Hukuk Bölümü 2013/19 E. , 2013/1060 K.

- **DAVACI ILE DAVALI IDARE ARASINDA IMZALANAN ?GEÇICI HIZMET SÖZLEŞMESI?NIN FESHI NEDENIYLE OLUŞTUĞU ÖNE SÜRÜLEN KÖTÜ NIYET TAZMINATI VE MADDI ZARARIN FAIZIYLE BIRLIKTE TAZMINI ISTEMIYLE AÇILAN DAVANIN, İDARİ YARGI YERİNDE ÇÖZÜMLENMESI GEREKTIĞI**

  - UYUŞMAZLIK MAHKEMESİNİN KURULUŞ VE İŞLEYİŞİ HAKKINDA KANUN (2247) Madde 19

"İçtihat Metni"

Davacı : O.Y.

Vekili : Av. Ş.K.

Davalı : Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı Ekonomi Bakanlığı

O L A Y : Davacı vekili, dava dilekçesinde özetle, müvekkilinin yurt dışındaki akademik eğitim ve çalışmalarını sürdürürken, 2009 yılının Temmuz ayında T.C. Chicago Başkonsolosluğu Ticaret Ateşeliği "Yerel Uzman" pozisyonu için doktora yapmış eleman arandığını öğrenmesi üzerine başvuruda bulunduğunu; 21.9.2010 tarihinde davalı idare ile "Geçici Hizmet Sözleşmesi" imzaladıklarını; Sözleşme Hükümleri uyarınca davacının T.C. Chicago Başkonsolosluğu Ticaret Ateşeliğinde "Yerel Uzman" unvanı ile çalışmaya başladığını; ancak üç ay sonra davacı ile davalı idare arasında yapılan iş akdinin tek taraflı olarak idarece 20.12.2010 gün ve 50-396. sayılı işlemle fesih edildiğini ileri sürerek, 4.350 USD Kötü Niyet Tazminatının ve ayrıca uğranılan 915 USD tutarlı maddi zararın fiili ödeme tarihindeki Merkez Bankası efektif satış kuru karşılığı TL olarak yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle idari yargı yerinde dava açmıştır.

ANKARA 15. İDARE MAHKEMESİ: 31.3.2011 gün ve E:2011/352, K:2011/522 sayı ile, 2247 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasanın 2/1; 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1.; 4857 sayılı İş Kanunun 20. maddesi ile 17/5. maddesinden söz ederek, bakılan davada, davacı ile davalı idare arasında 21.9.2010 tarihinde "Geçici Hizmet Sözleşmesi" imzaladığı, sözleşmede deneme süresi öngörüldüğü ve bu sürenin 3 ay olduğunun belirtildiği (Sözleşmenin 8. maddesi), dava dilekçesinde de deneme süresinin İş Kanunu'nun 15'inci maddesinde deneme süresinin en fazla 2 ay olması gerektiği hükmüne aykırı olarak 3 ay öngörüldüğü ileri sürülerek, diğer tazminatla birlikte aynı Kanun'un 17'nci maddesi kapsamında kötü niyet tazminatına hükmedilmesinin talep edildiği göz önüne alındığında, dava dilekçesinde yer alan istem ve sözleşmenin niteliği dikkate alındığında, uyuşmazlığın 4857 sayılı İş Kanunu'ndan kaynaklandığı ve söz konusu Kanun hükümleri uyarınca çözüme kavuşturulması gerektiği sonucuna varıldığından, anılan Kanun hükümleri uyarınca davanın görüm ve çözümünde İş Mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna varıldığı gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar vermiş, bu karar kesinleşmiştir.

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

Davalı idare, süresi içinde verdiği savunma dilekçesinde, yerel personelin istihdamı ile ilgili işlemlerde uyulacak usul ve esasları belirleyen 28.8.2008 tarihli ve 2008/877 sayılı Müsteşarlık Makam Onayı ile, Bakanlığın yurt dışı teşkilatında diplomatik temsile ilişkin görevlerin yapılmasının yanı sıra, dış ticaret stratejilerinin uygulanması, sektör ve madde bazlı araştırmaların yapılması gibi çok yönlü ve çeşitli faaliyetlerin zaman içerisinde ortaya çıkardığı iş yoğunluğu ve gelişen dış ticaret hacmi sebebiyle Ticaret Müşavirliklerinde/Ataşeliklerinde, Müşavirlerine/Ataşelerine yardımcı olmak üzere yerel personel istihdam edilebilmesi imkanı getirilmiş olup söz konusu onay çerçevesinde de Chicago Ticaret Ataşesine yardımcı olması amacıyla, Ticaret Ataşesi ile O.Y. arasında 21.9.2010 tarihli Geçici Hizmet Sözleşmesi imzalandığı, söz konusu hizmet sözleşmesi idarenin yurt dışı temsilciliklerinde nitelikli yerel personel istihdam edilebilmesi amacıyla hazırlanmış olup sözleşme hükümlerinin 4857 sayılı İş Kanununa tabi olmadığı, sözleşmenin hiçbir maddesine bu yönde bir ibare konulmadığı, davacının işçi olarak değil kamu kurumunda sözleşmeli personel olarak istihdam edildiği, dolayısıyla gerek 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-c maddesi, gerekse 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5/c maddesi ile, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları çözmekle İdari Mahkemelerin görevli olduğu hüküm altına alınması nedeniyle, söz konusu davanın idari yargı mercilerince çözümlenmesi gerektiğinden, adli yargıda açılan işbu davanın görev yönünden reddedilmesi gerektiği savunulmuştur.

ANKARA 17. İŞ MAHKEMESİ: 21.11.2012 gün ve E:2011/1346 sayı ile, taraflar arasındaki sözleşmenin niteliği, davacının statüsü gözetildiğinde, idare hukuku alanında hukuki sonuçlar doğurduğu, idare ile davacı arasındaki ilişkinin idare hukuku ilkelerine dayanan kamu hukuku ilişkisi olduğu, dolayısıyla davanın görüm ve çözümünde idari yargının görevli olduğu, mahkemelerinin görevsiz olduğu gerekçesiyle görevli mahkemenin tayini için Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanunun 19/1. maddesi gereğince dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmesine, davanın Uyuşmazlık Mahkemesinin karar vermesine değin ertelenmesine karar vermiştir.

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 1.7.2013 günlü toplantısında:

I-İLK İNCELEME: İdare Mahkemesince, 2247 sayılı Yasa'nın 19. maddesine göre başvuruda bulunulmuş olduğu, adli yargı dosyasının Mahkemece ekinde idari yargı dosyası temin edilmeden Uyuşmazlık Mahkemesine gönderildiği, idari yargı dosyasının Başkanlığımızca getirtildiği ve usule ilişkin herhangi bir noksanlık bulunmadığı anlaşıldığından görev uyuşmazlığının 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 Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Mehmet BAYHAN ile Danıştay Savcısı M.Ali GÜMÜŞ'ün idari yargının görevli olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dava, davacı ile davalı idare arasında imzalanan 21.9.2010 günlü "Geçici Hizmet Sözleşmesi (Nitelikli Yerel Personel için)" nin tek taraflı olarak feshedilmesine ilişkin 20.12.2010 gün ve 50-396 sayılı işlem nedeniyle oluştuğu öne sürülen kötü niyet tazminatı ve maddi zararın fiili ödeme tarihindeki Merkez Bankası efektif satış kuru karşılığı TL olarak yasal faiziyle ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinde "**(Değişik:30/5/1974 - KHK-12; Değiştirilerek kabul: 15/5/1975 - 1897/1 md.)**

Kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür.

A) Memur:

Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır.

Yukarıdaki tanımlananlar dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlar da memur sayılır.

B) Sözleşmeli personel:

Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, Bakanlar Kurulunca belirlenen esas ve usuller çerçevesinde kurumun teklifi ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca vizelenen pozisyonlarda, mali yılla sınırlı olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir.

(Mülga ikinci paragraf: 4/4/2007-5620/4 md.)

Ancak, yabancı uyrukluların; tarihi belge ve eski harflerle yazılmış arşiv kayıtlarını değerlendirenlerin mütercimlerin; tercümanların; Millî Eğitim Bakanlığında norm kadro sonucu ortaya çıkan öğretmen ihtiyacının kadrolu öğretmen istihdamıyla kapatılamaması hallerinde öğretmenlerin; dava adedinin azlığı nedeni ile kadrolu avukat istihdamının gerekli olmadığı yerlerde avukatlarını, (....) kadrolu istihdamın mümkün olamadığı hallerde tabip veya uzman tabiplerin; Adli Tıp Müessesesi uzmanlarının; Devlet Konservatuvarları sanatçı öğretim üyelerinin; İstanbul Belediyesi Konservatuvarı sanatçılarının; bu Kanuna tâbi kamu idarelerinde ve dış kuruluşlarda belirli bazı hizmetlerde çalıştırılacak personelin de zorunlu hallerde sözleşme ile istihdamları caizdir.

(Ek paragraf: 4/4/2007-5620/4 md.) Sözleşmeli personel seçiminde uygulanacak sınav ile istisnaları, bunlara ödenebilecek ücretlerin üst sınırları ile verilecek iş sonu tazminatı miktarı, kullandırılacak izinler, pozisyon unvan ve nitelikleri, sözleşme fesih halleri, pozisyonların iptali, istihdamına dair hususlar ile sözleşme esas ve usulleri Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenir. **(Ek cümle: 25/6/2009-5917/47 md.)** Bu şekilde istihdam edilenler, hizmet sözleşmesi esaslarına aykırı hareket etmesi nedeniyle kurumlarınca sözleşmelerinin feshedilmesi veya sözleşme dönemi içerisinde Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenen istisnalar hariç sözleşmeyi tek taraflı feshetmeleri halinde, fesih tarihinden itibaren bir yıl geçmedikçe kurumların sözleşmeli personel pozisyonlarında istihdam edilemezler.

C) Geçici personel:

Bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğuna Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanılarak Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde ve belirtilen ücret ve adet sınırları içinde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kimselerdir.

D) İşçiler:

(Değişik birinci cümle: 4/4/2007-5620/4 md.) (A), (B) ve (C) fıkralarında belirtilenler dışında kalan ve ilgili mevzuatı gereğince tahsis edilen sürekli işçi kadrolarında belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan sürekli işçiler ile mevsimlik veya kampanya işlerinde ya da orman yangınıyla mücadele hizmetlerinde ilgili mevzuatına göre geçici iş pozisyonlarında altı aydan az olmak üzere belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan geçici işçilerdir.Bunlar hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz." denilerek istihdam şekilleri belirtilmiş, aynı Kanunun 5. maddesinde de dört istihdam şekli dışında personel çalıştırılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığının 28.8.2008 gün ve 2008/877 sayılı makam onayının 1. maddesinde "Müsteşarlığımızca belirlenecek görev tanımı çerçevesinde, ekli listede yer alan dış temsilciliklerimizin ihtiyaç duyduğu nitelikli yerel personel, Müsteşarlık Makamı ve/veya bahse konu Ticaret Müşavirlikleri/Ataşeliklerine atanmış bulunan Ticaret Müşavirleri/Ataşeleri tarafından, belirlenen adayların Personel Dairesi Başkanlığı'na bildirilmesinin ardından, Personel Dairesi Başkanlığı tarafından istihsal olunacak Müsteşarlık Makamı Onayı ile istihdam edilecektir" denilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Şikago Başkonsolosluğu Ticaret Ataşeliğinde boş bulunan Yerel Personel pozisyonuna davacının atanması, Müsteşarlık Makamının 20.9.2010 tarihli ve 2010/1208 sayılı Onayı ile uygun görülerek, anılan Ticaret Ataşeliği ile davacı arasında 21.9.2010 - 21.9.2011 tarihlerini kapsayan, 21.9.2010 tarihli Geçici Hizmet Sözleşmesi akdedildiği, anılan Ataşeliğin 4.10.2010 tarihli ve 50-340 sayılı yazısı ile ilgilinin, 21.9.2010 tarihinde görevine başladığı, daha sonra, anılan Ticaret Ataşeliği tarafından Personel Dairesi Başkanlığına gönderilen 17.12.2010 tarihli ve 50-395 sayılı yazıda; ataşeliklerinde yerel personel olarak görev yapan O.Y.'ın, üç aylık deneme süresi boyunca performansının yakından izlenip değerlendirildiği, bu süre zarfında adı geçenin beklenilen performansı sergilemekten yoksun olduğu ve özgeçmişinde yer alan birtakım zorunlu niteliklere sahip olmadığının; dikkat dağınıklığı, sözlü ve yazılı olarak kendini ifade etmede zorluk yaşadığını, bilgi derleme, rapor ve sunum hazırlamada yetersiz kaldığının, görev tanımı dahilinde yer alan konularda girişken ve bağımsız olamadığını, gerek Türk gerekse yabancı firma yetkilileriyle iletişim kurmakta zorlandığını, ofis ekipmanlarının kullanımı, Microsoft (Ford, Excel, Powerpoint) konusunda becerilerinin çok temel düzeyde kaldığını, verilen görevleri vaktinde ve beklenen şekilde tamamlayamadığının gözlemlendiği; konuyla ilgili olarak 24 Kasım 2010 tarihinde davacı ile yüz yüze görüşülerek görev tanımı ve işin gereklerinin yeniden hatırlatılarak sözlü uyarıda bulunulduğu, görüşme esnasında davacının performansının dilekçesini yazacağını ifade ettiği, sonrasında e-posta kanalıyla kendisine bir şans daha verilmesini ve istifa etmek istemediğini belirttiği, bunun üzerine 6 Aralık 2010 tarihine kadar adı geçenin çalışmalarının yeniden izlendiği, çaba görülmekle beraber performansında ilerleme kaydedilmemiş olduğundan, 6 Aralık 2010 tarihinde davacıya yazılı olarak Geçici Hizmet Sözleşmesi'nin öngördüğü 3 aylık deneme süresi dahilinde performansının yeterli görülmediği ve bu koşullar altında Ataşelikteki görevine devam etmesinin mümkün olamayacağının bildirildiği belirtilerek, davacının 3 aylık deneme süresinin bitimi olan 20 Aralık 210 tarihi itibarıyla, Geçici Hizmet Sözleşmesinin 8/a ve 10/e maddeleri uyarınca, davacı ile yapılan sözleşmenin re'sen feshedildiği anlaşılmıştır.

Dosyada bulunan "geçici hizmet sözleşmesi" hükümlerinde özetle, davacının yapacağı işin tanımında; rapor hazırlamak ve araştırma yapmaya, tanıtım faaliyetlerinde bulunmaya, veri tabanı ve erişim ağı oluşturmaya, ofis idaresi yapmaya, ticaret müşavirliği faaliyetleriyle ilgili ticaret müşavirince verilecek diyer işleri yapmaya yer verildiği; sözleşmenin ücretinin, ödeme zamanının, hangi tarihten itibaren ödeneceğinin ve başlama tarihinin belirlendiği; çalışma saatlerine, izinlere, görevin sona ermesi veya işten ayrılmaya ve sözleşmenin feshi konularıyla sözleşme dönemine değinildiği görülmektedir.

Olayda Dış Ticaret Müsteşarlığının yurt dışı teşkilatlarında diplomatik temsile ilişkin görevlerinin yanı sıra, dış ticaret stratejilerinin uygulanması, sektör ve madde bazlı araştırmaların yapılması gibi çok yönlü ve çeşitli faaliyetlerin zaman içerisinde ortaya

çıkardığı iş yoğunluğu ve gelişen dış ticaret hacmi sebebiyle Ticaret Müşavirliklerinde müşavirlere yardımcı olmak üzere nitelikli personel ihtiyacının geçici süre de olsa karşılanmasını teminen yine müsteşarlık makamının talimatları ve onayları doğrultusunda yerel personel alınması yoluna gidildiği açıktır.

Yukarıda sözü edilen yasal düzenlemelerin ışığında, davacının 2008/877 onay nolu, yerel personel istihdamı konulu, Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı onayı kapsamında, Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı adına hareket eden Ticaret Ateşesi ile nitelikli yerel personel için düzenlenmiş olan geçici hizmet sözleşmesi imzalandığı; ticaret ateşesi tarafından durumun Başbakanlık Personel Dairesi Başkanlığına bildirildiği ve davacının müsteşarlık makamı onayı ile istihdam edildiği; hizmet sözleşmesinin yine Müsteşarlık Personel Dairesi Başkanlığı onayının alınmasını müteakip feshedildiği ve görevine son verildiği tartışmasızdır.

İdarenin, kamu görevlisi sayılan personeli ile arasındaki ilişki, idare hukuku ilkelerine dayanan ve idare hukuku ilkeleriyle düzenlenen bir kamu hukuku ilişkisidir. Her ne kadar geçici hizmet sözleşmesinin dayanağı olarak bir kanundan söz edilmemekte ise de, davacının 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunundan kaynaklanan hizmet akdine istinaden çalıştırılmadığı gibi, sözleşme hükümlerinin İş Kanununa da tabi olmadığı, davacının kamu hukuku kuralları çerçevesinde çalıştığının kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, 28.8.2008 gün ve 2008/877 nolu Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı Onayına göre düzenlenen geçici hizmet sözleşmesinin feshedilmesi sonucu oluştuğu öne sürülen maddi kayıpların tazmini isteminden doğan uyuşmazlığın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 2/1-a maddesinde belirtilen idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar kapsamında idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 17. İş Mahkemesinin başvurusunun kabulü ile, Ankara 15. İdare Mahkemesince verilen görevsizlik kararının kaldırılması gerekmiştir.

SONUÇ : Davanın çözümünde İDARİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Ankara 17. İş Mahkemesinin BAŞVURUSUNUN KABULÜ ile, Ankara 15. İdare Mahkemesinin 31.3.2011 gün ve E:2011/352, K:2011/522 sayılı GÖREVSİZLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 1.7.2013 gününde OY BİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.