**T.C.**

**D A N I Ş T A Y**

 **Onikinci Daire**

Esas No: 2016/5586

Karar No: 2017/5222

**Anahtar Kelimeler:** -Sendikal Faaliyet,

-Aile Hekimi,

-Nöbet Görevi

**Özeti:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca kamu görevlilerinin ortak, ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi amacıyla kurulan sendikaların, bu amaç doğrultusunda sendikal eylem kararı alabilecekleri kabul edilmekte ise de; Devlete yüklenen sağlık hakkının korunması amacıyla yürürlüğe konulan ve Anayasa Mahkemesince de hukuka uygun bulunan bir kanun hükmünün uygulanması niteliğindeki nöbet görevinin yerine getirilmesi gerektiği; ölçülülük ilkesine aykırı bir şekilde kullanılan sendikal faaliyetlerden dolayı nöbet görevine gelmeyen davacıya verilen ihtar cezasında hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

**Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı):** Gaziantep Valiliği

**Vekili:** Av. …

**Karşı Taraf (Davacı):** …

**İsteğin Özeti:** Gaziantep 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 31/03/2016 günlü, E:2015/665, K:2016/342 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

**Cevabın Özeti:** Cevap verilmemiştir.

**Danıştay Tetkik Hakimi:** Aynur Üstünsoy Kaya

**Düşüncesi:** Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesi'nce; Danıştay Beşinci Dairesi tarafından, Danıştay Başkanlık Kurulunun 01/08/2016 günlü, K.2016/32 sayılı kararının "Ortak Hükümler" kısmının 1. Fıkrası uyarınca, ayrıca bir gönderme kararı verilmeksizin Dairemize iletilen dosyada için gereği düşünüldü:

Dava; Gaziantep ili, Bağlarbaşı Aile Sağlığı Merkezinde aile hekimi olarak görev yapmakta olan davacıya, 03/01/2015 tarihinde nöbet görevine gitmediğinden bahisle, Aile Hekimliği Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ile Sözleşme Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmeliğin Ek:2 bölümünde yer alan Aile Hekimliği İhtar Puanı Cetveline göre "Mevzuatla verilen diğer görevleri yapmamak" maddesi gereğince 5 (beş) İhtar Puanı verilmesine ilişkin 28/04/2015 günlü, 5338 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Gaziantep 1. İdare Mahkemesi'nin 31/03/2016 günlü, E:2015/665, K:2016/342 sayılı kararıyla; davacının iş bırakma kararı alınmak suretiyle yasal dayanağı bulunan bir sağlık uygulamasının fiilen gerçekleştirilmesini önleyecek bir hareket tarzı içerisinde bulunulduğu görülmekte ise de, uyuşmazlık konusu nöbetin davacının ilk nöbet görevi olduğu dikkate alındığında, sendika tarafından sürekli olarak aynı doğrultuda karar alınması nedeniyle ortaya çıkan sonuçtan davacının sorumlu tutulmasının hakkaniyete uygun olmayacağı sonucuna varıldığından bahse konu husus bakılmakta olan davada hükme esas alınabilecek nitelikte görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline hükmedilmiştir.

Davalı idare; dava konusu işlemin hukuka uygun olduğunu ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Anayasanın "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlıklı 56. maddesinde; *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir... Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler... Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir..."* kuralı getirilmiştir.

5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinde, *"...Aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına 657 sayılı Kanunun ek 33 üncü maddesinde belirtilen yerlerde haftalık çalışma süresi ve mesai saatleri dışında ayda asgari sekiz saat; ihtiyaç halinde ise bu sürenin üzerinde nöbet görevi verilir. Bunlara entegre sağlık hizmeti sunulan merkezlerde artırımlı ücretten yararlananlar hariç olmak üzere, 657 sayılı Kanunun ek 33 üncü maddesi çerçevesinde nöbet ücreti ödenir... "*, 5. maddesinde; *"Aile hekimliği hizmetleri ücretsizdir; acil haller hariç, haftada kırk saatten az olmamak kaydı ile Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde ilgili aile hekiminin talebi ve o yerin sağlık idaresince onaylanan çalışma saatleri içinde yerine getirilir. Türkiye Halk Sağlığı Kurumunca belirlenen aile sağlığı merkezlerinde çalışma saatleri dışında, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları ile gerektiğinde Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları personeline nöbet görevi verilebilir."* hükmü yer almaktadır.

Aile Hekimliği Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ile Sözleşme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin "Sözleşmenin ihtaren sona erdirilmesi" başlıklı ve 10/09/2011 günlü, 28050 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelikle değişik 14. maddesinde; *"(1) Ek (2)‟de yer alan fiilleri işleyen sözleşmeyle çalıştırılan aile hekimlerine ve ilgili durumlarda aile sağlığı elemanlarına, tespitin mülkî idare amirleri ve il sağlık müdürleri veya bunların görevlendireceği personelce yapılması hâlinde vali yardımcısı tarafından, tespitin Bakanlık tarafından yapılması hâlinde Bakanlıkça, fiillerine karşılık gelen ihtar puanları uygulanmak suretiyle doğrudan yazılı ihtar yapılır. Bakanlıkça yapılan ihtarlar, işlem yapılmak üzere ilgili valiliğe bildirilir.*

*(2) İlgili aile hekimi ve aile sağlığı elemanı, vali yardımcısının verdiği ihtara karşı, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde valiye, Bakanlığın verdiği ihtarlara karşı ise müsteşara itirazda bulunabilir. İtiraz mercileri otuz gün içinde itirazı inceleyerek karara bağlar ve kararı ilgilisine yazılı olarak bildirir. ..."* hükümleri düzenlemiş, aynı Yönetmeliğin "Aile Hekimliği Uygulamasında Uygulanacak İhtar Puanı Cetveli" başlıklı Ek 2 Listesinde ise "Mevzuatla verilen diğer görevleri yapmamak" fiilinin 5 ihtar puanı cezasını gerektirdiği hüküm altına alınmıştır.

Öte yandan, Anayasanın "Sendika kurma hakkı" başlıklı 51. maddesinde; *"Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir... Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir..."* hükmüne yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü” başlıklı 11. maddesinde; *“1) Herkes asayişi bozmayan toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahiptir. 2) Bu hakların kullanılması, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve ancak yasayla sınırlanabilir. Bu madde, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında meşru sınırlamalar konmasına engel değildir.”* hükmü bulunmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; aile hekimi olarak görev yapan davacının, Yönetmeliğin 14. maddesi uyarınca (EK-2)'de yer alan "Mevzuatla verilen diğer görevleri yapmamak" fiilinden dolayı (5) ihtar puanı cezası verilmesine ilişkin dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır.

Sendika hakkı, sınırlanabilir bir hak olup, Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci ve izleyen fıkralarında sendika hakkına yönelik sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Ancak, bu özgürlüklere yönelik sınırlamaların da bir sınırının olması gerektiği açık olup, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa'nın 13. maddesinin güvencesinde olan demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleriyle bağdaşıp bağdamadığı konusunda bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince (AİHM); Karaçay/Türkiye davasında (27 Mart 2007 tarihli, Başvuru No:6615/03), Bayındırlık ve İskan Bakanlığında elektrik mühendisi olan davacının, üyesi bulunduğu sendika tarafından memur maaşlarına yapılan düşük zammı protesto etmek ve kamuoyu oluşturmak maksadıyla 05/09/2002 tarihinde İstanbul’da yapılan eyleme katıldığından bahisle uyarma cezasıyla cezalandırılmasının ve verilen uyarma cezasının “demokratik toplumda gerekli olmadığı” ve bu ceza nedeniyle AİHS’nin 11. maddesinin ihlal edildiği yönündeki kararı ile yine Anayasa Mahkemesi'nin 10/06/2015 tarihli, Başvuru No:2014/7668 sayılı kararıyla da; Milli Eğitim Bakanlığı bünyesinde öğretmen olarak görev yapan davacının, üyesi olduğu sendika tarafından alınan, İlköğretim ve Eğitim Kanunu tasarısının TBMM Genel Kurul'una sevkedilmesi nedeniyle ülke genelinde iki gün süreli iş bırakma kararı uyarınca göreve gitmemesi nedeniyle kınama cezası ile tecziyesinin “demokratik toplumda gerekli olmadığına" ve Anayasanın 51. maddesinin ihlal edildiğine hükmedildiği görülmekle birlikte, Anayasamızda güvence altına alınan **sağlık hakkı**, kişilerin sağlığa zararlı sosyal ya da geleneksel uygulamalara zorlanmalarını engelleme, sağlık hizmetlerine eşit erişimi engelleyici, ayrımcı fiillerle mücadele etme, tıbbi personelin gerekli eğitim, tecrübe ve etik davranışlara sahip olmasını sağlama ya da kişilerin sağlık hizmeti sunucularına erişimini engelleyici ve kısıtlayıcı sonuçlar ortaya çıkaran engelleri kaldırma, sağlık hizmeti alıcılarına etkin, verimli ve hızlı bir şekilde bu hizmetin sunumunda Devlete bir takım yükümlülükler yüklemektedir.

Temel haklar arasında yer alan sağlık hakkının korunması, iyileştirilmesi ve etkin hale getirilmesinde Devlet'e yüklenen yükümlülüklerin doğal sonucu olarak, bu alanda Devlet'e bir takım düzenleme ve sınırlamalar getirmesi konusunda yetkiler tanınması gerektiği açıktır.

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 1. maddesinde, *"Bu Kanunun amacı, kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi için oluşturdukları sendika ve konfederasyonların kuruluşu, organları, yetkileri ve faaliyetleri ile sendika ve konfederasyonlarda görev alacak kamu görevlilerinin hak ve sorumluluklarını belirlemek ve toplu sözleşme yapılmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir."* hükmü yer almış, 3/f maddesinde, sendikanın, kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşları ifade edeceği belirtilmiştir.

Davacının üyesi bulunduğu sendika tarafından eylem kararı alınmasındaki amaç; aile hekimleri ve aile sağlığı çalışanlarına, istekleri dışında uygulanan nöbet uygulamasını sona erdirmek olup, nöbet uygulamasının yasal dayanağını Aile Hekimliği Kanununun 3. maddesi oluşturmaktadır. Anılan Kanun maddesinin iptali istemiyle açılan davalarda Anayasa Mahkemesince verilen, 03/10/2013 günlü, K:2013/105 sayılı ve 05/03/2015 günlü, K:2015/20 sayılı kararlar ile; *"Devlet, Anayasa'nın 17. maddesinde kişilere tanınmış olan yaşam hakkını güvence altına almakla yükümlüdür. Aynı maddede 'Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.' denilmektedir. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklarındandır. Tüm bu haklara karşı olan her türlü engelin ortadan kaldırılması da Devlete ödev olarak verilmiştir. Belirtilen kurallar bir bütün olarak değerlendirildiğinde insanın sağlıklı yaşam hakkının olmasının, sağlık hizmetlerinden yeterince yararlanmasına bağlı olduğu görülmektedir. Anayasa, sosyal hukuk devleti olmanın gereği olarak Devlete sağlık hizmetlerinin sunumunda pozitif yükümlülük vermiş, Devleti bu haklardan yararlanmayı artıracak önlemleri almakla mükellef kılmıştır. Bu nedenle Anayasa'nın 56. maddesinde öngörülen sağlık hakkından yararlanma konusunda en geniş ölçekli uygulamaların gerçekleştirilmesi gerekir. Sağlık hizmeti sunumunun diğer hizmetlerden farklı olduğu açıktır. İnsanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan hekimin ve ona yardımcı olan sağlık personelinin statüsünün de bu çerçevede değerlendirilerek diğer kamu görevlileri ile belirtilen yönden farklılıklarının gözetilmesi gerekir. Bu farklılıkların bir sonucu da hizmetin sunumu yöntemlerindedir. Nitekim sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı ve yaşamı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. Bu durum Devletin sağlık alanında farklı uygulamalar yapma zorunluluğunu doğurmaktadır. Dava konusu kuralın kamu yararını amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu amaçla doğrudan ve dolaylı şekilde öngörülen nöbet uygulaması Devletin pozitif yükümlülüğü gereği almak zorunda olduğu tedbirlerden biridir. Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşıp bu hizmetlerden yeterli ölçüde yararlanabilmeleridir. Devlet için bir ödev, kişiler için bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasının ya da bu haktan yararlanmayı kolaylaştırıcı düzenlemeler yapılmasının Anayasa'nın 2., 17. ve 56. maddelerini ihlal etmeyeceği açıktır."* gerekçeleriyle Aile Hekimliği Kanunu ile getirilen nöbet uygulamasının Anayasaya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

Bu durumda, sendikalar tarafından, Anayasa Mahkemesince hukuka uygun bulunan bir yasa hükmünün uygulanması niteliğindeki nöbet görevlerinin sona erdirilmesi amacıyla iş bırakma kararları alındığı, bu sendikalara üye olan veya olmayan aile hekimlerince de bu eylemlere destek verilerek nöbet görevine gidilmediği, dolayısıyla, Devlet tarafından, cumartesi günleri vatandaşa sunulması planlanan aile hekimliği hizmetinin sunulamadığı anlaşılmaktadır.

Her ne kadar, yukarıda yer verilen ulusal ve uluslararası mevzuat ile AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca; kamu görevlilerinin ortak, ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi amacıyla kurulan sendikaların bu amaç doğrultusunda sendikal eylem kararı alabilecekleri kabul edilmekte ise de; Devlete yüklenen sağlık hakkının korunması amacıyla, sağlık personeline nöbet görevi getirilmesine ilişkin düzenlemenin, bireyin sağlık hakkını koruyucu, iyileştirici ve sağlık sunucularından etkili bir şekilde yararlanmasını sağlayıcı nitelikte olduğu ve temel haklar arasında yer alan sağlık hakkının korunmasındaki kamusal yarar dikkate alındığında, vatandaşlara etkin, verimli ve hızlı bir hizmet sunumu ile yükümlü olan davacının, iş bırakma eyleminin sağlık hizmetini sekteye uğratacağı ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Buna göre, ölçülülük ilkesine aykırı bir şekilde kullanılan sendikal faaliyetlerden dolayı nöbet görevine gelmeyen davacıya verilen ihtar cezasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık, aksi yönde verilen İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Gaziantep 1. İdare Mahkemesince verilen 31/03/2016 günlü, E:2015/665, K:2016/342 sayılı kararın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun temyize konu kararın verildiği tarih itibarıyla yürürlükte olan haliyle 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, tebliğ tarihini izleyen (15) onbeş gün içinde Danıştay'da karar düzeltme yolu açık olmak üzere, *20/06/2017* tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

*Danıştay Dergisi Yıl: 2017 Sayı: 146 Sayfa: 16-21*