Hukuk Bölümü 2009/39 E., 2009/194 K.

"İçtihat Metni"

Davacı dava dilekçesinde, GATA Nefroloji Bilim Dalı Başkanlığı'nın 28.7.2007 tarih ve 256 numaralı kronik böbrek yetmezliği ve hemodiyaliz hastası, D/44 F1 TSK'de görev yapamaz raporu sonucunda 21.8.2007 tarihinde malulen emekliye ayrıldığını, 30.8.2001 yılında albaylığa nasbedildiğini, 30.8.2006 tarihinden itibaren ise kadrosuzluk tazminatını hak etmiş bulunduğunu, 15.10.2007 tarihinde aldığı emekli maaşında kadrosuzluk tazminatının verilmediğini öğrendiğini, oysa, bu tazminatı 30.8.2006 tarihinde hak ettiğini, 30.8.2006 tarihinden sonra kendi isteğiyle veya başka bir nedenle emekliye ayrılmış olsa bu tazminatı alacağını, kadrosuzluk tazminatını hak eden bir albaya kendi isteğiyle emekli olduğunda, ona bu hakkı veriliyorsa, bu tazminatı hak edip malulen emekli olan kendisine de verilmesi gerektiğini, KKK'lığı Personel Başkanlığı Emekli İşlemleri Şube Müdürlüğü ile yaptığı telefon görüşmesinde kendilerinin Emekli Sandığına kadrosuzluk tazminatını hak ettiğini yazı ile gönderdiklerini belirttikleri, her zaman herkesin başına gelebilecek bir nedenle, hastalanarak malulen emekliye ayrılmasının kazanılmış olan kadrosuzluk tazminatı hakkını ortadan kaldırmayacağı, malulen emekliliğin de, sadece diğer emeklilik çeşitlerinden biri olduğunu ileri sürerek kazanılmış hakkı olan kadrosuzluk tazminatının emekli maaşına eklenmesine karar verilmesi istemiyle Milli Savunma Bakanlığı ve Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'nü davalı olarak göstermek suretiyle askeri idari yargı yerinde dava açmıştır.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Üçüncü Dairesi, Milli Savunma Bakanlığı'nın hasım mevkiinden çıkarılmasına karar vermiştir.

Davalı idare (Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı-Emekli Sandığı Devredilen) vekili, birinci savunma dilekçesinde, davada genel idari yargının görevli olduğunu ileri sürerek görev itirazında bulunmuştur.

ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ ÜÇÜNCÜ DAİRESİ; 1.5.2008 gün ve E:2007/1213 sayı ile, davacının 6.11.2007 tarihinde AYİM kayıtlarına geçen dava dilekçesinde özetle; 30.8.2001 tarihinde albay nasbedildiğini, 30.8.2006 tarihinden itibaren kadrosuzluk tazminatını hak etmiş bulunduğunu, böbrek yetmezliği nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapamaz raporu verildiğini, 21.8.2007 tarihinde emekliye ayrıldığını, 15.10.2007 tarihli emekli maaşında kadrosuzluk tazminatı verilmediğini öğrendiğini, bunun hukuka aykırı olduğunu belirterek kadrosuzluk tazminatının emekli maaşına eklenmesine karar verilmesini talep ve dava ettiği, dava dosyasında yer alan bilgi ve belgelerin incelenmesinden; davacının 30.8.2001 tarihinde albay nasbedildiği, GATA Sağlık Kurulu'nun 28.2.2007 tarih ve 516 sayılı raporu ile Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapamaz kararı verildiği, davalı kurum tarafından adi malul kabul edildiği, malulen emekliye sevk edildiği, adi malul aylığı bağlandığı, davacıya kadrosuzluk tazminatı ödenmediği, bu işlemin iptali için dava açıldığı, davalı kurumun, görev itirazında bulunduğunun anlaşıldığı, Anayasanın 157 nci maddesinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin, 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 aranmayacağının belirtildiği; 20.7.1972 tarih ve 1602 sayılı Kanun'un 25.12.1981 tarih ve 2568 sayılı Kanun'la değişik 20 nci maddesinde de aynı hükme yer verildiği, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bir davaya bakabilmesi için dava konusu idari işlemin "asker kişiyi ilgilendirmesi" ve "askeri hizmete ilişkin" bulunması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği, 1602 sayılı Kanun'un değişik 20 nci maddesinde; Türk Silahlı Kuvvetlerinde bulunan veya hizmetten ayrılmış olan subay, askeri memur, astsubay, askeri öğrenci, uzman çavuş, uzman jandarma çavuş, erbaş ve erlerle sivil memurların asker kişi sayıldığı, davacının hizmetten ayrılmış subay olması nedeniyle askeri kişi olduğunda kuşku bulunmadığı, görevli yargı yerinin belirlenmesi yönünden, idari işlemin "askeri hizmete ilişkin" olup olmadığının tespiti için, işlemin konusuna bakılması gerektiği, genel görevli idari yargı kolu işlevini sürdürürken özel görevli Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kurulmasının, 1602 sayılı Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği gibi askeri hizmetin genel idari usullere göre farklı yapısı ve askeri hizmete ilişkin işlemlerin bu alanda uzman bir kurulca denetlenmesi ihtiyacından kaynaklandığı, eğer idari işlemin tesisinde, asker kişinin askeri yeterlik ve yetenekleri, tutum ve davranışları, askeri geçmişi, asker kişi olmaktan kaynaklanan hak ve ödevleri, askerlik hizmetinin amacı, askeri görev yerlerinin özellikleri, askeri kural gerek ve gelenekleri göz önünde tutularak değerlendirilmiş ise, bu idari işlemin askeri nitelikli olduğunun kabul edilmesi gerektiği, bu halde işlem askeri olmayan makam tarafından tesis edilmiş olsa bile durumun değişmediği, menfaati ihlal edilen asker kişinin açtığı davanın Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde görülmesi gerektiği, subayların görev ve yükümlülüklerinin, terfilerinin, özlük haklarının 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nda düzenlendiği, Personel Kanunu'nun 41 inci maddesinde, subay hizmet kadrolarının Genelkurmay Başkanlığınca hizmet ihtiyacına göre tespit edileceğinin belirtildiği, 49 uncu maddesi (f) fıkrasında, yaş haddinden emekliye ayrılan general-amiral ve albaylara kadrosuzluk tazminatının Emekli Sandığı'nca ödenmesinin öngörüldüğü, aynı fıkrada Emekli Sandığı'nca 3 aylık devreler halinde bu meblağın faturası karşılığında Hazineden tahsil edilmesinin hüküm altına alındığı, 926 sayılı Kanun'un Ek 5 inci maddesinde rütbe bekleme süresini dolduran albaylardan kendi isteği üzerine emekliye ayrılanlara da kadrosuzluk tazminatı ödeneceğinin belirtildiği, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun 40 ıncı maddesinde, bu kanuna tabi olan iştirakçilerin yaş hadlerinin düzenlendiği, iştirakçilerin görevleri ile ilişkilerinin kesilmesini gerektiren yaş haddinin 65 yaşını doldurdukları tarih olduğu, üniversite öğretim görevlileri için bu yaşın 67 olduğu belirtilerek subay ve astsubaylara ait her rütbe için yaş hadlerinin gösterildiği, 926 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca her yılın 30 Ağustos tarihinden itibaren uygulanacak kadrolar, sınıf (varsa branş) belirtilerek Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri Komutanlıkları ile Jandarma Genel Komutanlığı'nın teklifi üzerine Genelkurmay Başkanlığı'nca hizmet ihtiyacına göre tespit edileceği, tespit edilen bu kadrolar haricindeki albay miktarının her yıl Yüksek Askeri Şuraca miktar ile ilgili karar alınacağı, aynı madde uyarınca rütbe bekleme süresini tamamlamış albaylardan Yüksek Askeri Şura tarafından o yıl için hizmet kadrosu fazlası olduğu tespit edilen miktar kadarının kadrosuzluktan emekliye sevk edileceği, yukarıda yer verilen kanun hükümleri uyarınca sağlık yeteneği ve diğer şartları haiz olması durumunda 657 sayılı Kanun'a tabi olan görevlilerin 65 yaşını, üniversite öğretim üyelerinin 67 yaşını doldurdukları tarihe kadar görev yapmalarının mümkün olduğu, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kendine özgü yapısı gereği Türk Silahlı Kuvvetleri personelinin yaş haddi süreleri bile dolmadan sağlık ve diğer yeteneklere sahip olmasına rağmen sadece yeterli kadro bulunmaması nedeniyle emekliye sevk edilmek durumunda kaldığı, genç yaşta emekli edilen personele bu nedenle kanunla kadrosuzluk tazminatı öngörüldüğü, bu tazminatın erken emekliliğin karşılığı olduğu, Personel Kanunu'nun 49 uncu madde gerekçesinde de bu hususun açıkça vurgulandığı, nitekim bu tazminatın ödenmesine 65 yaş sınırı getirilerek 657 sayılı Kanun'a tabi personelin çalışabileceği yaş sınırının esas alındığının görüldüğü, Türk Silahlı Kuvvetlerinin görev, kadro ve ihtiyaç durumu dikkate alınarak alınan kararlar sonucu emekliye sevk edilen personel ve bekleme süresini dolduran personel için öngörülen kadrosuzluk tazminatının ödenmesine esas alınan kriterlerin tamamen askeri hizmete ilişkin olduğu, vazifeden ayrılan personele şartları varsa kadrosuzluk tazminatının ödenip ödenmemesine ilişkin işlemin tesisinde askerlik hizmet süresinin, asker kişinin yeteneklerinin, asker kişinin geçmişinin, asker kişi olmaktan kaynaklanan hak ve ödevlerin, askeri görev yerinin özelliklerinin, askeri kural ve gereklerin göz önüne alınması gerektiği, uyuşmazlığın çözümünde de aynı hususların değerlendirileceği, asker kişi olmaktan kaynaklanan özlük haklarının da askeri hizmete ilişkin olduğu, görevden ayrılmayı takiben kadrosuzluk tazminatı ödenmesinden bir süre sonra kadrosuzluk tazminatının bir göreve başlaması nedeniyle kesilmesi halinde bu işlemin iptali isteminde genel idari yargının görevli olabileceği, bu ihtimalde tazminatın kesilmesinde 5434 sayılı Kanun hükümlerinin esas alınacağı, ancak somut uyuşmazlığın çözümünde 926 sayılı Kanun hükümlerinin göz önüne alınması gerektiği, görevden ayrılan personele vazife malullüğü aylığı bağlanmasının, ilgilinin vazife malulü kabul edilmesine bağlı bulunduğu, görevden ayrılmasına rağmen ilgili personelin vazife malulü olup olmadığının değerlendirilmesinin Yerleşik Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında(Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 4.2.2008 tarih ve 2007/160 E, 2008/11 K sayılı kararı) askeri hizmete ilişkin kabul edilerek vazife malullüğü aylığının bağlanmaması işleminde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görevli görüldüğü, bu aylığın kesilmesinin ise askeri hizmete

ilişkin görülmeyerek genel idari yargının görevli kabul edildiği(Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 23.12.1996 tarih ve 1996/63-108 E,K sayılı kararı) davacının görevden ayrılmayı takiben kadrosuzluk tazminatı ödenmemesi işlemini dava konusu yaptığı, bu nedenle, dava konusu uyuşmazlığın çözümünde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görevli bulunduğu, bu nedenlerle davalı kurumun görev itirazının reddine karar vermiştir.

Davalı İdare vekilinin olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılması yolundaki dilekçesi üzerine, dava dosyası örneği Danıştay Başsavcılığı'na gönderilmiştir.

DANIŞTAY BAŞSAVCISI : Türk Silahlı Kuvvetlerinde piyade Kıdemli Albay olarak görev yapmakta iken malulen emekliye ayrılan davacının, kadrosuzluk tazminatı verilmemesi işlemine karşı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin E:2007/1213 sayılı dosyasında açılan davada, davanın görüm ve çözümünün idari yargının görevine girdiği ileri sürülerek davalı idarece görev itirazında bulunulduğu ve itirazın reddi üzerine olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılmasının istenildiği, Anayasa'nın 157 nci maddesine göre, 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, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 20. maddesinde "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Türk Milleti adına; askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların ilk ve son derece mahkemesi olarak yargı denetimini ve diğer kanunlarda gösterilen görevleri yapar. Ancak askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda; ilgilinin asker kişi olması şartı aranmaz. 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" hükmünün yer aldığı, anılan kurala göre, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin bir davaya bakabilmesi için dava konusu idari işlemde "asker kişiyi ilgilendirme" ve "askeri hizmete ilişkin bulunma" koşullarının birlikte gerçekleşmesinin zorunlu olduğu, olayda, albay olarak görev yaptığı Türk Silahlı Kuvvetlerinden, Gülhane Askeri Tıp Akademisi Hastanesi'nin "TSK'da Görev Yapamaz" raporu üzerine malulen emekliye ayrılan davacının, kadrosuzluk tazminatı ödenmemesi yolundaki işleminin iptali istemiyle dava açtığı anlaşılmakta olup, davalı idarece bu işlemin tesis edilmesi aşamasında askeri hizmetle ilgili bir değerlendirme yapılmadığı gibi, yargısal denetimi aşamasında da askeri kural ve gerekler yönünden bir değerlendirme yapılmasının söz konusu olmadığı, bu durumda, idari işlemin asker kişiyi ilgilendirmesi ve askeri hizmete ilişkin bulunması koşullarının birlikte gerçekleşmediği dikkate alınarak, davanın görüm ve çözümünün genel idari yargı yerinin görevinde bulunduğu sonucuna ulaşılmakla, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görev itirazının reddine ilişkin kararının kaldırılması gerektiği, bu nedenlerle, 2247 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılmasına ve dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermiştir.

Başkanlıkça, 2247 sayılı Yasa'nın 13. maddesine göre Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başsavcısı'nın da yazılı düşüncesi istenilmiştir.

ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ BAŞSAVCISI : Davacı, 30.10.2007 tarihinde Eskişehir 2 nci İdare Mahkemesi'nde, 6.11.2007 tarihinde de AYiM'de kayda geçen dava dilekçesinde özetle; GATA Nefroloji Bilim Dalı Başkanlığı'nın 28.7.2007 gün ve 256 no'lu, kronik böbrek yetmezliği ve hemodiyaliz hastası, D/44 F1 TSK'de görev yapamaz raporu sonucunda 21.8.2007 tarihinde malulen emekliye ayrıldığını, 30.8.2001 tarihinde albaylığa nasbedildiğini, 30.8.2006 tarihinden itibaren ise kadrosuzluk tazminatını hak ettiğini, 15.10.2007 tarihinde aldığı emekli maaşında kadrosuzluk tazminatının verilmediğini öğrendiğini, ancak bu tazminatı 30.8.2006 tarihinde hak ettiğini, 30.8.2006 tarihinden sonra kendi isteği ile veya başka bir nedenle emekliye ayrılmış olsaydı bu tazminatı alacağını, her zaman herkesin başına gelebilecek bir nedenle hastalanarak malulen emekliye ayrılmış olmasının, kazanmış olduğu kadrosuzluk tazminatı hakkını ortadan kaldırmayacağını, tesis edilen kadrosuzluk tazminatı verilmemesi işleminin hukuka aykırı olduğunu belirterek iptaline karar verilmesi istemi ile AYiM'de dava açtığı, davalı idare T.C. Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nca davada Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görevli olmadığı, dava konusu uyuşmazlığın görüm ve çözümünün genel idari yargı yeri olduğu belirtilerek görev itirazında bulunulduğu, AYiM 3. Dairesi'nin 1.5.2008 gün ve 2007/3192 Gensek., 2007/1213 Esas sayılı kararıyla; dava konusu uyuşmazlığın çözümünde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görevli olduğu gerekçesiyle davalı Kurumun görev itirazının reddine karar verildiği, davalı idarece olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılmasının talep edilmesi üzerine Danıştay Başsavcılığı'nın 30.10.2008 gün ve 2008/65 Esas sayılı kararıyla; davanın görüm ve çözümünün genel idari yargı yerinin görevinde bulunduğu, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görev itirazının reddine ilişkin kararın kaldırılması gerektiği belirtilerek olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılmasına ve dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmesi ve dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gönderilmesini müteakip 3.2.2009 tarihinde AYiM kaydına giren Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığı'nın 2.2.2009 gün ve 2009/39 Esas sayılı yazısı ile 2247 sayılı Kanun'un 13 üncü maddesi kapsamında konu ile ilgili Başsavcılıklarından düşünce bildirilmesinin istenildiğinin anlaşıldığı, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 20 nci maddesinde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görevlerinin hükme bağlandığı, anılan hükme göre Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nce "Askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların ilk ve son derece mahkemesi olarak yargı denetimi yapar" denildiği, asker kişinin tanımının yapıldığı aynı hükmün 2 nci fıkrasında ise, "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" hükmünü taşıdığı, 1602 sayılı Kanun'un 21 nci maddesinin ilk fıkrasına göre, "20 nci maddede belirtilen kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden dolayı; yetki, sebep, şekil, konu, maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından bahisle menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacak iptal davaları, aynı idari işlem ve eylemlerin haklarını ihlal etmesi halinde açılacak tam yargı davaları, doğrudan doğruya ve kesin olarak Askeri Yüksek İdari Mahkemesinde çözümlenir ve karara bağlanır" denildiği, Anayasa'nın, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi başlıklı 157 nci maddesinde yer alan göreve ilişkin hükümlerini yukarıda açıklandığı gibi benzer bir biçimde tekrarlayan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 20 nci ve 21 inci maddelerine göre uyuşmazlık konusunun askeri idari yargı yerinde görülebilmesi için iki koşulun bir arada gerçekleşmesi gerektiği, davacının 1602 sayılı AYİM Kanunu'nun 20 nci maddesi 2 nci fıkrası gereğince asker kişi sayıldığı, bu nedenle dava konusu işlemin asker kişiyi ilgilendirdiğinin tartışmasız olduğu, diğer koşulun ise davaya konu işlemin "askeri hizmete ilişkin" olması koşulu olduğu, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin birçok kararında belirtildiği üzere idari işlemin, görevli yargı yerinin tespiti yönünden "askeri hizmete ilişkin" olup olmadığının saptanabilmesi için işlemin konusuna bakılması gerektiği, eğer idari işlem askeri gereklere, askeri usul ve yönteme ve askeri hizmete göre tesis edilmiş ise bu işlemin askeri hizmete ilişkin bulunduğunun kabul edilmesi gerektiği, daha açık bir ifadeyle, askeri hizmete ilişkin idari işlemlerin, idarece bir asker kişinin askeri yeterlik ve yetenekleri, tutum ve davranışları, askeri geçmişi, asker kişi olmaktan kaynaklanan hak ve ödevleri, askerlik hizmetinin amacı, askeri görev yerlerinin özellikleri, askeri kural, gerek ve gelenekler gözönünde tutularak değerlendirilmesi sonucunda tesis edilen işlem olduğu, Türk Silahlı Kuvvetlerinin görev, kadro ve ihtiyaç durumu dikkate alınarak alınan kararlar sonucu emekliye sevk edilen personel ve bekleme süresini dolduran personel için öngörülen kadrosuzluk tazminatının ödenmesine esas alınan kriterlerin tamamen askeri hizmete ilişkin bulunduğu, vazifeden ayrılan personele şartları varsa kadrosuzluk tazminatının ödenip ödenmemesine ilişkin işlemin tesisinde askerlik hizmet süresinin, asker kişinin yeteneklerinin, asker kişinin geçmişinin, asker kişi olmaktan kaynaklanan hak ve ödevlerin, askeri görev yerinin özelliklerinin, askeri kural ve gereklerin göz önüne alınması gerektiği, uyuşmazlığın çözümünde de aynı hususların değerlendirileceği, asker kişi olmaktan kaynaklanan özlük haklarının da askere hizmete ilişkin olduğu, öte yandan, somut uyuşmazlığın çözümünde 926 sayılı Kanun hükümlerinin göz önüne alınması gerektiği, tüm bu hususlar nazara alındığında, dava konusu işlemin askeri hizmete ilişkin bulunduğu sonucuna varıldığı,

yapılan bu açıklamalara göre dava konusu olayda Anayasa'nın 157 nci ve 1602 sayılı AYİM Kanunu'nun 20 nci maddesinde öngörülen idari işlemin "askeri kişiyi ilgilendirmesi" ve "askeri hizmete ilişkin bulunması" koşulları birlikte gerçekleştiğinden, davanın görüm ve çözümünde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görevli olduğunun değerlendirildiği, bu nedenlerle; uyuşmazlığa konu edilen davanın görüm ve çözümü görevinin, idari yargı yerine değil; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne ait olduğu değerlendirildiğinden, davalı idarenin görev itirazının reddine dair AYİM 3.D'nin 1.5.2008 gün ve 2007/3192 Gensek., 2007/1213 Esas sayılı kararının kaldırılması yönündeki Danıştay Başsavcılığı'nın başvurusunun reddine ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görevli olduğuna karar verilmesi gerektiği yolunda yazılı düşünce vermiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE :

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Ahmet AKYALÇIN'ın Başkanlığında, Üyeler: Mustafa KICALIOĞLU, Mahmut BİLGEN, Turan KARAKAYA, Nüket YOKLAMACIOĞLU, Serdar AKSOY ve Coşkun GÜNGÖR'ün katılımlarıyla yapılan 6.7.2009 günlü toplantısında;

I-İLK İNCELEME : Başvuru yazısı ve dava dosyası üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi gereğince yapılan incelemeye göre, davalı idare vekilinin anılan Yasanın 10/2 maddesinde öngörülen yönteme uygun olarak yaptığı görev itirazının reddedilmesi ve 12/1. maddede belirtilen süre içinde başvuruda bulunması üzerine Danıştay Başsavcısı'nca, 10. maddede öngörülen biçimde olumlu görev uyuşmazlığı çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Usule ilişkin herhangi bir noksanlık bulunmadığından görev uyuşmazlığının esasının incelenmesine oybirliği ile karar verildi.

II-ESASIN İNCELENMESİ : Raportör-Hakim Nurdane TOPUZ'un, davanın çözümünde genel idari yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Danıştay Savcısı Gülen AYDINOĞLU'nun davada genel idari yargının, AYİM Savcısı Murat GÜNDOĞAN'ın, davada askeri idari yargının görevli olduğu yolundaki yazılı ve sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dava, malulen emekliye ayrılan davacı tarafından, 30.8.2001 yılında albaylığa nasbedildiğini, 30.8.2006 tarihinden itibaren ise kadrosuzluk tazminatını hak etmiş bulunduğunu, 15.10.2007 tarihinde aldığı emekli maaşında kadrosuzluk tazminatının verilmediğini öğrendiğini, oysa, bu tazminatı 30.8.2006 tarihinde hak ettiğini, malulen emekliye ayrılmasının kazanılmış olan kadrosuzluk tazminatı hakkını ortadan kaldırmayacağını ileri sürerek kazanılmış hakkı olan kadrosuzluk tazminatının emekli maaşına eklenmesine karar verilmesi 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; 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 25.12.1981 tarih ve 2568 sayılı Yasa ile değişik 20. maddesinin birinci fıkrasında, "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Türk Milleti adına; askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların ilk ve son derece mahkemesi olarak yargı denetimini ve diğer kanunlarda gösterilen, görevleri yapar. Ancak, askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda; ilgilinin asker kişi olması şartı aranmaz" denilmiştir.

Buna 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 gerekmektedir.

1602 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında, 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.

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

Dava konusu işlemin askeri hizmete ilişkin olup olmadığına gelince:

27/7/1967 gün ve 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun 49. maddesinin (f) bendinde(Değişik: 9/8/1993 - KHK - 499/9 md.), "Bekleme süreleri sonunda terfi ettirilemeyen general ve amiraller emekliye sevk edilirler.

Bunlardan:

I - Bekleme ve görev süresi sonunda emekliye sevk edilen veya bu süreler içerisinde kendi isteği üzerine emekliye ayrılan orgeneral-oramiraller,

II - Bekleme süresi sonunda, kadrosuzluk sebebiyle terfi ettirilemeyerek emekliye sevk edilen general ve amiraller,

III - Bu maddenin (d) bendi gereğince aynı rütbede hizmete devam ettirilerek kadrosuzluk nedeniyle, bir üst rütbeye terfi ettirilmeyip emekliye sevk edilen general ve amiraller,

IV - 47 nci maddenin (f) bendine göre korgeneral-koramiralliğe yükselemeyen ve bekleme süresi sonunda emekliye sevk edilen tümgeneral-tümamiraller,

V - Yaş haddinden emekliye ayrılan general- amiral ve albaylar ile,

VI - Kadrosuzluk nedeniyle yaş haddinden önce emekliye sevk edilen albay, yarbay, binbaşı ve yüzbaşılara,

emekliye sevk edildikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren, orgeneral aylığının (ek gösterge dahil); yüzbaşılara % 30'u, binbaşılara % 50'si, yarbaylara % 55'i, albaylara % 70'i, tuğgeneral-tuğamirallere % 75'i, tümgeneral-tümamirallere % 80'i, korgeneral-koramirallere % 90'ı, orgeneral-oramirallere % 100'ü oranında kadrosuzluk tazminatı rütbelerinin ve makamının yaş haddinden az olmamak üzere 65 yaşına kadar olan sürede Emekli Sandığınca ödenir. Ancak bu suretle verilecek emekli aylığı ve kadrosuzluk tazminatının toplamı, Silahlı Kuvvetlerde görevli aynı rütbedeki bütün emsalinden en az istihkak, tazminat ve aylık alanın eline geçenden fazla olamaz.

Emekli Sandığı, 3 aylık devreler halinde bu meblağı faturası karşılığında Hazineden tahsil eder.

Bu tazminatlar vergiye tabi değildir ve yaş haddinden önce ölenlerin varislerine intikal etmez" ve Ek 5. maddesinde (Mülga: 27/6//1989 - KHK - 375/23 md; Yeniden düzenleme: 9/8/1993-KHK - 499/23 md.), "49 uncu maddenin (d) bendi gereğince aynı rütbede hizmete devam ettirilen general ve amirallerden ve rütbe bekleme süresini dolduran albaylardan kendi isteği üzerine emekliye ayrılanlara da 49 uncu maddenin (f) bendi esaslarına uygun olarak kadrosuzluk tazminatı ödenir" hükmü yer almıştır.

İdari işlemin, görevli yargı yerinin tespiti yönünden "askeri hizmete ilişkin" olup olmadığının saptanabilmesi için işlemin konusuna bakılması gerekmektedir. İdari 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.

Olayda, P.Kıdemli Albay olarak görev yapmakta iken 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa göre malülen emekliliğe sevkedilerek emekli statüsüne girmiş olan davacıya, yaş haddinden önce kadrosuzluk nedeniyle veya isteği üzerine emekliye ayrılmamış olması nedeniyle kadrosuzluk tazminatı ödenmeyeceği yolunda Emekli Sandığınca işlem tesis edilirken ve bu işlemin yargısal denetimi sırasında askeri hizmete ilişkin askeri kural ve gerekler yönünden bir değerlendirme yapılmayacağı kuşkusuzdur.

Belirtilen durum karşısında, Anayasa'nın 157. ve 1602 sayılı Yasa'nın 20. maddelerinde öngörülen koşullardan, "askeri hizmete ilişkin bulunma" koşulu gerçekleşmediğinden, davanın görüm ve çözümünün genel idari yargı yerinin görevine girdiği sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Danıştay Başsavcısı'nca yapılan başvurunun kabulü ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Üçüncü Dairesi'nce verilen görevlilik kararının kaldırılması gerekmiştir.

SONUÇ: Davanın çözümünde GENEL İDARİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Danıştay Başsavcısı'nın BAŞVURUSUNUN KABULÜ ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Üçüncü Dairesi'nin 1.5.2008 gün ve E:2007/1213 sayılı GÖREVLİLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 6.7.2009 gününde Üyelerden Nüket YOKLAMACIOĞLU, Serdar AKSOY ve Coşkun GÜNGÖR'ün KARŞIOYLARI ve OYÇOKLUĞU İLE KESİN OLARAK karar verildi.

KARŞI OY

Dava, malulen emekliye ayrılan davacı tarafından, 30.8.2001 yılında albaylığa nasbedildiğini, 30.8.2006 tarihinden itibaren ise kadrosuzluk tazminatını hak etmiş bulunduğunu, 15.10.2007 tarihinde aldığı emekli maaşında kadrosuzluk tazminatının verilmediğini öğrendiğini, oysa, bu tazminatı 30.8.2006 tarihinde hak ettiğini, malulen emekliye ayrılmasının kazanılmış olan kadrosuzluk tazminatı hakkını ortadan kaldırmayacağını ileri sürerek kazanılmış hakkı olan kadrosuzluk tazminatının emekli maaşına eklenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 20 nci maddesinde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görevleri hükme bağlanmıştır. Anılan hükme göre, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, "Askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların ilk ve son derece mahkemesi olarak yargı denetimini yapar" denilmiştir. Asker kişinin tanımının yapıldığı aynı hükmün 2 nci fıkrası ise, "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" hükmünü taşımaktadır.

1602 sayılı Kanun'un 21 nci maddesinin ilk fıkrasına göre, "20 nci maddede belirtilen kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden dolayı; yetki, sebep, şekil, konu, maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından bahisle menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacak iptal davaları, aynı idari işlem ve eylemlerin haklarını ihlal etmesi halinde açılacak tam yargı davaları, doğrudan doğruya ve kesin olarak Askeri Yüksek İdari Mahkemesinde çözümlenir ve karar bağlanır " denilmektedir.

Anayasanın, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi başlıklı 157 nci maddesinde yer alan göreve ilişkin hükümlerini yukarıda açıklandığı gibi benzer bir biçimde tekrarlayan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 20 nci ve 21 nci maddelerine göre uyuşmazlık konusunun askeri idari yargı yerinde görülebilmesi için iki koşulun bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir.

Davacının 1602 sayılı Kanunun 20 nci maddesi 2 nci fıkrası gereğince asker kişi sayıldığı, bu nedenle dava konusu işlemin asker kişiyi ilgilendirdiği tartışmasızdır.

Diğer koşul ise davaya konu işlemin "askeri hizmete ilişkin" olması koşuludur. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin birçok kararında belirtildiği üzere idari 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 bulunduğu kabul edilmelidir. Daha açık bir ifadeyle, askeri hizmete ilişkin idari işlemler, idarece bir asker kişinin askeri yeterlik ve yetenekleri, tutum ve davranışları, askeri geçmişi, asker kişi olmaktan kaynaklanan hak ve ödevleri, askerlik hizmetinin amacı, askeri görev yerlerinin özellikleri, askeri kural, gerek ve gelenekler göz önünde tutularak değerlendirilmesi sonucunda tesis edilen işlemlerdir.

Subayların görev ve yükümlülükleri, terfileri, özlük hakları 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nda düzenlenmiştir. Personel Kanununun 41 nci maddesinde subay hizmet kadrolarının Genelkurmay Başkanlığınca hizmet ihtiyacına göre tespit edileceği belirtilmiş, 49 ncu maddesi (f) fıkrasında yaş haddinden emekliye ayrılan general-amiral ve albaylara kadrosuzluk tazminatının Emekli Sandığınca ödenmesi öngörülmüş, aynı fıkrada Emekli Sandığınca 3 aylık devreler halinde bu meblağın faturası karşılığında Hazineden tahsil edilmesi hüküm altına alınmıştır. 926 sayılı Kanun'un Ek 5 nci maddesinde rütbe bekleme süresini dolduran albaylardan kendi isteği üzerine emekliye ayrılanlara da kadrosuzluk tazminatı ödeneceği belirtilmiştir.

Türk Silahlı Kuvvetlerinin görev, kadro ve ihtiyaç durumu dikkate alınarak alınan kararlar sonucu emekliye sevk edilen personel ve bekleme süresini dolduran personel için öngörülen kadrosuzluk tazminatının ödenmesine esas alınan kriterler tamamen askeri hizmete ilişkindir. Vazifeden ayrılan personele şartları varsa kadrosuzluk tazminatının ödenip ödenmemesine ilişkin işlemin tesisinde askerlik hizmet süresinin, asker kişinin yeteneklerinin, asker kişinin geçmişinin, asker kişi olmaktan kaynaklanan hak ve ödevlerinin, askeri görev yerinin özelliklerinin, askeri kural ve gereklerin göz önüne alınması gerekmektedir. Uyuşmazlığın çözümünde de aynı hususlar değerlendirilecektir. Asker kişi olmaktan kaynaklanan özlük hakları da askere hizmete ilişkindir. Öte yandan; somut uyuşmazlığın çözümünde 926 sayılı Kanun hükümlerinin göz önüne alınması gerekmektedir. Tüm bu hususlar nazara alındığında, dava konusu işlemin askeri hizmete ilişkin bulunduğu sonucuna varılmıştır.

Yapılan bu açıklamalara göre dava konusu olayda Anayasa'nın 157 nci ve 1602 sayılı AYİM Kanunu'nun 20 nci maddesinde öngörülen idari işlemin "askeri kişiyi ilgilendirmesi" ve "askeri hizmete ilişkin bulunması" koşulları birlikte gerçekleştiğinden, davanın görüm ve çözümünde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; davanın çözümünün Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görevinde bulunduğu görüşüyle, uyuşmazlığın çözümünde genel idari yargının görevli olduğu yolundaki karara katılmıyoruz.