Hukuk Bölümü 2012/268 E. , 2012/287 K.

- **MILLI SAVUNMA BAKANLIĞINDA GÖREVLI OLAN DAVACININ INTIBAKININ YAPILMAMASINA ILIŞKIN IŞLEMIN IPTALI ISTEMIYLE AÇILAN DAVA**

  - ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ KANUNU (1602) Madde 20
  - UYUŞMAZLIK MAHKEMESİNİN KURULUŞ VE İŞLEYİŞİ HAKKINDA KANUN (2247) Madde 14
  - 1982 ANAYASASI (2709) Madde 157

"İçtihat Metni"

Davacı : Y.Ö.

Davalı : Milli Savunma Bakanlığı

Vekili : Av. H.M.P.A.

O L A Y : Davacı, dava dilekçesinde, 1986-1996 yılları arasında Kuzey Deniz Saha Komutanlığı Personel Başkanlığı emrinde Deniz Uzman Çavuş olarak görev yaptığını; kadrosunun söndürülmesi nedeniyle 1996 yılında sözleşmesinin yenilenmeyerek terhis edildiğini; 15.11.1996 tarihinde sivil memur olarak Deniz Kuvvetleri Komutanlığı tarafından Kuzey Deniz Saha Komutanlığı Personel Başkanlığı emrinde göreve başlatıldığını ve halen bu görevi yürüttüğünü; uzman erbaşlıkta geçen 10 yıl ve 2,5 yıl yıpranma olmak üzere toplam 12,5 yıl hizmet sürelerinin devlet memurluğu hizmetiyle birleştirilmesi ve terfi müktesep derece/kademelerinin intibakından sayılması istemiyle Deniz Kuvvetleri Komutanlığına başvuruda bulunduğunu ancak başvurusunun Genel Kurmay Başkanlığı Deniz Kuvvetleri Komutanlığının 17.6.2010 gün ve 85988 sayılı işlemi ile, uzman erbaşlıkta geçen hizmet sürelerinin kazanılmış hak aylığı ve/veya emekli keseneğine esas aylıktan değerlendirilmesinin mümkün olamayacağı nedeniyle reddedildiğini ileri sürerek, Deniz Kuvvetleri Komutanlığının 17.6.2010 gün ve 85988 sayılı işleminin iptali ve uzman erbaşlıkta geçen 10 yıl ve 2,5 yıl yıpranma toplam 12,5 yıl hizmetinin memurluktaki hizmeti ile birleştirilmesi ve terfi/emekli müktesep terfisinin yapılması istemiyle Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde dava açmıştır.

ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ İKİNCİ DAİRESİ: 15.12.2010 gün ve Gensek No:2010/3178, E:2010/1334 sayı ile, öğretide ve Uyuşmazlık Mahkemesi ile AYİM içtihatlarında genel kabul gören görüşe göre; 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 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 göz önünde tutularak değerlendirilmesi sonucunda tesis edilen işlemler olduğu, bu kapsamda bir işlem Askeri makamlarca asker şahıslar hakkında tesis edilmiş olsa bile, bu işlemin Askeri makamlar dışındaki bir başka kamu kurum ya da kuruluşunca kendi personeli hakkında tesis edilmiş olan işlemden nitelik yönünden herhangi bir farkı bulunmuyorsa, bu işlem Askeri hizmete ilişkin bir işlem olmayıp, bu işleme ilişkin davaların görüm ve çözüm yerinin de AYİM değil genel idari yargı yerinin olması gerektiği, başka bir anlatımla bir idari işlemin askeri hizmete ilişkin olabilmesi ve yargısal denetiminin AYİM'de yapılabilmesi için, işlemin yargısal denetiminde askerlik mesleğinin gereklerini yakından bilmenin önem taşımasının gerektiği, açılan iptal davasında, asker kişi hakkında tesis edilen işlemden doğan dava ve onun çözümüyle varılacak sonuç ile, aynı durumdaki sivil kişi hakkında aynı işlemden doğan dava ve onun çözümüyle varılacak sonucun farklı olmaması halinde davanın çözüm yerinin AYİM değil genel idari yargı olduğu, davaya konu uyuşmazlığın davacının Uzman Erbaş statüsünde TSK'da geçirmiş olduğu sürenin memuriyet hizmet süresi ile birleştirilmemesi işleminin iptali hususu olduğu, bu yönüyle sorunun sadece TSK.da görevli ve durumları davacı gibi olan personelle sınırlı olmayıp Kamuda 657 sayılı Kanun kapsamında görev yapan ve davacıyla aynı durumda olan personelin tamamını ilgilendirdiği davanın çözümünde ne davacının 1602 sayılı Kanunun 20 nci maddesi uyarınca asker kişi sayılmasının ne de görev ve hizmet yerinin TSK kadrolarında yer almasının en ufak bir etki ve öneminin olmadığı, Kamu'da 657 sayılı Kanun kapsamında görev yapan ve davacıyla aynı durumda olan personelin hizmet birleştirmesi hangi esas usul ve mülahazalara göre takdir ve tespit edilmiş ise, davacı ve davaya konu ettiği uyuşmazlığında aynı esas usul ve mülahazalara göre takdir ve tespit edileceği bir diğer deyişle uyuşmazlıkla ilgili uygulanacak kuralın öngörülmesinde, askeri hizmetin gerekliliklerinin hiç mi hiç gözetilmediği, tüm bu sebeplerle davacının 1602 sayılı Kanunun 20 nci maddesi kapsamında asker kişi olduğu ancak dava konusu ek özel hizmet tazminatı ödenmemesi işleminin askeri hizmete ilişkin olmadığı, dolayısıyla davanın görev ve çözüm yerinin AYİM değil genel idari yargı yeri olduğu, bu nedenle görevsizlik kararı verilmesi gerektiği sonuç ve kanaatine varıldığı gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar vermiş, bu karar kesinleşmiştir.

Davacı vekili bu kez aynı istemle idari yargı yerinde dava açmıştır.

İSTANBUL 5. İDARE MAHKEMESİ: 15.3.2012 gün ve E:2011/86, K:2012/849 sayı ile, Anayasanın 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 aranmayacağının belirtildiği, 20.07.1972 tarih ve 1602 sayılı Yasa'nın 25.12.1981 tarih ve 2568 sayılı Yasa ile değişik 20. maddesinde de aynı hüküme yer verilerek bu kanunun uygulanmasından çıkan kişiden maksadın Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli bulunan veya hizmetten ayrılmış olan subay, askeri memur, astsubay, asker öğrenci, uzman çavuş, uzman jandarma, erbaş ve erler ile sivil memur olduğunun belirtildiği, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin bir davaya bakabilmesi için dava konusu idari işlemin "asker kişiyi ilgilendirmesi" ve "askeri hizmete ilişkin bulunması" koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği, öte yandan aynı Kanunun 22. maddesinde terfiler ile ilgili idari uyuşmazlıklara Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bakacağının belirtildiği, Kuzey Deniz Saha Komutanlığı Personel Başkanlığında sivil memur olarak görev yapmakta olan davacının asker şahıs olduğu hususunda herhangi bir tereddüt bulunmadığı gibi dava konusu işlemin de yasa koyucunun açıkça Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ni görevli kıldığı terfi işlemlerinden olduğu konusunda da duraksama bulunmadığı, yasa koyucunun görev konusunu belirlemesi karşısında tesis edilen işlemin askeri hizmete ilişkin olup olmadığı konusunda yorum yoluyla çıkarım ortaya koymanın mümkün olamayacağı, bu durumda Kanun koyucu tarafından TSK'de görevli Sivil Memurların terfilerine ilişkin uyuşmazlıklara Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde bakılacağını açıkça belirtmiş olduğundan görevli yargı yerinin anılan Mahkeme olacağı gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar vermiş, bu karar kesinleşmiştir.

Davacı ortaya çıkan olumsuz görev uyuşmazlığının giderilmesi istemiyle Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığına başvuruda bulunmuştur.

İNCELEME VE GEREKÇE:

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün Başkanlığında, Üyeler: Mustafa AYSAL, Eyüp Sabri BAYDAR, Sıddık YILDIZ, Nurdane TOPUZ, Sedat ÇELENLİOĞLU ve Ayhan AKARSU'nun katılımlarıyla yapılan 24.12.2012 günlü toplantısında:

I-İLK İNCELEME: Dosya üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca yapılan incelemeye göre; genel ve askeri idari yargı yerleri arasında anılan Yasanın 14. maddesinde öngörülen biçimde olumsuz görev uyuşmazlığı doğduğu, İdari Yargı dosyasının davacı vekilinin istemi üzerine son görevsizlik kararını veren Mahkemece, Başkanlıkça Askeri İdari Yargı dosyası da temin edilmek suretiyle usule ilişkin herhangi bir noksanlık bulunmadığı anlaşıldığından, görev uyuşmazlığının esasının incelenmesine oy birliği ile karar verildi.

II-ESASIN İNCELENMESİ: Raportör-Hakim Gülşen AKAR PEHLİVAN'ın, davanın çözümünde idari yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Danıştay Savcısı Tuncay DÜNDAR ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Savcısı Süalp TANYEL'in davada idari yargının görevli olduğu yolundaki sözlü ve yazılı açıklamaları da dinlendikten sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dava, Türk Silahlı Kuvvetleri'nde uzman çavuş olarak görev yaparken kadrosu iptal edilen ve akabinde sivil memur olarak atanan davacı tarafından uzman erbaşlıkta geçen hizmet sürelerinin birleştirilmemesi ve intibakından sayılmamasına ilişkin işlemin 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; 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 göz önünde 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.

3269 sayılı Uzman Erbaş Kanununun 5.maddesinde uzman erbaşların sözleşme yaparak göreve başlayacağı ve Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı ile ilgilendirilecekleri, sözleşmelerinin kırkbeş yaşına girdikleri yıla kadar uzatılabileceği, yaş sınırı nedeniyle silahlı kuvvetlerden ayrılacak olanlardan isteklilerin Milli Savunma Bakanlığı kadrosunda emekli aylığıyla hak kazandıkları tarihe kadar devlet memuru olarak istihdam edileceği; 16.maddesinde ise uzman çavuşların 10'uncu derecenin birinci kademesinden mesleğe giriş yapacakları hükme bağlanmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun Türk Silahlı Kuvvetlerinde çalışan Memurlara Uygulanmayacak Maddeleri belirleyen 232. Maddesi, bu kapsamda yalnızca, Çalışma saatleri hakkındaki 99., Günlük çalışma saatlerinin tespiti hakkındaki 100. Günün 24 saatinde devamlılık gösteren hizmette çalışma saat ve usulünün tespiti hakkındaki 101., fazla çalışma ücreti hakkındaki 178. ve Görevden uzaklaştırmaya yetkilileri belirleyen 318. maddeleri saymakta, davaya konu uyuşmazlığa ilişkin herhangi bir ayrık hüküm içermemektedir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının Uzm. Çvş olarak görev yaparken 1996 yılında sözleşmesi yenilenmeyerek terhis edildiği ve Devlet Memurları Kanunun 92/3. maddesi gereğince kendi müracaatı ile TSK kadrolarında istihdam edilmek üzere Deniz Kuvvetleri Komutanlığı bünyesine sivil memur olarak atandığı, uzman erbaşlıkta geçen 10 yıl ve yıpranma 2,5 yıl olmak üzere toplam 12,5 yıllık hizmet süresinin devlet memurluğu hizmeti ile birleştirilmesi için davalı idareye başvurduğu, Deniz Kuvvetleri Komutanlığının 17.6.2010 gün ve 85988 sayılı yazısı ile istemin reddedilmesi üzerine; bu işlemin iptali istemiyle dava açıldığı anlaşılmıştır.

Olayda, davanın konusunu davacının uzman erbaş statüsünde Türk Silahlı Kuvvetlerinde geçirmiş olduğu sürenin memuriyet hizmet süresi ile birleştirilmemesi hususunun oluşturduğu ve bu işlemin askeri hizmete ilişkin bir yanının bulunmadığı kuşkusuzdur.

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 gerçekleşmediğinden, davanın görüm ve çözümünde genel idari yargı yeri görevli bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nce verilen görevsizlik kararının kaldırılması gerekmiştir.

SONUÇ : Davanın çözümünde İDARİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nin 15.3.2012 gün ve E:2011/86, K:2012/849 sayılı GÖREVSİZLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 24.12.2012 gününde OY BİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.