T.C.
UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ

ESAS NO : 2018 / 754
KARAR NO : 2018 / 809
KARAR TR : 24.12.2018

ÖZET : Sağlık Bakanlığı ile imzalanan Aile Sağlığı Elemanı Hizmet Sözleşmesi uyarınca Aile Sağlığı Merkezi Aile Hekimliği'nde Aile Sağlığı Elemanı-ATT Tıp Teknisyeni olarak görev yapan olarak görev yapan davacının üyesi olduğu Sendika ile Davalı Bakanlığın üyesi bulunduğu Sendika arasında imzalanan Toplu İş Sözleşmesi kapsamında ödenmesi gereken alacağın tazmini istemiyle açılan davanın ADLİ YARGI YERİNDE görülmesi gerektiği hk.

K A R A R

Davacı : İ.C.'yi Temsilen T. Sağlık İşçileri Sendikası
Vekilleri : Av.K.A., Av. Ç.K.
Davalı : Sağlık Bakanlığı
Vekilleri : Av.N.H.T., Av. Ö.C.

O L A Y : 1-Davacı vekili dilekçesinde; müvekkilinin T.Sağlık İşçileri Sendikasının üyesi olduğunu, davalı Bakanlığa ait Diyarbakır İl Sağlık Müdürlüğü Lice 1 Nolu Aile Sağlığı Merkezi Aile Hekimliği'nde Aile Sağlığı Elemanı-ATT Tıp Teknisyeni olarak 01.08.2011 tarihinden beri çalıştığını; müvekkilinin üyesi olduğu T.Sağlık İşçileri Sendikası ile, davalı Bakanlığın üyesi olduğu TÜHİS arasında 01.01.2011 - 31.12.2012 tarihleri arası yürürlük süreli toplu iş sözleşmesi imzalandığını; bu toplu iş sözleşmesinin 15. maddesinin yol parasını, 16.maddesinin ilave tediye ve ikramiyeyi ve ödenme zamanını, 17.maddesinin ücret zammını, 18.maddesinin sosyal yardımı, 45.maddesinin çalışma sürelerini, 46.maddesinin fazla çalışma ve ücreti ile genel tatil çalışması ve ücretini ve ödenme zamanını, 48.maddesinin vardiyalı çalışmayı, 49.maddesinin gece dönemini ve ücretini, 54.maddesinin ücretin ödenme zamanını, 55.maddesinin hizmet zammını, 58. maddesinin giyim yardımını, 59. maddesinin yemek ve konut yardımını, 70.maddesinin nöbet ve icapçılığı düzenlediğini; davacının 15.09.2011 tarihinde sendikaya üye olduğunu, başvurusunun Sendika Yönetim Kurulu tarafından 22.09.2011 tarih ve 606 sayılı karar ile kabul edildiğini; davacının bu üyeliğinin bildirimi ve toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması için davalı Sağlık Bakanlığı'na 27.09.2011 tarih ve 1968 sayılı yazı ile yazı yazıldığını, yine 27.09.2011 tarih ve 1973 sayılı davacının üyeliği ve yararlandırma yazısının, davacının fiilen çalıştığı Diyarbakır İl Sağlık Müdürlüğü Aile Sağlığı Merkezine bildirildiğini, yazıların tebliğ edildiğini; bu yazılara rağmen üyeleri olan davacıya bu toplu iş sözleşmesinin uygulanmadığını ve sosyal yardım alacağının da ödenmediğini; davacının 4857 sayılı Kanuna göre işçi olarak iş sözleşmesi ile çalıştığını; her ne kadar iş sözleşmesinde aile sağlığı elemanı olarak yazılmış olsa da, taraflar arasında imzalanan sözleşme, yapılacak işin mahiyeti, taraflarca belirlenmesi, ücretinin belli olması, karşılıklı olarak sözleşme imzalanması vs. hallerinin davacının işçi olduğunu ve sendikaya üye olarak toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceğini gösterdiğini; aynı konuda daha önce Ankara 5. İş Mahkemesinin 2001/75 E 2001/77 K ve 28.02.2001 tarihli kararının temyiz edilmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2001/9-385 E, 2001/403 K., 25.04.2001 tarihli kararının bulunduğunu; yerel mahkeme kararında, davacı ile aynı şekilde çalışan işçinin sendikaya üye olabileceği ve sözleşmeden yararlanabileceğine karar verildiğini, bu kararın Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından aksi görüş ile bozulduğunu, bozma kararına karşı yerel mahkemenin direndiğini ve dosyanın HGK'na geldiğini ve yerel mahkemenin direnme kararının doğru olduğuna karar verildiğini; YHG Kurulunun 2001/9-385 E 2001/403 K 25.04,2001 tarihli kararında, "Bu kişilerin 657 sayılı Yasanın 4.maddesinin (D) bendinde; (A), (B), (C) fıkralarında belirtilenler dışında kalan kişilerin işçi olduklarının öngörüldüğünü, bu kişilerin 657 sayılı Yasanın 4.maddesinin (A), (B), (C) fıkralarında tarifleri yapılan personel tanımları içinde yer alamayacaklarından yaptıkları kamu hizmetini işçi olarak yürüttüklerinin kabulünün gerektiği, sözleşmenin başlangıcında hizmet sözleşmesi olduğunun yazıldığını, bu kişilerin çalıştırılmasında zorunlu ve istisnai durumun mevcut olması gerektiğini, Devlet Personel Başkanlığının ve Maliye Bakanlığının görüşü ile Bakanlar Kurulu kararı olması gerektiğini, ayrıca özel koşullara bağlı olarak yapılması gereken idari sözleşmenin bu koşulları taşımaması halinde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiğini, sözleşmede tarafların yapılacak iş ve verilecek ücret konusunda anlaştıklarını, bir hizmet sözleşmesine dayanarak her hangi bir işte çalışanlara işçi denildiğine göre taraflar arasındaki hukuki ilişkinin de işçi-işveren ilişkisi olarak kabulünün gerektiği, idarenin bu ilişkiyi tek taraflı olarak ortadan kaldıramayacağını, bu şekilde çalışan kişilerin hizmet akdiyle çalıştıkları belirlendiğine ve hizmet akdiyle çalışan kişiler de işçi sıfatını taşıdıklarından, 2821 sayılı Sendikalar Yasası çerçevesinde sendikaya üye olma halleri bulunduğundan, üye oldukları sendikanın işveren kuruluştan sendika aidatı talep etme hakkının bulunduğunun" belirtildiğini; bu HGK kararına göre davacı ile aynı durumda çalışan işçiler adına açılan toplu iş sözleşmesinden kaynaklı davaların tamamının lehte sonuçlandığını ve verilen kararların tamamının da Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından onandığını ve kesinleştiğini; davacı ile aynı zamanda işe giren ve sendikalarına üye olan kişiler adına iş mahkemelerinde açtıkları davalarda, davacıların işçi olduğu ve sendikaya üye olabilecekleri ve TİS'den yararlanabileceklerine karar verildiğini ifade ederek; fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı

ile, a) 500,00-TL TİS ücret zammı farkı alacağının TİS 54.maddeye göre, b) 500,00-TL ikramiye alacağının TİS 16.maddeye göre, c) 100,00-TL ilave tediye alacağının TİS 16.maddeye göre, d) 150,00-TL yol parasının TİS 54.maddeye göre, e) 300,00-TL sosyal yardım alacağının TİS 54.maddeye göre, f) 300,00-TL Hizmet zammı alacağının TİS 54.maddeye göre, g) 50,00-TL Giyim yardımı alacağının TİS 58.maddeye göre, h) 50,00-TL Konut yardımı alacağının TİS 54.maddeye göre, ı) 50,00-TL Yemek yardımı alacağının TİS 54.maddeye göre, ödenmesi gereken tarihlerden itibaren bankalarca işletme kredilerine uygulanan en yüksek banka işletme kredisi faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesi istemiyle 3.12.2012 tarihinde adli yargı yerinde dava açmıştır.

2-Davalı idare vekili cevap dilekçesinde görev itirazında bulunmuş; Ankara 2.İş Mahkemesi, 20.3.2013 tarihli 1.celsede, E:2012/1354 sayı ile görev itirazının reddine karar vermiş; davalı idarece, olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılması istemiyle Danıştay Başsavcılığına gönderilmek üzere dilekçe verilmiş; (dava dosyasında bulunmamakta ise de,) haricen yapılan araştırmada; Danıştay Başsavcısınca, 29.11.2013 tarihinde, davanın görüm ve çözümünün Adli Yargının görevinde bulunduğu sonucuna varıldığından bahisle, davalı idarenin olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılması isteminin reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

3-Davacı vekili, 31.12.2013 havale tarihli dilekçe ile, dava dilekçesindeki miktarların ıslahını talep etmiştir.

4-Ankara 2.İş Mahkemesi, 28.5.2015 gün ve E:2012/1354, K:2015/550 sayı ile uyuşmazlığın esasını inceleyerek davanın kısmen kabul, kısmen reddine karar vermiş, bu karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

5- Yargıtay 22.Hukuk Dairesi;4.12.2017 gün ve E:2015/21672, K:2017/27748 sayı ile "(…) Uyuşmazlık; çalışma ilişkisinin niteliğinin, buna dayalı olarak da anılan davada iş mahkemesi yönünden yargı yolunun caiz olup olmadığının belirlenmesi noktasında toplanmaktadır.

Anayasanın 128. maddesinde Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtilmiştir. Maddede sözü edilen 'diğer kamu görevlileri' kavramı memurlar ve işçiler dışında, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde, kamu hukuku ilişkisiyle çalışanları kapsamaktadır. Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde memur ve/veya diğer kamu görevlilerinden hangisinin çalıştırılacağına ilişkin tercih kanun koyucunun takdir alanı içindedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca, kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür.

Sözleşmeli personel, 657 sayılı Kanunda sayılan dört istihdam türünden biri olarak, memurluk sistemine, kamu hizmetinin insan unsurunun memurlardan oluşturulması ilkesine getirilmiş bir istisna olup, bu kapsamda çalıştırılanlar, kamu hizmetine sözleşme ilişkisiyle bağlanmışlardır. Ancak, sözleşme ilişkisini belirleyen temel ilke olan "irade serbestisi" sözleşmeli personel istihdamında geçerli değildir. İdarenin kanuniliği ilkesi gereği, yapılacak sözleşmelerin içeriği ve sözleşme yapılma yöntemi mevzuatta yer verilen düzenlemelerle belirlenmekte, tarafların iradesi belirleyici olmamaktadır. Yapılan sözleşmeler, iş hukukundaki "iş sözleşmelerinden farklı olarak "idari hizmet sözleşmeleri" niteliğinde bulunmaktadır.

Kamuda sözleşmeli personel çalıştırılması ile ilgili bir çok düzenleme yapılmıştır. Bunlar; 657 sayılı Kanun'un 4/B maddesine göre istihdam edilen sözleşmeli personel, 399 sayılı KHK'ye göre istihdam edilen sözleşmeli personel, Sağlık Bakanlığında 4924 sayılı Kanun çerçevesinde istihdam edilen sözleşmeli sağlık personeli, 5393 sayılı Belediye Kanununa göre istihdam edilen sözleşmeli personel, 375 sayılı KHK'ya göre istihdam edilen sözleşmeli bilişim personeli, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ek geçici 16. maddesine göre istihdam edilen sözleşmeli personel, Teşkilat Kanunlarına ve diğer kanunlara göre istihdam edilen sözleşmeli personel (Kadro karşılığı sözleşmeli personel, düzenleyici ve denetleyici kuramlarda istihdam edilen sözleşmeli personel, diğer teşkilat kanunları çerçevesinde istihdam edilen sözleşmeli personel) ilişkin düzenlemelerdir.

Bir diğer istihdam şekli olan "işçi" ise, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde tanımlanmıştır. Anılan maddeye göre; "işçi" bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi olarak ifade edilmektedir. İşçi sıfatının kazanılması iş sözleşmesinin varlığına dayandığından, her şeyden önce ortada tarafların serbest iradeleriyle kabul edilmiş bir sözleşme ilişkisinin bulunması zorunludur. İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş sözleşmesinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm görevi 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca iş mahkemelerine verilmiştir.

"Sözleşmeli personel" atamayla değil, işçiler gibi sözleşme ile çalıştırılmaktadır. Bağlı bulundukları sözleşme, iş hukukunda geçerli irade serbestisine dayanan iş sözleşmesinden farklı olarak, idari hizmet sözleşmesi niteliği taşımaktadır.

Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, idare ile imzalanması, konusunun kamu hizmetine ilişkin olması, özel hukuku aşan koşulları içermesi, belirli bir süreyi kapsaması gerekir.

Bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığının belirlenebilmesi için sözleşme taraflarından birisinin idare olması ve sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması koşulları her zaman yeterli olmayabilir. Bu takdirde idare ile karşı taraf arasında akdedilen sözleşmenin tüm hükümlerinin incelenerek, tarafların, idareye kamu gücünden doğan üstün yetkiler tanımak suretiyle sözleşmeye idari sözleşme niteliği vermek amacında olup olmadıklarının araştırılması gerekmektedir. Özel hukuk sözleşmelerinde söz konusu olmayan bazı üstün yetkilerin tanınması, idari sözleşmelerin en belirgin özelliğidir.

Bu hükümler, özel hukuku aşan şartlar olarak nitelendirilir. Bu durum idarenin kamusal yetkisini kullanarak yaptığı sözleşmede, idareye üstünlük ve otorite tanınması şeklinde kendini gösterir. İdareye üstünlük ve otorite tanınması ona, gözetim ve denetim yapma, emir verme ve ceza uygulama, sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme ve fesih etme, resen hareket etme gibi hak ve yetkilerin verilmesi yolundaki sözleşme hükümleri ile belli olur.

Özel sözleşmelerde taraflar, kanunların öngördüğü sınırlar içinde, sözleşmenin konusunu, amacını, biçimini, bağlantı kuracakları kişileri serbestçe seçebilirler. Buna karşılık, idari sözleşmelerde, çerçevesini oluşturan kanuni mevzuat tarafların hareket serbestisini kısıtlamaktadır.

Bu sebepledir ki; özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargıda, idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar ise idari yargıda giderilmektedir. (Ş. Gözübüyük Yönetim Hukuku Ankara 1983 sahife 198-199)

5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun "Personelin Statüsü ve mali haklar" başlığını taşıyan 3. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında Sağlık Bakanlığının, aile hekimliği hizmetlerini yürütmek için kimleri sözleşmeli olarak çalıştırabileceği ya da kimleri görevlendirebileceği açıklanmıştır. Üçüncü fıkrasında, Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşlarında kadroya bağlı olarak uzman tabip, tabip, ebe, hemşire ve sağlık memuru olarak çalışmakta iken, sözleşmeli aile hekimi veya aile sağlığı elemanı olarak çalışmaya başlayanların, kurumlarında aylıksız veya ücretsiz izinli sayılacakları ve bunların kadroları ile ilişkilerinin devam edeceği, bu personel talep ederse eski görevine atanacağı ve sözleşmeli statüde geçen sürelerinin kazanılmış hak derece ve kademelerinde veya kıdemlerinde değerlendirileceği, yine Bakanlık veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarında sözleşmeli olarak çalışmakta iken, sözleşmeli aile hekimi veya aile sağlığı elemanı statüsüne geçenler de eğer önceki sözleşmeli personel statüsüne dönmek isterlerse, eski kuramlarındaki boş pozisyonlara öncelikle atanacakları ve bu Kanun kapsamındaki çalışmalarının hizmet sürelerinde dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Aile hekimliği hizmetinin esasları Kanun'un 5. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde, kişilerin aile hekimine kaydının yapılacağı, her bir aile hekimi için kayıtlı kişi sayısının, asgari 1000, azami 4000 olacağı, aile hekimliği hizmetlerinin ücretsiz sunulacağı, acil haller hariç, haftada kırk saatten az olmamak kaydıyla ilgili aile hekiminin talebi ve o yerin sağlık idaresince onaylanan çalışma saatleri içinde bu hizmetlerin yerine getirileceği, acil haller ve mücbir sebepler dışında, kişi hangi sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olursa olsun, aile hekiminin sevki olmaksızın sağlık kurum ve kuruluşlarına başvuranlardan katkı payı alınacağı, bu katkı payı tutarının, Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlıklarınca müştereken belirleneceği, diğer kanunların aile hekimliği hizmetleri kapsamındaki hizmetlerin sunumu ile sevk ve müracaata ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı, aile hekimlerinin şahsi kayıtlarının ilgili il ve ilçe sağlık idare birimlerinde tutulacağı, aile hekimlerinin kullandığı kayıtların, kişilerin sağlık dosyaları ile raporların, sevk belgesi ve reçete gibi belgelerin, resmi kayıt ve evrak niteliğinde olduğu ve bunların hekimin ayrılması veya kişinin hekim değiştirmesi halinde eksiksiz olarak devredileceği, ilgili mevzuatta birinci basamak sağlık kuruluşları ile resmi tabiplerce düzenlenmesi öngörülen her türlü rapor, sevk evrakı, reçete ve sair belgelerin, aile hekimleri tarafından düzenleneceği hususları vurgulanmıştır.

Kanun'un, 8. maddesinin birinci fıkrasında, hangi hususların Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği sayılmış ve maddenin ikinci fıkrasında da, aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarıyla yapılacak sözleşmede yer alacak hususların ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartlarının, sözleşmenin feshini gerektiren sebeplerin, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak, Sağlık Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun üçüncü maddesinin ikinci fıkrasının, ikinci tümcesinin bir kısmı ile son tümcesinin, beşinci maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü tümcesinin ve sekizinci maddesinin ikinci fıkrasının bir kısmının iptali istemiyle açılan davada (Anayasa Mahkemesinin 21.02.2008 gün ve 2005/10 esas 2008/63 sayılı kararı), Yüksek Mahkemece iptali istenen düzenlerden, Kanun'un 3. maddesinin son fıkrasının ikinci tümcesi dışındaki iptal istemlerin Anayasaya aykırılık oluşturmadığına hükmetmiştir.

Yüksek Mahkemece, Kanunun üçüncü maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesinin iptali isteminin reddine dair verilen kararın gerekçesinde özetle; dava konusu tümceyle, Sağlık Bakanlığı tarafından, bu Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli arasından, sözleşmeli olarak çalıştırılan ya da görevlendirilenler dışında, ihtiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanlarının, Sağlık Bakanlığının önerisi, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabileceği, Anayasanın 128. maddesi çerçevesinde Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde memur ve/veya diğer kamu görevlilerinden hangisinin çalıştırılacağına ilişkin tercihin yasa koyucunun takdir alanı içinde olduğunu, Kanun kapsamında çalışacak aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının idare ile imzalayacakları sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğunu ve aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere uzman Tabip Aile Sağlığı elemanlarının idari hizmet sözleşmesi yapılarak çalıştırılabileceğini, bu çalışma şeklinin Anayasanın 128. maddesi kapsamında olduğundan iptali istenen kuralın Anayasaya aykırılık teşkil etmediği belirtilmiştir.

Somut olayda, davacının davalı Sağlık Bakanlığına ait Aile Sağlığı Merkezi işyerinde, 5258 sayılı Kanun 3/2 uyarınca açıktan atamayla acil tıp teknisyeni olarak çalıştığı hususu tartışmasızdır. Yukarda belirtilen maddi ve kanuni olgular gözetildiğinde, davacının "sözleşmeli personel" olarak görev yaptığı, taraflar arasında akdedilmiş bulunan idari sözleşmeye dayalı uyuşmazlığın çözümünün iş mahkemesinin görev alanına girmediği anlaşılmakta olup, anlaşmazlığın çözüm yeri idari yargı olduğundan, davanın yargı yolu caiz olmaması sebebiyle usulden reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden BOZULMASINA…" karar vermiştir.

6-ANKARA 2.İŞ MAHKEMESİ;28.3.2018 gün ve E:2018/62, K:2018/185 sayı ile, "(…)Mahkememizce yapılan yargılama sonucunda 28/05/2015 gün ve 2012/1354 E, 2015/550 K no'lu kararla davanın kısmen kabul kısmen reddine karar verilmiştir.

Kararın davalı yanca temyizi üzerine Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 04/12/2017 gün ve 2015/21672 E, 2017/27748 K no'lu kararı ile "...Somut olayda, davacının davalı Sağlık Bakanlığına ait Aile Sağlığı Merkezi işyerinde, 5258 sayılı Kanun 3/2 uyarınca açıktan atamayla acil tıp teknisyeni olarak çalıştığı hususu tartışmasızdır. Yukarıda belirtilen maddi ve kanuni olgular gözetildiğinde, davacının "sözleşmeli personel" olarak görev yaptığı, taraflar arasında akdedilmiş bulunan idari sözleşmeye dayalı uyuşmazlığın çözümünün iş mahkemesinin görev alanına girmediği anlaşılmakta olup, anlaşmazlığın çözüm yeri idari yargı olduğundan, davanın yargı yolu caiz olmaması sebebiyle usulden reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." mahkememiz kararın bozulmasına karar vermiştir.

Usul ve yasaya uygun görülen Yargıtay bozma ilamına uyularak aşağıdaki hüküm tesis edilmiştir.

HÜKÜM: Gerekçesi yukarıda izah edildiği üzere;

HMK. 114/1 -b maddesi gereğince yargı yolunun caiz olmaması nedeniyle aynı yasanın 115/2.maddesi gereğince davanın usulden reddine…" karar vermiş, bu karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

7-Davacı vekili tarafından idari yargı yerinde açılan davalara ilişkin olarak Diyarbakır 1.İdare Mahkemesince, 30.5.2018 gün ve E:2018/856, K:2018/820 sayı ve 26.7.2018 gün ve E:2018/1266, K:2018/1103 sayı ile dava dilekçelerinin reddine karar verilmiş; nihayetinde; Sağlık Bakanlığı ile imzalanan Aile Sağlığı Elemanı Hizmet Sözleşmesi uyarınca Diyarbakır İl Sağlık Müdürlüğü Lice 1 Nolu Aile Sağlığı Merkezinde aile sağlığı elemanı olarak görev yapan davacının üyesi olduğu Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası tarafından; davalı Bakanlığın üyesi bulunduğu Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası ile arasında imzalanan toplu iş sözleşmesinde yer alan ücrete ilişkin maddeler ile sosyal yardım maddeleri ve idari hükümlerin üyesi olan davacı İ.C.'ye uygulanması ve her ay bir yevmiye tutarında üyelik aidatı kesilerek sendikaya ait hesaba yatırılması yönünde Sağlık Bakanlığı'na ve Diyarbakır İl Sağlık Müdürlüğü'ne yapılan 27.09.2011 tarihli başvuruların zımnen reddine dair işlemin iptali ile davacının hak kazandığı toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ve kendisine ödenmesi gereken alacaklara 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 53. maddesine göre ilk dava dosyasında hesaplanan miktar ve tarihler dikkate alınarak temerrüt tarihinden itibaren bankalarca uygulanan en yüksek banka işletme kredisi faizi işletilerek ödenmesi istemiyle idari yargı yerinde yeniden dava açılmıştır.

8- DİYARBAKIR 1.İDARE MAHKEMESİ; 19.9.2018 gün ve E:2018/1477 sayı ile, "(…) 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun "Personelin statüsü ve mali haklar" başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasında, "Sağlık Bakanlığı; Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli olan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanı olarak çalıştırılacak sağlık personelini, kendilerinin talebi ve kurumlarının veya Bakanlığın muvafakati üzerine, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın, sözleşmeli olarak çalıştırmaya veya bu nitelikteki Bakanlık personelini aile hekimliği uygulamaları için görevlendirmeye yetkilidir." Aynı maddenin 2. fıkrasında, "Aile sağlığı elemanları, aile hekimi tarafından belirlenen ve Sağlık Bakanlığı tarafından uygun görülen, kuramlarınca da muvafakati verilen Bakanlık veya diğer kamu kurum ve kuruluşları personeli arasından seçilir ve bunlar sözleşmeli olarak çalıştırılır. Bu suretle eleman temin edilememesi halinde, Sağlık Bakanlığı, personelini bu hizmetler için görevlendirebilir. İhtiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları; Sağlık Bakanlığının Önerisi, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabilir." hükmüne yer verilmek suretiyle sağlık uygulamasında, kamu görevlilerinin yanı sıra diğer sağlık görevlilerinin de kamu görevlisi sıfatı olmadan istihdamına olanak sağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, 26.07.2011 tarihli Valilikçe onaylanan Personel Hareketleri Onayında, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrası gereğince kamu görevlisi olmayan sözleşmeli aile sağlığı elemanı olarak istihdam edilmek üzere pozisyon tahsis edilmesi nedeniyle Diyarbakır Lice 1 Nolu Aile Hekimliği Birimi ile sözleşme imzalayarak aile sağlığı elemanı olarak göreve başlaması uygun bulunan davacı ile Sağlık Bakanlığı adına Diyarbakır Valiliği arasında 28.07.2011 tarihinde 5258 sayılı Kanunun 3. maddesi uyarınca Sağlık Bakanlığı Aile Sağlığı Elemanı Hizmet Sözleşmesinin imzalandığı, Aile Sağlığı Merkezi Aile Hekimliğinde aile sağlığı elemanı olarak göreve başladığı, davacının Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası üyesi olduğu, davacıyı temsilen üyesi olduğu Sendika vekili tarafından, davacının üyesi olduğu Sendika ile Davalı Bakanlığın üyesi bulunduğu Sendika arasında imzalanan Toplu İş Sözleşmesi uyarınca toplu iş sözleşmesinde yer ajan ücrete ilişkin maddeler ile sosyal yardım maddeleri ve idari hükümlerin Üyesi İ.C.'ye uygulanması ve her ay bir yevmiye tutarında üyelik aidatı kesilerek sendikaya ait hesaba yatırılması yönünde Sağlık Bakanlığı'na ve Diyarbakır İl Sağlık Müdürlüğü'ne yapılan 27.09.2011 tarihli başvuruların zımnen reddi üzerine bu işlemin iptali istemiyle Ankara 2. İş Mahkemesi'nde açılan davada Ankara 2. İş Mahkemesi'nin 28/03/2018 tarih E:2018/62, K:2018/185 sayılı kararıyla uyuşmazlığın görüm ve çözümünde idari yargının görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

İdari sözleşmeler içinde yer alan idari hizmet sözleşmesi, kamuda istihdam edilen ve işçi sayılmayan kişilerle idare arasında akdedilen bir sözleşme türüdür ve sözkonusu kişiler 657 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki dört istihdam türünden birini oluşturur. Bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenmektedir

Aile hekimliği uygulamasında istihdam edilen kamu görevlisi olmayan kişilerin diğer kamu görevlisi sayılamayacakları, bunların, farklı bir kategoriyi oluşturduğu ve kamu hukukundan çok özel hukuk hükümlerine tâbi oldukları görülmektedir.

5258 sayılı Yasa incelendiğinde, bu kategoridekilerin idare karşısında güçsüz bırakılmadıkları, tersine karşılıklı iradelerin uyuşması esasına dayanan ve özel hukukun öngördüğü bir hizmet sözleşmesinin sözkonusu olduğu anlaşıldığından bu durumdaki personelle idare arasında imzalanan sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Davacının üyesi olduğu Sendika ile davalı Bakanlığın üyesi bulunduğu Sendika arasında imzalanan İşletme Toplu İş Sözleşmesinin Birinci Bölümünün 4. maddesinin, (a) fıkrasında, bu işletme toplu iş sözleşmesinin Sağlık Bakanlığı ve Refik Saydam Hıfzıssıhha Merkezi Başkanlığına bağlı sağlık işkolundaki işyerlerini ve bu işyerlerinde çalışan taraf sendika üyesi işçileri kapsayacağı belirtilmiştir.

Bu durumda, Aile Sağlığı Merkezi Aile Hekimliğinde kamu görevlisi olmayan sözleşmeli aile sağlığı elamanı olarak görev yapan ve işçi sendikası üyesi olan davacının, sağlık iş kolundaki işçileri kapsayan toplu iş sözleşmesi uyarınca talep ettiği toplu iş sözleşmesinde yer alan ücrete ilişkin maddeler ile sosyal yardım maddeleri ve idari hükümlerin Üyesi İ.C.'ye uygulanması ve her ay bir yevmiye tutarında üyelik aidatı kesilerek sendikaya ait hesaba yatırılması yönünde Sağlık Bakanlığı'na ve Diyarbakır İl Sağlık Müdürlüğü'ne yapılan 27.09.2011 tarihli başvuruların

zımnen reddi üzerine bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünün Adli Yargının görevinde bulunduğu sonucuna varılmıştır.

Nitekim, Mahkememizin 26/04/2018 tarih 2017/772 Esas 2018/642 Karar sayılı dosyasında Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün 26/03/2018 tarih 2018/41 Esas 2018/136 Karar sayılı kararı ile davanın çözümünde Adli Yargının görevli olduğuna dair karar verilmiştir.

Açıklanan nedenlerle; Mahkememizin görevsizliğine, 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 19. maddesi uyarınca görevli yargı yerinin belirlenmesi için iş bu dosya ile birlikte Ankara 2. İş Mahkemesi'nin E:2018/62 esas sayısına kayıtlı dava dosyasının Mahkemesinden istenerek temininin ardından dosyaların Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmesine ve dosya incelemesinin bu konuda Uyuşmazlık Mahkemesince karar verilinceye kadar ertelenmesine…" karar vermiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE:

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, Hicabi DURSUN'un Başkanlığında, Üyeler: Şükrü BOZER, Mehmet AKSU, Birol SONER, Süleyman Hilmi AYDIN, Aydemir TUNÇ ve Nurdane TOPUZ'un katılımlarıyla yapılan 24.12.2018 günlü toplantısında:

I-İLK İNCELEME: Dosya üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca yapılan incelemeye göre, İdare Mahkemesi'nce anılan Yasa'nın 19. maddesinde öngörülen usul ve yönteme uygun biçimde başvuruda bulunulduğu anlaşılmaktadır. Usule ilişkin herhangi bir noksanlık görülmediğinden görev uyuşmazlığının esasının incelenmesine oy birliği ile karar verildi.

II-ESASIN İNCELENMESİ: Raportör-Hâkim Taşkın ÇELİK'in, davanın çözümünde adli yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Halil İbrahim ÇİFTÇİ ile Danıştay Savcısı Yakup BAL'ın davada adli yargının görevli olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dava, Sağlık Bakanlığı ile imzalanan Aile Sağlığı Elemanı Hizmet Sözleşmesi uyarınca Diyarbakır İl Sağlık Müdürlüğü Lice 1 Nolu Aile Sağlığı Merkezi Aile Hekimliği'nde Aile Sağlığı Elemanı-ATT Tıp Teknisyeni olarak görev yapan davacıyı temsilen, üyesi olduğu Sendika vekili tarafından; adli yargı yerinde, davacının üyesi olduğu Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası ile Davalı Bakanlığın üyesi bulunduğu Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası arasında imzalanan Toplu İş Sözleşmesinin 16., 54. ve 58. maddeleri uyarınca ödenmesi gereken toplam 2.000.-TL.lik alacağın faizi ile birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle; idari yargı yerinde ise, anılan Toplu İş Sözleşmesinde yer alan ücrete ilişkin maddeler ile sosyal yardım maddeleri ve idari hükümlerin üyesi/davacı İ.C.'ye uygulanması ve her ay bir yevmiye tutarında üyelik aidatı kesilerek sendikaya ait hesaba yatırılması yönünde Sağlık Bakanlığı'na ve Diyarbakır İl Sağlık Müdürlüğü'ne yapılan 27.09.2011 tarihli başvuruların zımnen reddine dair işlemlerin iptali ile davacının hak kazandığı toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacakların ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun "Personelin statüsü ve mali haklar" başlıklı 3. maddesinin 1. ve 2. fıkrasında, "Sağlık Bakanlığı; Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli olan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanı olarak çalıştırılacak sağlık personelini, kendilerinin talebi ve kurumlarının veya Bakanlığın muvafakatı üzerine, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın, sözleşmeli olarak çalıştırmaya veya bu nitelikteki Bakanlık personelini aile hekimliği uygulamaları için görevlendirmeye veya aile hekimliği uzmanlık eğitimi veren kurumlarla sözleşme yapmaya yetkilidir.

Aile sağlığı elemanları, aile hekimi tarafından belirlenen ve Sağlık Bakanlığı tarafından uygun görülen, kurumlarınca da muvafakatı verilen Bakanlık veya diğer kamu kurum ve kuruluşları personeli arasından seçilir ve bunlar sözleşmeli olarak çalıştırılır. Bu suretle eleman temin edilememesi halinde, Sağlık Bakanlığı, personelini bu hizmetler için görevlendirebilir. İhtiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları; Sağlık Bakanlığının önerisi, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabilir." hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyalarının incelenmesinden, davacının 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrası gereğince kamu görevlisi olmayan sözleşmeli aile sağlığı elemanı olarak istihdam edilmek üzere pozisyon tahsis edilmesi nedeniyle, davacı ile Sağlık Bakanlığı adına Diyarbakır Valiliği arasında 28.07.2011 tarihinde 5258 sayılı Kanunun 3. maddesi uyarınca Sağlık Bakanlığı Aile Sağlığı Elemanı Hizmet Sözleşmesinin imzalandığı; Lice 1 Nolu Aile Sağlığı Merkezi Aile Hekimliği'nde Aile Sağlığı Elemanı-ATT Tıp Teknisyeni olarak göreve başladığı; davacının 15.09.2011 tarihli başvurusu, Yönetim Kurulunun 22.09.2011 tarih ve 606 sayılı kararı ile Türkiye Sağlık İşçileri Sendikasına üye olduğu; davacıyı temsilen üyesi olduğu Sendika vekili tarafından; adli yargı yerinde, müvekkilinin üyesi olduğu Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası ile Davalı Bakanlığın üyesi bulunduğu Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası arasında imzalanan Toplu İş Sözleşmesinin 16., 54. ve 58. maddeleri uyarınca ödenmesi gereken toplam 2.000.-TL,lık alacağın faizi ile birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle; idari yargı yerinde ise, anılan Toplu İş Sözleşmesinde yer alan ücrete ilişkin maddeler ile sosyal yardım maddeleri ve idari hükümlerin üyesi/davacı İ.C.'ye uygulanması ve her ay bir yevmiye tutarında üyelik aidatı kesilerek sendikaya ait hesaba yatırılması yönünde Sağlık Bakanlığı'na ve Diyarbakır İl Sağlık Müdürlüğü'ne yapılan 27.09.2011 tarihli başvuruların zımnen reddine dair işlemlerin iptali ile davacının hak kazandığı toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacakların ödenmesine karar verilmesi istemiyle bakılan davaların açıldığı anlaşılmıştır.

Anayasanın 128'inci maddesinde devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği belirtilmiş, maddede "kamu görevlisi" kavramı tanımlanmayıp, "kamu görevlisi

tarafından yapılması gereken görevler" sayılmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununda da "kamu görevlisi" kavramı tanımlanmamış, 4 üncü maddesinde yalnızca kamu hizmetlerinin gördürüldüğü dört grup istihdam şeklinden bahsedilmiş olup, maddenin son fıkrasında işçiler hakkında bu Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça vurgulanmıştır. Bir kamu tüzel kişisi tarafından istihdam edilen kişi, bu göreve kamu hukuku kurallarına göre idari bir kararla atanmış ise, bu görevli kamu görevlisidir. Örneğin memurlar, idari bir kararla göreve atandıkları için tartışmasız olarak kamu görevlisi kabul edilirler.

Bir kamu tüzel kişisi tarafından istihdam edilen kişi ile bu kamu tüzel kişisi arasındaki bağ, bir "sözleşme" ile kurulmuş ise, bu bağ "akdi" nitelikte bir bağdır. Ancak, bir kamu tüzel kişisi tarafından "sözleşme" ile istihdam edilen herkes kamu görevlisi olmayıp, sadece " idari sözleşme" ile istihdam edilenler, kamu kurum veya kuruluşuna kamu hukuku bağı ile bağlı olduklarından kamu görevlisi olarak nitelendirilirler ve İdari hizmet sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenmektedir. Bu bağlamda; kamu tüzel kişisi tarafından bir "özel hukuk sözleşmesi" ile istihdam edilen kişilerin kamu görevlisi olarak kabulü mümkün değildir.

5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun, yukarıda yer verilen "Personelin statüsü ve mali haklar" başlıklı 3. Maddesi hükmü irdelendiğinde; sağlık uygulamasında, kamu görevlilerinin yanı sıra diğer sağlık görevlilerinin de kamu görevlisi sıfatı olmadan istihdamına olanak sağlandığı; bu açıdan, aile hekimliği uygulamasında istihdam edilen kamu görevlisi olmayan kişilerin diğer kamu görevlisi sayılamayacakları, bunların, farklı bir kategoriyi oluşturduğu ve kamu hukukundan çok özel hukuk hükümlerine tâbi oldukları görülmektedir.

Anılan Yasa kapsamında düzenlenen Aile Sağlığı Elemanı Hizmet Sözleşmesine bakıldığında da, bu kategoridekilerin idare karşısında güçsüz bırakılmadıkları, karşılıklı iradelerin uyuşması esasına dayanan ve özel hukukun öngördüğü bir hizmet sözleşmesinin söz konusu olduğu anlaşıldığından; bu durumdaki personelle idare arasında imzalanan sözleşmenin, idari hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Davacının üyesi olduğu Sendika(T.SAĞLIK-İŞ) ile davalı Bakanlığın üyesi bulunduğu Sendika(TÜHİS) arasında imzalanan İşletme Toplu İş Sözleşmesinin Birinci Bölümünün 4. maddesinin, (a) fıkrasında, bu işletme toplu iş sözleşmesinin Sağlık Bakanlığı ve Refik Saydam Hıfzıssıhha Merkezi Başkanlığına bağlı sağlık işkolundaki işyerlerini ve bu işyerlerinde çalışan taraf sendika üyesi işçileri kapsayacağı belirtilmiştir.

Bu durumda, davacının Aile Sağlığı Merkezi Aile Hekimliğinde kamu görevlisi olmayan sözleşmeli aile sağlığı elamanı olarak görev yaptığı ve işçi sendikası üyesi olduğu; adli yargı yerinde, davacının üyesi olduğu Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası ile Davalı Bakanlığın üyesi bulunduğu Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası arasında imzalanan Toplu İş Sözleşmesinin 16., 54. ve 58. maddeleri uyarınca ödenmesi gereken toplam 2.000.-TL.lik alacağın faizi ile birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle; idari yargı yerinde ise, anılan Toplu İş Sözleşmesinde yer alan ücrete ilişkin maddeler ile sosyal yardım maddeleri ve idari hükümlerin üyesi/davacı İ.C.'ye uygulanması ve her ay bir yevmiye tutarında üyelik aidatı kesilerek sendikaya ait hesaba yatırılması yönünde Sağlık Bakanlığı'na ve Diyarbakır İl Sağlık Müdürlüğü'ne yapılan 27.09.2011 tarihli başvuruların zımnen reddine dair işlemlerin iptali ile davacının hak kazandığı toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacakların ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünün; davacının taleplerinin Toplu İş Sözleşmesinden kaynaklandığı hususu da gözetildiğinde; Adli Yargının görevinde bulunduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Diyarbakır 1. İdare Mahkemesi'nin başvurusunun kabulü ile Ankara 2.İş Mahkemesinin 28.3.2018 gün ve E:2018/62, K:2018/185 sayılı görevsizlik kararının kaldırılması gerekmiştir.

S O N U Ç :Davanın çözümünde ADLİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Diyarbakır 1. İdare Mahkemesi'nin BAŞVURUSUNUN KABULÜ ile Ankara 2.İş Mahkemesinin 28.3.2018 gün ve E:2018/62, K:2018/185 sayılı GÖREVSİZLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 24.12.2018 gününde OY BİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye
Hicabi	Şükrü	Mehmet	Birol
DURSUN	BOZER	AKSU	SONER

Üye	Üye	Üye
Süleyman Hilmi	Aydemir	Nurdane
AYDIN	TUNÇ	TOPUZ