D.8/2019 YİM:39/2019

Yüksek İdare Mahkemesinde

Anayasa’nın 152.Maddesi Hakkında

Yargıç Tanju Öncül huzurunda.

Davacı:Aynur Ertuna, Bekir Paşa Lisesi-İskele

ile

Davalı:1.Kamu Hizmeti Komisyonu Başkanlığı vasıtası ile KKTC,

Lefkoşa

2.KKTC Başsavcısı, Lefkoşa

A r a s ı n d a.

Müstedi/Davacı hazır tarafından Avukat Salih Can Doratlı

Müstedaaleyh/Davalıları temsilen Savcı Cemaliye Usanmaz Yüksel.

----------

(Davacı/Müstedi Tarafından Yapılan 27.2.2019 Tarihli Ara Emri İstidası Hakkında)

# A R A K A R A R

Müstedi/Davacı:

”A) Davalı No.1’in ve/veya Davalıların, 23.01.2019 tarihli ve KHK/0/00/2/90/14-A/19 ve KHK/0/00/2/89/9-A/19 sayılı olup, 4/2019 numaralı Genelge ile yayınladığı Genel Ortaöğretim Dairesine bağlı okullarda münhal bulunan 6 adet Okul Müdürü kadrosu için müracaat kabulüne ilişkin ve/veya münhal ilanına ilişkin kararın ve buna bağlı ve/veya bunu takip eden, 25.01.2019 tarihli ve KHK/0/00/2/90/14-A/19 ve KHK/0/00/6/89/9-A/19 sayılı olup 5/2019 numaralı Genelge ile yayınladığı düzeltme kararı dahil, konu kararı takip eden ve/veya konu karara bağlı bütün işlemlerin ve/veya kararların yoklukla malul ve/veya hukuka aykırı ve/veya hükümsüz ve/veya etkisiz olduğuna ve/veya herhangi bir sonuç doğurmayacağına ve/veya iptaline ve/veya hata ve/veya ihmal olduğuna dair bir Hüküm ve/veya Karar,

talebiyle başlattığı davası altında dosyaladığı konu istidası ile:

”A) Muhterem Mahkemenin, işbu davanın dinlenip tamamen neticelenmesine değin Davalı tarafından 23.01.2019 tarihinde ilan edilen ve 25.01.2019 tarihinde de düzeltmesi yapılan Okul Müdürü ve Okul Müdür Muavini Münhallerinden, ”Genel Ortaöğretim Dairesi Okul Müdürü Münhalleri“ ile ”Mesleki Teknik Öğretim Dairesi Okul Müdürü Münhallerini“ ve buna bağlı ve/veya bunu takip eden bütün işlemleri, işbu davanın dinlenip tamamen neticelenmesine değin askıya almasına ve/veya durdurmasına ve/veya ileri götürmemesine dair men edici bir Emir vermesi,

talebinde bulunmuştur.

Davacı Aynur Ertuna’nın yaptığı istidaya ekli yemin varakasında, özetle: Davanın, Davalı aleyhine yine Davacının açtığı ihmali sonlandırma davası mevcutken ilan edilen okul müdürlüğü münhalinin iptaline yönelik olduğu, 14.8.2017’deki sınavda Davacının 12’nci sırada yer aldığı, Davacıdan önceki 11 kişinin müdür olarak atandığı, sıranın kendisine geldiği dönemde 11.4.2018 tarihinde iki adet okul müdürü mevkiinin doldurulmasının Başbakanlıkça uygun bulunduğu ve bunun Davalıya bildirildiği, buna karşın Davalının atamayı gerçekleştirmediği, Davalının ihmali sonlandırma yerine yeni bir münhal ilan etmekle Davacının haklarına veya meşru menfaatine müdahale ettiği, sınavın yapılması halinde kendisinin sırasını kaybedeceği ve ayrıca ikame etmiş olduğu davanın hiçbir amaca hitap etmez bir hal alacağı, ikame ettiği davanın konusuz kalacağı, bunun da telafisinin olmayacağı, emir verilmesinin yapılacak atamaların da olumsuz etkilenmemesini sağlayacağı, münhal bulunulan mevkilerin vekaleten de yürütülebileceği, bu nedenlerle de emir verilmesinin adil olacağı iddialarına yer verilmiştir.

Konu istidaya karşı dosyalanan itiraz ihbarnamesine ekli Kamu Hizmeti Komisyonunda görevli Sertaç Özsoy tarafından yapılan yemin varakasında ise, özetle: YİM 265/2018 sayılı davanın, Davalının açmış olduğu münhali hukuka aykırı hale getirmeyeceği, 265/2018 sayılı davanın haklı bir hukuki temele dayanmadığı, çünkü Milli Eğitim ve Kültür Bakanlığının ilgili dönemde ilgili kadroların doldurulması yönünde bir talebi bulunmadığı, Bakanlığın talebi yokken Kamu Hizmeti Komisyonunun mevcut başarı listesindeki sıradan resen atama yapmasının mümkün olmadığı, bu koşullarda Müstedaaleyhin yapmakla yükümlü olduğu ve yapmaktan imtina ettiği bir davranışı bulunmadığı cihetle herhangi bir idari ihmalden söz edilemeyeceği, 4/2019 sayılı Genelge ile yapılan münhal ilanında herhangi bir hukuka aykırılık olmadığı, Müstedinin konu münhale başvurmadığı, Müstedinin müracaat dahi etmediği bir münhalle ilgili meşru menfaati bulunmadığı, ayrıca yakınma konusu edilen kararın icrai nitelikli olmadığı, ilk sırada kalmanın Müstedi açısından kazanılmış bir hak yaratmadığı, emir verilmemesi halinde telafisi imkansız bir zarar veya geriye dönüşü imkansız bir halin husule gelmeyeceği iddiaları yer almıştır.

İstidanın duruşması sürecinde Davacı taraf Eğitim Bakanlığında Bakanlık Müdürü olan Adnan Eraslan’a ve Davacının kendisine şahadet verdirmiş, Davalı taraf ise itiraznameye ekli yemini yapan Sertaç Özsoy’a şahadet sundurmuştur. Bu süreçte 10 adet evrak da Emare olarak Mahkemeye sunulmuştur.

Tarafların hitapları incelendiğinde, Davalı tarafın, YİM 265/2018 sayılı davanın ve o davaya bağlı iddiaların, yalnızca telafisi imkansız zararın değerlendirilmesi amaçlı olarak dikkate alınabileceği, davanın haklılığı amaçlı ise bunun dikkate alınamayacağı, Davalının gerekli prosedür izlenip tamamlandıktan sonra münhali ilan ettiği ve hukuka aykırı bir işlemi bulunmadığı, ortada icrai bir karar olmadığı, münhal kararının Davacının hukuki durumunda bir değişikliğe sebebiyet vermediği, 14.7.2017 tarihindeki sınav sonuçlarına ve bundan sonraki atamalara bağlı olarak ilk sırada kalmış olan Davacının bu konumunun kazanılmış bir hak olmadığı, münhal ilan edilen tarihte Davacının en son sınava girdiği tarih üzerinden bir yılı aşkın bir sürenin geçtiği, talep gelmiş olsa idi dahi, seçim yasaklarının bittiği tarihten son sınavın yapıldığı tarihe kadar bir yıllık sürenin dolması için 20 günlük bir süre olduğu, Komisyonun ilgili talebi gündemine alıp işlem yapmaması halinde dahi ihmalden söz edilemeyeceği, münhal kararının aşamalarında hukuka aykırılık bulunmadığı, mahkeme tarafından verilmiş engelleyici bir emir olmadığı takdirde bir başka davanın varlığının yeni bir münhal açılmasına engel olamayacağı, telafisi imkansızlık ya da geriye dönüşün imkansızlaşacağı hususunda Mahkemeye yeterli şahadet getirilmediği özlü iddiaları dile getirdiği;

Davacı tarafın ise, 19 Mart’ta sınavlar yapılacağı için ortada ivedilik gerektiren bir durum olduğu, YİM 265/2018 sayılı davanın bir olgu olarak Mahkemeye getirildiği, bunun, 14.7.2017’de yapılan sıralama sonucu elde ettiği başarı neticesinde bir yere ataması yapılmayan Davacının ihmalle ilgili ikame etmiş olduğu dava dolayısıyla bu hakkının devam ettiğine ilişkin bulunduğu, YİM 265/2018 sayılı dava ile ilgili bir bulguya varılmasını istemedikleri, ilgili zamanda yürürlükte bulunan Tüzüğe göre başarı listelerinin bir yıl geçerliliğini koruduğu, bunun da idari işlemi haksız kılan bir olgu olduğu, bunun dışında, her şey hukuka uygun olsa bile, mevcut sıralama varken ve bu sıralama nedeniyle Davacının ataması yapılmadığı için bir ihmal davası varken yapılacak yeni sınav ordaki sıralamayı ortadan kaldıracağı için, idari işlemin hukuksuz olacağı, ihmal davası neticesinde Davacının ataması yapılsa bile atama geriye dönük olamayacağı için kıdem bakımından Davacının herkesten geri kalacağı, bunun da telafisi imkansızlık yaratacağı, sınavların yapılmasıyla mevcut statükonun bozulacağı, bunun da Davacının haklarını etkileyeceği, emir verilmesinin ileride doğacak anomaliler de dikkate alındığında gerekli olduğu özlü iddialarda bulunduğu görülmektedir.

Davalı taraf, itiraznamesine ekli yemin varakasında, Davacının meşru bir menfaatinden söz edilemeyeceğini ileri sürmüş olmasına karşın, hitap safhasında, bu hususta net bir iddiada bulunmamıştır. Ancak yine de konuyu bu nokta açısından öncelikle ele alıp bir sonuca bağlamakta yarar ve gereklilik bulunmaktadır.

Bu yaklaşımla Mahkeme huzuruna getirilenler incelendiğinde, Davacının, bu dava tahtında iptalini talep ettiği müdürlük münhaline başvuru yapmadığı anlaşılmaktadır. Olaya sırf bu boyutta bakıldığında, Davacının başvurmadığı bir münhal ilanından nasıl etkileneceği sorusu ile karşılaşıl-maktadır. Acaba başvurmadığı bir münhalin iptalini talep etmekte Davacının meşru bir menfaatinin varlığından söz edilebilecek midir? İlk bakışta başvurmadığı bir münhalin iptalini talep etmekte Davacının meşru bir menfaati olmadığı söylenebilir haldedir. Ancak bu davanın kendine özgülüğü, olayın sırf bu şekilde düşünülemeyeceğini ortaya koymaktadır. Çünkü Davacı, Emare 5 olarak sunulmuş Talep Takririnden de görüleceği üzere, Yüksek İdare Mahkemesinde başka bir dava daha açmış ve o dava tahtında:

”A) Davalının, Mesleki Teknik Öğretim Dairesi kadroları altında münhal bulunan Okul Müdürü mevkiisinin doldurmamasının ve/veya atama yapmamasının yapılmaması gerektiğine ve yapılması ihmal olunan atama işleminin yapılması gerektiğine dair bir karar;

B) Davalının, Mesleki Teknik Öğretim Dairesi kadroları altında münhal bulunan okul müdürü mevkiine Davacıyı getirmemesinin ve/veya atama yapmamasının yapılmaması gerektiğine ve yapılması ihmal olunan atama işleminin yapılması gerektiğine dair karar;

talebinde bulunmuş durumdadır. Davacının o dava tahtındaki iddialarını da ortaya koymak bakımından sundurduğu anlaşılan şahadet ve emareler incelendiğinde, Davacının, 14.7.2017’de yapılan sınavda 12’nci sırada olduğu, sonrasında 11 kişinin müdürlüğe atandığı, 14.5.2018’de, Bakanlığın, Davalıdan, Mesleki Teknik Öğretim Dairesi Müdürlüğü kadroları altında münhal bulunan iki okul müdür mevkiinin doldurulmasını talep ettiği, konuyla ilgili olarak Sayıştaydan da uygunluk yazısı alındığı iddialarıyla karşılaşılmaktadır. Davacının anılan 265/2018 sayılı davasında başarılı olması halinde ihmalin sona erdirilmesi gerekeceği açıktır. Bunun sonucunda ise, boş kadro olmasına da bağlı olarak Davacının konu hakkı elde edebileceği görülmektedir. İşte olay bu çerçevede ele alındığında, Davacının, bu meselede ilk nazarda bu dava konusu olan münhal ilanından dolayı meşru bir menfaatinin olumsuz yönde etkileneceği düşünülebilir hale gelmektedir. Tüm bunları ve Davalı tarafın hitap aşamasında meşru menfaat noktası ile ilgili net bir şey söylememiş olduğu gerçeğini birlikte değerlendirdiğimde, Davacının, bu meselede, meşru bir menfaatinin olumsuz yönde ve doğrudan doğruya etkilendiğini doğru kabul etmeyi ilk nazarda uygun bulurum.

Bu husus dışında huzurumdaki bu davaya bakıldığında, davanın, 75 günlük hak düşürücü süre geçmeden açıldığı da görülmektedir.

Ortada icrai bir karar olup olmadığı boyutunda olay ele alındığında ise, ilk görülen, konu münhal ilanının normal bir durumda icrai bir karar sayılmaması gerektiğidir. Ancak tamamıyla kendine has koşullar içeren bu mesele göz önüne alındığında, bu davaya konu münhal ilanının niteliğinin, sırf bu mesele açısından, yukarıda belirtildiği kadar açık olmadığı ve tartışılabilir bir yapıda olduğu gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Çünkü 14.7.2017’de yapılan sınavdan sonraki atamalara bağlı olarak birinci sırada olan ve zamanında ilgili Bakanlıkça Davalıdan doldurulmasının talep edildiği ileri sürülen kadroların Davalı tarafından doldurulması halinde büyük bir olasılıkla müdür olacağı anlaşılan Davacının bu hakkı üzerinde, bu davaya konu münhal ilanının etkileri olacağı ilk nazarda görülmektedir. Bu noktada hemen belirtmekte yarar vardır ki, Davacının müdür olma hakkının, gerçekleşmedikçe kazanılmış bir hak olamayacağı düşüncesi açısından olaya bakılsa bile, YİM 265/2018 sayılı davanın Davacı lehine sonuçlanması halinde bu hakkın hangi tarih itibarıyla elde edilmiş olacağı veya ihmalin, ihmalde bulunulan an itibarıyla mı hukuka aykırı bulunacağı ve belirlenecek bu tarihin olası etkileri düşünüldüğünde, ihmalin yapıldığı an itibarıyla hukuka aykırı bulunma olasılığı ile de karşılaşılabileceğinden, Davacının konu hakkının münhal ilan tarihi itibarıyla kazanılmış bir hak olmadığını kesin olarak söylemek de olanaklı olamamaktadır.

Belirtilenler YİM/İstinaf 12-13-14/2015 Dağıtım 6/2016 kaarından alıntılanan:

” İcrai nitelikte idari işlemler, idarenin tek yanlı iradesiyle hukuki sonuçlar doğuran, hukuk düzeninde değişikliklere yol açan, kişilerin hakları ve yükümlülük-leri üzerinde etkili olan işlemlerdir. İcrai olmayan kararlar ise, bir idari merciin kararı olmakla birlikte herhangi bir hukuki sonuç doğurmayan, hukuki durumda değişiklik yapmayan, ilgili kişilerin haklarını etkilemeyen idari kararlardır **(Gör: Kemal Gözler İdare Hukuku İkinci Baskı Cilt 1 sayfa 702-703)**.

özlü hususlar da göz önüne alınarak değerlendirildiğinde, Davacının anılan hakkı üzerinde etkili olacak dava konusu münhal ilanının, sırf Davacı açısından ve belirtilen boyutla sınırlı olarak ilk nazarda icrai bir karar niteliği taşıdığı söylenebilir hale gelmektedir.

Yukarıda sıralananlar, karara bağlanması gereken konunun ciddi olduğunu düşündürmekle birlikte, YİM 242/2015 Dağıtım 4/2016’da dile getirilen hususları da göz önüne aldığımda, bu safhada, Davacının iddialarında haklı olduğuna dair belirtiler bulunup bulunmadığını da incelemeyi ve ona göre karara bağlanması gereken konunun ciddi olup olmadığı kanaatini netleştirmeyi uygun bulurum.

Davacının davası incelendiğinde, sair birçok iddianın yanı sıra davada yer verilen:

”9. Davacı keza beyan ve iddia eder ki,hali hazırda yapılmış bir talep ve bu talebi yerine getirmeye uygun aday varken Davalının yeniden münhal ilan etmesi hukuksuzdur ve/veya gerekçesi hukuka uygun değildir ve/veya sosyal adalet ve hukukun üstünlüğü prensiblerine aykırıdır ve dolayısı ile iptali gerekmektedir. “

şeklindeki iddia ile de karşılaşılmaktadır.

Sunulan şahadet ve emareler incelendiğinde, yukarıda vurgulandığı üzere, Davacının 14.7.2017 tarihindeki sınav sonuçlarına göre 12’nci sırada yer aldığı ve Davacıdan önceki 11 kişinin müdür olarak atandığı iddialarıyla karşılaşılmaktadır. Hemen belirtmekte yarar vardır ki, tarafların bu hususlarla ilgili olarak bu aşamada farklı bir iddiası olmadığı da görülmektedir. Bu noktada taraflar arasındaki temel ihtilaf, ilgili zamanda kadro doldurulması için Davalıya yapılmış bir talep olup olmadığı noktasında kendini göstermektedir. Emare 1 konumundaki 14.5.2018 tarihli yazıya bakıldığında, ilgili Bakanlığın Mesleki Teknik Öğretim Dairesi Müdürlüğü kadroları altında münhal bulunan iki okul müdürü mevkiinin doldurulmasına yönelik Davalıya yazı yazdığı ortaya çıkmaktadır. Konu yazının Davalıya ulaştırılıp ulaştırılmadığı hususu, yukarıda da vurgulandığı üzere, ihtilaflıdır ve açıktır ki, bu yazı ”Davalıya ulaştırıldı“ dense de ”ulaştırılmadı“ dense de davaların esası, daha doğru bir deyişle 265/2018 No.lu davanın esası karara bağlanmış olabilecektir. Bu nedenle, huzurumdaki şahadeti bu noktayı ilk nazarda bir sonuca bağlayacak şekilde değerlendirmekte yarar bulunmaktadır. Bu yaklaşımla olaya baktığımda, Davacı tarafın bu konuyla ilgili olarak Milli Eğitim Bakanlığı Bakanlık Müdürü Adnan Eraslan’a şahadet verdirdiği ve ilgili evrakın Davalıya iletilip iletilmediğine dair bazı çelişkili ifadeleri olsa da, anılan Tanığın temelde ilgili yazının Davalıya verildiğini ileri sürdüğü gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Konu yazının verildiğinin ileri sürüldüğü Davalının yetkilisi, Davalı tarafından Davacı Tanığının belirttiklerinin aksine bir şahadet vermek üzere Mahkemeye getirilmiş değildir. Yalnızca konuyla doğrudan ilgisi olmadığı anlaşılan Davalının bir yetkilisi, ilgili yazının Davalıya verilmediğini belirtmiştir. Tüm bunlar göz önüne alındığında, ilgili talep yazısının kesin olarak Davalıya verilmediğini söylemenin doğru olmayacağı görülmektedir. Kaldı ki böylesi bir saptama yapılması halinde, yukarıda vurgulandığı üzere, 265/2018 sayılı davanın haksız açıldığı kabul edilmiş olacaktır ki, bu safhada böylesi bir sonuca varmak olanaklı değildir. Bu nedenle, ara emri istidası maksatları açısından doğru görünen, Bakanlığın ilgili talebini içeren yazısının Davalıya gönderilmiş olabileceği olasılığı çerçevesinde hareket etmektir. Olay böyle ele alındığında ise, Davacının YİM 265/2018 sayılı davasında başarılı olma olasılığı olduğu ortaya çıkmaktadır. Çünkü birinci sırada olan Davacının müdür yapılmamasına gerekçe teşkil edebilecek başka herhangi bir esaslı husus bu aşama için Mahkemeye sunulmamıştır. Davacının YİM 265/2018 sayılı davada başarılı olma olasılığı, bu davada başarılı olma olasılığını da gündeme getirmektedir. En azından konu münhal ilanlarından bir tanesi için, Davacının YİM 265/2018 sayılı davadaki olası başarısının etkisi olacağı ilk nazarda görülmektedir. Tüm bu belirtilenler ise Davacının davasında haklı olduğuna dair belirtiler bulunduğu yönünde kanaate varmamı da sağlamaktadır.

Belirttiklerimden hareketle, Davacının davasında haklı olduğuna dair belirtiler bulunduğu kanaatine varırım. Buna bağlı olarak da Davacının ciddi bir davası olduğu yönündeki kanaatimi de netleştiririm.

Bu noktada üçüncü kriter olan ”men’i müdahale emri verilmezse ileride telafisi mümkün olmayacak bir zararın doğacağı veya eski duruma dönüşün çok zorlaşacağı“ kriteri açısından olay ele alındığında, Davacının, YİM 265/2018 sayılı davasında başarılı olması halinde, ihmalin sonlandırılmasının, boş kadro olmazsa nasıl olanaklı olacağı sorusu ile karşılaşılmaktadır. Mevcut münhalin ileri götürülmesi ve mevcut müdür kadrolarının doldurulması halinde, Davacının şu anki birinci sıradaki konumunun veya statüsünün veya hakkının bu durumdan etkileneceğini söylemek de ilk nazarda olanaklı görünmektedir. Bu ise şu an için mevcut statükoyu değiştirecek bir gelişme olarak algılanmak durumundadır. Bunun dışında münhale bağlı sınavların yapılması ve bunun sonrasında Davacı dışındaki kişilerin müdür atanması halinde, bu kişilerin, YİM 265/2018 sayılı davanın sonuçlarından etkileneceği ilk nazarda düşünülebilir haldedir. İşte tüm bunlar, bir emir verilmezse eski duruma dönüşün herkes için çok güç olacağını düşündür-mektedir. Bunlar ötesinde, bir müdür kadrosunun boş bırakılması halinde bu görevin vekaleten yürütülebileceği ve bunun çok ciddi sorunlara yol açmayacağı da şahadetten anlaşılmaktadır.

Belirtilenler sonrası, Davacı açısından mevcut statükoyu korumak gerektiği gerçeği ve bir kadronun doldurulmamasının kamuya ciddi bir kayıp yaratmayacağı, aksine tüm kadroların doldurulması sonrası müdür atanan kişilerden birisinin görevinin elinden geri alınması olasılığı olduğu hususu birlikte göz önüne alındığında, münhal ilan edilen yedi müdürlük kadrosundan bir tanesinin doldurulmaması, diğerleriyle ilgili ise sınavların yapılıp mevcut kadrolara atama yapılmasında serbest olunması özlü bir emir üretilmesi uygun ve adil bir çare olarak görünmektedir. Son olarak belirtmek gerekir ki, bu şekilde bir emir verilirken, YİM 265/2018 sayılı davada yer alan ve yukarıda da alıntılanmış bulunulan talep göz ardı edilmemek durumundadır.

Sonuç olarak tüm belirtilenlerden hareketle;

23.1.2019 tarihinde Davalı tarafından ilan edilen ve 25.1.2019 tarihinde düzeltmesi yapılan okul müdürü ve okul müdür muavini münhallerinden, Mesleki Teknik Öğretim Dairesine bağlı okullarda münhal bulunan bir adet okul müdürü mevkii için ilan edilen münhalin ve buna bağlı veya bunu takip eden bütün işlemlerin dava sonuçlanıncaya kadar yürütmesinin durdurulmasına emir verilir.

Meselenin kendine özgü koşulları göz önüne alındığında, istida masraflarına yönelik herhangi bir emir verilmesi ise uygun görülmez.

Tanju Öncül

Yargıç

18 Mart 2019