D. 13/2022 Yargıtay/Asli/Yetki No**:** 18/2022

Yüksek Mahkeme Huzurunda

Yargıç Talat Usar Huzurunda.

Müstedi**:** KKTC Kamu İşçileri Sendikası (Kamu İş), Şht. Şener

 Enver Sokak, No.23, Yenişehir, Lefkoşa.

-ile –

Müstedaaleyh: 1- KKTC Milli Eğitim Bakanlığı, KKTC

 Başsavcılığı vasıtası ile, KKTC, Lefkoşa.

 2- KKTC Çalışma Bakanlığı, KKTC Başsavcılığı

 vasıtası ile, KKTC, Lefkoşa.

 A r a s ı n d a.

Müstedi namına : Avukat Şefik Aşçıoğulları.

Müstedialeyh namına: Hazır değil.

Lefkoşa’lı KKTC Kamu İşçileri Sendikası (Kamu İş)’in Mandamus Emri ısdarına izin (Leave) verilmesi için yaptığı tek taraflı istida hakkında.

K A R A R

 Müstedi işbu istida ile aşağıdaki taleplerde bulundu:

“A- Müstedialeyhlerin 42/1996 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev Referandum Yasası, Müstedi ile Müstedialeyhler arasında imzalanan TSİ, İLO sözleşmesi ve/veya yürürlükteki mevzuat uyarınca kendisine verilen (ex officio) yetkileri adil ve doğru bir şekilde kullanması ve yapmakla mükellef olduğu ancak Müstedinin müteaddit taleplerine rağmen yapmaktan imtina ettiği ve/veya yapmadığı ve/veya özel şirket ile TİS dahil tüm işlemleri derhal yapmalarını sağlamak ve/veya Müstedi bünyesinde örgütlenmiş takriben 280 işçinin sosyal güvence ve özlük haklarını korumak ve/veya çalıştıkları iş yerlerinde ve/veya işteki haklarını tesis etmek için Müstedi ile toplu görüşmeye ve/veya 237/2022 ihale sıra numaralı ihale tahtında oluşmuş gelişmeler mucibince toplu görüşmeye oturmak ve/veya ihaleyi kazanan şirket ile Toplu İş Sözleşmesi imzalamak için ve/veya gerekli prosedürü uygulaması için emirname (Mandamus) talep eden bir istida dosyalamasını mümkün kılan ve bu yönde izin (levae) veren emrin itası,

 B- Muhterem Yüksek Mahkemenin uygun göreceği başka bir

 hal şekli,
 C- İşbu istida masrafları.”

 Müstedinin istidasını dayandırdığı hukuki gerekçeler şöyle özetlenebilir:

1. Müstedi Kamu İş, KKTC devlet hizmetlerinde çalışan işçilerin ücret, çalışma saatleri, diğer çalışma koşulları ve menfaatleri hakkında toplu pazarlık yapabilecek yegâne sendikadır.
2. Müstedinin tüzüğüne binaen, Müstedi, devlet ihalelerindeki taşeron çalışanları da temsile yetkilidir.
3. Müstedialeyhlerle Müstedi arasında bir Toplu İş Sözleşmesi imzalanmadığı sürece işçiler haklarından mahrum kalacaktır.
4. Müstedinin, Toplu İş Sözleşmesi imzalanması ve/veya toplu pazarlık masasına oturulması için Müstedialeyhe yaptığı 23.6.2022, 16.8.2022, 5.9.2022 ve 13.10.2022 tarihli yazılı çağrılara Müstedialeyh cevap vermemiş ve yasal görevini yerine getirmemiştir.
5. Müstedialeyhler yasalardan ve/veya mevzuattan doğan görev ve sorumluluklarını yerine getirmemiş ve/veya getirmeyi ihmal etmiştir.

Müstedinin Genel Mali Sekreteri Derviş Delikurt istidaya ekli yemin varakasında, Müstedi Sendikanın kamuda görülmesi gereken işlerde çalışan işçilerin ücret, çalışma saatleri, diğer çalışma koşulları ve menfaatleri hakkında toplu pazarlık yapmaya yetkili tek sendika olduğunu, Müstedialeyh No.1’in 22.8.2022 tarihinde kapanan 237/2022 sayılı ihale neticesi taşeron firma ile bir sözleşme imzalandığının bilgilerine geldiğini ancak talep etmelerine rağmen bu sözleşmenin Müstediye verilmediğini, Müstedialeyhlerin, işçilerin yegâne temsilcisi olan Müstedi sendikayı yok sayıp sözleşme sürecinden uzak tutarak işçilerin haklarını korumasını engellediklerini, Müstedi ile Müstedialeyhler arasında Toplu İş Sözleşmesi imzalanmadığı müddetçe işçilerin haklarından mahrum kalacaklarını, Müstedialeyhlerin, Müstedinin bu yönde sözleşme imzalanması veya toplu pazarlık yapılması için yaptığı yazılı çağrılara cevap vermeyerek yasal görevlerini ihlal ettiklerini, Müstedinin yegâne çabasının Milli Eğitim Bakanlığı nezdinde açılmış temizlik ihalelerinde ihaleyi kazanan şirketler karşısında işçilerin haklarını korumak olduğunu, işçilerin ihaleyi kazanan şirketle sözleşme imzalamadıkları takdirde işsiz kalacakları yönünde tehdit edildiklerini, Mandamus talebi dışında başka bir çareye sahip olmadıklarını beyan ve iddia ile istida gereğince emir verilmesini talep etmiştir.

İstidanın duruşmasında Müstedi adına yemin varakasını yapan Derviş Delikurt şahadet sunarak aşağıda detayı verilen emarleri ibraz etmiştir:

1. KKTC ile Müstedi sendika arasında imza edilen Toplu İş Sözleşmesi Emare 1,
2. Müstedi sendikanın tüzüğü Emare 2,
3. 194 işçinin Müstedi sendikaya üye olmak için verdiği üyelik formları birlikte Emare 3,
4. Av. Şefik Aşçıoğulları’nın 17.8.2022 tarihli yazısı Emare 4,
5. Müstedinin 16.8.2022 tarihli yazısı Emare 5,
6. İmzasız protokol Emare 6,
7. Av.Şefik Aşçıoğulları’nın 5.9.2022 tarihli yazısı Emare 7,
8. Rekabet Kurulunun 152/2022 numaralı kararı Emare 8,
9. Av.Şefik Aşçıoğulları’nın 19.9.2022 tarihli yazısı Emare 9,

10- Rekabet Kurulunun 178/2022 numaralı kararı Emare 10,

 11- Rekabet Kurulu Başkanının Medipest Medical Ltd.’e yazdığı

 4.10.2022 tarihli yazı Emare 11,

 12- Lefkoşa Kaza Mahkemesinde dosyalanan 9766/2022 sayılı

 ceza davası celpnamesi Emare 12.

Yargıtay/Asli Yetki İstinaf 2/2017 D. 1/2018’de Mandamus Emirnamesi ısdarına izin talep edilebilmesi için ilk nazarda bakılması gereken hususlar şöyle sıralanmıştır:

1. Müstedinin böyle bir talepte bulunmaya yasal hakkı olup olmadığı,
2. Talepte bulunulan Müstedaaleyhin Mandamus Emirnamesine tabi olup olmadığı,
3. Müstedaaleyhin Müstediye karşı Yargıtay tarafından değerlendirilebilecek bir görevinin olup olmadığı,

Karardan şu kısmı iktibas etmeyi gerekli görürüm:

“Mandamus emirnamesi ısdarına izin talep edebilmesi için ilk nazarda bakılması (prima facie) gereken hususlar, Müstedinin böyle bir talepte bulunmaya yasal hakkı olup olmadığı, talepte bulunulan Müstedaaleyhin Mandamus Emirnamesine tabi olup olmadığı ve son olarak da Müstedaaleyhin Müstediye karşı, ilk etapta, Yargıtay tarafından değerlendirilebilecek bir görevinin var olup olmadığı hususlarıdır.”

 Yine Yargıtay/Asli Yetki 1/2015 D.1/2017 sayılı kararın 27’nci sayfasında Mandamus Emirnamesinin hangi koşullarda ısdar edilebileceği belirtilmiş, konunun münhasıran Yüksek İdare Mahkemesinin yetkisine girmesi durumunda Yargıtay’ın mandamus emirnamesi ısdar etme yetkisinin olmadığı ifade edilmiştir. Karardan şu kısmı iktibas etmeyi uygun bulmaktayım:

“Yukarıdakilerden çıkarılacak sonuca göre, Yargıtay:

1. Özel hukuk sahasına giren bir konuda, yetkisini kullanmayan kamu makamlarına karşı Mandamus Emirnamesi ısdar edebilir.
2. Kısmen kamu hukuku kapsamına girse bile, özel kişileri ilgilendiren bir konuda Mandamus Emirnamesi ısdar edebilir.
3. Belli bir konuda yetkilerini kullanmayan herhangi bir kamu görevlisi veya kamu kuruluşu aleyhine, kullanmadığı yetkilerini kullanması yönünde Mandamus Emirnamesi ısdar edebilir. Ancak konunun münhasıran Yüksek İdare Mahkemesi yetkisine girmesi halinde, Yargıtay’ın Mandamus Emirnamesi ısdar etme yetkisi yoktur.”

 Yargıtay/Asli Yetki 1/2015 D.1/2017 sayılı kararda, kimlerin Mandamus Emirnamesi için müracaatta bulunabileceğine dair şu inceleme yapılmıştır:

 “Halsbury’s Laws of England.vol.II, 3 ed.sayfa 104’te

Mandamus emri verilebilmesinin kişi ile ilgili şartlarını izah etmiştir. Bunlar bizim de dikkate almamız gereken kriterlerdir.

Kısaca değinecek olursak:

‘legal right must exist. The applicant for an order of Mandamus must show that there resides in him a legal right to the performance of a legal duty by the party against whom the Mandamus is sought. In order therefore that a mandamus may issue to compel something to be done under a statute, it must be shown that the statute imposes a legal duty.’

Buradaki kriterlere göre, hukuken hak var olmalıdır. Mandamus için müracaat eden, aleyhine Mandamus müracaat edilenin, kendisine karşı kanuni vecibelerini yerine getirme görevi olduğunu göstermelidir. Bu nedenle, Mandamus’ta, kişinin yetkisinde olan fakat kullanmadığı bir görevin ifasının zorlanabilmesi için, böyle bir görevin yasadan kaynaklandığının gösterilmesi gerekir.

 Yine Müstedinin hakkı ile ilgili şöyle denmiştir:

‘Right must be in applicant. The legal right to enforce the performance of a duty must be in the applicant him self. The court will therefore, only enforce the performance of statutory duties by public bodies on the application of a person who can show that he has him self a legal right insist on such performance. ....................’

Buna göre, hak, başvuru sahibinde olmalıdır. Yasal bir görevin yerine getirilmesini zorlayabilmek için, Müstedinin böyle bir talepte bulunmaya hakkı olmalıdır. Kişi tarafından bir kamu görevlisinin yasal görevini yapmasının istendiği hallerde, Mahkeme, kişinin böyle bir yasal yükümlülüğün yerine getirilmesinde ısrar etmeye hakkı olduğunu göstermesi halinde sadece yasal görevin yapılmasını mecbur edebilir.”

 Yargıtay aynı kararın devamında, Yargıtayın, Mandamus Emirnamesi ısdar etme yetkisinin sınırını da incelemiş, Yargıtayın daha önceki içtihatlarında temel ayrımın kamu hukuku ile özel hukuk alanı açısından yapıldığını, kamu hukuku alanına giren bir konuda kamu makamlarının aldığı karar ile ilgili olarak Yüksek İdare Mahkemesine gidilmesi gerektiği sonucuna ulaşıldığını, daha sonra bu prensibin Yargıtay/Asli/Yetki 6/1998 D.1/1998 sayılı kararda tekrar incelendiğini ve daha farklı sayılabilecek bir sonuca ulaşıldığını ifade etmiş, neticede, geçmiş tüm içtihatları değerlendirdikten sonra; müracaat kamu hukuku alanına girse bile tamamen kişileri ilgilendiren ve özel hukuka bağlı yetkilerin kullanılmamasından kaynaklanan hallerde Mandamus emri verilebileceği sonucuna ulaşmıştır. Karardan şu kısmı aynen iktibas etmeyi gerekli görmekteyim:

“Mevcut içtihatlarımızın sonucu olarak Yargıtay, yapılan Mandamus müracaatlarında, kamu hukukunu ilgilendiren ve Anayasa’nın 152. maddesi kapsamında münhasıran Yüksek İdare Mahkemesinin yetkisine giren konularda yapılan başvuruları reddetmekte; kamu hukuku alanına kısmen girse bile tamamen kişileri ilgilendiren ve özel hukuka bağlı yetkilerin kullanılmamasından kaynaklanan hallerde, Mandamus Emri vermekte veya talebi incelemeyi kabul etmektedir.”

 Konuyla ilgili içtihatları incelediğim zaman, meselenin münhasıran Yüksek İdare Mahkemesinin yetkisine girdiği hallerde, Yargıtaya yapılan Asli Yetki başvurusunun reddedilmesi, kamu hukuku alanına girse dahi tamamen kişileri ilgilendiren ve özel hukuka bağlı yetkilerin kullanılmamasından kaynaklanan bir durum olması halinde ise Mandamus Emirnamesine müracaat edilebilmesi için izin verilmesi gerektiğini görmekteyim.

 Müstedinin istidası esasen 42/1996 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Referandum Yasası’nın 10. ve 11. maddesine dayandırılmıştır. Mezkûr Yasa’nın 11. maddesi şöyledir:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| “Toplu Görüşmeye çağrı ve yetki belgesi | 11. | (1) | (A) | Bir işyerinde Toplu İş Sözleşmesi yapılması söz konusu ise, bu sözleşmeyi yapmaya yetkili sendika ile işveren veya yetkili işveren sendikası, ayrı ayrı birbirlerini yazlı olarak toplu görüşmeye çağırmak zorundadır.  Taraflardan birinin süreci başlatmak için böyle bir çağrıyı yapması yeterlidir. |
|  |  |  | (B) | Taraflar bu çağrıyı yerel günlük iki gazetede de bir gün süre ile ilân ederler. |
|  |  |  | (C) | Çağrılan taraf bu çağrıya uymak zorundadır. |
|  |  | (2) | Toplu görüşme için bir araya gelen taraflar, toplu görüşmeye başlamadan önce görüşmecilerinin yetki belgelerini teati etmekle yükümlüdürler. |
|  |  | (3) | Toplu Sözleşmeyi görüşmek için taraflardan birinin çağrısı üzerine, toplu görüşme tarihini taraflar anlaşarak altı işgünü içinde saptarlar. |
|  |  | (4) | Toplantı yer, gün ve saati bakımından taraflar arasında bir anlaşmaya varılamazsa, taraflardan herhangi birinin bakanlığa başvurması üzerine, Bakanlık başvurma tarihinden başlayarak beş işgünü içinde toplantı gün, saat ve yerini saptayıp taraflara yazılı olarak bildirir. |
|  |  | (5) | Taraflar bu çağrıya uymak zorundadırlar. |
|  |  | (6) | Toplantıya her halükârda Bakanlığa başvurma tarihinden başlayarak en çok yedi işgünü içinde başlanır.” |

 Mahkemeye Emare 1 olarak ibraz edilen Müstedi ile Devlet arasındaki Toplu İş Sözleşmesi’nin 2. maddesi mezkûr toplu sözleşmenin hangi işçileri kapsadığını düzenlemekte olup şöyledir:

“Madde 2: İşçi Kapsamı;

Bu Toplu Sözleşme Devlet Hizmetlerinde ve Devlete bağlı Döner Sermayeli (Devlet Üretme Çiftlikleri, Tarım işleriyle sorumlu Bakanlığa bağlı Döner Sermayeli Kuruluşlar ile benzeri) Kuruluşlarda çalışan işçileri kapsar. Anılan Toplu Sözleşme Kuralları dışında işçi çalıştırılamaz.”

 Mahkemeye izah edilen olgulardan, Milli Eğitim Bakanlığına bağlı okullara ihale yolu ile temizlik hizmeti alındığı, bu bağlamda, ihaleyi kazanan şirketin işçilerinin Toplu İş Sözleşmesi kapsamına alınmak istendiği anlaşılmaktadır.

 Milli Eğitim Bakanlığına bağlı okullar için alınacak temizlik hizmetinin Emare 1 Toplu İş Sözleşmesi gereği Müstedi Sendikanın üyesi olan veya olabilecek işçilerin yapacağı işler olduğu kanaatimce ilk nazarda kabul edilmelidir. Hal böyle olmakla birlikte, devletin kamu işçisi istihdam edip, istihdam edeceği kamu işçileri vasıtasıyla yaptırabileceği işleri ihale yöntemi ile özel bir şirket ve dolayısıyla da özel şirketin istihdam edeceği işçiler vasıtasıyla yaptıracak olması, ihaleyi kazanan şirketin istihdam edeceği işçileri kamu işçisi yapmaz ve dolayısıyla Emare 1 Toplu İş Sözleşmesinde tanımlanan işçi kapsamına koymaz.

 Müstedi Sendikanın bu işçileri Emare 3 tahtında üye kaydetmiş olması da kanaatimce sonucu değiştirmemektedir. Kamu işçisi olabilmenin yegâne yolu devlet tarafından istihdam edilmek olduğundan, bahse konu işçilerin Müstedi Sendikaya üye olmaları onları kamu işçisi statüsüne taşımamaktadır.

 İdarenin hastanelerdeki temizlik işlerini kamu işçileri vasıtası ile yapması gerekirken, ihale yolu ile dışardan hizmet alımı yapmasının hukuka aykırı olduğu iddiası ile yine huzurumdaki istidadaki Müstedi tarafından açılan YİM 141/2019 D.15/2022 sayılı davada, Mahkeme, yasal düzenlemelerle, devletin yapması beklenen birçok hizmetin özel sektörden sağlanmasının önünün açılmış olduğunu şu sözlerle ifade etmiştir:

“Belirtilen düzenlemelerden anlaşılan odur ki, yasa

koyucu, getirdiği yasal düzenlemelerle, Devletin yapması beklenen birçok hizmeti, özel sektörün de yapabileceğini esasa bağlamıştır ve bunun sonucu olarak da kamudaki birçok hizmetin, ihale yoluyla özel sektörden sağlanmasının yolunu açmıştır. Buna bağlı olarak da Yasa’da belirtilen özdeki ihale yoluyla hizmet alımları, aslında idarenin yasal sınırlar içerisinde tercih edebileceği bir yol veya iş yaptırma yöntemi olarak varlık gösterir hale gelmiştir. Bu da Yasa’da yer verilen “temizlik” hizmetiyle ilgili olarak ihale yoluyla hizmet alımının istisnai bir durum olmadığını ortaya koymaktadır.”

 İzah ettiklerimden anlaşılacağı üzere, Müstedi bünyesinde örgütlenmiş olsa dahi Müstedialeyh No.1 nezdinde açılan ihaleyi kazanan şirketin işçileri devlet personeli olmadığından, Müstedinin bu işçiler için istidadaki taleplerde bulunmaya yasal hakkı yoktur ve bu gerekçeyle de Müstedinin istidasının reddi gerekmektedir.

Netice itibarıyla istida masrafsız ret ve iptal edilir.

 Talat Usar

 Yargıç

25 Ekim, 2022