



SAYI : 53878609-101.07.04-E.5493

BAŞVURU NO : 2017/13129

KARAR TARİHİ :28/03/2018

TAVSİYE KARARI

BAŞVURAN :

BAŞVURAN VEKİLİ / TEMSİLCİSİ :

-

BAŞVURUYA KONU İDARE :

Orman Genel Müdürlüğü

BAŞVURUNUN KONUSU :

5620 sayılı Kanun kapsamında yapmış olduğu tayin başvurusunun idarece reddedilmesi hakkındadır.

BAŞVURU TARİHİ :

1.11.2017

I.BAŞVURUNUN KONUSU

1) Başvuran, İzmir Orman Bölge Müdürlüğüne bağlı Manisa Akhisar Orman İşletme Müdürlüğü bünyesinde engelli işçi kadrosunda görev yaptığını, yasal hakkı olması hasebiyle bir kereye mahsus olarak yer değiştirme talebinde bulunduğunu, iki defa tayin isteğini bağlı bulunduğu Müdürlüğe iletmesine rağmen talebinin olumsuz olarak yanıtlandığını, çalıştığı Orman Genel Müdürlüğü İzmir Orman Bölge Müdürlüğü tarafından 30/06/2017 tarih ve 1367681 sayılı yazısında ifade ettiği “il bazında çalıştırılması gereken engelli işçi açığı oluşacağından nakil talebinin uygun görülmediği” gerekçesi ile reddedildiğini ifade ederek tayin talebinin 5620 sayılı Kanun kapsamında olumlu sonuçlandırılmasını talep etmiştir.

II. İDARENİN AÇIKLAMALARI

2) 09/11/2017 tarihli ve 13527 sayılı yazı gönderilen bilgi ve belge talebi yazısına Orman Genel Müdürlüğü İzmir Orman Bölge Müdürlüğü’nden gelen 29/11/2017 tarih ve 2532191 sayılı yazı ile Kurumumuza gönderilen cevabi yazıda özetle;

2. 1)Başvuranın 21/05/2013 tarih ve 5 sayılı Olur’ları ile Manisa İli Akhisar Orman İşletme Müdürlüğü emrine “kalifiye işçi” kadrosunda atamasının yapıldığı, 05.06.2013 tarihinde görevine başlamış ve santral (haberleşme) görevlisi olarak 4 yıldır çalışmakta olduğunu,

- 2.2) Bölge Müdürlüğü'nde Manisa İli'ne bağlı İşletme ve Fidanlık Müdürlüklerinde 16 daimi, 9 geçici işçi olmak üzere toplam 25, İzmir İli'ne bağlı İşletme ve Fidanlık Müdürlüklerinde 22 daimi, 15 geçici işçi olmak üzere toplam 37 engelli işçi çalıştığını,
- 2.3) 5620 sayılı Kanunun Ek 2'nci maddesi kapsamında engelli işçilerin tayin talepleri Bölge Müdürlüğüne bağlı İl'lerdeki engelli işçi personelin kontenjan açığı durumları ile kamu yararı ve iş icap ve zaruretleri doğrultusunda planlanarak büyük ölçüde sonuçlandırılmaya çalışıldığını,
- 2.4) "İl bazında çalıştırılması gereken engelli işçi açığı" hakkında kast edilen husus ile ilgili olarak; 4857 sayılı İş Kanunu "Engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu" başlıklı 30'uncu maddesinde; işverenler elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu iş yerlerinde ise yüzde dört engelli ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi veya 21/06/1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu veya 16/06/1927 ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu kapsamına giren ve askerlik hizmetini yaparken 12/04/1991 tarihli e 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 21'inci maddesinde sayılan terör olaylarının sebep ve tesiri sonucu malul sayılamayacak şekilde yaralananları meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlü olduğunu,

Aynı il sınırları içerisinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı toplam işçi sayısına göre hesaplanır. Bu kapsamda çalıştırılacak işçi sayısının tespitinde belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan işçiler esas alınır..." hükmü yer aldığı,

- 2.5) Engelli işçi açığının oluşması durumunda 4857 sayılı Kanun "engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğuna aykırılık" başlıklı 101'inci maddesinde yer alan "Bu Kanunun 30 uncu maddesindeki hükümlere aykırı olarak engelli ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her engelli ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için ikibinyüzdoksanbeş Türk Lirası idari para cezası verilir. Kamu kuruluşları da bu para cezasından hiçbir şekilde muaf tutulamaz." hükmü yer aldığından ötürü; yasal oranda engelli ve eski hükümlü çalıştırmadıkları durumunda her ay söz konusu para cezasını ödemek durumunda kaldıklarını,

- 2.6) Engelli işçi açığı oluşacağından ötürü başvuranın talebinin bu aşamada olumlu olarak

sonlandırılmayacağını,

ifade etmiştir.

3) 09/11/2017 tarih ve 13528 sayılı yazı ve 20/12/2017 tarih ve 16090 sayılı tekit yazısına istinaden 04/01/2018 tarih ve 2779750 sayılı yazıda özetle;

3. 1) Genel Müdürlüğün engelli memurların tayin taleplerini genellikle olumlu olarak değerlendirdiğini,

3.2) Başvuranın talebinin uygun görülmemesinin sebebinin il bazında çalıştırılması gereken engelli işçi açığı olduğu, başvuranın talebinin gerçekleştiği zamanda Manisa İli'nde 403 daimi, 276 geçici işçi olmak üzere toplam 679 işçi bulunduğunu, bu sebeple 25 engelli işçi bulunduğunu, oranın %4'e takabül ettiğini,

3.3) Bu sebeple oluşacak engelli işçi açığının kapatılamaması durumunda İŞKUR İl Müdürlüğü tarafından idari para cezası kesileceği, tayin işleminin para cezası kesilmesini gerektirmesine rağmen bölge müdürlüğü idarecilerinin tayin talebini olumlu olarak sonuçlandırması durumunda işçi açığı sebebiyle yazılacak olan idari para cezasının Müdürlük yetkilileri tarafından ödenmesinin gerekebileceğini,

3.4) Başvuranın şu anda çalıştığı Müdürlük bünyesinde engelli işçi sayısının artması durumunda başvuranın talebinin olumlu şekilde sonuçlandırılacağı ifade edilmiştir.

III. İLGİLİ MEVZUAT

4) **2709 sayılı T.C. Anayasasının “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10’uncu maddesi** “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir... Çocuklar, yaşlılar, özürllüleri, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.”

4.1) **“Çalışma hakkı ve ödevi” başlıklı 49’uncu maddesi** “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.”

4.2) **“Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” başlıklı 74’üncü maddesi** “...Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir...”

4.3) **“Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler 1. Genel ilkeler” başlıklı 128’inci maddesi** “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/12 md.) Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.” hükümlerini haizdir.

5) **4857 sayılı İş Kanunu’nun “Engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu” başlıklı 30’uncu maddesi** “işverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi veya 21/6/1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu veya 16/6/1927 tarihli ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu kapsamına giren ve askerlik hizmetini yaparken 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21 inci maddesinde sayılan terör olaylarının sebep ve tesiri sonucu malul sayılmayacak şekilde yaralananları meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır.”

5.1) **“Engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğuna aykırılık” başlıklı 101’inci maddesi** “Bu Kanunun 30 uncu maddesindeki hükümlere aykırı olarak engelli ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her engelli ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için binyediyüz Türk Lirası idari para cezası verilir. Kamu kuruluşları da bu para cezasından hiçbir şekilde muaf tutulamaz.” hükümlerini ihtiva etmektedir.

6) **5620 sayılı Kamuda Geçici İş Pozisyonlarında Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına Veya Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri, Geçici İşçi Çalıştırılması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Ek Madde 2’nci maddesi** “(1) Kamu kurum ve

kuruluşlarında sürekli işçi kadrosunda görev yapan ve ilgili mevzuatına göre alınan sağlık kurulu raporunda en az yüzde kırk oranında engelli olduğu belirtilen işçiler ile ağır engelli raporlu eşi veya bakmakla yükümlü olduğu birinci derece kan hısımları bulunan işçiler, engellilik durumundan kaynaklanan gerekçelere dayalı olarak kurum içinde yer değiştirme talebinde bulunabilir. (2) Bu kapsamdaki talepler kamu kurum ve kuruluşlarının kadro imkânları ve teşkilat yapıları dikkate alınarak karşılanır. (3) İşçinin kendisinin veya birlikte yaşadığı eşi ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarının engellilik durumunun tedavisi sebebiyle kurum içinde yer değişikliği talep etmesi hâlinde, yer değiştirme suretiyle atama yapılacak yerin, işçinin ve bu fıkra kapsamındaki yakınlarının engellilik durumuna uygun olması esastır. (4) Engellilik durumu devam ettiği sürece kurum ve kuruluşlarca isteği dışında işçinin görev yeri değiştirilmez. Engellilik durumu ortadan kalkan işçiler hakkında genel hükümler çerçevesinde işlem yapılır.” hükmünü haizdir.

IV. KAMU DENETÇİSİ CELİLE ÖZLEM TUNÇAK'IN KAMU BAŞDENETÇİSİ'NE ÖNERİSİ

7) Kamu Denetçisi tarafından idarelerden gelen bilgi ve belgelerin incelenmesi neticesinde, başvuranın 5620 sayılı Kanun kapsamındaki tayin talebinin idare tarafından, idari para cezasına uğrama ihtimali sebebiyle reddedilmesinde hukuka ve hakkaniyete uyarlık bulunmadığı, idareye iç düzen faaliyetleri ve düzenleme yetkisi çerçevesinde personel politikasında değişiklik yaparak başvuranın talebini karşılaması hususunda “*Tavsiye Karar Önerisi*” Kamu Başdenetçisi'ne sunulmuştur.

V. DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE

A. Hukuka ve Hakkaniyete Uygunluk Yönünden Değerlendirme

8) Başvuran engelli olduğunu, İzmir Orman Bölge Müdürlüğü'nde engelli kadrosunda çalıştığını 5620 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerine istinaden tayin talebinde bulunduğunu, ancak talebinin reddedildiğini ifade ederek; mezkûr Kanun uyarınca bir kereye mahsus olmak üzere tayin talebinin olumlu sonuçlandırılmasını talep etmiştir.

9) İlgili idarenin başvurana ve Kurumumuza vermiş olduğu cevabi yazılarda başvuranın talebinin olumsuz olarak sonuçlandırılmasına gerekçe olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 101'inci maddesinde yer alan idari para cezasını hükmünü gösterdiği, başvuranın tayin talebinin karşılanması engelli işçi sayısının durumunda 4857 sayılı Kanun'da engelli çalıştırma zorunluluğu olarak belirlenen %4 oranının altına düşeceğini bu itibarla talebinin karşılanması için engelli işçi sayısında artış olması gerektiği ifade edilmiştir.

10) 4857 sayılı İş Kanunu kamu ve özel sektör işverenlerine engelli çalıştırma zorunluluğu getirmiş olup, bu zorunluluğa uymayan işverenler için idari para cezası hükmü getirmiştir. Bununla birlikte söz konusu hüküm engelli vatandaşların istihdamının kamu ve özel sektörde artırılması amacına matuf olup, hükme uymayan işverenlerin idari para cezası ile yaptırıma uğratılmalarının hüküm altına alınması ile maddenin etkinliğinin artırılması sağlanmıştır.

11) Somut olay kapsamında yapılan değerlendirme neticesinde işveren kamu idaresinin mezkûr hükmü dayanak göstererek, olası idari para cezasına uğramamak amacıyla başvuranın tayin talebini reddettiği görülmüştür

12) İdarenin en önemli yetkilerinden birisi iç düzen faaliyetleridir. İdare kamu hizmetini yürütürken belirli bir teşkilata, personele, taşınır ve taşınmaz mallara ve paralara sahip olmalıdır. Bu anlamda idare, teşkilatını yönetmek, personeline eğitmek, yetiştirmek, istihdam etmek üzere faaliyette bulunmaktadır (Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s. 23). İdare söz konusu

faaliyetlerini ilgili mevzuat kapsamında kullanmakta olup, yetkilerinin sınırları, usul ve işleyişi genel idari esaslar ve yargı içtihatları tarafından belirlenmektedir.

13) Başvuru konusu olayda idare engelli personel sayısı yetersiz olduğu için ve başvuranın tayin edilmesi durumunda yasal sınır altında personel istihdam edileceğinden para cezasına muhatap olma ihtimalinden bahisle başvuranın tayin talebinin olumlu sonuçlandırılmasının bu aşamada mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Gerçekten 5620 sayılı Kanun'un ilgili hükmü idarelerin söz konusu kapsamda yapılan tayin başvurularını *"kuruluşlarının kadro imkânları ve teşkilat yapıları dikkate alınarak"* karşılanacağını hüküm altına almıştır. Bununla birlikte Kanun hükmü tayin taleplerini karşılanmasını emredici hükümle düzenlerken, tayin taleplerinin idarenin kadro ve teşkilat yapılarının dikkate alınarak karşılanmasını gerekli görmüştür.

13.1) İdare kadro imkânlarının yetersizliği ve idari para cezasına muhatap olma riski sebebiyle başvuranın tayin talebini reddetmiştir. Oysaki 12. paragrafta belirtildiği üzere ifade edildiği üzere, idareler uhdesindeki kamu hizmetini yürütmek amacıyla kadro ve teşkilat yapısını düzenleme yetki ve sorumluluğuna sahiptir. Ayrıca 4857 sayılı Kanun'un 30 ve 101'inci hükmünün amacı engellilerin istihdamını sağlamayı amaç edinmiş olup, söz konusu hükümlerin kamu işçisi olan başvuranın tayin talebinin reddedilmesinde kanuni dayanak gösterilmesi mümkün değildir. Bu itibarla Orman Genel Müdürlüğü ve İzmir Orman Bölge Müdürlüğü başvuranın tayin talebinin karşılanması ile birlikte oluşacak personel açığını kapatmak için yeni personel istihdamı yapabileceği gibi, başka bölgelerde çalışan memurları söz konusu bölge müdürlüğü emrine tayin edebilme yetki ve kapasitesine sahiptir. İdarenin mali kaynakları ve yetkileri doğrultusunda personel dağılımını uygun hale getirme yetki ve sorumluluğunu yerine getirmediği, personelin tayin talebinin olası idari para cezasına muhatap olmama adına reddettiği, ret gerekçesinde ileri sürdüğü hususların idarece giderilebilmesi mümkün iken başvuranın talebinin reddedilmesi yönünde işlem yapıldığı anlaşılmıştır.

14) Kurumumuzca yapılan değerlendirme neticesinde; yukarıda açıklanan gerekçeler ve dosya kapsamına göre başvuranın tayin talebinin idarece reddedilmesinin hukuka aykırılık teşkil ettiği, başvuranın tayin talebinin olumlu olarak sonuçlandırılması için idarenin yetki ve sorumluluğunda olan personel politikasını engelli başvuranın talebinin yerine getirilmesini mümkün kılacak şekilde, Orman Genel Müdürlüğü'nün gerekli iş ve işlemleri yapması yönünde tavsiyede bulunulması sonuç ve kanaatine varılmıştır.

B. İyi Yönetim İlkeleri Yönünden Değerlendirme

15) 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 Kurumumuzun bilgi ve belge talebine ilişkin cevabi yazıları incelendiğinde, "dürüstlük", "nezaket", "şeffaflık", "bilgi edinme hakkı" ilkelerine uygun hareket ettiği; ancak cevabi yazıları yasal süresi içinde cevaplandırmayarak "makul sürede karar verme", "kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi" ilkelerine uygun hareket etmediği değerlendirilmiş olup, idareden bundan böyle bu ilkelere de uygun hareket etmesi beklenmektedir.

VI. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN AÇIKLAMA

16) 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 Mahkemesinde yargı yolu açıktır.

VII. KARAR

Açıklanan gerekçe ve dosya kapsamına göre **BAŞVURUNUN KABULÜNE;**

Başvuranın 5620 sayılı Kanun kapsamındaki tayin talebinin gerçekleştirilmesi için gerekli idari işlemleri tesis etmesi yönünde **ORMAN GENEL MÜDÜRLÜĞÜNE**

TAVSİYEDE BULUNULMASINA,

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 20 nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca; **ORMAN GENEL MÜDÜRLÜĞÜ** tarafından bu karar üzerine tesis edilecek işlemin otuz gün içinde Kurumumuza bildirilmesinin zorunlu olduğuna,

Kararın **BAŞVURANA** ve **ORMAN GENEL MÜDÜRLÜĞÜNE** tebliğine,

Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisince karar verildi.

e-imzalıdır

Şeref MALKOÇ
Kamu Başdenetçisi