**Hukuk Bölümü 2004/69 E. , 2004/64 K.**

- 3269 SAYILI YASA'YA GÖRE ISTIHDAM OLUNMAKTA IKEN SIHHI ARIZALARI NEDENIYLE TSK. ILE ILIŞIĞI KESILEN UZMAN ERBAŞLARA BAŞKA KURUM VE IŞYERINDE ÇALIŞABILECEĞI GEREKÇESIYLE MALÛLIYET AYLIĞI BAĞLANMAMASI

  - ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ KANUNU (1602) Madde 20

**"İçtihat Metni"**

Davacı : E. C.

Vekili : Av. H. A. D.

Davalı :Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü

Vekili :Av. Ö. A.

O L A Y :3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu'na göre Tnk. Uzm. Çvş. Kadrosunda sözleşmeli olarak istihdam edilen davacının, hakkında "B/53 F1 Askerliğe Elverişli Değildir" yolunda GATA Sağlık Kurulunca verilen 16.6.2003 gün ve 3262 sayılı rapor nedeniyle sözleşmesi uzatılmayarak TSK. ile ilişiği kesilmiştir.

Emekli Sandığı Sağlık Kurulunca yapılan inceleme sonunda: "1- Kişinin mevcut sağlık durumu çalışmasına engel değildir. Başka kurumlarda ve işyerinde çalışabilir. 2- Durumunun 5434 sayılı Yasa'nın 44. maddesi kapsamına girmediğine" karar verilmesi üzerine, Tahsisler Dairesi Başkanlığının 26.9.2003 günlü yazısı ile, davacıya malullük aylığı bağlanmasına imkân bulunmadığı bildirilmiştir.

Davacı vekili, müvekkiline malullük aylığı bağlanmamasına ilişkin işlemin iptali istemiyle, 21.10.2003 gününde genel idari yargı yerinde dava açmıştır.

Davalı Sandık vekilince, birinci savunma dilekçesinde, 1602 sayılı Yasa'nın 20. maddesine göre davanın AYİM'in görevine girdiği öne sürülerek görev itirazında bulunulmuştur.

ANKARA 8. İDARE MAHKEMESİ, 25.12.2003 gün ve E:2003/1611 sayı ile, davacının 1602 sayılı Yasa'nın 20. maddesinde sayılan asker kişilerden olduğunda kuşku bulunmamakla birlikte başka kurum ve işlerde çalışıp çalışamayacağının, maluliyetinin ne şekilde oluştuğunun belirlenmesinde idarece işlem tesis edilirken ve bu işlemin yargısal denetimi sırasında askeri kural ve gerekler yönünden bir değerlendirme yapılması gerekmediğinden dava konusu işlemin askeri hizmete ilişkin bulunduğundan sözedilemeyeceği, belirtilen durum karşısında olayda Anayasa'nın 157. ve 1602 sayılı Yasa'nın 20. maddelerinde öngörülen idari işlemin asker kişiyi ilgilendirmesi ve askeri hizmete ilişkin bulunması koşulları birlikte gerçekleşmediğinden davanın görüm ve çözümünde Mahkemenin görevli olduğu gerekçesiyle, davalı idarenin görev itirazını reddederek görevlilik kararı vermiştir.

Davalı Sandık vekilince süresinde verilen dilekçe ile, olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılması istemiyle başvuruda bulunulması üzerine, başvuru dilekçesiyle birlikte dava dosyası Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başsavcılığına gönderilmiştir.

ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ BAŞSAVCIVEKİLİ; Olayda, davacı 1602 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin 2. fıkrası gereğince asker kişi sayıldığından, dava konusu işlemin asker kişiyi ilgilendirdiğinin tartışmasız bulunduğu, uzman erbaş statüsünde görev yaparken GATA Sağlık Kurulu raporuyla hakkında "Askerliğe Elverişli Değildir" kararı verilmesi nedeniyle sözleşmesi feshedilen davacının adi malül olup olmadığının saptanmasında tıbbi bulgu ve değerlendirmelerin yanısıra askerlik hizmetinin amacı, askeri görev yerlerinin özellikleri gözönüne alınarak ilgilinin askeri yeterlik ve yetenekleri ile askeri geçmişinin dikkate alınması gerektiğinden dava konusu işlemin askeri hizmete ilişkin bulunduğu sonucuna varıldığı, yapılan açıklamalara göre olayda Anayasa'nın 157. ve 1602 sayılı Yasa'nın 20. maddelerinde öngörülen idari işlemin asker kişiyi ilgilendirmesi ve askeri hizmete ilişkin bulunması koşullarının birlikte gerçekleşmiş olması karşısında, davanın görüm ve çözümünde AYİM görevli olduğundan Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin görevlilik kararının kaldırılması gerektiği gerekçesiyle, askeri idari yargı yararına olumlu görev uyuşmazlığı çıkarmış ve 2247 sayılı Yasa'nın 10. maddesine göre görev konusunun incelenmesini Uyuşmazlık Mahkemesi'nden istemiştir.

Başkanlıkça, 2247 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, Danıştay Başsavcısından yazılı düşüncesi istenilmiştir.

DANIŞTAY BAŞSAVCISI; İncelenen dosyada, davacının muayenesi üzerine askeri hastanece düzenlenen sağlık kurulu raporunun 5434 sayılı Yasa'nın 11. maddesi uyarınca Emekli Sandığı Sağlık Kurulunca incelenmesi sonucu "adi malül" sayılamayacağı yolunda davalı Sandık tarafından kurulan işlemin, askeri gerekler, askeri usul ve yöntemler ile askeri hizmet kriterleri dışında, askeri hastanece belirtildiği üzere ilgilinin askeri hizmete elverişli olmadığı kabul edilmekle birlikte diğer işlerde çalışabileceği ileri sürülerek, anılan Yasa'nın 44. maddesi uygulanarak tesis edildiği anlaşıldığından, Anayasa'nın 157. ve 1602 sayılı Yasa'nın 20. maddeleri kapsamında bulunmayan davanın görüm ve çözümünde genel idari yargının görevli olduğu, bu nedenle AYİM Başsavcılığının 2247 sayılı Yasa'nın 10. maddesine göre yaptığı başvurunun kabulüne hukuken olanak bulunmadığı yolunda yazılı düşünce vermiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE :Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Tülay TUĞCU'nun Başkanlığında, Üyeler: Dr. Atalay ÖZDEMİR, M. Lütfü ÜÇKARDEŞLER, Serap AKSOYLU, Z.Nurhan YÜCEL, Abdullah ARSLAN ve Celâl IŞIKLAR'ın katılımlarıyla yapılan 04/10/2004 günlü toplantısında;

I- İLK İNCELEME : Dosya üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca yapılan incelemeye göre, davalı idarece anılan Yasa'nın 10. maddesinde öngörülen yönteme uygun şekilde ve 12. maddede belirlenen süre içinde başvurulması üzerine AYİM Başsavcıvekili tarafından uyuşmazlık çıkarıldığı anlaşıldığından görev uyuşmazlığının esasının incelenmesine oybirliği ile karar verildi.

II- ESASIN İNCELENMESİ :Raportör–Hakim İsa YEĞENOĞLU'nun davanın çözümünde genel idari yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile AYİM Başsavcıvekilinin askeri idari yargı yararına olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılmasına ve Danıştay Başsavcısının davada genel idari yargının görevli bulunduğuna ilişkin düşünce yazıları ve dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Danıştay Savcısı Nevzat ÖZGÜR ile AYİM Savcısı Ahmet SİVAS'ın yazılı düşünceler doğrultusundaki açıklamaları da dinlendikten sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dava, tank uzman çavuş olarak görev yapmakta iken sağlık raporunda belirtilen nedenle askerliğe elverişli bulunmayan davacıya, başka kurum ve işyerinde çalışabileceği nedeniyle malullük aylığı bağlanmaması yolundaki Emekli Sandığı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Anayasa' nın 157. maddesinde,Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesi olduğu, ancak askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda ilgilinin asker kişi olması şartının aranmayacağı belirtilmiş; 20.7.1972 tarih ve 1602 sayılı Yasa'nın 25.12.1981 tarih ve 2568 sayılı Yasa ile değişik 20. maddesinde de aynı hüküm yer almıştır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin bir davaya bakabilmesi için dava konusu idari işlemin "asker kişiyi ilgilendirmesi" ve "askeri hizmete ilişkin bulunması" koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

1602 sayılı Yasa'nın değişik 20. maddesinde, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli bulunan veya hizmetten ayrılmış olan, subay, askeri memur, astsubay, askeri öğrenci, uzman çavuş, uzman jandarma çavuş, erbaş ve erler ile sivil memurlar asker kişi sayılmaktadır.

İdari işlemin, görevli yargı yerinin tespiti yönünden"askeri hizmete ilişkin" olup olmadığının saptanabilmesi için işlemin konusuna bakılması gerekmektedir. Eğer idari işlem askeri gereklere askeri usul ve yönteme ve askeri hizmete göre tesis edilmiş ise bu işlemin askeri hizmete ilişkin olduğu kabul edilmelidir. Daha açık bir ifadeyle, askeri hizmete ilişkin idari işlemler: idarenin bir asker kişinin askeri yeterlik ve yeteneklerinin, tutum ve davranışlarının , askeri geçmişinin, asker kişi olmaktan kaynaklanan hak ve ödevlerinin; askerlik hizmetinin amacı, askeri görev yerlerinin özellikleri, askeri kural ve gerekler gözönünde tutularak değerlendirilmesi sonucunda tesis edilen işlemlerdir. İşlem, askeri olmayan bir makam tarafından tesis edilmiş olsa bile durum değişmemekte menfaati ihlal edilen asker kişinin açtığı davanın Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde görülmesi gerekmektedir.

Davacının 1602 sayılı Yasa'nın 20. maddesinde sayılan asker kişilerden olduğu ve bu nedenle dava konusu işlemin asker kişiyi ilgilendirdiği tartışmasızdır.

5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 12. maddesinin II/h. bendinde sayılan uzman erbaşların, bu Kanunla tanınan haklardan faydalanacaklarına işaret edilmiş; 44. maddesinde "Her ne sebeple olursa olsun vücutlarında hasıl olan arızalar veya düçar oldukları tedavisi imkansız hastalıklar yüzünden vazifelerini yapamayacak duruma giren iştirakçilere (Malül) denir ve haklarında bu Kanunun malullüğe ait hükümleri uygulanır." hükmüne yer verilmiş; 45. maddesinde vazife malullüğü, 46. maddesinde ise adi malullük halleri düzenlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, uzman erbaş kadrosunda sözleşmeli olarak istihdam edilen davacının, hakkında GATA Sağlık Kurulu raporu ile, " B/53 F1": Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği Eki " Ürogenital Organ Hastalıkları" başlıklı 53. maddenin (B) bendinin 1 numaralı fıkrası kapsamına giren "Taşlı At Nalı Böbrek" teşhisi konularak "Askerliğe Elverişli Değildir." kararı verilmesi üzerine, sözleşmesi uzatılmayarak TSK. ile ilişiği kesilmiş ve hakkında emeklilik işlemleri başlatılmış ise de, sözüedilen raporu inceleyen Emekli Sandığı Sağlık Kurulunca "1- Kişinin mevcut sağlık durumu çalışmasına engel değildir. Başka kurumlarda ve işyerinde çalışabilir.2- Durumunun 5434 sayılı Yasa'nın 44. maddesi kapsamına girmediğine" karar verilmesi nedeniyle Sandık tarafından adıgeçene malullük aylığı bağlanmaması üzerine, bu işlemin iptali istemiyle uyuşmazlığa konu edilen davanın açıldığı ; buna göre, Emekli Sandığınca tesis edilen işlemin konusunun: 3269 sayılı Yasa kapsamında sözleşmeli olarak istihdam olunmakta iken haklarındaki "askerliğe elverişli değildir" yolundaki sağlık raporu nedeniyle TSK. ile ilişikleri kesilen uzman erbaşlara malûliyet aylığı bağlanıp bağlanamayacağına ilişkin bulunduğu anlaşılmıştır.

18.3.1986 tarih ve 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu ile, Türk Silahlı Kuvvetlerinin erbaş kadrolarında devamlılık arzeden teknik ve kritik görevlerde, yetişmiş personel ihtiyacını karşılamak üzere, muvazzaflık hizmetini çavuş ve onbaşı rütbesi ile tamamlayanların sözleşme ile istihdamına olanak sağlanmış olup, Yasa'da uzman erbaşların askerlik hizmetinin gerektirdiği sağlık koşullarını yitirmeleri halinde başka kurum ve işlerde istihdamına olanak tanıyan bir düzenlemeye yer verilmemiş; anılan Yasa'nın değişik 10. maddesinin birinci fıkrasında "… Sıhhi arızası devam edenler ve kendisinden istifade edilemeyenler hakkında T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanır." denilmiştir.

Bu durumda, uzman erbaş olarak istihdam edilmekte iken sıhhi arızası nedeniyle bu görevi sürdüremeyecek olanlar hakkında gerek idarece 5434 sayılı Yasa'nın malüllüğe ilişkin hükümlerinin uygulanmasında gerekse bu yoldaki işlemin yargısal denetimi sırasında askeri hizmete ilişkin özel düzenlemeler öngören 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu hükümleri göz önünde tutulmak suretiyle, askerlik hizmetinin amacı, askeri hizmete uygun sağlık özellikleri ile askeri görev yerlerinin özellikleri, davacının askeri geçmişinin, asker kişi olmaktan kaynaklanan hak ve ödevlerinin dikkate alınması gerektiğinden, dava konusu işlemin askeri hizmete ilişkin bulunduğu açıktır.

Belirtilen duruma göre ve olayda Anayasa'nın 157. ve 1602 sayılı Yasa'nın 20. maddelerinde öngörülen "asker kişiyi ilgilendirme" ve "askeri hizmete ilişkin bulunma" koşulları birlikte gerçekleşmiş olduğundan, davanın görüm ve çözümünde AYİM görevli bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, AYİM Başsavcılığınca yapılan başvurunun kabulü ile İdare Mahkemesi'nin görevlilik kararının kaldırılması gerekmektedir.

SONUÇ :Davanın çözümünde ASKERİ İDARİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle AYİM Başsavcıvekilinin BAŞVURUSUNUN KABULÜ ile, Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 25.12.2003 gün ve E:2003/1611 sayılı GÖREVLİLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 4.10.2004 gününde OYBİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.