Hukuk Bölümü 2011/176 E. , 2011/246 K.

- : T.T.A.Ş.'DE ÇALIŞIRKEN 4046 SAYILI YASA'NIN 22. MADDESI UYARINCA BAŞKA KURUMA NAKLEDILEN DAVACI TARAFINDAN, ÖZELLEŞTIRME TARIHINDEN SONRA AÇILAN DAVANIN, ADLİ YARGI YERİNDE ÇÖZÜMLENMESI GEREKTIĞI HK.

"İçtihat Metni"

Davacı : H.K.

Davalı : T.T.A.Ş.

Vekili : Av. E.İ. - Av. E.B.P.

O L A Y : T.T.A.Ş. Erzurum İl Telekom Müdürlüğünde sözleşmeli personel statüsünde Koruma ve Güvenlik Görevlisi olarak görev yapmakta iken, 406 sayılı Yasa'nın Ek-29. maddesi ile 4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesine göre diğer kamu kurum ve kuruluşlarına naklinin yapılması için adı Devlet Personel Başkanlığına bildirilen davacı, 2006 yılı Nisan ayında DSİ VIII. Bölge Müdürlüğü emrine atanmıştır.

Davacı, 2005 yılı Sicil ve Başarı Değerlendirmesi Raporunun (B) düzeyinde düzenlenmesi ve özel hizmet tutarının temel ücretine % 4 olarak yansıtılması işleminin iptali istemiyle 16.12.2010 tarihinde idari yargı yerinde dava açmıştır.

Davalı vekilince birinci savunma dilekçesinde, davanın adli yargının görev alanına girdiği öne sürülerek görev itirazında bulunulmuştur.

ERZURUM 1. İDARE MAHKEMESİ: 19.1.2011 gün ve E: 2010/1612 sayı ile; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2.maddesinin (a) bendinde; 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 türleri arasında sayıldığı; 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5.maddesinin (a) bendinde ise, Vergi Mahkemelerinin görevine giren davalarla, ilk derece Danıştay' da çözümlenecek olanlar dışındaki iptal ve tam yargı davalarını çözümlemenin idare mahkemelerinin görevleri arasında sayıldığı; 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 1. Maddesinin 4502 sayılı Yasa ile eklenen ve 4673 sayılı Yasanın 1. maddesi ile değişikliğe uğrayan 9. fıkrasında; "Türk Telekom, bu Kanun ve özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim Şirkettir. Bu Kanun hükümleri saklı kalmak üzere, kamu iktisadi teşebbüsleri de dahil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat Türk Telekom'a uygulanmaz." hükmüne yer verildiği; öte yandan 4502 sayılı Kanun'un Geçici 3. maddesi ile T.T.A.Ş.nin, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ekindeki "B- Kamu İktisadi Kuruluşları (KİK)" bölümünde yer alan kuruluşlar listesinden çıkarıldığı; bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde; Türk Telekom A.Ş'nin 14.11.2005 tarihine kadar hisselerinin tamamı kamuya ait bulunan kendine özgü statüye sahip bulunan kamu kuruluşu niteliğinde bulunduğu, ancak özelleştirme kapsamında bulunan Türk Telekom A.Ş.deki tamamı Hazineye ait bulunan hisselerden %55'inin 14.11.2005 tarihli Hisse Satış Sözleşmesi ile Ojer Telekomünikasyon A.Ş.'ye satıldığı, dolayısıyla Türk Telekom A.Ş'nin kamu kuruluşu niteliğinin bu tarih itibariyle son bulduğu, 14.11.2005 tarihi itibariyle kamu kuruluşu olmayan tamamen özel hukuk hükümlerine tabi bir şirket olan Türk Telekom AŞ.nin, anılan tarihten sonra tesis ettiği işlemlerin idari işlem niteliğini haiz olmadığının anlaşıldığı; dosyanın incelenmesinden; davacının T.T.A.Ş Erzurum il Müdürlüğü emrinde 2006 yılına kadar 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi olarak sözleşmeli personel statüsünde görev yapmakta iken özelleştirme kapsamında başka bir kuruma atamasının yapıldığı ve halen burada görev yaptığı, davacı tarafından T.T.A.Ş'de görev yaptığı dönemdeki 2005 yılı Sicil ve Başarı Değerlendirme Raporunun 80 (B) olarak düzenlenmesi ve özel hizmet tutarının temel ücretine %8 yerine %4 olarak yansıtılmasına dair işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığının anlaşıldığı; bu durumda; dava konusu sicil raporunun, davacının T.T.A.Ş.'de görev yaptığı 2005 yılındaki durumu değerlendirilerek tesis edildiği, Türk Telekom A.Ş'nin 14.11.2005 tarihine kadar, hisselerinin tamamı kamuya ait bulunan, kendine özgü statüye sahip bir kamu kuruluşu niteliğinde bulunduğu, Türk Telekom A.Ş'nin kamu kuruluşu niteliğinin bu tarih itibariyle son bulduğu, dolayısıyla davacının 2005 yılındaki durumunun değerlendirildiği sicil raporunun ait olduğu dönemde Türk Telekom A.Ş'nin henüz özel hukuk hükümlerine tabi olmadığı anlaşıldığından, davacının 2005 yılı Sicil ve Başarı Değerlendirme Raporunun 80 (B) olarak düzenlenmesi ve özel hizmet tutarının temel ücretine %8 yerine %4 olarak yansıtılmasına dair işlemin iptali istemiyle açtığı davanın görüm ve çözümünün İdare Mahkemesine ait olduğu sonucuna varıldığı gerekçesiyle davalı vekilinin görev itirazının reddine, Mahkemelerinin görevliliğine karar vermiştir.

Davalı vekilince süresi içinde verilen dilekçe ile olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılması istemiyle başvuruda bulunulması üzerine dilekçe, dava dosyası ile birlikte Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmiştir.

YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCISI; Telekomünikasyon şebekeleri üzerinden sunulan ulusal ve uluslararası ses iletimini ihtiva eden telefon hizmetlerini 31.12.2003 tarihine kadar "tekel" olarak yürütmekle görevli kılınan ve çoğunluk hisseleri kamuya ait bulunan Türk Telekom'un, tekel kapsamında kamu hizmeti yürüten, ancak kuruluş yasasındaki son düzenlemeler ile kendine özgü statüye sahip olan ve sermayesindeki kamu payı %50' nin altına düşünceye kadar kamu kuruluşu niteliğini taşıyan bir kuruluş olduğu; özelleştirme kapsamında bulunan T.T.A.Ş.'deki tamamı Hazineye ait bulunan hisselerden % 55'i, Bakanlar Kurulu'nun 25.7.2005 tarih ve 2005/9146 sayılı "T.T.Anonim Şirketinin" % 55 oranındaki Hissesinin Blok Olarak Satışına İlişkin Nihai Devir İşlemlerine Dair Kararın Yürürlüğe Konulması Hakkında Karar"ı uyarınca, 14.11.2005 tarihli Hisse Satış Sözleşmesi ile Ojer Telekomünikasyon A.Ş.'ne satıldığı; Anayasa'nın 128. maddesinde, "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür" hükmünün yer aldığı; 406 sayılı Yasa'nın Ek 29. maddesinin 3.7.2005 tarih ve 5398 sayılı Kanunla değişik birinci fıkrasında, "Türk Telekom hisselerinin devri sonucu kamu payının yüzde ellinin altına düşmesi durumunda; Türk Telekom'da ek 22 nci maddenin (a) bendinin bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri uyarınca belirlenen asli ve sürekli görevlerde çalışmakta olanlar ile 22.1.1990 tarihli ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi olarak kadrolu veya sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ve kapsam dışı personel, kamu görevlerinden yüz seksen gün aylıksız izinli sayılır. Bu personel belirtilen süre içinde Türk Telekom'da çalışmaya devam eder ve hisse devir tarihinden nakli için Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihe kadarki aylık ücret, harcırah, sağlık giderleri, cenaze giderleri ve ölüm yardımı ile diğer mali ve özlük haklan Türk Telekom tarafından karşılanır... " hükmünün yer aldığı; bu duruma göre, davalı Türk Telekom hisselerinin devrinin fiilen gerçekleştiği tarihten sonra davacı ile davalı şirket arasındaki uyuşmazlığın, davacının 2005 yılı "sicil değerlendirme ve başarı raporunun" 80 (B) olarak düzenlenmesi ve özel hizmet tutarının temel ücretine %8 yerine %4 olarak yansıtılmasına ilişkin işlemin iptali talebinden kaynaklandığı; öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Dava Türleri ve

İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2. maddesinin değişik 1 numaralı bendinde: "a) (Değişik: 8.6.2000–4577/5md) idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları, b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları, c) (Değişik: 18.12.1999–4492/6 md.) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar"ın idari dava türleri olarak sayıldığı; kural olarak, idari yargıda ancak Devlete ve kamu tüzel kişilerine karşı açılan davalara bakılabileceği; dolayısıyla, işlemin tesis edildiği tarihte davalı mevkiinde kamu kuruluşu niteliği taşımayan T.T.A.Ş.'nin davalı olması karşısında, ortada idari yargı yetkisi kapsamında açılmış bir idari dava bulunduğundan söz etmenin olanaksız olduğu; belirtilen tüm bu hususlara göre, daha önce davalı şirkette görev yapmış olan davacının isteminin; özelleştirilen kuruluş tarafından reddedilmesi üzerine açılan davanın, özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli bulunduğu; bu nedenlerle, 2247 sayılı Kanun'un 10. ve 13. maddeleri gereğince, olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılmasına, dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine karar vermiştir.

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

DANIŞTAY BAŞSAVCISI; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinin 1/a fıkrasında, 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 türleri arasında sayıldığı; 406 sayılı Yasa'nın 3.7.2005 günlü, 5398 sayılı Yasa ile değişik Ek-29. maddesinde; "Türk Telekom hisselerinin devri sonucu kamu payının yüzde ellinin altına düşmesi durumunda; Türk Telekom'da Ek-22. maddenin (a) bendinin bu Kanun'la yürürlükten kaldırılan hükümleri uyarınca belirlenen asli ve sürekli görevlerde çalışmakta olanlar ile 22.1.1990 günlü, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye tabi olarak kadrolu veya sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ve kapsam dışı personel, kamu görevlerinden yüzseksen gün aylıksız izinli sayılır. Bu personel belirtilen süre içinde Türk Telekom'da çalışmaya devam eder ve hisse devir tarihinden nakil için Devlet Personel Başkanlığı'na bildirildikleri tarihe kadarki aylık ücret, harcırah, sağlık giderleri, cenaze giderleri ve ölüm yardımı ile diğer mali ve özlük hakları Türk Telekom tarafından karşılanır. Bu fıkrada belirtilen süre içinde nakle tabi personelden Türk Telekom tarafından hizmetine ihtiyaç duyulmayanlar tespit edildikleri tarihten, kendi isteği ile nakil talep edenler ise talep tarihinden itibaren en geç doksan (yüzseksen günlük aylıksız izin süresi aşılmamak kaydıyla ve 15 Ocak 2006 tarihindeki üçüncü fıkraya göre hesaplanan ücretleriyle) gün içinde Türk Telekom tarafından Devlet Personel Başkanlığı'na bildirilir ve bunların aylıksız izinleri bu tarih itibariyle sona erer. Hizmetine ihtiyaç duyulmayan personelin tespiti ve kendi isteği ile nakil talebinde bulunma süresi, hisse devir tarihinden itibaren yüzelli günü aşamaz." hükmünün yer aldığı, aynı maddenin üçüncü fıkrasında, birinci fıkra kapsamına giren personelden, sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ve kapsam dışı personel statüsünde çalışanlar hakkında, 4046 sayılı Kanun'un 22. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkrası hükümlerinin uygulanmasında, Devlet Personel Başkanlığı'na bildirildikleri tarihteki unvanlar esas alınarak Yönetim Kurulu'nca 15.4.2004 tarihi itibariyle bu unvana göre belirlenmiş olan ücret ve diğer mali haklarına, bu tarihten Devlet Personel Başkanlığı'na bildirildikleri tarihteki kadro ve pozisyonlarına ilişkin olarak bildirim tarihine kadar geçen süre içinde kamu görevlilerine yapılacak artış, oran ve/veya miktarları uygulanmak suretiyle bulunacak tutarın dikkate alınacağının belirtilmiş bulunduğu; özelleştirme kapsamında bulunan T.T.A.Ş.'deki tamamı hazineye ait bulunan hisselerden %55'inin Bakanlar Kurulu'nun 25.7.2005 günlü, 2005/9146 sayılı kararı uyarınca 14.11.2005 tarihli Hisse Satış Sözleşmesi ile Ojer Telekomünikasyon A.Ş.'ye satıldığı, Türk Telekom A.Ş.'nin bu tarih itibariyle kamu kuruluşu niteliğinin sona erdiğinin açık olduğu; ancak kanun koyucunun, 5398 sayılı Yasa ile 406 sayılı Yasa'da değişiklik yaparak yukarıda getirdiği düzenlemelerle Türk Telekom A.Ş.'nin özelleştirilmesi sonucunda, nakle tabi personele ilişkin uygulamaların 4046 sayılı Kanun'un 22. maddesi ile uyumlu olması amacıyla ve iletişim alanında ulusal ve uluslararası düzeyde oluşabilecek telafisi imkansız aksaklıkların önlenmesi için, işlevsel görevlerde bulunan ve ikamesi kısa sürede imkansız personelin isteklerine bağlı olarak makul bir süre kamu görevlerinden aylıksız izinli sayılarak çalışmalarına olanak sağladığının görüldüğü; 2006 yılına kadar Türk Telekom'da sözleşmeli personel olarak çalışan ve başka bir kamu kurumuna atandığı Nisan 2006 tarihine kadar yukarıda anılan yasal düzenlemeler uyarınca bu statüsü korunan davacının iptalini istediği 2005 yılı sicil raporu, 406 sayılı Yasa'nın Ek-29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında öngörülen 180 günlük dönem içinde Türk Telekom tarafından 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve Kamu İktisadi Teşebbüsleri Sözleşmeli Personel Sicil ve Başarı Değerlemesi Hakkında Yönetmelik uyarınca doldurulduğu, Kamu İktisadi Teşebbüsleri Sözleşmeli Personel Sicil ve Başarı Değerlemesi Hakkında Yönetmeliğin 8'inci maddesine göre, sicil ve başarı değerlemesi raporlarının, her yılın Aralık ayının ilk yarısı içinde doldurulması ve sözleşmeli personelin yıl içinde naklen atanması söz konusu olduğunda 6 aydan fazla çalıştığı yerdeki sicil amiri tarafından bu raporların düzenlenmesinin gerektiği, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 42'nci maddesinde, yapılan sicil ve başarı değerlemesi sonucunda 76-89 puan alanların (B), 90 ve daha yukarı puan alanların (A) başarı düzeyinde değerlendirileceği öngörülmüş olduğundan, Türk Telekom tarafından anılan KHK'ye dayanılarak davacının sicil notunun (B) düzeyinde takdir edildiği ve yine aynı KHK'nin 43'üncü maddesi uyarınca başarı değerlemeleri (B) düzeyinde olanların, bulundukları görevin temel ücretine bu ücretin % 4'ü oranında başarı ücreti ilave edileceği için, davacının 2006 yılı Ocak ayı sözleşme ücretinde 2005 yılı sicil raporu dolayısıyla %4 oranında bir artış yapıldığı; davacının ise, sicil raporunun (A) düzeyinde olması ve bunun zorunlu sonucu olarak temel ücretine 399 sayılı KHK'nin 43'üncü maddesi uyarınca % 8 oranında başarı ücreti eklenmesi gerektiğini ileri sürdüğünün anlaşıldığı; davacının 2005 yılında Türk Telekom'da sözleşmeli personel statüsünde bulunması, Türk Telekom'un hazineye ait hisselerinin % 55'inin devredildiği 14.11.2005 tarihinden itibaren 180 gün boyunca bu statüsünün 406 sayılı Yasa'nın Ek-29'uncu maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca korunması ve 2005 yılı sicil raporunun Türk Telekom tarafından bu dönemde (2005 yılı Aralık ayının ilk yarısında) 399 sayılı KHK ve Kamu İktisadi Teşebbüsleri Sözleşmeli Personel Sicil ve Başarı Değerlemesi Hakkında Yönetmelik hükümlerine dayanılarak tanzim edilmesi nedeniyle, ilgilinin 2005 yılı sicil raporunun (B) düzeyinde değil, fakat (A) düzeyinde olması gerektiği iddiasından kaynaklanan bu uyuşmazlığın görüm ve çözümünün İdari Yargının görev alanı kapsamında bulunduğu; davacının, 2006 yılı Ocak ayı sözleşme ücretindeki %4 artış oranına yaptığı itirazın da tümüyle 2005 yılı sicil raporundan kaynaklandığı, yeni yılın sözleşme ücretinde yapılan %4 oranındaki artışın, 2005 yılı sicil raporunun (B) düzeyinde takdir edilmesinin zorunlu bir sonucu olduğu, kaldı ki, 406 sayılı Yasa'nın Ek-29'uncu maddesinin 1'inci fıkrası ile; kamu payının yüzde ellinin altına düşmesi durumunda kadrolu, sözleşmeli ve kapsam dışı personelin "kamu görevlerinden" yüzseksen gün aylıksız izinli sayılmaları; söz konusu kamu personelinin belirtilen süre içinde Türk Telekom'da çalışmaya devam etmeleri ve hisse devir tarihinden (14.11.2005 tarihinden) nakil için Devlet Personel Başkanlığı'na bildirildikleri tarihe kadarki aylık ücret, harcırah, sağlık giderleri, cenaze giderleri ve ölüm yardımı ile diğer mali ve özlük haklarının Türk Telekom tarafından karşılanması kuralının öngörülmüş bulunduğu, Davacının da 2006 yılı içinde nakle tabi personel olarak Devlet Personel Başkanlığı'na bildirildiği ve Nisan 2006 tarihinde başka bir kamu kurumuna atanmış olduğu; yeni yılın sözleşme ücretinde önceki yıla ait sicil raporundaki başarı düzeyi dolayısıyla yapılacak artış oranının belirlenmesinin, kanunla anılan kuruma verilen ve ifası sırasında kamu gücüne has yetkilerin kullanılmasını da içeren bir kamu hizmeti oluşturduğu, bu yetkileri kullanarak, tek yanlı irade açıklamasıyla, 2005 yılı sicil raporu (B) düzeyinde takdir edilen davacının 2006 yılı Ocak ayı ücretinde %4 oranında başarı ücreti artışı sağlayan Türk Telekom'un, 14.11.2005 gününden itibaren kamu kuruluşu niteliğini kaybederek Özel Hukuk hükümlerine tabi hale gelmiş olmasının anılan görevin kamu hizmeti niteliğini değiştirmediği; dolayısıyla; kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade beyanıyla tesis edilen ve kamu hizmeti yürütümüne ilişkin olan 2005 yılı sicil raporu tanzimi ve buna bağlı olarak yapılan ücret artışının hukuka uygunluğunun denetimi bakımından, adı geçen kuruluşun organik anlamda değil; fakat, maddi ve fonksiyonel anlamda kamu idaresi olduğunun kabulünün zorunlu bulunduğu; bu durumda, Türk Telekom A.Ş. Genel Müdürlüğü bünyesinde 399 sayılı KHK'ye tabi sözleşmeli personel statüsünde çalışmakta iken 406 sayılı Yasa'nın Ek-29'uncu maddesi ile 4046 sayılı Yasa'nın 22'nci maddesi uyarınca 2006 yılında nakle tabi personel olarak Devlet Personel Başkanlığı'na bildirilen ve Nisan 2006 tarihinde başka bir kurum emrine koruma ve güvenlik memuru olarak naklen

atanan davacının; 4502 sayılı Yasa'nın Geçici 4 ve 4673 sayılı Yasa'nın Geçici 5'inci maddeleri ile 406 sayılı Yasa'nın 5398 sayılı Yasa'yla değişik Ek-29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının açık hükmü karşısında, Türk Telekom'dan ayrıldığı tarihe kadar tabi olduğu statü ve yaptığı görev itibariyle kamu görevi yürüttüğü göz önünde bulundurulduğunda, 399 sayılı KHK ve Kamu İktisadi Teşebbüsleri Sözleşmeli Personel Sicil ve Başarı Değerlemesi Hakkında Yönetmelik hükümlerine dayanılarak 2005 yılı sicil raporunun (B) düzeyinde düzenlenmesi ve bunun doğal sonucu olarak 2006 yılı Ocak ayında başarı ücretinin temel ücretine %4 olarak yansıtılmasına ilişkin işlemlerden kaynaklanan bu uyuşmazlığın İdari Yargıda çözümlenmesinin gerektiği; nitekim, Danıştay İkinci Dairesi'nin 16.3.2010 gün ve E:2008/4082, K:2010/1089 sayılı kararında da, benzer nitelikteki uyuşmazlığın idari yargının görev alanında olduğuna karar verilerek işin esasının incelenmiş bulunduğu; bu nedenlerle, 2247 sayılı Kanun'un 13 üncü maddesi uyarınca yapılan başvurunun kabulüne hukuki olanak bulunmadığı yolunda yazılı düşünce vermiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE:

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Ahmet AKYALÇIN'ın Başkanlığında, Üyeler: Mustafa AYSAL, Eyüp Sabri BAYDAR, Sıddık YILDIZ, Nurdane TOPUZ, Sedat ÇELENLİOĞLU ve Ayhan AKARSU'nun katılımlarıyla yapılan 2.11.2011 günlü toplantısında:

I-İLK İNCELEME: Dosya üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca yapılan incelemeye göre; davalı vekilinin anılan Yasanın 10/2 maddesinde öngörülen yönteme uygun olarak yaptığı görev itirazının reddedilmesi ve 12/1. maddede belirtilen süre içinde başvuruda bulunması üzerine Yargıtay Cumhuriyet 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 Gülşen AKAR PEHLİVAN'ın, davanın çözümünde adli yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Mehmet BAYHAN'ın adli yargının, Danıştay Savcısı Mehmet AKKAYA'nın ise idari yargının görevli olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dava, davalı şirkette sözleşmeli personel statüsünde Koruma ve Güvenlik Görevlisi olarak görev yapmakta iken 406 sayılı Yasa'nın Ek-29. maddesi ile 4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesine göre adı Devlet Personel Başkanlığına bildirilen, 2006 yılı Nisan ayında DSİ VIII. Bölge Müdürlüğü emrine atanan davacı tarafından; 2005 yılı Sicil ve Başarı Değerlendirmesi Raporunun (B) düzeyinde düzenlenmesi ve özel hizmet tutarının temel ücretine % 4 olarak yansıtılması işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

1953 tarih ve 6145 sayılı Yasa ile, Türkiye Cumhuriyeti Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesi kurulmuş; 1924 tarih ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 10.6.1994 tarih ve 4000 sayılı Yasa'yla değiştirilen 1. maddesi ile, posta ve telgraf tesis ve işletmesine ilişkin hizmetler, Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü'nce (P.İ), telekomünikasyon hizmetleri ise, "T.T.Anonim Şirketi (Şirket)" tarafından yürütülecek şekilde yeniden yapılandırılmıştır.27.1.2000 tarih ve 4502 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile, 406 sayılı Yasa'nın 1. maddesine eklenen dokuzuncu fıkrada, "Türk Telekom, bu Kanun ve özel hukuk hükümlerine

tabi bir anonim şirkettir. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin kuruluş, teşkilât ve faaliyetleri ile ilgili mevzuat Türk Telekom'a uygulanmaz. Sadece, Türkiye Büyük Millet Meclisi denetimine ilişkin 2.4.1987 tarihli ve 3346 sayılı Kanunun 9 uncu maddesi hükümleri uygulanır" denilmiş; anılan fıkra hükmü, 12.5.2001 tarih ve 4673 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile değiştirilmiş ve "Türk Telekom, bu Kanun ve özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirkettir. Bu Kanun hükümleri saklı kalmak üzere, kamu iktisadi teşebbüsleri de dahil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat Türk Telekom'a uygulanmaz. Sermayesinin yarısından fazlası kamuda kaldığı sürece, Türkiye Büyük Millet Meclisi denetimine ilişkin 2.4.1987 tarihli ve 3346 sayılı Kanunun 9 uncu maddesi hükümleri uygulanır. 16.7.1965 tarihli ve 697 sayılı Kanun ile milli güvenlik ve kamu düzeniyle sıkıyönetim ve seferberlik hallerinde telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin özel kanunların hükümleri saklıdır"; Ek 29. maddesinin 3.7.2005 gün ve 5398 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile değişik birinci fıkrasında, "Türk Telekom hisselerinin devri sonucu kamu payının yüzde ellinin altına düşmesi durumunda; Türk Telekomda ek 22 nci maddenin (a) bendinin bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri uyarınca belirlenen aslî ve sürekli görevlerde çalışmakta olanlar ile 22.1.1990 tarihli ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tâbi olarak kadrolu veya sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ve kapsam dışı personel, kamu görevlerinden yüzseksen gün aylıksız izinli sayılır…" denilmiştir.

Öte yandan; 406 sayılı Yasa'nın 4502 sayılı Yasa ile değişik 2. maddesinin (c) bendinin birinci alt bendinin birinci cümlesinde, "Türk Telekom; telekomünikasyon şebekeleri üzerinden sunulan ulusal ve uluslararası ses iletimini ihtiva eden telefon hizmetlerini, 31.12.2003 tarihine kadar bu Kanun ve görev sözleşmesi çerçevesinde tekel olarak yürütür" denildikten sonra, anılan (c) bendinin birinci alt bendine 12.5.2001 tarih ve 4673 sayılı Yasa ile eklenen üçüncü cümlede, "Ancak, Türk Telekom'daki kamu payı %50'nin altına düştüğünde, Türk Telekom'un tüm tekel hakları 31.12.2003 tarihinden önce de olsa ortadan kalkmış olur" denilmiş; 4502 sayılı Yasa'nın Geçici 3. maddesi ile de T.T.A.Ş., 233 sayılı KHK'nin ekindeki "B-Kamu İktisadi Kuruluşları (KİK)" bölümünde yer alan kuruluşlar listesinden çıkarılmıştır.

Bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, telekomünikasyon şebekeleri üzerinden sunulan ulusal ve uluslararası ses iletimini ihtiva eden telefon hizmetlerini 31.12.2003 tarihine kadar "tekel" olarak yürütmekle görevli kılınan ve çoğunluk hisseleri kamuya ait bulunan Türk Telekom'un, tekel kapsamında kamu hizmeti yürüten, ancak kuruluş yasasındaki son düzenlemeler ile kendine özgü statüye sahip olan ve sermayesindeki kamu payı %50'nin altına düşünceye kadar kamu kuruluşu niteliğini taşıyan bir kuruluş olduğu tartışmasızdır.

Özelleştirme kapsamında bulunan T.T.A.Ş.'deki tamamı Hazineye ait bulunan hisselerden % 55'i, Bakanlar Kurulu'nun 25.7.2005 tarih ve 2005/9146 sayılı "T.T.Anonim Şirketi (Türk Telekom)'nin % 55 Oranındaki Hissesinin Blok Olarak Satışına İlişkin Nihai Devir İşlemlerine Dair Kararın Yürürlüğe Konulması Hakkında Karar"ı uyarınca, 14.11.2005 tarihli Hisse Satış Sözleşmesi ile (6.550.000.000 USD. bedelle) Ojer Telekomünikasyon A.Ş.'ne satılmıştır.

Bu sürece paralel olarak Türk Telekom personelinin durumu incelendiğinde:

Türk Telekom A.Ş., 4502 sayılı Yasa'nın 29.1.2000 tarih ve 23948 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği dikkate alındığında, 29.1.2000 tarihi itibariyle 233 sayılı KHK kapsamı dışında kalmış ve anılan KHK eki cetvellerden çıkarılmış olması nedeniyle, Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Kurulu'nun 22.1.1996 gün ve E:1995/1, K:1996/1 sayılı ve özelleştirme kapsamında bulunan kamu iktisadi teşebbüslerinde sözleşmeli veya kapsam dışı statüde çalışan personelin kurumları ile olan ilişkilerinden doğan anlaşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı olduğu yolundaki İlke Kararı kapsamı dışında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anılan 4502 sayılı Yasa'nın 13. maddesi ile 406 sayılı Yasa'ya eklenen Ek 22. maddenin (a) bendinde, "a) Personelin statüsü: Telekomünikasyon hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler telekomünikasyon alanında sekiz yıl tecrübeye sahip ve en az dört yıllık yüksek öğrenim görmüş bir genel müdür ile kadro, unvan, derece ve sayıları Yönetim Kurulunun önerisi ve Bakanlığın teklifi üzerine bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yüzseksen gün içerisinde Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenen

kadrolarda istihdam edilen personel eliyle yürütülür. Bu personel hakkında bu Kanunda öngörülen hükümler saklı kalmak üzere 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uygulanır. Bunların dışında kalan personel iş mevzuatı uyarınca istihdam edilir. İş mevzuatına göre istihdam edilenlere ilişkin kayıt ve şartlar Yönetim Kurulu tarafından tayin olunur" hükmüne yer verilmiş; bu bent hükmü, 4673 ve 5189 sayılı Yasalarla yapılan değişiklikler sonucunda; "a) Personelin statüsü:(Ek ibare: 12.5.2001-4673/6. md.) Türk Telekomdaki kamu payı %50'nin altına düşünceye kadar, Türk Telekom Yönetim Kurulu üyeliklerine atanacaklarda Devlet memurluğuna atanabilme genel şartlarına sahip olma ve en az dört yıllık yüksek öğrenim görme şartları aranır.(Mülga ikinci ve üçüncü cümle: 16.6.2004-5189/12 md.) Bunların dışında kalan personel iş mevzuatı uyarınca istihdam edilir. İş mevzuatına göre istihdam edilenlere ilişkin kayıt ve şartlar Yönetim Kurulu tarafından tayin olunur" hükmünü almış; aynı maddenin (b) bendinin ikinci paragrafında da iş mevzuatına tabi olan Türk Telekom çalışanlarının aylık ücretlerinin kendilerini atamaya yetkili olan Yönetim Kurulu tarafından tespit olunacağı kurala bağlanmıştır.

406 sayılı Yasa'nın anılan Ek 22. maddesi uyarınca, Türk Telekom A.Ş. Genel Müdürlüğü'ne ait asli ve sürekli kadrolar belirlenerek 4.4.2000 tarih ve 24010 (Mükerrer) sayılı R.G. de yayımlanan 31.3.2000 tarih ve 2000/331 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ekinde yer alan listede: merkez teşkilatı için 100 ve taşra teşkilatı için 100 (6 Bölge Müdürü, 12 Bölge Müdür Yardımcısı ve 82 İl Telekom Müdürü) kadro ihdas edilmiş; öte yandan, aynı Yasa maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak hazırlanan "T.T.A.Ş. Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği" adı altındaki düzenleme, Yönetim Kurulunun 31.8.2000 tarih ve 407 sayılı kararıyla kabul edilmek suretiyle yürürlüğe konulmuştur.

Kanunla, Kurumda görev yapan personelden asli ve sürekli görev yapacak olanları kadro unvanı itibariyle belirlemek konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki verildiği açıktır. Bu yetki 4502 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 29.1.2000 tarihi ile 5189 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 2.7.2004 tarihleri arasında geçerli olmuştur.

Anayasa'nın 128. maddesinde, "Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür" denilmiştir.

406 sayılı Yasa'nın Ek 29. maddesinin 3.7.2005 tarih ve 5398 sayılı Kanun'la değişik birinci fıkrasında, "Türk Telekom hisselerinin devri sonucu kamu payının yüzde ellinin altına düşmesi durumunda; Türk Telekomda ek 22 nci maddenin (a) bendinin bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri uyarınca belirlenen asli ve sürekli görevlerde çalışmakta olanlar ile 22.1.1990 tarihli ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi olarak kadrolu veya sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ve kapsam dışı personel, kamu görevlerinden yüzseksen gün aylıksız izinli sayılır. Bu personel belirtilen süre içinde Türk Telekomda çalışmaya devam eder ve hisse devir tarihinden nakli için Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihe kadarki aylık ücret, harcırah, sağlık giderleri, cenaze giderleri ve ölüm yardımı ile diğer mali ve özlük hakları Türk Telekom tarafından karşılanır…" denilerek, yasakoyucu tarafından Türk Telekom'da 22.1.1990 tarihli ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi olarak sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ile kapsam dışı personel, kamu personeli sayılmıştır.

Olayda, davalının hisse devir (14.11.2005) tarihinde sözleşmeli personel statüsünde Koruma ve Güvenlik Görevlisi olarak görev yapmakta iken, 406 sayılı Yasa'nın Ek-29. maddesi ile 4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesine göre diğer kamu kurum ve kuruluşlarına naklinin yapılması için adı Devlet Personel Başkanlığına bildirilen ve 2006 yılı Nisan ayında başka bir kurum emrine atanan davacı tarafından, 2005 yılı Sicil ve Başarı Değerlendirmesi Raporunun (B) düzeyinde düzenlenmesi ve özel hizmet tutarının temel ücretine % 4 olarak yansıtılması işleminin iptali istemiyle 16.12.2010 tarihinde dava açılmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2. maddesinin değişik 1 numaralı bendinde:

"a) (Değişik : 8.6.2000-4577/5 md.) İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları,

b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,

c) (Değişik : 18.12.1999-4492/6 md.) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar" idari dava türleri olarak sayılmış olup; kural olarak, idari yargıda ancak Devlete ve kamu tüzel kişilerine karşı açılan davalara bakılabilir.

Buna göre, davanın açıldığı tarihte davalı mevkiinde kamu kuruluşu niteliği taşımayan T.T.A.Ş.'nin olması karşısında, idari yargı yetkisi kapsamında açılmış bir idari dava bulunduğundan söz edilemeyeceğinden; uyuşmazlığın, özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.

Belirtilen nedenlerle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın başvurusunun kabulü ile İdare Mahkemesinin Görevlilik Kararının kaldırılması gerekmiştir.

S O N U Ç : Davanın çözümünde ADLİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın BAŞVURUSUNUN KABULÜ ile Erzurum 1. İdare Mahkemesi'nin 19.1.2011 gün ve E:2010/1612 sayılı GÖREVLİLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 2.11.2011 gününde OYBİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi