Hukuk Bölümü 2004/99 E. , 2004/91 K.

- 3269 SAYILI YASA'YA GÖRE ISTIHDAM OLUNMAKTA IKEN SIHHI ARIZALARI NEDENIYLE TSK. ILE ILIŞIĞI KESILEN UZMAN ERBAŞLARA BAĞLANMIŞ OLAN MALÜLIYET AYLIĞININ BAŞKA KURUM VE IŞYERINDE ÇALIŞABILECEĞI GEREKÇESIYLE KESILME-SINDEN DOĞAN DAVA

  - UZMAN ERBAŞ KANUNU (3269) AMAÇ

"İçtihat Metni"

Davacı : F.B.

Davalı :Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü

Vekili :Av.R.E.

O L A Y :3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu'na göre Hv. P. Uzm. Çvş. kadrosunda sözleşmeli olarak istihdam edilen davacının, hakkında "B/52 F3 Askerliğe elverişli değildir". yolunda GATA Hastanesi Sağlık Kurulunca verilen 3.2.2001 gün ve 912 sayılı rapor nedeniyle sözleşmesi uzatılmayarak TSK. ile ilişiği kesilmiş; Emekli Sandığı Sağlık Kurulunca 11.2.2002 tarihinde yapılan inceleme sonunda "Adi malül olduğuna" karar verilmesi üzerine Sandıkça adıgeçene maluliyet aylığı bağlanmıştır.

Ancak, Yönetim Kurulunun 16.5.2003 gün ve 328 sayılı kararı gereğince, davacının maluliyet durumunun Emekli Sandığı Sağlık Kurulunca 7.7.2003 tarihinde yeniden incelenerek "Kişinin mevcut sağlık durumu çalışmasına engel değildir, başka kurumlarda ve işlerde çalışabilir." kararı verilmesi nedeniyle, Sağlık Kurulunun 11.2.2002 tarihli kararının iptaline ve durumunun 5434 sayılı Yasa'nın 44. maddesi kapsamına girmediğine karar verilmesi üzerine, Tahsisler Dairesi Başkanlığının 8.9.2003 günlü yazısı ile, davacıya bağlanan aylıkların 1.6.2003 tarihinden itibaren kesildiği bildirilmiştir.

Davacı, malüliyet aylığının kesilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle, 22.8.2003 gününde genel idari yargı yerinde dava açmıştır.

Davalı Sandık vekilince, birinci savunma dilekçesinde, 1602 sayılı Yasa'nın 20. maddesine göre davanın Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görevine girdiği öne sürülerek görev itirazında bulunulmuştur.

ANKARA 8. İDARE MAHKEMESİ; 31.12.2003 gün ve E:2003/1260 sayı ile, adi malül sayılarak emekli olan ve 1.6.2003 tarihine kadar emekli maaşı alan davacının 5434 sayılı Yasa'nın 44. maddesi uyarınca adi malül sayılamayacağından bahisle malüliyetine ilişkin karar iptal edilerek aylıklarının kesilmesine ilişkin olarak tesis olunan işlemin iptali istemiyle açılan davanın idare mahkemelerinin görev alanına girdiğinde kuşku bulunmadığı 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 BAŞSAVCISI; 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 Hastanesi Sağlık Kurulu raporuyla hakkında "Askerliğe Elverişli Değildir" kararı verilmesi nedeniyle sözleşmesi feshedilen ve Emekli Sandığınca önce adi malül sayılarak malüliyet aylığı bağlanmasına karşın sonradan bu kararın kaldırılarak aylıkları kesilen 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 Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 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, daha önce hakkındaki sağlık raporu incelenerek "adi malül" olduğuna karar verilen davacının malüliyete esas raporunun Emekli Sandığı Sağlık Kurulunca yeniden 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 uygulanmak suretiyle adi malül sayılma ve aylık bağlama işleminin iptaline karar verildiği anlaşıldığından, Anayasa'nın 157. ve 1602 sayılı Yasa'nın 20. maddeleri kapsamında bulunmayan davanın görüm ve çözümünde genel idari yargının görevli olduğu, bu nedenle Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 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, Z.Nurhan YÜCEL, Esen EROL, Turgut ARIBAL ve Abdullah ARSLAN'ın katılımlarıyla yapılan 06.12.2004 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 Başsavcılığı tarafından uyuşmazlık çıkarıldığı anlaşıldığından görev uyuşmazlığının esasının incelenmesine oybirliği ile karar verildi.

II- ESASIN İNCELENMESİ :Raportör–Hakim İsa YEĞENOĞLU'nun davanın çözümünde askeri idari yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile AYİM Başsavcılığının 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 Hakan ATA'nın yazılı düşünceler doğrultusundaki açıklamaları da dinlendikten sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dava, piyade uzman çavuş olarak görev yapmakta iken sağlık raporunda belirtilen nedenle askerliğe elverişli bulunmayan ve malüliyet aylığı bağlanan davacının, başka kurum ve işlerde çalışabileceği nedeniyle malüliyet aylığının kesilmesi 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 Hastanesi Sağlık Kurulu raporu ile "B/52 F3" : Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği Eki "Enfeksiyon Hastalıkları" başlıklı 52. maddenin (B) bendinin 3 numaralı fıkrası kapsamına giren "Anti-HBC ve HBsAg" (Hepatit B virüs enfeksiyonu) teşhisi konularak "Askerliğe elverişli değildir" kararı verilmesi üzerine, sözleşmesi uzatılmayarak TSK. ile ilişiği kesilmiş ve Emekli Sandığı Sağlık Kurulunca 11.2.2002 tarihinde "Adi malül olduğuna" karar verilerek malüliyet aylığı bağlanmış ise de, aynı Sağlık Kurulunca 7.7.2003 tarihinde yeniden yapılan incelemede "Kişinin mevcut sağlık durumu çalışmasına engel değildir, başka kurumlarda ve işlerde çalışabilir." sonucuna varılması ve Sandık Yönetim Kurulunca, ilgili hakkında daha önce adi malül olduğuna dair verilen karar iptal edilmek suretiyle durumunun 5434 sayılı Yasa'nın 44. maddesi kapsamına girmediğine karar verilmesi nedeniyle Sandık tarafından adıgeçene bağlanmış bulunan malüliyet aylığının kesilmesi 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, askeri görev yerlerinin özellikleri ile 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 Askeri Yüksek İdare Mahkemesi görevli bulunmaktadır.

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

SONUÇ : Davanın çözümünde ASKERİ İDARİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başsavcılığının BAŞVURUSUNUN KABULÜ ile Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 31.12.2003 gün ve E:2003/1260 sayılı GÖREVLİLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 6.12.2004 gününde Üyelerden Esen EROL'un KARŞI OYU VE OYÇOKLUĞU İLE KESİN OLARAK karar verildi.

Karşı Oy

Anayasa'nın 157., 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun değişik 20. maddesi hükümlerine göre Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin bir davaya bakabilmesi için: dava konusu idari işlem veya eylemin "asker kişiyi ilgilendirmesi" ve "askeri hizmete ilişkin bulunması" koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.

1602 sayılı Yasa'nın değişik 20. maddesinin ikinci fıkrasında "Bu Kanunun uygulanmasında asker kişiden maksat; 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 memurlardır" denilmekte olup,davacının oğlu maddede sayılan asker kişilerden olduğundan, dava konusu işlemin asker kişiyi ilgilendirdiği tartışmasızdır.

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.

Olayda, Emekli Sandığınca davacının askerliğe elverişli olup olmadığı hususu tartışılamadığına göre, dava konusu işlem tesis edilirken, idarece davacının askeri geçmişinin, asker kişi olmaktan kaynaklanan hak ve ödevlerinin, askerlik hizmetinin amacı, askeri görev yerlerinin özellikleri, askeri kural ve gerekler yönlerinden bir değerlendirme yapılması veya bu işlemin yargısal denetimi sırasında da bu hususların dikkate alınması sözkonusu olmadığından, ortada askeri hizmete ilişkin bir işlem bulunmamaktadır.

Belirtilen duruma göre ve olayda, dava konusu işlem askeri hizmete ilişkin olmadığından, Anayasa'nın 157 ve 1602 sayılı Yasa'nın 20. maddeleri hükümlerinde öngörülen koşulların birlikte gerçekleşmemiş olması karşısında, davanın çözümünde genel idari yargının görevli olduğu ve bu nedenle AYİM Başsavcısının 2247 sayılı Yasa'nın 10. maddesine göre yaptığı başvurunun reddi gerektiği düşüncesiyle, davanın çözümünde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görevli olduğu yolundaki çoğunluk kararına katılmadım.