



TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ
KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU
(OMBUDSMANLIK)



SAYI :
BAŞVURU NO :
KARAR TARİHİ 14/07/2017

TAVSİYE KARARI

BASVURAN

BASVURAN VEKİLİ / TEMSİLCİSİ

...

BASVURUYA KONU İDARE

: Eti Maden İşletmeleri Genel
Müdürlüğü (Eti Maden) Ayvalı Mah.
Halil Sezai Erkut Cad. Afra Sok.
No:1/A 06010 Etlik/Keçiören
/ANKARA

BASVURUNUN KONUSU

: İdare tarafından sendikal nedenlerle gerçekleştirilen yer değiştirme işleminin iptali ile sendikal hakları koruyacak tedbirlerin alınması talebine ilişkindir.

BAŞVURU TARİHİ : 16.1.2017

**I. BAŞVURANIN İDDİA VE
TALEPLERİ :**

1) Başvuran ... adına sendika temsilcisi; sendika üyesi ...'nın Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Bigadiç Bor İşletme Müdürlüğü İşyeri Sağlık ve Güvenliği Biriminde Genel Hizmetler Sorumlusu olarak çalışmakta iken, İç Hizmetler Birimine görevlendirilmesine ilişkin yazının Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğüne gönderildiğini, yer değişikliğinin akıbeti ile ilgili olarak 27/12/2016 tarihinde İşletme Müdür Yardımcısı ...'un ...'ya "yer değişikliğinin gerçekleşebilmesi için üyesi bulunduğu ... sendikası istifa etmesi gerektiği, ...'e üye olması halinde atamasının yapılacağı yönünde kendisine Ankara'dan bilgi verildiğini beyan ettiği", şikayete muhatap idarece hatalı davranışta bulunulduğunun kabul edilerek sendikal ayrımcılıktan dolayı yapılan işlemin düzeltilmesini, sendikal ayrımcılığa engel olacak tedbirlerin alınması hususlarında gereğinin yapılmasını talep etmektedir.

II. İDARENİN BAŞVURUYA İLİŞKİN AÇIKLAMALARI

2) Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğünün konuya ilişkin 17/03/2017 tarih ve E.6494 sayılı yazısı ve eklerinde;

2.1) Başvuruya konu ...'nın Teşekküllerinin Bor İşletme Müdürlüğü Açık İşletme Biriminde 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3/c maddesine göre sözleşmeli statüde memur unvanıyla Genel Hizmetler Sorumlusu pozisyonunda görev yaptığı,

2.2) Adı geçenin, Bigadiç Bor İşletme Müdürlüğü İç Hizmetler Birimi emrine naklen tayini ile ilgili olarak, anılan işletmeden alınan 16/12/2016 tarihli ve 4102 sayılı yazıda, ... nın İç Hizmetler Birimi emrine naklen atamasının talep edildiği, ancak söz konusu birimin 27/12/2016 tarihli ve 4211 sayılı yazıları ile bahse konu naklen atama talebinden sarfinazar edilmesi hususunun bildirildiği,

2.3) Bilahare, Bigadiç Bor İşletme Müdürlüğünden alınan 03/01/2017 tarihli ve 33 sayılı yazıda ...'nın İşletmeleri Açık İşletme Birimi emrine naklen atamasının talep edilmiş olup 04/01/2017 tarihli Olur ile naklen atamasının yapıldığı ve adı geçenin 09/01/2017 tarihinde yeni görevine başladığı,

2.4) Teşekkül personelinin birim içi ve birimler arası naklen tayin işlemlerinin birimlerin talepleri ve hizmetin gereği olarak mevzuata uygun şekilde yapıldığı,

2.5) Teşekkül personelinin naklen atama işlemlerini düzenleyen yönerge veya yönetmelik bulunmadığı, personelin birim içi ve birimler arası naklen tayin işlemlerinin birimlerin talepleri ve hizmetin gereği olarak yapılmakta olduğu,

2.6) Başvuru sahibi veya başka bir personel ile İdareleri arasında konuyla ilgili yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarınca karara bağlanmış uyuşmazlık bulunmadığı, Hususları belirtilmiştir.

III. İLGİLİ MEVZUAT

3) **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Dernek Kurma ve Toplantı Özgürlüğü" başlıklı 11 inci maddesinin birinci fıkrasında,** "Herkes asayışı bozmayan toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahiptir." ,

4) **Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunması ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin 151 sayılı ILO Sözleşmesinin 4 üncü maddesinde,** "Kamu görevlileri, çalıştırılmaları konusunda sendikalaşma özgürlüğüne hanel getirecek her türlü ayrımcılığa karşı yeterli korumadan yararlanacaklardır." ,

5) **Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 sayılı ILO Sözleşmesinin 3 üncü 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." ,

6) Avrupa Sosyal Şartının "Çalışanların temsilcilerinin işletmede korunma ve kolaylıklardan yararlanma hakkı" başlıklı 28 inci maddesinde, "Akit taraflar, çalışanların temsilcilerinin görevlerini yerine getirme haklarını etkili bir biçimde kullanmalarını sağlamak amacıyla işletmede; (a) işletmedeki çalışanların temsilcisi olarak etkinlikleri ya da statüleri nedeniyle kovulmalarını da içermek üzere kendilerine yönelik zarar verici eylemlere karşı etkili bir korumadan yararlanmalarını, (...) taahhüt ederler." ,

7) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 11/05/1980 tarihinde kabul edilen İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Tavsiye Kararına Ek Takdir Yetkisinin Kullanılmasında Uygulanacak Temel İlkeler bölümünde; "Takdir yetkisini kullanan bir idari makam; (1) Yetkinin verilmiş amacından başka amaç güdemez. (2) Yalnızca olaya ilişkin öğeleri hesaba katarak nesnellığe ve tarafsızlığa uyar. (3) Hakkaniyete uymayan ayırmacılığı önleyerek yasa önünde eşitlik ilkesini gözetir. (4) İşlemin amacıyla, kişilerin hakları, özgürlükleri veya menfaatleri üzerindeki olumsuz etkileri arasında uygun bir denge sağlar."

8) 18/10/1982 tarihli ve 2709 sayılı T.C. Anayasasının "Sendika Kurma Hakkı" başlıklı 51 inci maddesinde; "Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.

Sendika kurma hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir."

9) 25/06/2001 tarihli ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun "Sendika üyelerinin ve yöneticilerinin güvencesi" başlıklı 18 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında, "Kamu işvereni, işyeri sendika temsilcisi, sendika işyeri temsilcisi, sendika il ve ilçe temsilcisi ile sendika ve sendika şube yöneticilerinin işyerini sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe değiştiremez.

Kamu işvereni kamu görevlileri arasında sendika üyesi olmaları veya olmamaları nedeniyle bir ayırım yapamaz." ,

10) 14/07/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun "Memurların kurumlarınca görevlerinin ve yerlerinin değiştirilmesi" başlıklı 76 ncı maddesinde; " (Değişik: 30/5/1974 KHK/12; Aynen kabul: 15/5/1975 - 1897/1 md.) Kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları buldukları kadro derecelerine eşit veya 68 inci maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler."

IV. KAMU DENETÇİSİ MUSTAFA ÖZYAR'IN KAMU BAŞDENETÇİSİ'NE ÖNERİSİ

11) Başvuranın iddiaları, idarenin konu ile ilgili açıklamaları, ilgili mevzuat ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; İdarenin açık ve net bir gerekçeye dayandıramadığı başvuru sahibi ... üyesi ...'yı Açık İşletme Birimi emrine naklen atanmasına dair 04/01/2017 tarihli naklen atama

işlemini geri alarak Bigadiç Bor İşletme Müdürlüğü İç Hizmetler emrine yapılan 16/12/2016 tarihli atama işlemi de henüz kazanılmış hak teşkil etmeden 27/12/2016 tarihli işlem ile takdir hakkı çerçevesinde bu işlemde sarfınazar edilmiş olması sebebiyle adı geçen şahsın ilk görev yeri olan Bigadiç Bor İşletme Müdürlüğü İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimi genel hizmetler sorumlusu pozisyonuna döndürülmesi için makul sürede işlem tesisi hususunda Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğüne tavsiyede bulunulması yönünde hazırlanan “Tavsiye Karar Önerisi” Kamu Başdenetçisine sunulmuştur.

V. DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE

A. Hukuka ve Hakkaniyete Uygunluk Yönünden

12) Başvuru sahibi ... yetkilisi, sendikalarının üyesi olan ...'nın Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Bigadiç Bor İşletme Müdürlüğü İşyeri Sağlık ve Güvenliği Biriminde genel hizmetler sorumlusu olarak çalışmakta iken, İç Hizmetler Birimine görevlendirilmesine ilişkin yazının Genel Müdürlüğe gönderildiğini, adı geçen sendika üyesinin yer değişikliğinin akıbeti ile ilgili olarak 27/12/2016 tarihinde İşletme Müdür Yardımcısı ... ile yaptığı görüşmede kendisine "yer değişikliğinin gerçekleşebilmesi için üyesi bulunduğu ... sendikasıdan istifa etmesi gerektiği, Ankara'dan kendisine, ...'e üye olması halinde atamasının yapılacağı yönünde bilgi verildiğini beyan ettiğini" belirterek, muhatap idarece hatalı davranışta bulunulduğunun kabul edilerek sendikal ayrımcılıktan dolayı yapılan işlemin düzeltilmesini, sendikal ayrımcılığa engel olacak tedbirlerin alınması hususunda gereğinin yapılmasını talep etmektedir.

13) Bilindiği üzere, sendika hakkı, demokratik toplumun temeli olan örgütlenme özgürlüğünün bir parçasıdır. Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğüdür. Bu özgürlük, bireylere, bir araya gelerek topluluk halinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirmelerine imkân sağlar. Sendika hakkı da, çalışanların bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmekte olup, bu niteliğiyle örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olarak görülmektedir. (AYM, 10/04/2013 tarihli, E:2013/21, K:2013/57 sayılı kararı)

14) Örgütlenme özgürlüğünün sağlanması demokratik ve sosyal devlet ilkesinin en önemli gereklerinden biri olup, örgütlü toplum, demokratik toplum düzenini ve katılımcı yönetimi gerçekleştirmenin vazgeçilmez şartıdır. Devletimizin de taraf olarak onayladığı uluslararası sözleşme ve belgeler ile Anayasamız başta olmak üzere, iç hukuk düzenlemelerimizde, memurlar dahil tüm çalışanların sendikal örgütler kurabilmeleri, kurulmuş bulunan sendikalara üye olabilmeleri, sendikalar ve üst kuruluşların amaçları doğrultusunda serbestçe faaliyette bulunabilmeleri örgütlenme özgürlüğü kapsamında güvence altına alınmıştır. **Sendikal ayrımcılık hususuna kanun koyucu tarafından ayrı bir önem atfedilmiştir ki; sendikal ayrımcılık konusunda iddiası olan kişinin makul şüphe oluşturacak olgu, emare vs. sunması halinde ayrımcılık iddiasını ispatlamasını beklemeyerek ispat külfetini tersine çevirmiş ve sendikal ayrımcılık yapılmadığını kamu işverenin ispatlamasını istemiştir.**

15) Başvuru konusu olayda, başvuru sahibi sendika, İdareye yapmış olduğu başvurularda, 4688 sayılı Kanununun 18 inci maddesinin üçüncü fıkrası gereğince kamu işverenin kamu görevlileri arasında sendika üyesi olmaları veya olmamaları nedeniyle bir ayırım yapamayacağını ileri sürmektedir. Zira somut olayda, **sendika üyesi olan kamu görevlisinin çeşitli kereler farklı**

birimlerde görevlendirilmesi ve bu görevlendirmeler için İdare tarafından somut ve meşru bir gerekçe gösterilmemesi, üstelik görevlendirmelerin birinden yine herhangi bir sebep gösterilmeksizin sarfınazar edilmesi, söz konusu işlemlerin sendikal nedenlerle gerçekleştirildiğini kesin şekilde ortaya koyamamakta ise de, bu durumda ispat yükünün İdareye yüklenmiş olması göz önünde bulundurulduğunda, İdarenin de sendikal ayrımcılık yapmadığına dair üzerine düşen ispat yükünü yeterince karşılayamadığı görülmektedir.

16) Anayasamız ve ulusal mevzuatımızda düzenlenen sendikal hak ve özgürlüklerin kapsamı yorumlanırken, benzer güvenceler getiren ilgili uluslar arası mevzuatta yer alan ve ilgili organlar tarafından yorumlanan güvencelerin de göz önüne alınması gerekmektedir. **Başvurunun 4688 sayılı Kanununun 18 inci maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında sağlanan hakların ulusal ve uluslar arası mevzuat açısından değerlendirilmesi neticesinde, sendikal hakkın kullanımını sınırlayacak ve bu hakkın kanunlara uygun bir şekilde kullanılmasına engel olacak nitelikteki her türlü müdahalenin hukuka aykırı olacağı sonuç ve kanaatine varılmıştır.**

17) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ilgili hükümleri birlikte değerlendirildiğinde memurun kendi kadro görevinde ve kadrosunun bulunduğu birimde çalışması temel ilke olarak kabul edilmekle birlikte, meri mevzuat ve yargı içtihatlarında kamu hizmetinin yürütülmesinde, memurun kamu yararı ve hizmet gerekleri açısından zorunluluk bulunması halinde bağlı bulunduğu İdarece başka bir birime naklen atanması mümkündür. **Naklen atama konusunda, idarenin takdir yetkisi bulunmakla birlikte, bu yetki mutlak ve sınırsız bir yetki olmayıp kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlıdır. Bu nedenle, naklen atama işleminin hukuken geçerli bir nedene dayanması gerekmektedir.**

18) İdari işlemler tesis edilirken idarenin kullandığı yetki bağlı yetki ve takdir yetkisi şeklindedir. İdari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarının tümünün hukuk kuralları tarafından önceden belirlenerek, idareye belli yönde hareket etme hususunda bir tercih hakkı tanınmamışsa veya idareye belli bir tasarrufta bulunması kesin olarak emredilmişse bağlı yetki, idarenin nerede ve nasıl bir tasarrufta bulunacağını hukuk kuralları ile önceden kesin bir şekilde belirlenmediği durumlarda ise idarenin takdir yetkisi söz konusu olmaktadır.

19) Bu bağlamda takdir yetkisi, idarenin belli şart ve durumların meydana gelmesi halinde belli bir kararı alıp almamak veya kanunda öngörülen değişik çözümler arasında bir seçim yapmak konusunda tanınan bir serbestiye ya da belirli bir konuda karar alabilmek için hangi şart ve durumların ortaya çıkması gerektiğini tespit etmek imkanına sahip olması olarak tanımlanabilir.

20) İdareye belli konularda takdir yetkisinin tanınması idarenin görevlerinin niteliği gereği zorunludur. Ancak, idareye belli konularda takdir yetkisinin tanınması, idarenin keyfi olarak hareket edebileceği anlamına da gelmez. **Bu doğrultuda idare takdir yetkisini kullanırken yasanın koyduğu sınırlar içinde kalmalı, eşitlik ilkesine önem vermeli, bu yetkiyi kamu yararı için kullanmalı, yasanın öngördüğü amaçtan başka ya da kamu yararı dışında bir amaç için kullanmamalı ve bu yetkiyi gerekçeli olarak kullanmalıdır.** (Bkz. Prof. Dr. Şeref GÖZÜBÜYÜK, "Yönetim Hukuku", Eylül/1991 s.204) Ayrıca öğretilerde de, idarenin takdir yetkisini kullanırken yasaların koyduğu sınırlar içerisinde hareket etmesi, eşitlik ilkesine riayet etmesi, kamu yararı için kullanılması ve gerekçeli olması gibi ilkelere uygun şekilde işlem tesisinin Hukuk Devleti açısından zorunlu olduğu belirtilmektedir.

21) **AİHM Metin TURAN Türkiye Davası (Başvuru no: 20868/02):** AİHM, AİHS'nin 11. maddesinin, sendikal özgürlüğü dernek kurma hürriyetinin özel bir şekli veya görünümü olarak sunduğunu; söz konusu maddenin sendika üyelerine Devlet tarafından uygulanması öngörülen belirli bir muameleyi ve özellikle sendika üyelerinin yerlerinin değiştirilmemesi hakkını garanti altına almadığını, bu nedenle, davada yer değiştirme kararının mevcut haliyle yerindeliğini değerlendirmenin AİHM'nin görevi olmadığını ancak AİHM'nin amacının, dava konusu kararın, başvuranın AİHS'nin 11. maddesi bakımından sendikal faaliyetler yürütme hakkı üzerindeki sonuçlarını incelemek olduğunu, nakil kararının Devletin kamu hizmetinin iyi şekilde yönetilmesinin idaresi ve yürütülmesi kapsamına girmemesi durumunda ulusal makamların, başvuranların sendikal faaliyetlerini yürütme hakkına bir müdahale olarak kabul edilebileceğini ve **yasal olarak kurulmuş bir sendikaya üye olmasından dolayı, başka bir bölgede bulunan bir şehre göndermeye ilişkin bu şekil bir kararın demokratik toplum gereklerine uygun olmadığını ifade etmektedir.**

22) **Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 14/4/2011 tarihli ve E:2007/2281, K:2011/244 sayılı Kararında,** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, sendikal faaliyet kapsamında yer alan fiiller nedeniyle cezalandırılan ve/veya görev yerleri değiştirilen memurların başvuruları üzerine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesine dayanarak Türkiye'yi mahkum eden çeşitli kararlarındaki gerekçelere bakıldığında, **sendika üyesi veya yöneticisi olan ilgililerin sendikal faaliyetleri nedeniyle görev yeri değişikliği işlemlerinin sendikal faaliyetlerini yürütme hakkına bir müdahale olduğunu, yasal bir sendikaya üye olan ilgililerin görev yerlerinin değiştirilmesine ilişkin işlemlerin demokratik toplum gereklerine uygun olmadığını kabul ettiğini vurgulayarak sendikal faaliyetin bir sonucu olarak yapılan yer değişikliği işleminin iptali yönünde karar verilmiştir.**

23) Nitekim, **Danıştay 11. Dairesinin 08/04/2003 tarihli ve E:200/8963, K:2003/1623 sayılı kararında;** "...idareye takdir yetkisi tanınmış ise de, bu yetki mutlak ve sınırsız bir yetki olmayıp, anılan yetkinin objektif olarak eşit bir şekilde, aynı durumda olan personel arasında ayırım gözetilmeyecek şekilde kullanılması gerekmektedir." hükmü verilerek **takdir hakkının ayrımsız ve eşitlik ilkesine uygun kullanılması gerektiği hüküm altına alınmıştır.** (Benzer yönde Anayasa Mahkemesinin 13/11/2014 tarih ve E:2013/95, K:2014/176 sayılı kararı, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 17/04/2008 tarih ve E:2005/270, K:2008/1286 sayılı kararı)

24) Somut olayda; 399 sayılı KHK'nın 3/c maddesine göre sözleşmeli statüde memur olan Bigadiç Bor İşletme Müdürlüğü İşyeri Sağlık ve Güvenlik Biriminde genel hizmetler sorumlusu olarak görev yapan başvuruya konu ...'nın, 16/12/2016 tarihli yazı ile Bigadiç Bor İşletme Müdürlüğü İç Hizmetler Biriminde görevlendirilmesi, ancak akabinde, henüz bu atama işlemi tamamlanmadan ve bu birimde göreve başlamadan **yani herhangi bir kazanılmış hakkı doğmadan** İdarenin 27/12/2016 tarihli işlemi ile 16/12/2016 tarihli atama işleminden sarfınazar edilmek suretiyle 04/01/2017 tarihli yeni bir atama işlemi ile üçüncü bir birim olan Açık İşletme Birimi emrine naklen atanmasına gerekçe olarak gösterilen **"Teşekkürümüz personelinin birim içi ve birimler arası naklen tayin işlemleri birimlerimizin talepleri ve hizmetin gereği olarak mevzuata uygun bir şekilde yapılmıştır"** açıklaması ile her iki naklen atama işleminin tesis edilmesine sebep olabilecek geçerli somut sebep ve gerekçelerin sunulmadığı, soyut olarak birimlerin talebi ve hizmet gereği nedeniyle takdir hakkından bahisle gerçekleştirilen işlemlerin sendikal nedenlere bağlı olarak gerçekleştirildiği/gerçekleştirilmediği mevcut dosya kapsamı itibarıyla kesin ve net bir şekilde ispatlanmamış ise de; İdarenin takdir hakkını da kamu yararı ve hizmet gerekleri uyarınca

kullanmadığı kanaatine varılmış olup, başvuruya konu ilk atama talebinden sarfınazar edilmesi ve ikinci atama işleminin sebep unsuru yönünden hukuka uygun olmadığı değerlendirilmiştir.

25) Kazanılmış hakkı Anayasa Mahkemesi “kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş hak” olarak tanımlamaktadır. Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukukun genel ilkelerinden biri olup, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yani kanundan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş, ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir.

(AYM 09/05/2013 tarih ve 2011/42 E. 2013/60 K. sayılı karar ile benzer yönde aynı mahkemenin 29/03/2017 tarih ve 2017/47 E. 2017/84 K sayılı kararı, Danıştay İdari Dava Daireleri 2015/1206 E. 2015/1206 K. sayılı kararı) Öte yandan Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği üzere, kazanılmış haklar yalnızca kişinin bulunduğu statüden doğan, (maaş gibi) tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş, kişisel alacak niteliğine dönüşmüş hakları kapsamaktadır. Başka bir deyişle, **kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekmektedir.** (Danıştay 16. Daire 2015/15076 E. 2015/6934 K.)

26) Gerek öğretideki tanımlamalardan ve gerekse yargı içtihatlarında yer verilen tanımlamalardan hareketle kazanılmış hakkı: “Geçerli bir hukuki işleme dayanarak kazanılmış olan ve bu suretle kişisel, öznel sonuçlar doğurarak subjektif ve öznel bir hak halini alan, daha sonra meydana gelebilecek hukuki düzenleme değişikliklerinden etkilenmeyen, hukuk güvenliği ilkesi nazarında korunması gereken ve nihayet hukuk düzeni içerisinde yasalar ve üçüncü kişiler nazarında herkese karşı yöneltilebilen hak” olarak tanımlamak mümkündür.

27) Danıştay içtihatlarında yer alan "idari işlemlerin bir sebebe ve gerekçeye dayalı olması hukukun genel ilkelerinden olduğundan, bu ilke genel anlamda düzenleme veya işlem yapan idareyi uyguladığı ve düzenleme yaptığı alanda doğru ve anlamlı olgular ortaya koymaya ve denetim yapmaya zorlar. İşlemlerde gösterilen sebep ve gerekçe, işlemin yasaya uygunluğu ve dayanağını değerlendirme, itiraz edip etmeme konusunda ilgililere yardımcı olmakla birlikte, idarenin saydamlığı, savunma hakları ve idareye güven ilkeleri ve hukuk devleti anlayışının oluşumu noktalarında da büyük öneme sahiptir." ifadeleriyle idari işlemlerde gerekçenin önemi ortaya konulmuştur.

28) “Davacının, davalı idare bünyesinde belediye başkan yardımcısı olarak görev yapmakta iken, 08/03/2013 günlü dilekçesiyle kadro ve derecesine uygun müdürlük kadrosuna atanma isteğinde bulunduğu, ancak 13/03/2013 tarih ve 127452 sayılı kayda giren dilekçesiyle, bu isteğinden vazgeçtiği, buna rağmen davacının isteği doğrultusunda kurulduğu öne sürülen aynı günlü ve 127571 sayılı dava konusu işlemlerle ulaşım hizmetleri müdürü olarak atanması üzerine, bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmıştır. Bu durumda; atama işleminin tesisinden önce vazgeçilen isteğin işlemin nedenini oluşturmayacağı gibi, davacının atanmasını gerektirecek nitelikte başkaca bir sebep de öne sürülmeden kurulan işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki mahkeme kararında ise hukuki isabet görülmemiştir.” (Danıştay 5. Daire 06/06/2016 tarih 2016/900 E. 2016/3587 K.)

29) “Davacının Çorum Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdür Yardımcısı vekili olarak görev yapmakta iken, 05/10/2012 tarih ve 2454 sayılı Personel Hareketleri Onayıyla Çorum Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdür Yardımcısı olarak asaleten atamasının yapıldığı, anılan kadroda görev yaparken,

657 sayılı Kanununun 71 ve 76 ncı maddeleri uyarınca atamaya yetkili amirce görevden alınıp, il müdürlüğünde öğretmen kadrosuna atandığı, bunun üzerine atama işleminin iptaliyle mahrum kalınan parasal hakların yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle, görülmekte olan davanın açıldığı, anlaşılmaktadır. Bakılan davada, davalı İdare tarafından, Çorum Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğünde görev yaparken hakkında hiçbir adli ve idari soruşturma açılmayan ve disiplin cezası almayan davacı hakkında tesis edilen naklen atama işleminin sebebi olarak, kamu yararıyla hizmet gerekleri ve davacının hizmetine duyulan ihtiyaç gösterilmiş olup, davacının görevinde başarısız veya yetersiz olduğu yönünde somut bir tespiti yer verilmediği görülmektedir. Bu durumda davalı idare tarafından dava konusu naklen atama işleminin tesis edilmesine sebep olabilecek geçerli hiçbir somut gerekçe ve sebep ortaya konulmadığından, soyut olarak takdir hakkının varlığından bahisle, kamu yararıyla hizmet gereklerine aykırı olarak kullanılan takdir yetkisi uyarınca kurulan dava konusu işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki mahkeme kararında ise hukuki isabet görülmemiştir. (Danıştay 5. Dairesinin 15/01/2015 tarihli ve 2014/8728 E. 2014/8728 K. sayılı kararı ile benzer yönde Danıştay 5. Dairesinin 09/06/2016 tarih ve 2016/258 E. 2016/3748 K., Danıştay 2. Dairesinin 09/06/2016 tarihli ve 2016/1774 E. 2016/3073 K. sayılı kararları)

30) Somut olayda; başvuruya konu sendika üyesi ...'nın İç Hizmetler Birimine atanmasına ilişkin işlem tamamlanamadan ve kesinleşmeden yani söz konusu atama işlemi bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmeden İdare tarafından bu işlemde sarfınazar edilmesi nedeniyle adı geçen bu işleme ilişkin olarak herhangi bir kazanılmış hakkından söz etmek mümkün değildir. Ancak adı geçen **İdarece sarfınazar edilen bu atama işleminden sonra herhangi bir talebine bağlı bulunmaksızın re'sen ve herhangi bir somut gerekçe gösterilmeksizin üçüncü bir birim olan Açık İşletme Birimine naklen atama işleminin de sebep unsuru yönünden hukuka uygun olmadığı kanaatine varılmıştır.** Ayrıca mevzuatımızda sendikal ayrımcılığa engel olacak hükümlere yeterince yer verildiği ve bu hususta tedbir alınmasına gerek bulunmadığı değerlendirilmiştir.

B. İyi Yönetim İlkeleri Yönünden Değerlendirme

31) İyi yönetim ilkelerine 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin "İyi yönetim ilkeleri" başlıklı 6 ncı maddesinde yer verilmiş olup; İdarenin, başvuru sahibine verdiği cevapta hangi sürede hangi merciiye başvurabileceğini göstermediği bu nedenle de **karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi ilkesine uymadığı** tespit edildiğinden, İdarenin bahse konu ilkeye uygun davranması önerilmektedir.

V. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN AÇIKLAMA

32) 14/06/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 21 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, bu Tavsiye Kararının idareye tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde idare tarafından herhangi bir eylem ya da işlem tesis edilmezse (varsa) dava açma süresinden kalan süre işlemeye devam edecek olup Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açıktır.

VI. KARAR

Başvuranın iddiaları, idarenin konu ile ilgili açıklamaları, ilgili mevzuat, yargı kararları ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; Kurumumuza yapılan başvurunun KABULÜNE,

İdarenin açık ve net bir gerekçeye dayandıramadığı başvuru sahibi Türk Enerji Sen Sendikası üyesi Hasan OVALI'yı Açık İşletme Birimi emrine naklen atanmasına dair 04/01/2017 tarihli naklen atama işlemini geri alarak Bigadiç Bor İşletme Müdürlüğü İç Hizmetler emrine yapılan 16/12/2016 tarihli atama işlemi de henüz kazanılmış hak teşkil etmeden 27/12/2016 tarihli işlem ile takdir hakkı çerçevesinde bu işlemde sarfınazar edilmiş olması sebebiyle adı geçen şahsın ilk görev yeri olan Bigadiç Bor İşletme Müdürlüğü İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimi genel hizmetler sorumlusu pozisyonuna döndürülmesi için makul sürede işlem tesisi hususunda **ETİ MADEN İŞLETMELERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜNE TAVSİYEDE BULUNULMASINA,**

Kararın **BAŞVURANA** ve **ETİ MADEN İŞLETMELERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜNE** tebliğine, **Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğünce** bu kararın tebliğini izleyen günden itibaren **en geç 30 gün içerisinde** karara yönelik cevabın **Kamu Denetçiliği Kurumuna bildirilmesine, Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisince karar verildi.**

e-imzalıdır

Şeref MALKOÇ
Kamu Başdenetçisi