerde objektif, gerçekçi ve hukuken geçerli sebeplere ve somut delillere dayanmalı, bu yetkiyi kamu yararı için ve gerekçeli olarak kullanmalıdır.

24. Bilindiği üzere, Anayasanın 128 inci maddesi gereğince memurların mali ve sosyal haklarının toplu sözleşme ile düzenlenmesi ve bu sözleşme hükümlerinin kanun gibi bağlayıcı olması öngörülmüştür. (Bknz: 8. prgrf) Bu anlamda toplu sözleşme ile mevcut ekonomik ve sosyal haklarda değişiklikler veya iyileştirmeler yapılabilmeyle birlikte yeni haklar da sağlanabilmekte, yapılan bu düzenlemeler de taraflar açısından kanun gibi bağlayıcı nitelikte olmaktadır.

25. Bunun yanında, 4688 sayılı Kanununun 28 inci maddesinde yer verilen “...*kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarını düzenleyen mevcut mevzuat hükümleri dikkate alınarak...*” ifadesi gereğince toplu sözleşme ile mali ve sosyal hakların düzenlenmesinde “**kanunla belirlenen sınırlar içinde kalmak**” ve “**kanunda belirlenen kurallara bağlı olmak**” şartları ile sınırlama getirildiği görülmektedir. (Bknz: 10. prgrf)

26. Şikayet konusu olaya ilişkin 657 sayılı Kanunun Ek 33 üncü maddesinde **%50 artırımlı ödemenin yapılacağı hizmetlerin “yoğun bakım, acil servis ve 112 acil sağlık hizmetleri”**

olarak; nöbet türlerinin ise “normal, acil ve branş” nöbetleri olarak belirlendiği (Bknz: 11. prgrf), 2014 ve 2015 Yıllarını Kapsayan 2. Dönem Toplu Sözleşmesinde %50 artırımlı ödeminin yalnızca kapsamının “*diyaliz, ameliyathane*” ifadeleri eklenerek genişletildiği, her iki düzenlemede de **icap nöbeti için artırımlı ödeme yapılmasını gerektirecek bir hükme yer verilmediği** anlaşılmaktadır (Bknz:12. prgrf).

27. Yargı içtihatlarında ise kamu personelinin parasal haklarını düzenleyen kuralların, yorum yoluyla kapsamlarının genişletilmesinin veya boşluklarının doldurulmasının mümkün olmadığı (Bknz: 16. ve 17. prgrf) ve **nöbet ücretinin %50 artırımlı öngörüldüğü sayma yoluyla belirlenen herhangi bir birimde çalışmayanların %50 artırımlı nöbet ücretinden yararlandırılmasının mümkün olmadığı** belirtilmiştir (Bknz: 18. ve 19. prgrf).

28. Acil ve branş nöbetlerinin hangi hallerde tutulacağına hastanenin türüne, iş durumuna, personel mevcuduna, hizmetin gereklerine göre baştabib tarafından tesbit edileceği, uzman adedinin nöbet tutacak miktarlardan az, fakat birden fazla olan kurumlarda uzmanların sırayla ev nöbetini (icapçı nöbeti) tutacakları, acil servisin kurulu bulunduğu sağlık tesisinde aynı uzmanlık dalından 6 (altı) ve üzeri sayıda uzman tabibin görev yaptığı branşlarda 24 saat kesintisiz hizmet esasına dayalı olarak her bir uzmanlık dalı için müstakil acil branş nöbeti düzenleneceği, dahili ve cerrahi branş acil havuz nöbeti düzenlenebilmesi için; tüm dahili ve cerrahi klinisyen branşların her ikisinde de toplam 6 (altı) ve üzeri sayıda uzman tabip bulunması gerektiği, hangi branşlarda icap nöbeti düzenleneceğine, hizmetin gereği ve personel mevcudu çerçevesinde baştabibin karar vereceği ilgili mevzuatta düzenlenmiştir (Bknz: 13, 14. ve 15. prgrf)

29. Yukarıdan bu yana yapılan açıklamalar, anılan mevzuat hükümleri, idarenin cevabi yazıları, yargı kararları ve tüm dosya birlikte değerlendirildiğinde; nöbet ücretinin % 50 artırımlı ödenmesi öngörülen nöbet türlerinin ve birimlerin açıkça ve tahdidi olarak sayıldığı, icap nöbeti için % 50 artırımlı ödeme yapılmasını gerektirecek bir hükme yer verilmediği, parasal konuları düzenleyen kuralların yorum yolu ile kapsamının genişletilmesinin mümkün olmadığı, bu nedenle yoğun bakım, diyaliz, ameliyathane, acil servis ve 112 acil sağlık hizmetleri haricinde tutulan icap nöbeti esnasında da acil müdahalelerin gerektiği durumların oluşması nedeniyle icap nöbet ücretlerinin % 50 zamlı ödenmesi talebinin reddine ilişkin işlemde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı, söz konusu hastanenin B sınıfı bir hastane olduğu ve hiçbir branşta 6 aktif hekimin bulunmadığı, bu açıdan adı geçen hastanede branş nöbeti tutma zorunluluğunun bulunmadığı, branş ve icap nöbetlerinin belirlenmesine ilişkin baştabibin takdir yetkisinin bulunduğu ve hüküm altına alınan belirli kurallar çerçevesinde nöbet hizmetlerinin yürütüldüğü, nöbet hizmetlerinin hastanenin türü, iş durumu, personel mevcudu ve hizmet gerekleri çerçevesinde belirlendiği ve bu kriterleri karşılayacak somut bilgi ve belgelerin sunulduğu (Bknz: 4. prgrf), bu yönüyle adı geçen Hastanede icap nöbet türünün tercih edilmesine ilişkin **takdir yetkisinin kullanılmasında ilgili mevzuat, kamu yararı ve hizmet gerekleri açısından hukuka aykırı bir husus tespit edilemediği kanaat ve sonucuna varılmıştır.**

30. Her ne kadar kamu denetçisi ek ücret yönünden mevzuat değişikliği karar önerisinde bulunmuşsa da yukarıda açıklanan gerekçeler ve özellikle 29 uncu paragrafta açıklandığı üzere idarenin işleminde hukuka aykırılık tespit edilemediği, denetçinin de aynı görüşte olduğu, icap

nöbet ücretlerinin %50 zamlı ödenmemesi husunda idarenin takdir yetkisi olduğu anlaşılmış olup, bu yetkisini kamu yararı ve hizmeti gereklerine aykırı kullandığı tespit edilemediğinden denetçinin görüşüne iştirak edilememiştir.

E. İnsan Hakları Yönünden Değerlendirme

31. T.C. Anayasasının "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 inci 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 edilemediği sonuç ve kanaatine varılmıştır.

F. İyi Yönetişim İlkeleri Yönünden Değerlendirme

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

33. 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin "İyi Yönetim İlkeleri" başlıklı 6 ncı maddesinde; Kurumun, inceleme ve araştırma yaparken 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.

34. Söz konusu ilkeler yönünden yapılan değerlendirme neticesinde; şikayet başvurusu kapsamında Kurumumuzca istenilen bilgi ve belgelerin Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Başkanlığı ve Güney Bölgesi Türkiye Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği tarafından süresi içerisinde ve gerekçeli olarak Kurumumuza gönderildiği, bu yönüyle idarelerin “kanunlara uygunluk” **ilkesine uygun** hareket ettiği, ancak başvurucunun 06/08/2015 ve 25/12/2015 tarihli dilekçeleri ile Devlet Hastanesine yapmış olduğu başvurulara idare tarafından herhangi bir cevabın verilmeyerek zımnen reddedildiği, böylece idarenin “hesap verilebilirlik”, “makul sürede karar verme”, “kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi”, “kararların gerekçeli olması” ve “karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi” **ilkelerine uymadığı** anlaşılmış olup, idarenin bundan böyle bu ilkelere uyması beklenmektedir.

IV. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN YASAL MEVZUAT

A. Dava Açma Süresinin Yeniden Başlaması

35. 14/06/2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 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

36. Anayasamızın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması” başlıklı 40 ıncı 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 Kanunu’nun 20 nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, ilgili idarenin işlemine karşı 60 günlük dava açma süresinden arta kalan süre içinde İdare Mahkemesi’ne yargı yolu açıktır.

V. KARAR

Yukarıda açıklanan gerekçeler ve dosya kapsamına göre; **ŞİKAYETİN REDDİNE,**

Kararın şikayet başvurusuna, Devlet Hastanesine, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Başkanlığına tebliğine,

Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisi'nce **karar verildi.**

M.Nihat ÖMEROĞLU
Kamu Başdenetçisi