**DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULUNA**

**Gönderilmek Üzere**

**DANIŞTAY 16. DAİRESİNE**

**Esas No:2015/10692**

**YÜRÜTMEYİ DURDURMA KARARINA**

 **İTİRAZ EDEN (DAVACI ) :** Türk Eğitim Sen

**VEKİLİ :** Av. Dilek ATAK

**DAVALI :** Başbakanlık

**VEKİLİ :** Hukuk Müşaviri Sibel CİVANBAY

**T. KONUSU :** Danıştay 16. Dairesinin 2015/10692 E. Sayılı ve 09.03.2015 tarihli yürütmeyi durdurma talebimizin reddine ilişkin kararına karşı itirazlarımızın sunulmasından ibarettir.

**T. TARİHİ :** 05.06.2015

**AÇIKLAMALAR :** Danıştay 16. Dairesinin 2015/10692 E. Sayılı ve 09.03.2015 tarihli yürütmeyi durdurma talebimizin reddine ilişkin kararında hukuka uyarlık bulunmadığından kaldırılması ve dava konusu düzenlemelerin yürütmesinin durdurulması hakkaniyet gereğidir. Şöyle ki;

16.08.2014 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin;

1- 1. Maddesi ile değiştirilen 11. Maddesinde “Haklarında adli veya idari bir soruşturma yapılmış ve bu soruşturma sonucunda **o yerde kalmasında sakınca görülmüş olan memurun** hizmet bölgelerindeki ve/veya hizmet alanlarındaki zorunlu çalışma sürelerini tamamlamadan ve yer değiştirme suretiyle atanma dönemi beklenmeksizin hizmetin gereği olarak yer değiştirme suretiyle ataması yapılabilir.

Hizmet gereği yer değişikliği yapılan memurun ayrıldığı hizmet bölgesindeki eksik hizmetleri aynı hizmet bölgesi içindeki başka bir hizmet alanında tamamlattırılır. Memurun görev yaptığı hizmet bölgesinde ihtiyaç bulunmaması halinde diğer hizmet bölgelerine de ataması yapılabilir. Bu şekilde ataması yapılan memurun ayrıldığı hizmet bölgesindeki eksik hizmetleri daha sonra tamamlattırılır.

**Hizmet gereği başka bir hizmet alanına veya bölgesine atanan memurlar, kurumların özel yönetmeliklerinde belirlenecek istisnalar dışında ayrıldığı hizmet alanına yeniden atanamaz**.” denilmektedir.

Madde hükmünde, haklarında adli veya idari bir soruşturma yapılan memurun hangi hallerde görev yaptığı yerde kalmasında sakınca görüleceği açıkça belirtilmeksizin idareye keyfi ve sınırsız takdir hakkı bırakılmaktadır. Dava konusu ibare suistimale son derece açıktır. Tedbir amacı ile getirilen bu düzenlemede, idarenin takdir hakkının sınırlarının çizilmesi ve hangi durumlarda sakınca bulunduğu açık ve net bir biçimde belirtilmelidir. Aksi takdirde uygulamada çok sayıda mağduriyet ile karşılaşılacaktır.

Soruşturma sonucu yer değişikliği işlemlerinin iptali istemiyle açılan davaların çoğu idarenin takdir yetkisinin keyfi ve sınırsız kullanıldığı gerekçesiyle iptal edilmektedir. Örnek vermek gerekirse; DANIŞTAY 2. DAİRESİNİN 2009/3951 E.. 2012/6310 K SAYILI KARARINDA; "'Anılan maddelerle idarelere, kamu görevlilerinin kurum içinde veya başka yerlerdeki kadrolara atanmaları konusunda takdir yetkisi tanınmış ise de, idarelere tanınan takdir yetkisinin kullanımının mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlı olduğu ve bu açıdan yargı denetimine tabi bulunduğu, ancak sözü edilen takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde bu durumun dava konusu idari işlemin sebep ve maksat yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği hususu yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir.

Memurların atanmasında aranan kamu yararı ve hizmet gerekleri kıstasının sebebi olarak gösterilen eylemler ve bu eylemlerin karşılığı olarak verilen cezaların ağırlık ve niteliğinin de gozönünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekmekte olup, dava konusu işlemin sebebi olarak gösterilen ve yukarıda izahına yer verilen soruşturma raporunda bahsi geçen eylemlerin, bu nitelik ve ağırlıkta bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

**Bu durumda, soruşturma konusu fiillerin sadece disiplin cezasını gerektirecek bir mahiyet taşıması, davacının geçmiş hizmetlerinin ve sicillerinin olumlu olması ve söz konusu fiiller nedeniyle Kurumun zarara uğratıldığı yolunda herhangi bir tespitin bulunmaması hususları birlikte değerlendirildiğinde, davacının A tipi bir okuldan şehir merkezine uzak mesafedeki C tipi bir okula, naklen atanmasını gerektirecek nitelik ve ağırlıkta olmaması nedeniyle dava konusu işlemde kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden hukuka uyarlık ve davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır**." denilmiştir.

Bilindiği üzere soruşturma geçiren memurlara sıklıkla görev yeri değişikliği uygulanmaktadır. Geçirdiği soruşturma sonucunda ceza alan memurun görev yerinin de isteği dışında değiştirilmesi, aynı fiilden dolayı iki kez ceza verilemeyeceği kuralına aykırıdır. Günümüzde bir nevi sürgün aracı olarak kullanılan bu uygulama sebebiyle çok sayıda memur mağdur olmaktadır. İsnad edilen fiilin ağırlığına ya da sübut bulup bulmadığına bakılmaksızın soruşturma geçiren her memurun idarenin keyfi takdir hakkıyla isteği dışında görev yerinin değiştirilmesi, soruşturma konusu fiil ile soruşturmanın sonuçları arasında orantısızlık oluşturmaktadır. Hal böyle iken, görev yeri değişikliği için somut kriterlerin getirilmemesi ve soruşturma geçiren memurun hangi hallerde o yerde kalmasında sakınca görüleceğinin belirlenmemesi, keyfi uygulamalar neticesinde daha da ağır sonuçlara yol açacaktır.

Görev yeri bu şekilde değiştirilen devlet memurunun ayrıldığı hizmet alanına yeniden atanamaması ise bu yer değişikliklerini suistimale daha açık hale getirecektir. Alınan disiplin cezası ile verilen yer değişiklikleri arasındaki orantısızlık daha da artacaktır. Disiplin cezalarının sonuçları daha da ağırlaştırılmaktadır. Bilindiği üzere uyarı ve kınama cezaları 657 sayılı DMK’nun 133. Maddesi gereği 5 yıl sonra özlük dosyasından tamamen silinmektedir. Cezanın silinmesine rağmen buna bağlı yaptırımın sınırsız bir şekilde devam etmesi hakkaniyete uygun değildir.

2-Yönetmeliğin “Memurun İsteği Üzerine Yapılabilecek Yer Değiştirmeler” başlıklı 12. Maddesinde Sağlık, aile birliği ve can güvenliği mazeretlerinin belgelendirilmesi halinde, hizmet bölgelerindeki ve/veya hizmet alanlarındaki zorunlu çalışma süreleri tamamlanmadan memurun isteği üzerine yer değiştirme suretiyle ataması yapılabilir.

Sağlık ve aile birliği mazeretlerine dayalı olarak yer değiştirmeye tabi tutulan memur, mazeretinin devam ettiğini her yıl Ocak ayında alacağı belgeyle belgelendirmek zorundadır. Zorunlu çalışma süresini sağlık veya aile birliği mazeretine dayalı olarak tamamlamamış olan memur mazeretinin sona ermesi durumunda, zorunlu hizmet süresinin eksik kalan kısmını tamamlamak zorundadır.

Sağlık ve can güvenliği mazeretlerine dayalı olarak yapılacak yer değiştirme suretiyle atamalar, atanma dönemine tabi değildir.” denilmektedir.

Mazerete bağlı yer değişikliği işlemlerinde öğrenim özrüne yer verilmemiştir. Anayasanın 42. maddesinin 1. fıkrasında, **“Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz.**” denilmektedir. Yönetmelik hükmünde mazerete bağlı yer değişikliklerinde öğrenim özrüne yer verilmemek sureti ile eğitim-öğretim hakkı engellenmektedir. Öğrenim özrü sebebi ile yer değiştirmek isteyen memurların kendilerini geliştirmelerinin önü kapatılmaktadır. Kamu hizmetinin kendini geliştirmiş, liyakat sahibi kamu personeli eliyle yürütülmesi kamu yararının gereğidir. Personelin hizmetinden sağlanacak faydanın artırılmasının yolu da budur. Bu bağlamda, memurların lisansüstü öğrenim görmeye teşvik edilmesi gerekli iken; Anayasa ile güvence altına alınmış olan öğrenim hakkının engellenmesi anlamını taşıyan dava konusu düzenlemenin yürütmesinin durdurulması ve devamında iptali hakkaniyet gereğidir.

3- Yönetmeliğin Sağlık Mazeretine Bağlı Yer Değişikliği başlıklı 13. Maddesinde “Memurun sağlık mazeretine dayanarak yer değiştirme talebinde bulunabilmesi için; kendisi, eşi, annesi, babası, bakmakla yükümlü olduğu çocukları ve yargı kararı ile vasi tayin edildiği kardeşinin hastalığının görev yaptığı yerde tedavisinin mümkün olmadığı veya mevcut görev yerinin söz konusu kişilerin sağlık durumunu tehlikeye düşüreceğini eğitim ve araştırma hastanesi veya üniversite hastanesinden alınacak sağlık kurulu raporu ile belgelendirmesi gerekir.” denilmektedir.

Anayasanın 56. Maddesinde; “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.” denilmiştir.

Bilindiği üzere sağlık özrü en insani mazeret durumudur. Bu nedenle herkesin sağlıklı bir çevrede yaşayabilmesi için tüm önlemlerin alınması görevi devlete yüklenmiştir. Dava konusu düzenlemede ise memurun sağlık özrüne bağlı yer değişikliği için eğitim ve araştırma hastanesi veya üniversite hastanesinden alınacak sağlık kurulu raporu ile belgelendirme şartı aranmaktadır. Ancak; eğitim ve araştırma hastanesi veya üniversite hastaneleri her ilde bulunmamaktadır. Bu nedenle zaten sağlık sorunları yaşayan kişilerin sağlık özrü nedeniyle yer değişikliği yapabilmesi zorlaştırılmakta ve hatta bazen imkansız hale getirilmektedir. Bunun yerine değişiklikten önce olduğu gibi bulunulan yerlerdeki tam teşekküllü hastanelerden alınacak rapor ile başvuruda bulunulmasının yeterli görülmesi, Anayasanın 56. Maddesi ile devlete yüklenen görevin gereğidir.

4-Yönetmeliğin 4. Maddesi ile değiştirilen 14/d maddesinde “d) Kamu personeli olmayan eşinin, talep edilen yerde kesintisiz son üç yıl sosyal güvenlik primi ödemek suretiyle kendi adına veya bir hizmet akdi ile işverene bağlı olarak çalışmış ve halen çalışıyor olması halinde bu durumda olan eşin bulunduğu yere, atanması suretiyle yapılabilir” denilmektedir.

Anayasanın 41. Maddesinde; “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. (2) Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 md.) Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 md.) Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.” denilmiştir. Dava konusu düzenlemeye göre ise eş durumu özründen faydalanmak isteyen kamu personelinin eşlerinin herhangi bir kesinti olmaksızın aynı yerde 3 yıl sosyal güvenlik primi ödemesi gerekmektedir. Bu düzenleme, ülke şartlarında iş bulma olanaklarının oldukça kısıtlı olması ve çok sayıda işyerinin ekonomik sıkıntılar sebebi ile kapatılması hususu dikkate alındığında, çok sayıda kamu personelinin aile birliği nedeniyle yer değişikliği yapabilmesini imkansız hale getirmektedir.

Eşinin yanına aile birliği mazeretinden yer değişikliği yapabileceği düşüncesiyle evlenen binlerce kamu personeli, daha önce öngöremedikleri bu düzenlemeden dolayı yer değişikliği yapamayacakları için mağdur olacaktır. Kamu personelinin ailesinden ayrı bir yerde görev yapması halinde ortada aile birliği mazereti vardır. Aile bütünlüğünü korumakla yükümlü olan devletin eşleri aynı yerde 3 yıl kesintisiz sigorta primi şartı yüzünden birleştirmemesi anayasaya aykırıdır. Esasında 3 yıl kesintisiz sigorta primi ödemesi bulunan kişiler ile bulunmayan kişilerin özürleri arasında bir fark yoktur.

Davalı taraf sadece kamu personeli olamayanlar için kesintisiz prim gün sayısı aramaktadır. Eşi kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan kişilere eş durumu özrüne bağlı yer değişikliği hakkı tanımaktadır. Ortada olan özür herkes için aynı olmasına rağmen bir tarafa verilen hakkın diğer tarafa verilmemesi anayasamızın eşitlik ilkesine de aykırılık arz etmektedir.

Yine Yönetmeliğin 4. Maddesi ile değiştirilen 14/e maddesinde “ Milletvekili, belediye başkanı, muhtar veya noter olan eşlerinin bulunduğu yere, atanması suretiyle yapılabilir.” denilmektedir.

4688 sayılı yasanın Sendika Üyelerinin ve Yöneticilerinin Güvencesi başlıklı 18. Maddesinde “Sendika veya konfederasyonu ilk genel kurula kadar sevk ve idare edecek yönetim kurulu üyeleri, genel kurulda yönetim kuruluna seçilenler ile sendika şube yönetim kurulu üyeleri seçildikleri tarihten itibaren durumlarını en geç otuz gün içinde kurumlarına yazılı olarak bildirirler. Söz konusu yöneticiler (…)(1) sendika tüzüğünde belirtilen hükümlere göre, ayrıca yazılı talepte bulunmaları halinde bu görevleri süresince aylıksız izine ayrılırlar.” denilmektedir.

Buna göre, 4688 sayılı yasanın 18. Maddesi hükmünce ücretsiz izne ayrılarak Sendika Genel Merkezi Yönetim Kurulu üyesi olarak görev yapan bir kimsenin, devlet memuru olan eşinin, bir ilden sendika genel merkezinin bulunduğu ile Anayasal hak olan aile bütünlüğünün korunması adına atamasının yapılması gerekmektedir. Aksine uygulama sendika yöneticilerinin aile bütünlüğünü sağlayamadığından sendikal faaliyetlerini olumsuz etkileme ve engelleme durumu oluşturmaktadır.

5-Yönetmeliğin 6. Maddesi ile değiştirilen 22. Maddesinde Memurun kadrosunun bulunduğu yerin bölge hizmetinden sayılacak süreler aşağıda gösterilmiştir.

a) 657 sayılı Kanunun 102 nci, 103 üncü ve 104 üncü maddelerinde öngörülen izinlerin tamamı ile 105 inci maddesi gereğince verilen izinlerin toplamının altı ayı geçmeyen kısmı.

b) Görevden uzaklaştırılan ve görevleri ile ilgili olsun veya olmasın herhangi bir suçtan tutuklanan veya gözaltına alınan memurların 657 sayılı Kanunun 143 üncü maddesinde sayılan durumların gerçekleşmesi halinde bu sürelerin tamamı.

c) Yılda toplam 90 günü geçmeyen geçici görev süreleri.

d) Hizmet içi eğitimde başarılı geçen sürelerin tamamı.

Yılda toplam 90 günü aşan geçici görev süreleri, aynı unvanda aday memur olarak geçen süreler ile başka yerdeki birgörevin 657 sayılı Kanunun 86 ncı maddesi uyarınca memura vekaleten gördürülmesi halinde bu sürelerin tamamı geçirildiği yerin bölge hizmetinden sayılır. ”denilmektedir.

Anılan madde de 4688 sayılı yasa kapsamında aylıksız izinli sayılan sendika yöneticilerinin bu görevde geçirdikleri süreler bölge hizmetinden sayılmamaktadır.

4688 sayılı yasa uyarınca sendikal faaliyetlerini yürütmek için aylıksız izne ayrılanlar fiilen görev yaptıkları sınıf içinde görev yapmaya devam etmelerine rağmen aylıksız izin kullandıkları gerekçesi ile bölge hizmetinden sayılmaması hakkaniyetli değildir. Bu uygulama bir anlamda sendikal faaliyetleri engelleme ve demokrasinin, sivil toplumun önemli bir parçası olan ve katılımcılık açısından da büyük önemi bulunan sendikaları ve sendikal çalışma yapan kişileri cezalandırma anlamına gelmektedir.

87 Nolu Sendika Özgürlüğüne Ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin İLO Sözleşmesinin 3. Maddesinde “Çalışanların ve işverenlerin örgütleri tüzük ve iç yönetmeliklerini düzenlemek, temsilcilerini serbestçe seçmek, yönetim ve etkinliklerini düzenlemek ve iş programlarını belirlemek hakkına sahiptirler.

Kamu makamları bu hakkı sınırlayacak veya bu hakkın yasaya uygun şekilde kullanılmasına engel olacak nitelikte her türlü müdahaleden sakınmalıdırlar.” denilmektedir. Sendikalar tarafından seçilerek görev başına gelen kişilerin bu görevin ifası için aylıksız izinde olduğu sürelerin bölge hizmetinden sayılmaması açıkça sendikal faaliyette bulunmaya engel olmaktır. Ve dolayısı ile İLO sözleşmesinin ilgili maddesine aykırı davranılmaktadır.

Yine 87 No’lu Sendika Özgürlüğüne Ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin İLO Sözleşmesinin Örgütlenme Hakkının Korunmasıbaşlıklı 11. Maddesinde “Hakkında bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütünün her üyesi, çalışanların ve işverenlerin örgütleme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlüdür.” denilmektedir

Görev alanlarında çalışmaya devam eden ve bir anlamda kamu hizmeti ifa eden sendika yöneticilerinin aylıksız izinde olmaları sebebi ile bölge hizmetinden yararlanamamaları hakkaniyete aykırıdır.

6- Yönetmeliğin 7. Maddesi ile değiştirilen “Bölge Hizmetinden Sayılmayacak Süreler” başlıklı 23. Maddesinde “Aşağıda belirtilen süreler bölge hizmetinden sayılmaz.

a) 657 sayılı Kanun veya diğer kanunlar uyarınca aylıksız izin almak suretiyle geçirilen süreler.

b) Yetiştirilmek amacıyla yurtdışına gönderilen memurların yurtdışında geçirdiği süreler.

c) 657 sayılı Kanunun 105 inci maddesi gereğince verilen izinlerin altı ayı aşan kısmı.” Denilmektedir.

23/a maddesinde 657 sayılı Kanun ve 4688 sayılı Kanun’un da içinde bulunduğu diğer kanunlar uyarınca aylıksız izin almak suretiyle geçirilen süreler bölge hizmetinden sayılmamaktadır. Ancak, 4688 sayılı yasa uyarınca aylıksız izne ayrılanların durumunun farklı değerlendirilmesi gerekmektedir.

4688 sayılı yasanın 18. Maddesinde “*Aylıksız izine ayrılan yöneticilerin bu süreleri, emekli kesenekleri ve karşılıklarının yöneticisi oldukları sendikaları tarafından her ay Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığına ödenmesini kabul etmeleri koşuluyla kazanılmış hak aylığı ile emeklilik hizmetine sayılır. Kurumlarından aylıksız izinli sayılan sendika, konfederasyon ve şube yönetim kurulu üyeleri ile bunların bakmakla yükümlü oldukları aile fertlerinin sağlık giderlerinin kurumlarınca karşılanmasına devam olunur.*” denilmektedir.

Buna göre, seçilerek sendika şube yönetimi veya genel merkez yönetimine giren; sendika ve kamu görevlisi olan ve sendikaların karar merciinde yer alan kişiler, aylıksız izinde olsalar dahi sağlık giderleri aylıksız izinli oldukları kurumlarca karşılanmaktadır. Keza aylıksız izinde olmalarına rağmen kademe ve dereceleri ilerlemekte terfi almaktadır. Bu durumda; yönetmeliğin 23/a Maddesinde 4688 sayılı yasa kapsamında aylıksız izinli olanların hariç tutulmaması yönündeki işlemin yürütmesinin durdurulması ve devamında iptali gerekmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. Maddesinin 2. fıkrasında; *“Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler.”* denilmektedir. Açıkça hukuka aykırı olan dava konusu düzenlemelerin aleyhe telafisi güç veya imkansız zararların doğmasına sebebiyet vermesinden dolayı yürütmesinin durdurulması gerekmekte iken, aksi yöndeki kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Yukarıda izah edilen nedenlerle karara itiraz etme zarureti hasıl olmuştur. Takdir sayın mahkemenizindir.

**SONUÇ VE TALEP :** Yukarıda izah edilen ve sayın mahkemenizce re’sen dikkate alınacak sair hususlar nedeniyle, Danıştay 16. Dairesinin 2015/10692 E. Sayılı ve 09.03.2015 tarihli yürütmeyi durdurma talebimizin reddine ilişkin kararının kaldırılmasına ve dava konusu düzenlemelerin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmesini saygılarımla arz ederim.

DAVACI VEKİLİ

AV. DİLEK ATAK