D.11/2019 YİM 226/2015

Yüksek İdare Mahkemesinde

Anayasa’nın 152.maddesi Hakkında.

Mahkeme Heyeti:Mehmet Türker, Gülden Çiftçioğlu, Beril Çağdal.

Davacı: Yudum Mişon,Spor Dairesi,Lefkoşa.

* ile –

Davalı:No.1- Spor Dairesi Genel Yönetim Kurulu vasıtasıyla

 KKTC Başsavcılığı,Lefkoşa.

 No.2- KKTC Başbakanlığı, Spor Dairesi vasıtasıyla KKTC

 Başsavcılığı,Lefkoşa.

 A r a s ı n d a.

Davacı namına: Avukat Oktay Feridun adına ve şahsen Avukat

 Serhan Çinar

Davalı namına: Kıdemli Savcı İlter Koyuncuoğlu

-------------

 **K A R A R**

Mehmet Türker: Bu davada, Mahkemenin kararını, Sayın Yargıç Beril Çağdal okuyacaktır.

Beril Çağdal: Davacının, Davalılar aleyhinde dosyaladığı davasında:

“A- Davalılar tarafından 10/9/2015 tarihinde 2015/60 no’lu

kararla alındığı iddia edilen ve davacıya 18/9/2015

tarihli ve PB.2569-2015 sayılı yazı ile 18/9/2015 tarihinde bildirilen ve davacının 2015/52 no’lu karar doğrultusunda Piyangolar Birim Sorumluluğundan alındığını ve 47/2010 sayılı Kamu Görevlileri Yasasında belirtilen barem tablosunda lise mezunlarının başlangıç barem olan IV.Derece 5/1’den ödenmesine dair verilen kararın ve hususta yapılan işlemlerin hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve hiçbir sonuç doğuramayacağına karar verilmesi”

talep edilmektedir.

 Davacının Talep Takririne karşı Davalılar tarafından Müda-faa Takriri dosyalanmıştır.

 Davanın dinlenmesi aşamasında Davacı şahadet verdi ve top-lam 8 belge emare olarak kaydedildi.

 Taraflarca saptanan müşterek olgular ise şu şekildedir:

 1. Davacı, Spor Dairesi Genel Yönetim Kurulunun, 17.9.2014 tarihli toplantısında almış olduğu 2014/58 sayılı karar ile Piyangolar Birimine istihdam edildi.

 2. Davacı, Spor Dairesi Genel Yönetim Kurulunun 16.10.2014 tarih ve 2014/69 sayılı kararı ile Piyangolar Birim Sorumluluğuna atandı.

 3. Spor Dairesi Genel Yönetim Kurulu, 3.9.2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda almış olduğu 2015/52 sayılı karar ile Davacıyı Piyangolar Birim Sorumluluğu görevinden aldı.

 4. Spor Dairesi Genel Yönetim Kurulu, 2015/60 sayılı kararı ile Davacının maaş bareminin, 47/2010 sayılı Kamu Çalışanlarının Aylık (Maaş-Ücret) ve Diğer Ödeneklerinin Düzenlenmesi Yasası’nda belirtilen barem kadrosunda lise mezunlarının başlangıç baremi olan IV.Derece 5’in 1’i olmasına karar verdi.

 5. Bu karar Davacıya 18.9.2015 tarihli yazı ile bildirildi.

 6. Davacı, Davalılar ile Bank-Sen arasında 1.1.2014 tarihinde imza edilmiş Toplu İş Sözleşmesi kapsamındadır.

 7. Davalılar, dava konusu kararları ile ilgili olarak Bank-Sen Sendikasına şikâyet edilmiştir. Bunun üzerine Bank-Sen Davalılara 12.10.2015 tarihinde yazılı ihtar göndermiş ve bu kararlarının Toplu İş Sözleşmesinin 19. maddesini ihlâl ettiğini ve bu uygulamayı düzeltmelerini talep etmiştir.

 8. Davacı, Avukatı vasıtasıyla, İyi İdare Yasası’nın 21. maddesi tahtında, Spor Dairesi Genel Yönetim Kuruluna, 22.9.2015 tarihinde, elden bir yazı göndermiş ve Davacının Toplu İş Sözleşmesi kapsamında olduğunu, Sözleşmeye göre kadrolu personel olduğunu, kadrolu personel olduktan sonra maaşında veya bareminde düşürme yapılamayacağını hatırlatarak, dava konusu kararlarını gözden geçirerek düzeltmeleri için ikazda bulundu. Mezkûr Yazı Spor Dairesi Genel Yönetim Kuruluna 22.9.2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

 9. Spor Dairesi Genel Yönetim Kurulu yazıyı aldığına dair resmi mühürünü yazıya basmıştır. Spor Dairesi Genel Yönetim Kurulu yazıya herhangi bir cevap vermemiştir.

 10. Davalı, 4.9.2015 tarihinde doldurduğu izin formu ile, 7.9.2015 – 18.9.2015 tarihleri arasında izin kullanmıştır.

Davalılar tarafından dosyalanan Müdafaa Takririnde, Dava-cının davasında, Davalıların kendisine ödenen maaş bareminin Piyangolar Hizmet Birimi ile Bank-Sen arasında yapılan Toplu İş Sözleşmesine aykırılığı ileri sürdüğü, Toplu İş Sözleşme-sinden doğan uyuşmazlıklarda yetkili yargı yerinin kaza mahkemeleri olduğu, Yüksek İdare Mahkemesinin Toplu İş Sözleş-mesinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarda yetkili olmadığı şeklindeki ön itirazı ışığında, bu meseledeki ihtilafın Yüksek İdare Mahkemesinin yetkisine girip girmediği öncelikli olarak değerlendirilmelidir. Tarafların bu husustaki hukuki argüman-ları şu şekilde özetlenebilir:

 Davacı Avukatı, Emare No.6 Toplu İş Sözleşmesinin madde-leri ve Emare No.1 İhbarın içeriği incelendiği zaman, Davacı tarafından yürütülen görevin bir kamu görevi olduğunun ve Davacının da bir kamu hizmetlisi olduğunun kabul edilmesi gerektiğini iddia etmektedir. Davacının kamu çalışanı olduğu şeklindeki argüman, Davacı Avukatı tarafından 47/2010 sayılı Yasa’nın “kapsam” maddesinde yer alan, “Bu Yasada düzenlenen mali kurallar dışında bu Yasada düzenlenmeyen ancak bu Yasaya ters düşmeyen kurallarla ilgili olarak yerine göre Kamu Görevlileri Yasası veya kendi özel yasa veya diğer mevzuat kuralları ile toplu iş sözleşmesi kuralları uygulanır” şeklin-deki düzenlemeye dayandırılmaktadır. Dava konusu karar alın-dıktan sonra Sayıştaydan görüş alınmış olmasının da Davacının kamu çalışanı olduğunu gösterdiğini ileri süren Davacı Avukatı, tüm bu hususların, Devletin sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir maddeye istinat ederek değil de, Devlet olmanın kendisine verdiği egemenlik erkinin gücünü kullanarak Davacıyı görevden aldığını gösterdiğini iddia etmektedir.

 Davalı adına bulunan Savcı ise yetki ile ilgili olarak yaptığı hitabında, Davacının işvereni olan Spor Dairesi ile ilişkisinin, 2011 yılından sonra işe girdiği için, tamamen Emare No.6 Toplu İş Sözleşmesinin ek protokolüne tabi olduğunu, Toplu İş Sözleşmesi Yasası’nda ve genel olarak İş Hukukunda toplu iş sözleşmesi olduğu durumlarda işverenle işçinin bireysel sözleşme yapması gerekmediğini, ancak toplu iş sözleşmesinde herhangi bir kural bulunmadığı zaman bu kişilere İş Yasası kurallarının uygulandığını ve Yüksek İdare Mahkemesinin yetkili olmadığını ileri sürmekte, Anayasa’nın 120. ve 121. maddeleri incelendiği zaman Davacının kamu görev-lisi olmadığını, kamu görevi yapmadığının da anlaşıldığını iddia etmektedir.

Bu meseledeki ihtilafın Davalılar ile Bank-Sen arasında imzalanmış olan Toplu İş Sözleşmesinden kaynaklanır olması gerçeği ışığında, öncelikle “Toplu İş Sözleşmesinin” hukuki tanımının kısaca incelenmesi uygun olacaktır. 42/1996 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Referandum Yasası’nın 4. madde-sinde “Toplu İş Sözleşmesi” şöyle tanımlanmıştır:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| “4. | (1) | Toplu İş Sözleşmesi, çalışanların işverenle olan ilişkilerinde , ekonomik ve sosyal durumlarını korumak, geliştirmek, çalışma esaslarını düzenlemek ve düzeltmek amacıyla , seçtikleri sendikaları , federasyonları veya konfederasyonları kanalı ile işveren veya işverenin yetkili kılması halinde işveren sendikası arasında yapılan bir sözleşmedir. |
|  | (2) | Toplu İş Sözleşmeleri , tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini, uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen kuralları da içerebilir. |
|  | (3) | Toplu İş Sözleşmeleri uygulamaları bakımından öğretmenler ve kamu görevlileri bu Yasa kapsamında sayılmaz. Ancak bu kural , kamu görevlilerinin ve öğretmenlerin Toplu Pazarlık ve Toplu görüşme yapmalarına engel teşkil etmez.” |

 Prof.Dr.Nuri Çelik, “İş Hukuku Dersleri” yenilenmiş 18. bası isimli eserde, “Toplu İş Sözleşmesinin Hukuki Niteliği” konu başlığı altında, sayfa 475’te “Bu nitelikleri ile toplu iş sözleşmesi normatif nitelikte ve borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde iki unsurun birleşmesinden doğan kendine özgü bir özel hukuk sözleşmesidir” şeklinde tanımlanmıştır.

 Yukarıda yer alan tanımlar ve Yüksek İdare Mahkemesi tara-fından verilen kararlar ışığında, görev yetkisine ilişkin konunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Mahkemenin görev yetkisi Yüksek İdare Mahkemesi tarafından bir çok kararda, çoğunlukla İdarenin taraf olduğu sözleşme-lerin sonlandırılmasına ilişkin meselelerde irdelenmiştir.

**YİM/İstinaf 6/2013 D.6/2014’te** bu hususta şu görüş yer almaktadır:

“Görev yetkisi ile ilgili olarak YİM’in kararlarında benimsediği prensiplere göre, İdare kamu gücünü kullana-rak, sözleşmenin içeriğinde yer almayan sebep veya sebep-lerle sözleşmeyi feshederse, alınan bu kararın denetimi Yüksek İdare Mahkemesi yetkisindedir. Böyle bir kararın hükümsüz kılınması veya iptal edilmesi için Yüksek İdare Mahkemesinde dava açılmalıdır. Eğer İdare akit taraf gibi hareket eder ve sözleşmede yer alan bir veya birden fazla

sebebe dayanarak sözleşmeyi sona erdirirse, bu durumlarda ihtilafı sonuçlandırmaya yetkili Mahkeme Kaza Mahkemesi-dir.”

 **YİM/İstinaf 1/2012 (D.5/2012)’de** ise bu hususta şunlar dile getirilmiştir:

“İdari sözleşmeler, idare ile özel kişinin iradelerinin uyuşumu ile doğan iki yanlı işlemlerdir. Konu ile ilgili olarak Zaim Necatigil’in KKTC Anayasası ve Yönetim Hukuku isimli eserinin 83’üncü sayfasında şöyle denilmektedir:

 ”Bir de, yönetim ve başka kişilerin karşılıklı

 olarak iradelerini açıklamaları ile yaptıkları

 işlemler vardır ki bunlara iki yanlı işlemler

 denilmektedir. Bu kümede olan işlemlere yöneti-

 min taraf olduğu sözleşmeler örnek olarak gös-

 terilmektedir. Sözleşmeler iptal davasının konu-

 su dışında kalır. Bir sözleşmenin feshi ve tazminat

 istemi özel hukuk dalında olan konulardır. Buna karşın

 sözleşmeden ayrılabilen yönetsel işlemler iptal davasına

 konu olabilir. Örneğin, Devlet ihalelerinde İhale

 Komisyonunun kararları iptal davasına konu

 yapılabilmektedir.“

 İdarenin ve sözleşmeci kişinin sözleşme hükümlerine

uymaması onların akdi sorumluluğunu doğurur. Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin işlemler, sözleşmenin tarafları bakımından ayrılabilir işlem olarak kabul edilmedikleri için, bunlara karşı iptal davası açılamaz. (Gör:Kemal Gözler İdare Hukuku, cilt 2, sayfa 229)

İdari sözleşmelerin uygulanmasından doğan veya

Sözleşmeden kaynaklanan fesih şartlarından doğan uyuşmaz-lıklar,Anayasanın 152’nci maddesi altında iptal davası

konusu oluşturmadığı için, Yüksek İdare Mahkemesinin bu tür uyuşmazlıklarda yargı yetkisi yoktur. Anayasanın 152’nci maddesi altında iptal davası konusu oluşturmayan idari sözleşmelerin uygulanmasından ve/veya feshinden kaynaklanan ihtilaflar ile zarar ziyan ve tazminat talepleri özel hukuk kapsamındadır.

Sözleşmenin yürürlüğü ile ilgili olan şartlara ilişkin yapılan işlemler ve kararlar özel hukuk kapsamındadır. Bahse konu işlemler, sözleşmenin icrasına ilişkin sözleşmenin herhangi bir şartını yerine getirme şeklinde olabileceği gibi, sözleşmeyi sonlandırma şeklinde de olabilir.

Sözleşmede kural olup olmadığına bakılmaksızın, idare, karar veya işlemini kamu gücüne dayanarak gerçekleştiriyorsa, (örneğin, idarenin kamu gücünü kullanarak idari sözleşmede yer alan hükümlere aykırı bir şekilde sözleşmeyi sonlandırması) bu konuda doğacak bir ihtilafın çözüm yeri, idari yargıdır. Eğer idare, idari karar veya işlemini gerçekleştirirken akit taraf olarak hareket ediyorsa, o zaman ihtilafın çözüm yeri Hukuk Mahkemeleridir.”

 Yukarıda belirtilen görüşler en son, **YİM 193/2015 D.18/ 2017** sayılı kararda da benimsenmiştir.

Yüksek İdare Mahkemesince görev yetkisine ilişkin benim-senen prensipler çerçevesinde bu meseledeki ihtilaf incelenir- ken, bu meselede İdarenin, yani Davalı Spor Dairesinin yakınma konusu edilen kararı alırken kamu gücü kullanarak, sözleşmede yer alan hükümler dışında bir sebeple mi hareket ettiği, yoksa akit taraf gibi mi davrandığı belirlenmelidir.

Talep Takririnde, gerek “görevden alınma” gerekse de maa-şında yapılan değişiklik yakınma konusu yapılmışsa da, Davacı tarafından sunulan şahadetten “görevden alınma”ya ilişkin ka-rarla ilgili bir talebi olmadığı anlaşılmaktadır. Davacı Avu-katı da yaptığı hitabında, görevden alınma kararının iptalinin talep edilmediğini, sadece maaşla ilgili değişikliğin şikâyet konusu olduğunu ifade etmiş ve hitabını bu çerçevede yapmış-tır.

Bu meselede yakınma konusu yapılan Emare No.4 Spor Dairesi Genel Yönetim Kurulu kararı şöyledir:

 “**KARAR NO: 2015/60**

 **Genel Yönetim Kurulunun 3 Eylül 2015 tarihli ve 2015/52**

 **sayılı kararı doğrultusunda Piyangolar Birimi Sorumluluğu**

 **görevinden alınan Sn.Yudum Mişon’un 47/2010 sayılı Kamu**

 **Görevlileri Yasasında belirtilen barem tablosunda lise**

 **mezunlarının başlangıç baremi olan IV.Derece 5/1’den**

 **ödenmesine oy birliği ile karar verilmiştir.”**

 Yukarıda alıntılanan karar Davacıya,

**“Sayı:PB.2569-2015 Lefkoşa:18/09/2015**

 **Sn.Yudum Mişon**

**Spor Dairesi Genel Yönetim Kurulu’nun 10/09/2015 tarihli 2015/60 no’lu kararında 2015/52 no’lu karar doğ-rultusunda Piyangolar Birim Sorumluluğundan alındığınızı ve 47/2010 sayılı Kamu Görevlileri Yasasında belirtilen barem tablosunda lise mezunlarının başlangıç baremi olan IV.Derece 5/1’den ödenmenize karar verilmiştir.**

 Biray Deliceırmak

 **Piyangolar Sorumlusu”**

şeklindeki Emare No.1 kararla bildirilmiştir.

 Duruşma sürecinde sunulan şahadet ve Davacı Avukatı tara-fından Mahkemeye yapılan hitap incelendiğinde, Davacının temel argümanının, Davalı Dairede devamlı bir yıl çalışan bir perso-nel olduğu nedeniyle maaşının değiştirilemeyeceği şeklinde olduğu görülmektedir. Davacı bu iddiasını Toplu İş Sözleşme-sine ek protokolün 18(A) maddesinde yer alan düzenlemeye da-yandırmaktadır.

 Davacı, 2011 yılından sonra işe girdiği için Davalılarla Bank-Sen arasında 1.1.2014 tarihinde imza edilmiş Toplu İş Sözleşmesinin Ek Protokolü kapsamında olduğu ihtilafsızdır. Toplu İş Sözleşmesinin Ek Protokolünün 18(A) maddesi aynen şöyledir:

 **“Ek Protokol Madde 18.**

 **A İş Akdinin Feshi ve Bildirim Önelleri:**

 İşyerinde devamlı bir yıl çalışan personel kadrolu

 personel sayılır.

 Kamu Görevlileri Yasasında belirtilen durumlar dı-

 şında hiçbir devamlı personelin görevine son verilmez;

 aylık, ücret ve başka hakları elinden alınamaz. Herhangi

 bir görev ve statü değişikliğinde personelin baremi dü-

 şürülemez.

 İşyerinin tavsiyesi, bu nedenle sözleşmenin feshi ve

çalışanların işine son verme veya statülerini değiştirme-

sine yönelik herhangi bir girişim için önceden sendikaya

bilgi verir.”

 Yukarıya aktarılan Toplu İş Sözleşmesinin Ek Protokolünün 18(A) maddesinde “işyerinde devamlı bir yıl çalışan personelin kadrolu personel” sayıldığına, Kamu Görevlileri Yasası’nda belirtilen durumlar dışında hiçbir devamlı personelin görevine son verilemeyeceğine, aylık, ücret ve başka haklarının elinden alınamayacağına ve herhangi bir görev ve statü değişikliğinde bareminin düşürülmeyeceğine dair kurallar yer almaktadır.

 Davacının yakınma konusu etmiş olduğu husus, yukarıda da ifade edildiği şekilde görevine son verilmiş olması değil, maaşında yapılan değişikliktir. Bu nedenle Davacının maaşının ne şekilde belirleneceğine ilişkin düzenlemenin ne olduğu öncelikle tespit edilmelidir. Bu noktada, Emare No.6 Toplu İş Sözleşmesinin Ek Protokolünün “Maaş, Ödenekler ve Mükellefi-yetler” başlıklı 9.maddesinde:

**“a) İşveren 01.01.2011 yılında istihdam edilen tüm personele**

 **tanınan maaş, ödenekler ve mükellefiyetleri aynen hizmet**

 **birimi personeline de uygulanır.**

 **b) Birimin özelleşmesi ve/veya herhangi bir şekilde el**

 **değiştirmesi ve/veya tasfiye edilmesi ve/veya statüsünün**

 **değişikliğe uğraması muhtemel hallerde, işveren sendika**

 **ile istişarede bulunacak ve ortak mutabakat ve karar**

 **geçerli olacaktır.**

 **c) Bu gibi ahvallerin herhangi birisinin vukuu halinde,**

 **piyangolar personeli devlete istihdam edilir. Ayrıca**

 **Devlette istihdam şekli ve adı ne olursa olsun her**

 **personel piyangolar biriminde işe giriş tarihine bakıl-**

 **maksızın, kamu görevlileri yasasının 60/2002(4) a ve**

 **43/2003 b maddelerinde belirtilen haklardan ve toplu iş**

 **sözleşmesinden doğan diğer haklardan aynen yararlanacak-**

 **tır.”**

şeklinde yer alan düzenleme ile Davacı ve Davacı gibi davaya konu hizmet biriminde çalışanların maaşlarına ilişkin hakları-nın düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Başka bir anlatımla, Davacı ve Davacı konumunda olanların maaş haklarına ilişkin kurallar Toplu İş Sözleşmesinde yer almaktadır. Davacının, kamu gücü ayrıcalığı ile dava konusu kararın alınmış olduğu yönlü iddiası bağlamında konu incelendiği zaman, Davalıyı dava konusu barem ayarlaması kararını almaya yönelten hususun Toplu İş Sözleşmesinin Ek Protokolünün 9. maddesinde yer alan düzen-leme olduğu görülmektedir**.** Bu meselede taraflar arasındaki ihtilafın ne olduğu irdelendiği zaman, bunun, Emare No.4 Kararın Toplu İş Sözleşmesi Ek Protokolünün 18(A) maddesinde yer alan düzenlemeye bir aykırılık teşkil edip etmediği olduğu açıklıkla görülmektedir. Esasen, Davacının Davalıların belir-tilen 18(A) maddesindeki düzenlemeye uyması ve Davacının maaşında herhangi bir değişikliğe gidilmemesi yönündeki beklentisi ve talebi, Davalının ilgili Sözleşmenin bir tarafı olarak üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmesine ve Sözleş-me şartlarına uymasına ilişkin bir beklentidir. Başka bir anlatımla Davacı, Davalıların akit taraf olarak üzerlerine düşen yükümlülüğe uymalarını talep etmektedir. Yakınma konusu yapılan davranış, Sözleşmenin içeriğinde yer alan bir düzenle-meye dayanmaktadır. Bu nedenle de, Sözleşmenin içeriğinde yer almayan bir sebebe dayanarak, kamu gücü ayrıcalığı kullanıla-rak, Davacının maaşında değişiklik yaratacak bir karar alındığını söylemek olası değildir. Burada İdarenin akit taraf gibi davrandığı hususunda herhangi bir şüphe yoktur.

 Yakınma konusu edilen kararın alınmasında Toplu İş Sözleş-mesinin tarafı olarak hareket eden Davalı Spor Dairesinin Söz-leşmedeki kurala dayanarak hareket ettiği, kamu gücüne dayanan bir karar veya işlemin bulunmadığı nedeniyle bu meseledeki ihtilafın özel hukuk sahasında ve kaza mahkemesinin görev ala-nında olduğu, Yüksek İdare Mahkemesinin görev yetkisi dahilin-de olmadığı açıklıkla görülmektedir. Netice itibarıyla, Emare No.4 Karar, Yüksek İdare Mahkemesinin denetimine tabi bir karar niteliğinde değildir.

 Belirtilenler ışığında, Davacının davasının reddedilmesi kaçınılmazdır.

 Sonuç olarak;

 Dava ret ve iptal edilir.

 Dava masrafları Davacı tarafından ödenecektir.

Mehmet Türker Gülden Çiftçioğlu Beril Çağdal

 Yargıç Yargıç Yargıç

12 Nisan,2019