Hukuk Bölümü 2010/79 E., 2011/8 K.

"İçtihat Metni"

Davacı : M. K.

Vekili : Av. F. O.

Davalı : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı

Vekili : Av. V. B.

O L A Y : Davacı vekili dava dilekçesinde; Türk Silahlı Kuvvetlerinde 2002 tarihinde Piyade Uzman Çavuş olarak göreve başlayan müvekkilinin, sağ kulağından kan gelmeye başlaması nedeniyle, bu durumun 12.08.2008 tarihli tutanakla tespit edildiğini, rahatsızlığı sebebiyle 28.08.2008 tarihinde Diyarbakır Askeri Hastanesi, Sağlık Kurulunun 28.8.2008 tarihli ve daha sonra Ankara Mevki Hastanesi Sağlık Kurulunun 28.11.2008 tarihli raporları ile "Sağ Kulakta Total İşitme Kaybı" tanısı yapıldığını ve TSK Personeli Sağlık Muayene Yönergesinin 19/B-F3 maddesi uyarınca "TSK'de Uzman Erbaş olarak görev yapamaz" kararı verildiğini; bu durumun, müvekkilinin Şırnak J. Kom. Hrk. Tb. K.'lığı 2. Özel Harekât BI. K.'lığı emrinde 10.08.2007 tarihinden itibaren "makineli tüfek nişancısı" olarak Ağustos ve Aralık-2007; Mart ve Nisan-2008 tarihlerinde icra edilen özel birlik operasyonlarında görev yapmış olmasından kaynaklandığını ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında bulunduğunu; davacının sağlık durumu nedeniyle hakkında vazife malullüğü hükümlerinin uygulanarak aylık bağlanması için yaptıkları başvurunun 07.04.2009 günlü Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı işlemiyle reddedildiğini belirterek, sonuçta; müvekkilinin, 3713 sayılı Kanun kapsamında vazife malulü olarak değerlendirilmesi taleplerinin reddi işleminin iptaline, yoksun kalınan maaş farkları ve diğer özlük haklarının hak ediş tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle, genel idari yargı yerinde dava açmıştır.

Davalı Kurum vekili, birinci savunma dilekçesinde, davada askeri idari yargının görevli olduğunu ileri sürerek görev itirazında bulunmuştur.

ANKARA 8. İDARE MAHKEMESİ; 08.10.2009 gün ve E: 2009/794 sayı ile, 2577 sayılı Yasanın 2. maddesinde; "İdari dava türleri, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı açılan iptal davaları; idari işlem ve eylemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları; kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı açılan davalar olarak sayıldığı; idari yargının idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimini yapmakla görevli olduğunun kurala bağlandığı; idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davalarının; idari dava türlerinden biri olduğu; idarenin, idare hukuku alanında kamu gücüne dayalı olarak re-sen ve tek yanlı irade açıklaması sonucu tesis etmiş olduğu işlemlere, hukuk alanında yeni durumlar oluşturmasıyla idari işlem kimliği kazandırmakta ve kural olarak bu işlemlerin özel yasal düzenlemeler dışında, idari yargı denetimine tabi bulunduğu; 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun "Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görevleri" başlıklı: 20. maddesinde " (Değişik: 25/12/1981 - 2568/1 md.) 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, aynı kanunun "İdari davalar ve yargı yetkisinin sınırı" başlıklı: 21. maddesinde; " - (Değişik: 25/12/1981 - 2568/1 md.) 20 nci maddede belirtilen kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden dolayı; yetki, sebep, şekil, konu ve 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 İdare Mahkemesinde çözümlenir ve karara bağlanır…

….." hükmünün yer aldığı; 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun Ek 77. Maddesi ile harp malulleri ve 2330,2453,2566,2629,926,3713 sayılı Yasalar kapsamındaki görevler nedeniyle malul olanlara veya bunların ölümleri halinde de dul ve yetimlerine bağlanan aylıkların, kendisine aylık bağlananlar ile malullerin emsalleri esas alınarak yükseltilmesine olanak tanınmış ve aylıkların hesaplanmasında, emsali unvan ve rütbenin derece ve kademesinin gösterge ve ek göstergesi ile bu yasanın Ek 70. Maddesine göre emekli aylığına yansıtılan tutarın esas alınacağına işaret edildiğinden davalı idarece işlem tesis edilirken bu işlemin yargısal denetimi sırasında askeri kural ve gerekleri yönünden bir değerlendirme yapılması gerekmemekte olup, 3713 sayılı kanuna göre aylık bağlanıp bağlanmamasına ilişkin olarak tesis edilen dava konusu işlemin askeri hizmete ilişkin bulunduğundan söz etmenin mümkün bulunmadığı; dosyanın incelenmesinden, Türk Silahlı Kuvvetlerinde Piyade Uzman Çavuş olarak çalışan davacının sağ kulağındaki işitme kaybı, sol kulağında ise kısmen işitme kaybından dolayı vazife malullüğünden emekli edilmek istemiyle davalı idareye başvurduğu ve bu talebinin reddi üzerine görülmekte olan davanın açıldığının anlaşılmış olduğu, yukarda belirtilen kanun hükümleri doğrultusunda dava konusu uyuşmazlıkta 3713 sayılı kanun maddelerinin uygulanmasının gerekmekte olduğu, iş bu davada 1602 sayılı AYİM Kanununda aranan "asker kişileri ilgilendirme ve askeri hizmete ilişkin olma" şartlarının birlikte bulunmadığı anlaşıldığından, davanın genel görevli mahkeme olan İdare mahkemesinde görülmesinin gerektiği; bu nedenlerle, görev itirazının reddine, Mahkemelerinin görevli olduğuna karar vermiştir.

Davalı idare vekilince, süresinde verilen dilekçe ile, askeri idari yargı yararına olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılması istemiyle başvuruda bulunulması üzerine, dava dosyası Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başsavcılığı'na gönderilmiştir.

ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ BAŞSAVCISI; Davacının, Şırnak J.Komd. Tb.K. lığında görev yaptığı sırada çeşitli operasyonlara katılması sonrasında sağ kulağından kan gelmeye başlaması üzerine, bu durumun 12.08.2008 tarihli tutanakla tespit edildiği, rahatsızlığı sebebiyle 28.08.2008 tarihinde Diyarbakır Askeri Hastanesi, 28.11.2008 tarihinde Mevki Asker Hastanesi tarafından "Sağ kulakta total işitme kaybı" teşhisi konulduğu ve müteakiben hakkında TSK'da görev yapamaz kararı verildiği; davacının bu olay nedeniyle 3713 sayılı Kanun gereğince aylık bağlanması talebiyle vekili aracılığıyla idareye müracaat ettiği, davalı idarenin 07.04.2009 tarihli cevabi yazısı ile bu talebin reddedilmesi üzerine bu işlemin iptali istemi ile vekili aracılığıyla Ankara 8'inci İdare Mahkemesine iptal davası açtığı, davalı idarenin davada Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görevli olduğuna ilişkin görev itirazı üzerine Ankara 8'inci İdare Mahkemesinin 08.10.2009 tarih ve 2009/794 sayılı kararı ile görevlilik kararı verildiği ve iş bu görevlilik kararına davalı idarece itiraz edilmesi üzerine Ankara 8'inci İdare Mahkemesince Uyuşmazlık Mahkemesi Kanununun 12'nci maddesi uyarınca dava dosyasının AYİM. Başsavcılığına gönderildiğinin anlaşıldığı; 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 20'inci maddesinde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görevlerinin hükme bağlandığı, anılan hükme göre Askeri Yüksek İdare Mahkemesince "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'inci 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 Kanunun 21 'inci 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" denildiği; 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 Kanununun 20'nci ve 21'inci maddelerine göre uyuşmazlık konusunun Askeri İdari Yargı yerinde görülebilmesi için iki koşulun bir arada gerçekleşmesinin gerektiği; "Asker kişiyi ilgilendirme" koşulundan davacının hizmette ya da görevden ayrılmış ve 1602 sayılı Kanunun 20'nci maddesinde sayılan asker kişilerden olması anlaşılabileceği gibi, işlemin "bir asker kişi gözetilerek" tesis edilmesi halinde de davacının bu asker kişiden hareketle menfaat ihlali iddiasında bulunan kişilerden (Örneğin; eşi, anababası, çocukları vs.) olması halinde de söz konusu koşulun gerçekleştiğinin kabul edildiği, bu açıklamalara nazaran; davacının "asker kişi" olduğu konusunda tereddüt bulunmadığı; diğer koşulun ise davaya konu işlemin "askeri hizmete ilişkin" olması koşulu olduğu, Uyuşmazlık Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği üzere idari işlemin, görevli yargı yerinin tespiti yönünden "askeri hizmete ilişkin" olup olmadığının saptanabilmesi için işlemin konusuna bakılmasının gerektiği; eğer idari işlem askeri gereklere, askeri usul ve yönteme ve askeri hizmete göre tesis edilmiş ise bu işlemin askeri hizmete ilişkin bulunduğunun kabul edileceği; 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 göz önünde tutularak değerlendirilmesi sonucunda tesis edilen işlem olduğu; dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; davacının, uzman çavuş olarak görev yapmakta iken icra edilen operasyonlar sonucu sağ kulağında total işitme kaybı meydana gelmesi nedeniyle görev sebebiyle yaralandığını iddia ettiği ve davalı idare ile davacı arasında bu konuda ihtilaf bulunduğunun görüldüğü, bu ihtilafın çözümü için açılan davada, davalı idare tarafından tesis edilen işlemin hukuka uygunluğunun denetimini yapacak yargılama makamının, "idari işlem veya eylemin yöneldiği asker kişinin, 3713 sayılı yasa kapsamında bir görev ifa edip etmediğini; yaralanması ve sakat kalmasının bu görev sırasında meydana gelen olaylardan kaynaklanıp kaynaklanmadığı" sorunlarını değerlendirilmesi ve çözmesi gerektiğinin anlaşıldığı; dava konusu ihtilaf çerçevesinde, 3713 sayılı Kanun kapsamında aylık bağlanması talebinin reddi işleminin hukuka uygunluğu denetlenirken; maluliyetin 3713 sayılı kanun kapsamında bir görevin ifası sırasında ya da bu görev nedeniyle meydana gelip gelmediğinin incelenmesi gerektiğinin açık olduğu, bu kapsamda olmak üzere, asker kişinin askeri yeterlik ve yeteneklerinin, icra ettiği askeri görevler kapsamındaki tutum ve davranışlarının, askeri geçmişinin, asker kişi olmaktan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerinin; askeri hizmetten kaynaklanan durumların, askeri görevlerin icra ediliş biçimlerinin, askeri kural ve gereklerin göz önünde tutularak bir değerlendirme yapılacak olması nedeniyle, somut olayda "idari işlemin askeri hizmete ilişkin bulunması" koşulunun da gerçekleştiğinin anlaşılmış bulunduğu, Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 11.12.2006 gün ve 2006/246 E. 2006/236 K. sayılı kararında benzer bir davada aynı karara varıldığının görüldüğü; açıklanan nedenlerle, dava konusu olayda Anayasanın 157 nci ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 20'nci maddesinde öngörülen idari işlemin "asker kişiyi ilgilendirmesi" ve "askeri hizmete ilişkin bulunması" koşulları birlikte gerçekleştiğinden, davanın görüm ve çözümünde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görevli bulunduğunun değerlendirildiği; bu nedenlerle Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 08.10.2009 tarih ve 2009/794 sayılı görevlilik kararının kaldırılmasının gerektiği gerekçesiyle, askeri idari yargı yararına olumlu görev uyuşmazlığı çıkarmış olup, 2247 sayılı Yasa'nın 10, 12 ve 13'üncü maddeleri gereği görev konusunun incelenmesini Uyuşmazlık Mahkemesi'nden istemiştir.

Başkanlıkça, 2247 sayılı Yasa'nın 13. maddesine göre Danıştay Başsavcısı'nın da yazılı düşüncesi istenilmiştir.

DANIŞTAY BAŞSAVCISI; Uzman Çavuş olan davacının, sağ kulağından kan gelmesi nedeniyle yapılan tetkikler neticesinde, Diyarbakır Askeri Hastanesi Sağlık Kurulunun 28.8.2008 tarihli ve daha sonra Ankara Mevki Hastanesi Sağlık Kurulunun 28.11.2008 tarihli raporları ile "Sağ Kulakta Total İşitme Kaybı" tanısı yapılması ve TSK Personeli Sağlık Muayene Yönergesinin 19/B-F3 maddesi uyarınca "TSK'de Uzman Erbaş olarak görev yapamaz" kararı verilmesi üzerine, Şırnak J. Kom. Hrk. Tb. K.'lığı 2. Özel Harekât BI. K.'lığı emrinde 10.08.2007 tarihinden itibaren "makineli tüfek nişancısı" olarak Ağustos ve Aralık-2007; Mart ve Nisan-2008 tarihlerinde icra edilen özel birlik operasyonlarında görev yapmış olmasından kaynaklandığını ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında bulunduğunu ileri sürdüğü sağlık durumu nedeniyle hakkında vazife malullüğü hükümlerinin uygulanarak aylık bağlanması için yaptığı başvurunun reddine ilişkin 07.04.2009 günlü Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı işleminin iptali ve yoksun kaldığı aylık farkları ve diğer özlük haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesi istemiyle Ankara 8. İdare Mahkemesinin 2009/794 sayılı esasında açtığı davada, davalı idarenin görev itirazının reddi üzerine Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başsavcılığınca olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılmış olmakla dosyanın incelendiği; Anayasanın 157 nci maddesine göre 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; 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 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 Mahkemesinin bir davaya bakabilmesi için dava konusu idari işlemde "asker kişiyi ilgilendirme" ve "askeri hizmete ilişkin bulunma" koşullarının birlikte gerçekleşmesinin zorunlu bulunduğu; olayda, hakkında Ankara Mevki Hastanesi Sağlık Kurulunun 28.11.2008 tarihli raporu ile "Sağ Kulakta Total İşitme Kaybı" tanısı nedeniyle TSK Personeli Sağlık Muayene Yönergesinin 19/B-F3 maddesi uyarınca "TSK'de Uzman Erbaş olarak görev yapamaz" kararı verilmesi üzerine davacının, sağlık sorununun "makineli tüfek nişancısı" olarak Ağustos ve Aralık-2007 ; Mart ve Nisan-2008 tarihlerinde 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında icra edilen özel birlik operasyonlarında görev yapmış olmasından kaynaklandığını ileri sürerek, hakkında vazife malullüğü hükümlerine göre aylık bağlanması için yaptığı başvurunun reddine ilişkin 07.04.2009 günlü Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı işleminin iptali ve yoksun kaldığı aylık farkları ve diğer özlük haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açtığı davada, kulağından kan gelmesi ve işitme kaybının askeri hizmete ilişkin bir eylemden kaynaklandığı yolunda sağlık kurumlarınca yapılmış bir tespit bulunmadığı; ayrıca, 5434 sayılı Yasa'nın maluliyet aylığı hükümlerinin uygulanmasına ilişkin dava konusu işlemin tesis edilmesi aşamasında askeri hizmete ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı gibi, yargısal denetimi aşamasında da askeri kural ve gerekler yönünden değil tamamen hukuki durum açısından bir denetim yapılmasının gerekmekte olduğu; bu durumda, olayda, idari işlemin asker kişiyi ilgilendirmesi ve askeri hizmete ilişkin bulunması koşullarının birlikte gerçekleşmediği dikkate alındığında, davanın görüm ve çözümünün genel idari yargının görevinde bulunduğu sonucuna ulaşıldığı; bu nedenlerle, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başsavcılığınca 2247 sayılı Yasanın 10 uncu maddesi uyarınca yapılan başvurunun reddi gerektiği yolunda yazılı düşünce vermiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE :

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Ahmet AKYALÇIN'ın Başkanlığında, Üyeler: Mahmut BİLGEN, Erdoğan BUYURGAN, Sıddık YILDIZ, Ayper GÖKTUNA, Muhittin KARATOPRAK ve Sedat ÇELENLİOĞLU'nun katılımlarıyla yapılan 07.02.2011 günlü

toplantısında:

I-İLK İNCELEME: Dava dosyası üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi gereğince yapılan incelemeye göre, davalı idare vekilinin anılan Yasa'nın 10/2. maddesinde öngörülen yönteme uygun olarak yaptığı görev itirazının reddedilmesi ve 12/1. maddede belirtilen süre içinde başvuruda bulunması üzerine Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başsavcılığı'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 Taşkın ÇELİK'in, davanın çözümünde askeri idari yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Danıştay Savcısı Mehmet AKKAYA'nın davada genel idari yargının, A.Y.İ.M. Savcısı Hakan Ali TURGUT'un davada askeri idari yargının görevli olduğu yolundaki yazılı ve sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ :

Dava, Uzman Çavuş olarak çalıştığı dönemde, çeşitli operasyonlara katılması sonrasında sağ kulağından kan gelmeye başlayan, konulan teşhise müteakiben hakkında TSK'da görev yapamaz kararı verilen davacının; bu olay nedeniyle 3713 sayılı Kanun kapsamında vazife malulü olarak değerlendirilip aylık bağlanması talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali, yoksun kalınan maaş farkları ve diğer özlük haklarının hak ediş tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte ödenmesine 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 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.

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

Dava konusu işlemin askeri hizmete ilişkin olup olmadığına gelince:

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.

Davacı vekili tarafından, P.Uzm. Çvş. olarak görev yapan müvekkilinin görevini yaparken kulağından kan gelmesi nedeniyle düzenlenen tutanak, yapılan tetkikler, Sağlık Kurulu raporları ile belirlenen işitme kaybı teşhisi ve "TSK'de Uzman Erbaş olarak görev yapamaz" kararı ile oluşan sürecin; müvekkilinin Şırnak J. Kom. Hrk. Tb. K.'lığı 2. Özel Harekât BI. K.'lığı emrinde 2007-2008 yıllarında icra edilen özel birlik operasyonlarında "makineli tüfek nişancısı" olarak görev yapmasından kaynaklandığı ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında bulunduğu, bu kapsamda vazife malulü olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürüldüğüne göre; davacının hastalığının askerlik görevinin neden ve etkisiyle meydana gelip gelmediğinin saptanmasında, tıbbi bulgu ve değerlendirmelerin yanı sıra askerlik hizmetinin amacı ve askeri görev yerlerinin özellikleri göz önüne alınarak ilgilinin askeri yeterlik ve yetenekleri ile askeri geçmişinin değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

Bu durumda, dava konusu işlemin, askeri gereklere, askeri usul ve yönteme ve askeri hizmete göre tesis edildiğinin ve bu nedenle de askeri hizmete ilişkin bulunduğunun kabulü gerekir.

Belirtilen durumlara göre ve olayda Anayasa'nın 157. ve 1602 sayılı Yasa'nın 20. maddelerinde öngörülen, idari işlemin asker kişiyi ilgilendirmesi ve askeri hizmete ilişkin bulunması koşulları birlikte gerçekleştiğinden, davanın görüm ve çözümü Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görevine girmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başsavcısı'nın başvurusunun kabulü ile İdare Mahkemesince verilen görevlilik kararının kaldırılması gerekmiştir.

SONUÇ : Davanın çözümünde ASKERİ İDARİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başsavcısı'nın BAŞVURUSUNUN KABULÜ ile Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 08.10.2009 gün ve E:2009/794 sayılı GÖREVLİLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 07.02.2011 gününde OYBİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.