DANIŞMA VE İDARİ UYUŞMAZLIKLAR İLE MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİNİN YARGILANMALARINA İLİŞKİN KARARLAR

BİRİNCİ DAİRE KARARLARI

DANIŞMA VE İDARİ UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN KARARLAR

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2005/164
Karar No : 2005/357

Özeti : 4734 sayılı Kanunun, 3 üncü maddesinin (b) bendi kapsamında yapılan ihaleler sonucunda aktedilen sözleşmelerde yapılacak değişikliklerin, 4353 sayılı Kanunun 31 inci maddesi kapsamında bir hakkın tanınmasını veya menfaatin terkini ihtiva etmemesi durumunda, değişikliğin hangi makam tarafından ve ne şekilde yapılması gerektiği konusunda düşülen duraksamanın giderilmesi hakkında.

4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (b) bendi kapsamında yapılan ihaleler sonucunda aktedilen sözleşmelerde yapılacak değişikliklerin, 4353 sayılı Kanunun 31 inci maddesi kapsamında bir hakkın tanınmasını veya menfaatin terkini ihtiva etmemesi durumunda, değişikliğin hangi makam tarafından ve ne şekilde yapılması gerektiği konusunda düşülen duraksamanın giderilmesine ilişkin Başbakanlığın 14.2.2005 günlü, Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü 681 sayılı yazısına ekli Jandarma Genel Komutanlığının 31.1.2005 günlü, 6048-25-05/Ted.D.İç Ted.Ş.(31778) sayılı yazısında aynen:

"1. Jandarma Genel Komutanlığı ihtiyacı için ilgi (a) kanunun 3/b maddesi kapsamında ilgi (b) Bakanlar Kurulu Kararı Esasları dahilinde yapılan ihaleler neticesinde akdedilen sözleşmelerde ilgi (c) karar gereği (ç) kanunun 31 inci maddesine göre sözleşme tashihi yapılabilmektedir.

2. İlgi (d) ile; "... İdare yazısında, uygun görüş isteminin dayanağı olarak belirtilen 8.1.1943 tarihli ve 4353 sayılı yasanın 31 inci maddesinde, bir sözleşme mevcut olsun olmasın, devlet daireleriyle diğer daire, müessese ve teşekküller veya gerçek ve tüzel kişiler arasında çıkan ve henüz yargı mercilerine, hakeme veya icraya intikal etmemiş bulunan hukuksal uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümünde yarar gördüğü takdirde, Baş Hukuk Müşavirinin mütalaasına dayalı olarak 50.000.000 liraya kadar bir hakkın tanınması veya menfaatin terkini tazammun eden anlaşmalar veya sözleşme değişiklikleri yapmaya bakanlıkların yetkili olduğu bu miktarı aşan anlaşmalar veya sözleşme değişikliklerinde de Danıştayın mütalaasına dayanılarak Maliye Bakanlığınca alınacak kararname ile yapılacağı hükme bağlanmış, anılan maddedeki parasal sınır ise 26.10.1988 günlü ve 3484 sayılı Yasaya göre günün koşullarına uygun biçimde 2004 Mali Yılı Bütçe Kanununun İ cetveliyle 400.000.000.000 lira olarak belirlenmiştir.

Yukarıya alınan Yasa hükmüne göre Danıştayca mütalaa verilebilmesi için, yargı mercilerine, hakeme veya icraya götürülmemiş bir uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümünün veya bir sözleşmenin değiştirilmesinin söz konusu olması ve tanınan hakkın ya da terkedilen menfaatin 400.000.000.000 lirayı geçmesi gerekmektedir.

İncelenen uygun görüş isteminde, sözleşmenin ekinde yer alan doğrulama testlerine ilişkin bir hükümde, tekniğine uygun olduğu idare tarafından da kabul edilen değişiklik yapılması önerilmekte ise de, bu istem alımı yapılacak Flash Eprom'un teknik özelliğinde bir değişiklik yapılmasını içermediği gibi, tanınan bir hak veya terk edilen bir menfaatin de söz konusu olmadığı görülmektedir.

Bu durumda, 4353 sayılı Yasanın 31 inci maddesi kapsamında bulunmayan konu hakkında Dairemizce görüş bildirilmesine olanak bulunmadığına, istemin bu nedenle incelenmeksizin reddine, dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 22.10.2004 gününde oybirliğiyle..."kararı verilmiştir.

3. İlgi (d) kararda; tanınan bir hak veya terkedilen bir menfaatin söz konusu olmaması nedeniyle, ilgi (ç) kanunun 31 inci maddesi kapsamında olmadığı için görüş bildirilmesine olanak bulunmadığı belirtilmiştir. İlgi (a) kanunun 3/b maddesi kapsamında yapılan ihaleler sonucu akdedilen sözleşme tashihlerinde tanınan bir hak veya terkedilen bir menfaatin olmaması durumunda, sözleşme tashihi işleminin hangi makam tarafından ve ne şekilde yapılacağı konusunda uygulamada tereddüt doğmuştur. Bu tereddütün giderilmesi için Danıştay Başkanlığının istişari görüşüne ihtiyaç duyulmakta olduğunu arz ederim." denilmektedir.

Dairemizce yapılan çağrı üzerine gelen Jandarma Genel Komutanlığı İç Tedarik Şube Müdürü Yalçın Şahiner, Kamil Balıkçı ve Adli Müşavir Nuray Ayman, Milli Savunma Bakanlığı Hukuk Müşaviri R.Sevgi Durdu, Maliye Bakanlığı Hukuk Müşaviri Ferhan Sözen ile İçişleri Bakanlığı Birinci Hukuk Müşaviri Akif İkbal ile Hukuk Müşaviri Sinan Yağsan'ın sözlü açıklamaları dinlendikten sonra konu incelenerek,

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

İstem, 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (b) bendi kapsamında yapılan ihaleler sonucunda aktedilen sözleşmelerde yapılacak değişikliklerde tanınan bir hak veya terkedilen bir menfaatin olmaması durumunda, sözleşme değişikliği işleminin hangi makam tarafından ve ne şekilde yapılacağı konusunda uygulamada doğan duraksamanın giderilmesine ilişkin olmakla beraber, esas sorunun; bu sözleşme değişikliklerinde 4353 sayılı Kanunun 31 inci maddesi kapsamında bir hak tanınması veya menfaat terki mevcut olup olmadığının hangi makam ve merciler tarafından ve ne şekilde saptanacağı konusunda ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.

4353 sayılı Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanunun 31 nci maddesinde, bir sözleşme olsun ya da olmasın genel bütçe dahilindeki Devlet daireleriyle diğer daire, müessese ve teşekküller veya tüzelkişiler arasında çıkan ve henüz yargı organlarına, hakeme veya icraya intikal etmemiş bulunan hukuki uyuşmazlıkların sulh yoluyla hallinde menfaat görüldüğü takdirde, Başhukuk Müşavirinin mütalasına dayanılarak her yıl bütçe kanunları ile tespit edilen parasal sınıra göre bir hakkın tanınması ya da menfaatin terkini öngören anlaşmalar veya sözleşme değişikliklerini yapmaya bakanlıkların yetkili olduğu, bu miktarı geçen anlaşmalarla sözleşme değişikliklerinin ise Danıştayın olumlu görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca hazırlanacak kararname ile yapılabileceği hükmü yer almıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 2 nci maddesinde, idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinin bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği, "istisnalar" başlıklı 3 üncü maddesinin (b) bendinde; savunma, güvenlik ve istihbaratla ilgili mevzuat uyarınca gizlilik içinde yürütülmesi gereken ve her bir ihale, ihale yetkilisince onaylanan; uçak, helikopter, gemi, denizaltı, tank, panzer, roket, füze gibi araç, silah, silah malzeme ve teçhizatı ve sistemleri ve harp malzemeleri ile bunların araştırma-geliştirme, eğitim, üretim, modernizasyon, yazılım ve mühimmat ihaleleri ile bunlarla ilgili sefer stokları, bakım, işletme ve idameye yönelik mal ve hizmetler, Devlet güvenliği ve istihbaratı kapsamındaki hizmet, malzeme, teçhizat ve

sistem alımlarının, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tabi olmadığı, Geçici 4 üncü maddesinin (a) bendinde de, bu Kanunun 3 üncü maddesinin (b) bendine ilişkin esas ve usullerin, ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınmak suretiyle Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacağı hükme bağlanmıştır.

İçişleri Bakanlığı tarafından 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (b) bendi uyarınca yapılacak alımlarda uygulanacak esas ve usuller, 12.6.2004 günlü, 25490 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 29.4.2004 günlü ve 2004/7388 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulmuş olup, buna göre "Esaslar"ın sözleşmede yer alması zorunlu hususları düzenleyen 30 uncu maddesinin (n) bendinde, sözleşmede değişiklik yapılma şartlarının sözleşmelerde belirtilmesinin zorunlu olduğu, 34 üncü maddesinin birinci fıkrasında, bu Esaslara göre yapılacak ihalelerde sözleşme yapılmasında isteklinin ve idarenin görev ve sorumluluğunun, ihalenin sözleşmeye bağlanmasının, idare tarafından şikayetlerin incelenmesinin, sözleşme değişikliği yapılarak ek sözleşme düzenlenmesinin, gizlilik içinde yürütülmesi gereken alımlarla ilgili esaslar ile denetim-muayene ve kabul işlemlerinin Bakanlıkça belirleneceği, aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, bu Esaslara aykırı olmamak kaydıyla, bu maddeye kadar yapılan düzenlemelerle ilgili olarak ihalenin özelliğine göre Bakanlıkça ilave düzenlemelerin yapılabileceği, 35 inci maddesinde ise, bu Esaslarda düzenlenen ve 34 üncü maddede düzenleneceği belirtilen hallerin dışındaki hususlarda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (8,18,23,25,31,53,55,56,57 ve 67 nci maddeleri hariç) ile 4735 sayılı Kamu Sözleşmeleri Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

4734 ve 4735 sayılı Yasalarda, Devlet ihalelerinde uygulanacak esas ve usullerde önemli değişiklikler yapılırken, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun uygulamada yarattığı sorunlardan haraketle, ihalelerin, açıklık, şeffaflık, tam rekabeti sağlama ve denetlenebilir olma niteliklerinin uygulamaya yansıtılması amaçlanmış, 4735 sayılı Yasanın 15 inci maddesinde, sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılmaması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla sadece, "a) işin yapılma veya teslim yeri, b) işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları," hususlarında sözleşmelerde değişiklik yapılabileceği kabul edilerek sınırlayıcı bir hüküm getirilmiştir.

4734 sayılı Kanun kapsamında ihale edilen işlerde yapılacak sözleşme değişikliklerinde, 4353 sayılı Yasanın 31 inci maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki duraksamanın giderilmesi istemiyle ilgili olarak Dairemizin 8.10.2004 günlü ve E: 2004/443, K: 2004/249 sayılı kararında, 4735 sayılı Kanunun 15 inci maddesinde sınırlayıcı bir biçimde kabul edilen sözleşme değişikliği yapılabilecek hususlar dışında bu sözleşmelerde değişiklik yapılmasının yasal olarak mümkün bulunmadığı, bu kapsamdaki sözleşmelerde 4353 sayılı Yasanın 31 inci maddesi hükmüne dayanılarak sözleşme değişikliği yapılması cihetine gidilemeyeceği ve bu hükmün uygulanamayacağı belirtilmiştir.

4734 sayılı Yasanın 3 üncü maddesinin (b) bendi hükmünde istisna olarak kabul edilen işlere ilişkin sözleşmelerde yapılacak değişiklere gelince;

Dairemizin, 22.10.2004 günlü, E: 2004/540, K: 2004/289 sayılı kararında, Milli Savunma Bakanlığınca 2886 sayılı Yasanın 51 inci maddesi kapsamında yapılan ihale sonucunda düzenlenen sözleşmede, alımı yapılacak malzemenin teknik özelliğinde bir değişiklik ve tanınan bir hak veya terk edilen bir menfaat söz konusu olmadığının idare tarafından ortaya konulması durumunda yapılacak sözleşme değişikliklerinin, bir hak tanınması ya da bir menfaat terkinin bulunmadığı hususunun idare tarafından saptanmış ve kabul edilmiş olduğu gerekçesiyle 4353 sayılı Yasanın 31 inci maddesi kapsamına girmediğine, bu durumda görüş bildirilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Yine Dairemizin 24.11.2004 günlü, E: 2004/609, K: 2004/402 sayılı kararında da, Milli Savunma Bakanlığınca 2886 sayılı Yasanın 51 inci maddesi kapsamında yapılan ihale sonucunda düzenlenen sözleşme ve eki şartnamede gerçekleştirilmek istenen değişikliklerin,

sözleşme fiyatına, teslim süresine, gemilerin performansına etkisi bulunmadığı, dolayısıyla bir hak tanınması ya da menfaat terki söz konusu olmadığının idarece saptandığı, ayrıca sözleşmenin 17 nci maddesinde sözleşmede hangi koşullarda değişiklik yapılabileceğine ilişkin hüküm bulunduğu, bu hüküm gereğince satıcı tarafından ücretsiz gerçekleştirilebilen bu nitelikteki işler hakkında, 4353 sayılı Yasanın 31 inci maddesi kapsamında bir hak tanınması ya da menfaat terki bulunmadığından görüş bildirilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Yukarıda özetlenen ve idarelerce de bilinen Dairemiz kararları gereğince, 4734 sayılı Kanun uyarınca ihale edilen işlere ilişkin sözleşmelerde, 4735 sayılı Kanunun 15 inci maddesi uyarınca sözleşme değişikliği yapılabileceği, bu hükümde belirtilen hallerin dışında anılan sözleşmelerde değişiklik yapılmasının mümkün olmadığı, 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (b) bendinde istisna olarak kabul edilen işlere ilişkin sözleşmelerde ise, ana sözleşmede değişiklik yapılmasına izin veren hükmün yer alması, sözleşme bedelini etkilememesi, taraflara sözleşmede öngörülenden farklı bir hak tanınmaması veya bir menfaat terkini içermemesi ve bu koşulların idarelerce saptanması durumunda, tarafların iradesi doğrultusunda ilgili Bakanlıkça sözleşmelerde değişiklik yapılması mümkündür.

Ancak, idare temsilcilerinin açıklamalarından, istem yazısında belirtilen duraksama konusundan farklı olarak, 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (b) bendinde öngörülen ve Kanunun istisna kabul ettiği işlere ilişkin sözleşmelerde yapılacak değişikliklerde 4353 sayılı Kanunun 31 inci maddesinde öngörülen bir hakkın tanınması ya da menfaatin terki söz konusu olup olmadığının hangi mercilerce saptanması gerektiği, bu hususun belirlenmesinde 4353 sayılı Kanunda gösterilen mercilerin mi yoksa doğrudan ilgili idarelerin mi yetkili olduğu konusunun önem arzettiği ve bu hususun da açıklığa kavuşturulmasının istenildiği görülmüştür.

Anılan sözleşmelerin uygulanması sırasında tarafların uygun gördüğü ve sözleşme değişikliği gerektiren bir durumun veya zorunluluğun ortaya çıkması halinde, bu değişikliğe ilişkin sorumluluklar çerçevesinde ilgili Bakanlık, öncelikle yapılmak istenilen değişikliğin niteliğini, karşılıklı hak ve yükümlülüklere etkisini belirlemek, sözleşme bedelini etkileyip etkilemeyeceğini, dolayısıyla değişikliğin mali yönden sonuçlarını ortaya koymak ve bunun için gerekli araştırma, inceleme, fiyat ve maliyet analizlerini yapmak durumundadır. Buna göre söz konusu değişikliğin, sözleşme bedelini değiştirmediği, yüklenici açısından sözleşmede kararlaştırılandan farklı yeni bir hakkın tanınması, idare açısından da sözleşmede belirlenen bir menfaatin terk edilmesi sonucunu doğurmadığı saptanır ise, ana sözleşmede değişiklik yapılmasına izin veren bir hükmün de yer alması durumunda, ilgili Bakanlık sözleşme değişikliğini yapabilecektir. Bakanlığın sözleşme değişikliği sonucunda bir hakkın tanınması ya da menfaat terki bulunup bulunmadığı noktasındaki belirlemelerine rağmen sorumluluk üstlenmeyerek sözleşme değişikliği hakkında mütalaa isteminde bulunması halinde bu belirlemenin Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliğince yapılması söz konusu olacaktır.

İçişleri Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulan, 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (b) bendi uyarınca yapılacak alımlarda uygulanacak "Esaslar"da, tarafların sözleşmede değişiklik yapabilmesi için hangi durumların oluşması veya aranması gerektiğini gösteren hususlara ilişkin şartların sözleşmelerde belirtilmesi zorunlu kılınmış, sözleşme değişikliği yapılarak ek sözleşme düzenlenmesi ile ihalenin/alımın özelliğine göre Bakanlıkça ilave düzenlemeler yapabilmesi konusunda İçişleri Bakanlığının yetkili olduğu vurgulanmıştır. Bu Esaslarda 4353 sayılı Kanunun 31 inci maddesinde öngörülen idare yararı, bir hakkın tanınması veya menfaatin terki gibi sözleşmenin konusunun, içeriğinin, tutarının değişmesi sonucu yaratacak esaslı unsurlarında değişiklik yapılabileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamakta olup, 4353 sayılı Kanunun bir hak tanınması ya da menfaat terki durumunda görüşü alınacak yetkili mercilere ilişkin hükümler içeren 31 inci maddesi halen yürürlüktedir. Normlar hiyerarşisine göre, yürürlükte olan bir Kanunun ilgili hükümlerinin uygulanmasına

Bakanlar Kurulu kararıyla engel teşkil edecek şekilde bir düzenleme yapılması hukuken mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (b) bendi uyarınca istisna hükümleri kapsamında yapılan işlere ilişkin sözleşme değişikliklerinin;

a) Değişiklik sonucunda tanınan bir hakkın ya da terkedilen bir menfaatin olup olmadığı hususundaki verilere dayalı belirlemenin ilgili bakanlıklarca,

b) Değişikliğin tanınan bir hak ya da terkedilen bir menfaat içermediğinin saptanması ve ana sözleşmede, sözleşme değişikliğine izin veren hüküm bulunması durumunda ilgili bakanlıklarca,

c) Verilere dayalı belirlemeye rağmen sorumluluk üstlenmeyerek öngörülen değişiklik hakkında mütalaa istemiyle başvurulması durumunda, Bütçe Kanunu ile belirlenen miktara göre, 4353 sayılı Yasanın 31 inci maddesinde belirtilen mercilerden görüş alındıktan sonra ilgili bakanlıklarca ya da Maliye Bakanlığınca hazırlanacak kararnameyle

yapılabileceği sonucuna ulaşılarak dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 14.3.2005 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Jandarma Genel Komutanlığınca, 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (b) bendinde sözü edilen hizmetlerle ilgili ihale sözleşmelerinde bir hakkın tanınması veya menfaatin terkinin söz konusu olmadığı durumlarda sözleşme değişiklikleri işleminin hangi makam tarafından, ne şekilde yapılacağı hususunda düşülen duraksamanın giderilmesi istenilmektedir.

4353 sayılı Maliye Kanunun 31 nci maddesinde, bir sözleşme olsun ya da olmasın genel bütçe dahilindeki Devlet daireleriyle diğer daire, müessese ve teşekküller veya tüzelkişiler arasında çıkan ve henüz yargı organlarına, hakeme veya icraya intikal etmemiş bulunan hukuki uyuşmazlıkların sulh yoluyla hallinde menfaat görüldüğü takdirde, Başhukuk Müşavirinin mütalaasına dayanılarak her yıl bütçe kanunları ile tespit edilen parasal sınıra göre bir hakkın tanınması ya da menfaatin terkini öngören anlaşmalar veya sözleşme değişikliklerini yapmaya bakanlıkların yetkili olduğu, bu miktarı geçen anlaşmalarla sözleşme değişikliklerinin ise Danıştayın olumlu görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca hazırlanacak kararname ile yapılabileceği hükmü yer almıştır.

Bu hükümle, Kanuna tabi idareler veya tüzelkişiler arasında0 çıkan ve henüz yargıya, hakeme ya da icraya intikal etmemiş hukuki uyuşmazlıkların sulh yoluyla hallinde menfaat görüldüğü takdirde her yıl bütçe kanunları ile tesbit edilen parasal sınıra göre bir hakkın tanınması ya da menfaatin terkini öngören sözleşme değişiklikleri için uygun görüş verecek merciler belirlenmekle, bu merciler sözleşme değişikliğinde idarenin menfaatinin olup olmadığını irdelemektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun istisnalar başlıklı 3 üncü maddesinin (b) bendinde, savunma, güvenlik ve istihbaratla ilgili mevzuat uyarınca gizlilik içinde yürütülmesi gereken mal ve hizmet alımlarının, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç, bu Kanuna tabi olmadığı, Geçici 4/a maddesinde, istisnalarla ilgili mal ve hizmet alımlarına ilişkin usul ve esaslarının Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacağı, 4964 sayılı Kanunun Geçici 1 inci maddesinde ise 4734 sayılı Kanunun (3/b) ve Geçici 4 üncü maddelerinde sözü edilen esasların 30 gün içinde yürürlüğe konulacağı hükme bağlanmıştır.

Bu hükümler uyarınca hazırlanan Usul ve Esaslar 2004/7388 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 12.6.2004 gününde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Esasların, sözleşmede yer alması zorunlu hususlar başlıklı 30 uncu maddesinin (n) bendinde sözleşmede değişiklik yapılması şartlarının, (r) bendinde de, anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin hususların düzenlenecek sözleşmelerde belirtilmesinin zorunlu olduğu, aynı maddede, işin özelliği nedeniyle ihtiyaç duyulması kaydıyla, sözleşmeye ek maddeler eklenebileceği, 34 üncü maddesinde de yapılacak ihalelerde/alımlarda sözleşme yapılmasında isteklinin ve

idarenin görev ve sorumluluğu, ihalenin/alımın sözleşmeye bağlanması, idare tarafından şikayetlerin incelenmesi, sözleşme değişikliği yapılarak ek sözleşme düzenlenmesi, gizlilik içinde yürütülmesi gereken alımlarla ilgili esaslar ile denetim-muayene ve kabul işlemlerinin Bakanlıkça belirleneceği, bu Esaslara aykırı olmamak kaydıyla, yapılan düzenlemelerle ilgili olarak ihalenin/alımın özelliğine göre Bakanlıkça ilave düzenlemeler yapılabileceği, 35 inci maddesinde ise bu Esaslarda düzenlenen ve 34 üncü maddede düzenleneceği belirtilen hallerin dışındaki hususlarda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (8, 18, 23, 25, 31, 53, 55, 56, 57 ve 67 inci maddeleri hariç) ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hükümlerine yer verilmiştir.

Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, yukarıda sözü edilen Esaslarda, hangi hallerde sözleşmede değişiklik yapılacağı ve anlaşmazlıkların ne şekilde çözümleneceğine ilişkin hükümlerin sözleşmede yer almasının zorunlu olduğu, ihale sözleşmesinin tarafı olan idarelere sözleşme değişikliği yapmak, ek sözleşme düzenlemek, gerekli hallerde Bakanlıkça sözleşmelerde ilave düzenlemeler yapabilmek yetkisi verildiği, sözleşmelerin değiştirilmesine ilgili idarelerce karar verileceği, bu kapsamdaki sözleşme değişiklikleri için 4353 sayılı Kanunun 31 inci maddesinin uygulanmayacağı anlaşılmaktadır.

Nitekim, TBMM tutanaklarında, Avrupa Birliğinin temelinde olan Roma Anlaşmasında, gizlilik içinde yürütülmesi gereken savunma, güvenlik ve istihbaratla ilgili satınalma yöntemlerini üye ülkelerin kendilerinin belirleyeceği öngörüldüğünden bu konuların Kanun kapsamı dışında tutulduğu vurgulanmaktadır.

Bu durumda, Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan Esaslarda yer alan hükümlere göre, gizliliği ve özelliği olan mal/hizmet alımlarına ilişkin sözleşmelerde taraflarca değişiklik yapılmasında, 4353 sayılı Kanunun 31 inci maddesinin uygulanmasının mümkün olmadığı görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2004/607
Karar No : 2005/307

Özeti : Özel bir kanunla bütün malları ve taşınmazları koruma altına alınmış, Atatürk Orman Çiftliğinin mülkiyetindeki taşınmazların, devir ve temliki ile kamulaştırılmasının, ancak özel bir kanunla izin alınmasına bağlı olduğu hakkında.

Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğü ile aralarında çıkan uyuşmazlığın 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30 uncu maddesi hükmüne göre çözümlenmesi isteğine ilişkin Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü vekili Av….'in 25.10.2004 günlü dilekçesinde aynen:

" Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğüne ait 3241 Ada 19 ve 21 Sayılı Parseller ile 3245 Ada 2 No:lu Parselin toplam 112915 m2'lik bölümü üzerine, 4650 Sayılı Kanunla değişik 2942 Sayılı Yasanın 30. Maddesi uyarınca irtifak hakkı tesisine ilişkin müvekkil idare talebinin davalı kurumca reddedilmesi üzerine çıkan uyuşmazlığın giderilerek belirtilen taşınmazlar üzerinde müvekkil idare lehine irtifak hakkı tesisine karar verilmesi isteğimizdir.

AÇIKLAMALAR: Müvekkil idare Ankara Büyükşehir Belediyesine bağlı tüzel kişiliğe haiz bir kuruluş olup Genel Kurulu Ankara Büyükşehir Belediyesi Meclisidir.

Mevcut plana göre yapılması gereken "Zırhlı Birlikler Yolu (Ümit Köy Kavşağı-Hava Hastanesi Kavşağı arası) Şaşmaz Bağlantı Yolu (Zırhlı Birlikler Kavşağı-Şaşmaz Kavşağı arası)

Uygulama Projesinin" yapım görevi Büyükşehir Belediye Meclisi Kararıyla müvekkil idareye verilmiştir. Müvekkil İdare açılacak yol altında kanalizasyon ve su şebekesi döşeyeceğinden her iki işin (yol yapımı ve kanalizasyon ile su şebekesi) aynı anda ve tek ihalede yaptırılması daha ekonomik olduğundan işin tamamının İdaremizce yaptırılmasına Genel Kurul'ca karar verilmiştir. Nitekim 5216 sayılı Büyükşehir Belediyeleri Kanunu da iki kurumu ilgilendiren işlerin tek kurum tarafından yaptırılmasını hüküm altına almıştır.

Anılan yol güzergahı Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğüne ait 3241 Ada 19 ve 21 Parseller ile 3245 Ada 2 Numaralı Parselin toplam 112915 m2'lik bölümüne rastlamaktadır. Bu nedenle Müvekkil İdare Yönetim Kurulu'nun 11.08.2004 gün ve 251 sayılı kararı ile bu parseller üzerinde Kamulaştırma Kanununun 30. maddesi uyarınca 49 yıl süreli irtifak hakkı tesisine karar verilmiştir.

Yönetim Kurulu kararı üzerine 13.09.2004 gün ve 2275 sayılı yazı ile Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğü'ne başvurularak plan gereğince açılması gereken yolun Çiftlik Müdürlüğü parsellerine rastlayan 112915 m2'lik bölümü üzerinde 49 yıllık irtifak hakkı tesisine muvafakat edilmesi talep edilmiştir.

Atatürk Orman Ciftliği Müdürlüğü'nün 20 Eylül 2004 gün ve 2764 sayılı cevabi yazılarında irtifak hakkı tesisine muvafakat edilmediği belirtildiğinden, iki idare arasındaki uyuşmazlığın çözümlenmesi amacıyla dava açmak zorunda kalmaktayız.

İrtifak tesis edilmek istenen taşınmazlar, planı bulunan yol güzergahına rastlamakta olup, anılan yolların açılması, bölge trafiğinin ve kent ulaşımının rahatlatılması için zorunludur.

Özellikle Çayyolu Bölgesi'ni Batıkent Bölgesi'ne bağlayabilecek en kısa yol olması nedeniyle, zaman, yakıt vs. yönlerden tasarruf sağlayacak yol ekonomiye önemli katkılarda bulunacaktır.

Ayrıca, Kültür Bakanlığı Ankara Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu'nun 14.11.1997 gün ve 5514 sayılı kararı ve 12.04.2002 gün ve 7857 sayılı kararları ile mevcut plan doğrultusunda yolların genişletilmesini uygun görmüştür.

HUKUKİ NEDENLER: Kamulaştırma Kanunu ve ilgili mevzuat

DELİLLER: Kamulaştırma kararı, yazışmalar, Koruma Kurulu kararları, plan ve diğer tüm deliller.

SONUÇ VE İSTEM : Yukarıda sunulan ve re'sen gözetilecek nedenlerle müvekkil idare ile Atatürk Orman Çiftliği arasındaki uyuşmazlığın giderilerek; "Zırhlı Birlikler Yolu (Ümitköy Kavşağı- Hava Hastanesi Kavşağı arası) Şaşmaz Bağlantı Yolu (Zırhlı Birlikler Kavşağı-Şaşmaz Kavşağı arası) güzergahında kalan, Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğüne ait 3241 Ada 19 ve 21 Sayılı Parseller ile 3245 Ada 2 No.lu Parselin toplam 112915 m2'lik bölümü üzerine, 4650 Sayılı Kanunla değişik 2942 Sayılı Yasanın 30. Maddesi uyarınca müvekkil idare lehine irtifak tesisine karar verilmesini arz ve talep ederim." denilmektedir.

Dairemizce yapılan çağrı üzerine gelen Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğü vekili Av.... ile Ziraat Mühendisi ..., Ankara Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı Şehir Plancısı ... ile Trafik Şube Müdürü ..., Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü vekili Av.... ile Harita Mühendisi ... ve Ankara Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Bölge Kurulu Müdürü ...'ın sözlü açıklamaları dinlendikten sonra konu incelenerek,

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

Dosyanın incelenmesinden, mülkiyeti Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğüne ait kadastronun 341 ada, 19 ve 21 parsel sayılı, 3245 ada, 2 parsel sayılı taşınmazların toplam 112915 m2'lik bölümünün imar planında yol olarak belirlendiği, Ankara Büyükşehir Belediyesi Meclisinin kararıyla yol altında kalacak kanalizasyon ve su şebekesi beraberinde yol yapımı işi de kendisine yüklenilen Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğünce taşınmazların bu bölümünde idareleri lehine 49 yıl süreyle irtifak hakkı tesisi istemiyle Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğüne yapılan başvurunun, anılan taşınmaz üzerinde irtifak

hakkı tesisinin mevzuatları uyarınca mümkün olmadığı belirtilerek reddedildiği anlaşılmaktadır.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30 uncu maddesinde, kamu tüzelkişilerinin ve kurumlarının sahip oldukları taşınmaz mal, kaynak veya irtifak haklarının diğer bir kamu tüzelkişisi ya da kurumunca kamulaştırılamayacağı, bunlara ihtiyacı olan idarenin 8 inci maddeye göre tespit edilen bedeli ödeyeceğini de belirterek mal sahibi idareye yazılı olarak başvuracağı, mal sahibi idare devire muvafakat etmez veya altmış gün içinde cevap vermez ise anlaşmazlığın alıcı idarenin başvurusu üzerine Danıştay ilgili idari dairesince incelenerek kesin karara bağlanacağı hükmüne yer verilmiştir.

Nazım imar planını yapmak, onaylayarak uygulamak, büyükşehir ulaşım ana planını yapmak veya yaptırmak ve uygulamak, 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu ile büyükşehir belediyesine verilmiş görevlerden olduğuna göre, 2942 sayılı Yasanın 30 uncu maddesi uyarınca, taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkına ihtiyacı olan ve bu nedenle devir talebinde bulunmaya yetkili kamu tüzel kişisinin, ASKİ Genel Müdürlüğü değil, Ankara Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı olması gerektiği açıktır.

Öte yandan, 5659 sayılı Atatürk Orman Çiftliği Kuruluş Kanununun 9 uncu maddesinde, Müdürlüğün bütün mallarının Devlet malı hükmünde olduğu, bu mallar aleyhine suç işleyenlerin Devlet malları aleyhine suç işleyenler gibi ceza göreceği, 10 uncu maddesinde, Atatürk Orman Çiftliğinin bu kanunun yayımı tarihindeki sınırları içinde bulunan gayrimenkullerinin gerçek veya tüzelkişilere devir ve temliki ve kamulaştırılmasının özel bir kanunla izin alınmasına bağlı olduğu hükme bağlanmıştır.

5659 sayılı Yasanın 9 ve 10 uncu maddelerinde yer alan hükümlerde, Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğünün bütün mallarının Devlet malı hükmünde sayılması ve taşınmazlarının gerçek veya tüzelkişilere devir ve temliki ile kamulaştırılmasının özel bir kanunla izin alınmasına bağlanması suretiyle bu malların ve taşınmazların özel olarak korunması ve tahsis edildiği amacın dışında kullanılmaması esası kabuledilmiştir.

2942 sayılı Yasanın 30 uncu, 3194 sayılı İmar Kanununun 14 üncü maddelerinde öngörülen idari ve kanuni irtifak hakları, mülkiyet hakkına genel olarak getirilen ve taşınmazın malikine yükletilen bir yükümlülük niteliğindedir. Özel bir kanunla kurulan ve bütün malları bu kanunla özel koruma altına alınan Atatürk Orman Çiftliğinin arazisi üzerinde, plan gereği de olsa gerçekleştirilmek istenen yol yapımıyla ilgili hizmetler ve işlemler, mülkiyet hakkına yönelik olduğundan irtifak hakkının sınırlarını aşmakta, doğrudan mülkiyet hakkıyla ilişkili hale gelmektedir. Zira, istem yazısında 49 yıllık irtifak hakkı tesisinden söz edilmekte ise de, imar planında öngörülen ana arterleri birbirine bağlayan bir yolun, süreli irtifak hakkına konu olması, diğer bir deyişle ilelebet kamunun kullanımına sunulacak yolun yapımının, süreli irtifak hakkı tesisiyle gerçekleştirilmesi düşünülemez.

Ayrıca, Türk Medeni Kanununun 797 nci maddesinde intifa hakkı için öngörülen süreler, yargı kararlarıyla kıyasen irtifak hakları için de uygulanmakta olduğundan, taşınmaz irtifakında yüklü taşınmazın irtifak yükü, mülkiyet hakkının özünü boşaltacak niteliğe dönüşemez.

Durum böyle olunca, özel bir kanunla bütün malları ve taşınmazları koruma altına alınmış, Atatürk Orman Çiftliğinin mülkiyetindeki taşınmazların devir ve temliki ile kamulaştırılmasının ancak özel bir kanunla izin alınmasına bağlı olduğu anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, mülkiyeti Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğüne ait kadastronun 341 ada, 19 ve 21 parsel sayılı, 3245 ada, 2 parsel sayılı taşınmazların toplam 112915 m2'lik bölümü üzerinde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30 uncu maddesi uyarınca Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü lehine 49 yıl süreyle irtifak hakkı tesisine ilişkin istemin reddine ve dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 3.3.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2005/307
Karar No : 2005/668

Özeti : Araç muayene hizmetinin görülmesi işinin devredilmesine yönelik, 4046 sayılı Yasanın 15 inci maddesi uyarınca hazırlanan sözleşme için görüş bildirilmesi hakkında.

Araç Muayene Hizmetinin Görülmesi İşinin devredilmesine yönelik 4046 sayılı Yasanın 15 inci maddesi uyarınca hazırlanan sözleşme hakkında görüş bildirilmesi istemini içeren Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığının 23.3.2005 günlü, B.02.1.ÖİB.0.10.08.00/3512 sayılı yazısında aynen;

"Ülkemizde Araç Muayene Hizmeti halen, Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından bina, cihaz ve sayı bakımından yetersiz muayene istasyonlarında, hiç bir alet kullanılmadan gözle yapılmaktadır. 2003 yılı sonu itibariyle tescili araç sayısı 9,6 milyon adet, muayene edilmesi gereken araç sayısı yaklaşık 6,5 milyon adet ve muayene edilen araç sayısı 2, 7 milyon adettir. Devlet tarafından yapılan bu hizmete yeterli kontrol ve araç sahiplerini muayeneye teşvik edecek önlemler alınamamıştır. Yapılan muayene sonucu aracın teknik aksamlarında bir sorun olup olmadığı, güvenliği tespit edilemediğinden vatandaşlar muayene işlemini yaptırmaya hevesli olmamaktadır.

Bu doğrultuda araç muayene istasyonlarının yatırım ihtiyacı bulunduğu tespit edilmiş, ancak kamu kaynaklarının verimli kullanılması prensibi çerçevesinde bu alana kaynak aktarılması uygun görülmediğinden özel sektör aracılığı ile bu yatırımın yapılması ve bu hizmetin verilmesi öngörülerek "Araç Muayene İstasyonları Hizmeti" özelleştirilmesi ülkemizin gündemine gelmiştir.

Özelleştirme Yüksek Kurulu 04.06.2003 tarih ve 2003/36 sayılı Kararı ile; Araç Muayene İstasyonlarını özelleştirme kapsamına alarak hazırlık işlemine tabi tutulmasına, hazırlık işlemlerinin Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ile işbirliği içerisinde yürütülmesine karar vermiştir. Yapılan çalışmalar neticesinde Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 22.09.2003 tarih ve 2003/64 sayılı kararı ile Araç Muayene İstasyonları/Hizmetinin özelleştirme programına alınmasına, mülkiyetin devri hariç kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni haklarının tesisi ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar yöntemlerinden biri veya bir kaçının birlikte veya ayrı ayrı uygulanması suretiyle özelleştirilmesine karar verilmiştir.

Bu doğrultuda Araç Muayene İstasyonları/Hizmetinin özelleştirilmesine yönelik olarak gerçekleştirilen çalışmalar özetlenecek olursa;

Ancak 2003 itibariyle Ülkemizde motorlu ve motorsuz araç sayısı toplamı 9.625.516 adet olduğu bilgisinden hareketle, il ve ilçelerdeki araç sayıları da dikkate alınarak, iki bölge halinde özelleştirilmesinin ekonomik anlamda daha rasyonel olacağı düşünülerek; 1. Bölge kuzey, 2. Bölge güney illeri kapsayacak şekilde, muayene gidecek olan araçları zorlamayacak mesafelerde, tüm Türkiye'de asgari toplam 189 sabit istasyon ve bu istasyonlarda 433 kanal ile 38 seyyar istasyon kurulmasının uygun olacağı, tabana yayılmayı teşvik açısından ise sorumluluk ana işleticide kalmak ve aynı şartları sağlamak kaydı ile alt işleticilere de yetkinin devredilebilmesi öngörülmüştür.

1. Bölgede toplam 4.779.483 araç bulunmakta olup, bu bölgedeki 45 il, 38 ilçe merkezinde asgari 219 kanallı 95 adet istasyon kurulacak ve 19 adet de seyyar istasyon bulunacaktır.

II. Bölgede toplam 4.846.034 araç bulunmakta olup, bu bölgedeki 36 il, 49 ilçe merkezinde asgari 214 kanallı 94 adet sabit istasyon kurulacak ve 19 adet de seyyar istasyon bulunacaktır.

Araç Muayene İstasyonlarının özelleştirilmesinden sonra denetim ve kontrol işleminin Ulaştırma Bakanlığı tarafından yürütülmesinin uygun olacağı düşünülerek (gelişmiş ülkelerdeki denetim ve kontrol yetkisi Ulaşım Bakanlıklarına verildiğinden ve ilgili toplantılara bu Bakanlık görevlileri katıldığından) kontrol mercii olarak Ulaştırma Bakanlığı öngörülmüştür.

Bu doğrultuda 2918 sayılı Kanunda yapılan düzenlemeler ile; Araç Muayene İstasyonları/Hizmeti hakkında Karayolları Genel Müdürlüğünün görevi kaldırılmış bu istasyonların işletme ve çalışma yönünden denetlenmesi görevi Ulaştırma Bakanlığına verilmiş, taşıt sınıfına göre muayene ücretleri, muayene gelirinin kamu ile paylaşım oranları, muayene istasyonu işletenlerin uygun işlememesi durumunda karşılaşacakları cezalar ile muayeneye gitmeyen araçlara uygulanacak cezalar belirlenmiştir. Kanunda yapılan bu değişiklik doğrultusunda, 23.09.2004 tarih ve 25592 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Araç Muayene İstasyonlarının Açılması, İşletilmesi ve Araç Muayenesi Hakkında Yönetmelik" ve 18.12.2004 tarih ve 25674 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan yönetmelik değişikliği ile de Avrupa Birliği normlarında, muayenede standardın sağlanması ve gerekli kontrollerin yapılması için kullanılacak cihazlar, muayene test esasları, tüm kontrollerin kayıt altına alınması gerekli bilgiye sahip elemanların istihdam edilmesi, muayene işlemlerinin bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesi korunarak yapılması amaçlanmıştır.

İlgili mevzuatta yapılan bu düzenleme ile; araç muayene ücretleri yasa garantisi altına alınmış ve özel sektörün kar maksimizasyonu gayesi ile sürekli muayene ücretini artırma eğilimine engel olunarak araç sahibinin menfaati korunmuştur. Ayrıca, araç muayenesinde uluslararası kabul görmüş kriterler baz alınarak yönetmelikte düzenleme yapılmış ve araç muayene istasyonlarının bu kriterlere uygun işletildiğinin, menfaat kurumlarından bağımsız ve tarafsız yönetildiğinin denetlenmesi için de akreditasyon şartı getirilmiştir. Bu sistem oluşturulurken hem kamu menfaati, hem de araç sahibi ve vatandaşımızın menfaati gözetilerek, en uygun model geliştirilmeye çalışılmıştır. Bu durumda araç muayene istasyonları; yönetmelikte yer alan kriterlere uygun işletilip işletilmediği hususunda Ulaştırma Bakanlığınca, akreditasyon şartı ile de bir akreditasyon kurumunca olmak üzere iki taraflı bir denetim altında işletilecek olup, keyfiyet araç muayene istasyonu işletenlerin inisiyatifine bırarıkılmamıştır. Açılması zorunlu tutulan araç muayene istasyonlarının sayısı mümkün olduğunca çok belirlenerek araç sahibinin muayene yaptırma konusunda sıkıntı çekmemesine özen gösterilmiştir. Ayrıca, ulaşımın zor olduğu ve fakat araç sayısının az olduğu il ve ilçelerde de seyyar muayene istasyonu zorunlu kılınarak araç sahibinin mağduriyetinin önlenmesine çalışılmıştır. Özel sektörün elde edeceği bu hakkın kötüye kullanılmaması için muayene ücretleri ve yıllık artış oranları özelleştirme öncesinde ilan edilmiş ayrıca yukarıda açıklanan muayene esasları ve standartları getirilmiştir.

Trafik güvenliğinin yükseltilmesi, araçların teknik aksamından doğan kazaların azaltılması, personel, yedek parça ve piyasada yapılan onarımların disipline edilmesi, yeni bir istihdam alanının yaratılması, muayene edilen araç sayısının artırılması, Avrupa Birliği normlarında araç muayenesi yapılması gibi yararlarının yanı sıra yapılacak olan özelleştirme ile hem bütçeden asgari 120 milyon ABD Doları gibi bir tutar eksilmeden bu yatırımın yapılması sağlanmış olacak, hem bu lisansın 20 yıllığına kiralanması için üste 613,5 milyon ABD Doları gibi bir gelir elde edilmiş olacaktır. Ayrıca, Katma Değer Vergisi geliri yanısıra, 20 yıl süreyle her aracın muayenesinden yasa ile belirlenmiş oranlarda ayrıca bir gelir ve 1500 civarında bir personele iş imkanı sağlanacak olup, bu personele ödenecek ürcetlerden de Devlete gelir vergisi verilecektir.

Söz konusu özelleştirme işleminde alıcıya hisse, araç, gereç, arazi, bina gibi hiçbir menkul veya gayrimenkul devri söz konusu değildir. Sadece bu hizmetin gördürülmesi işi 20 yıllığına verilmektedir.

İhale süresince teklif verecek kuruluşların sayısını artırabilmek ve rekabeti ortamını koruyabilmek için her türlü önlem alınmış, konu ile ilgililer sürekli olarak bilgilendirilmiş, açılan ihalede 1. Bölge için 11 teklif, 2. Bölge için 12 teklif alınmış, yapılan ihale ve açık pazarlık görüşmeleri sonucunda Özelleştirme Yüksek Kurulunun onayına sunulması uygun görülen her iki bölge için en yüksek dört teklif sahipleri için Rekabet Kurumunun uygun görüşü alındıktan sonra 14.02.2005 tarih ve 2005/26 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu Kararı istihsal edilmiştir.

Yapılan ihale neticesinde I ve II. Bölge için en yüksek teklifi veren Akfen-Doğuş-Tüv Süd Ortak Girişim Grubu ile mutabık kalınan "Taslak Sözleşme", Rekabet Kurumu Başkanlığının görüşleri, konuya ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu Kararları, ihaleye ilişkin İlan Metni, İdari ve Teknik İhale Şartları Belgesi, Yönetmelik, Yasal düzenlemelere ilişkin bilgilerin yer aldığı tanıtım dokümanı ekte gönderilmektedir.

Rekabet Kurumu Başkanlığının 05.05.2004 tarih ve 1609 sayılı yazısı eki, 04.05.2004 tarih ve 150 sayılı 4 No'lu Daire Başkanlığı görüşünde belirttiği bu hizmetin tekel niteliğinde olduğu ve bu nedenle verilecek hizmetin imtiyaz niteliği taşıdığı görüşüne istinaden, 4046 sayılı Kanunun 15 inci maddesi uyarınca hazırlanan sözleşmeye ilişkin görüşlerinizin tarafımıza bildirilmesi hususunda bilgilerinizi ve gereğini arz ederim." denilmektedir.

Dairemizce yapılan çağrı üzerine gelen Özelleştirme İdaresi Başkanlığından Başkan Yardımcısı …, Hukuk Müşaviri … ve Proje Grup Başkanı …, Ulaştırma Bakanlığı Daire Başkanı … ve Hukuk Müşaviri …, Karayolları Genel Müdürlüğünden Genel Müdür Yardımcısı …, Hukuk Müşaviri … ve Başkan Yardımcısı …'in açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonnra,

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

Dosyanın incelenmesinden, Özelleştirme Yüksek Kurulunun 4.6.2003 günlü, 2003/36 sayılı kararında, araç muayene hizmeti işinin özelleştirme kapsamına alındığı, hazırlık işlemine tabi tutularak bu işlemlerin Bayındırlık ve İskan Bakanlığı, Karayolları Genel Müdürlüğü ile Özelleştirme İdaresi Başkanlığının işbirliği çerçevesinde yürütülmesinin öngörüldüğü, bu çalışmalar sonucunda Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 22.09.2003 tarih ve 2003/64 sayılı kararı ile araç muayene istasyonları/hizmetinin özelleştirme programına alınmasına, mülkiyetin devri hariç kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni haklarının tesisi ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar yöntemlerinden biri veya bir kaçının birlikte veya ayrı ayrı uygulanması suretiyle özelleştirilmesine karar verildiği, açılan ihalede 1. Bölge, 2. Bölge için teklifler alındığı, yapılan ihale ve açık pazarlık görüşmeleri sonucunda her iki bölge için en yüksek dört teklif sıralanarak, Rekabet Kurumunun uygun görüşü alındıktan sonra 14.02.2005 tarih ve 2005/26 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu Kararı ile en yüksek teklifi veren girişim grubu ile sözleşme imzalanması aşamasına gelindiği, Rekabet Kurumu IV Nolu Daire Başkanlığının 2918 sayılı Yasada, 5228 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önce 4.5.2004 günlü ve 150 sayılı yazısındaki bu hizmetin tekel niteliğinde olduğu ve bu nedenle verilecek hizmetin imtiyaz niteliği taşıdığı görüşüne istinaden, 4046 sayılı Kanunun 15 inci maddesi uyarınca hazırlanan sözleşmenin, Dairemizin görüşü alınmak üzere Danıştay Başkanlığına gönderildiği anlaşılmıştır.

2575 sayılı Danıştay Kanununun 23 üncü maddesinin (d) bendi ve 42 nci maddesinin (c) bendi hükümlerine göre, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmek Danıştay Birinci Dairesinin görevlerindendir. Bu hükme göre, idari sözleşme türlerinden sadece imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları hakkında görüş bildirilmesi Dairemize görev olarak verilmiştir. Böyle olunca, görüş istemine konu olan

sözleşmenin, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi olup olmadığının öncelikle saptanması gerekir.

Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 4046 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, kamu hizmeti gören tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üreten kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin, işletme haklarının verilmesi veya kiralanması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilmesinin bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapılacağı, genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetlerinin imtiyaz addolunacağı, bunların dışındakilerin imtiyaz sayılmayacağı, bu madde gereğince imtiyaz sayılan faaliyetlerle ilgili olarak yapılacak anlaşma ve sözleşmelerin imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri niteliğinde olduğu, diğer kanunların bu hususları düzenleyen özel hükümlerinin saklı olduğu, bu madde gereğince işletme hakkı verilmesi, kiralanması ve benzeri diğer yöntemlerle kullanma hakkının devri süresinin 49 yılı geçemeyeceği hükme bağlanmıştır.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 1 inci maddesinde, bu Kanunun amacının karayollarında can ve mal güvenliği yönünden trafik düzenini sağlamak ve trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemleri belirlemek olduğu, 2 nci maddesinde, bu Kanunun trafikle ilgili kuralları, şartları, hak ve yükümlülükleri, bunların uygulanmasını ve denetlenmesini, ilgili kuruluşları ve bunların görev, yetki ve sorumluluk, çalışma usulleri ile diğer hükümleri kapsadığı hükmüne yer verilmiş, aynı Yasanın, Karayolları Genel Müdürlüğünün görev ve yetkilerini düzenleyen 7 nci maddesinin (j) bendinde yer alan "Tescile bağlı araçların muayenelerini yapmak veya yaptırmak ve bu Kanunun 13, 14, 16, 17, 18, 35, 47/a ve 65 inci maddeleri" ibaresi 1.1.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5228 sayılı Yasanın 59 uncu maddesi ile "Bu Kanunun 13, 14, 16, 17, 18, 35, 47/a ve 65 inci maddeleri" şeklinde değiştirilerek, Karayolları Genel Müdürlüğünün tescile bağlı araçların muayenelerini yapmak veya yaptırmak şeklindeki görev ve yetkisi kaldırılmış, Ulaştırma Bakanlığının görev ve yetkilerini düzenleyen 8 nci maddesinin (c) bendinin sonuna, 5228 sayılı Yasanın 43 üncü maddesi ile "tescile bağlı araçların muayenelerini yaptırmak, muayene istasyonlarını denetlemek, 35 inci madde hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında suç ve ceza tutanağı düzenlemek" ibaresi eklenmiş, aynı Yasanın 5228 sayılı Yasanın 45 inci maddesi ile değiştirilen 35 inci maddesinde ise, araçların muayenelerinin, yetki verilen gerçek veya tüzelkişilere ait muayene istasyonlarında yapılacağı, yetki verilen gerçek veya tüzelkişilerin, bu yetkilerini alt işleticilere aynı standartları sağlamak koşulu ile devredebilecekleri, bu devrin, yetki verilen gerçek ve tüzelkişilerin sorumluluklarını ortadan kaldırmayacağı, bu istasyonların yönetmelikler doğrultusunda aranan nitelik ve şartlarının uygunluğunun saptanması sonucunda işletme belgesinin Ulaştırma Bakanlığı tarafından verileceği, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından yürütülmekte olan araç muayene istasyonları/hizmetinin özelleştirilmesinde değer tespit işlemlerinin indirgenmiş nakit akımları (net bugünkü değer) yöntemine göre yürütüleceği hükmüne yer verilmiştir.

2918 sayılı Kanunun 1 ve 2 nci maddelerinde yer alan hükümlere göre, karayollarında trafiğe çıkacak motorlu araçların teknik koşullara uyup uymadığının belirli aralıklarla denetlenerek durumlarının saptanması ve böylece karayollarında can, mal ve trafik güvenliğinin sağlanması işinin, kamu güvenliği ve esenliğini, dolayısıyla kamu yararını amaçladığı ve kamu hizmeti niteliği taşıdığı açıkça ortaya çıkmaktadır.

Anayasanın 128 inci maddesinin birinci fıkrasında, Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinden söz edilmektedir. Buna göre kamu hizmetini kurmak ve işletmekle görevli bir idarenin var olması ve yasayla görevlendirilmiş bulunması esastır. Bu hizmeti kurmakla ve işletmekle görevli olan idare tarafından, kaide-tasarruf, şart-tasarruf ve

subjektif-tasarruf kısımlarını içeren kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile kamu hizmetinin yerine getirilmesi işi özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine devredilebilmektedir. Kamu hizmetini kurmak ve işletmek konusunda Yasayla görevlendirilmiş bir idare bulunmadığı takdirde, imtiyaz sözleşmesiyle bu hizmeti gördürecek dolayısıyla sözleşmenin idare tarafı olabilecek bir kamu tüzel kişisinin varlığından da söz edilemeyecektir.

Öte yandan, Anayasanın 47 nci maddesinin 4446 sayılı Yasayla eklenen dördüncü fıkrasında, Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği hükme bağlanmış, özelleştirmeye olanak sağlayan üçüncü fıkrasında da, Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usullerin kanunla gösterileceği belirtilmiştir.

Yukarıda değinilen Anayasal ve yasal süreçte, bir taraftan araç muayene istasyonlarının özelleştirilmesi amacıyla Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları alınmış, diğer taraftan 2918 sayılı Yasada değişiklik yapılarak, daha önce Karayolları Genel Müdürlüğüne tanınmış bulunan tescile bağlı araçların muayenelerini yapmak ve yaptırmak görevi kaldırılmış, Ulaştırma Bakanlığına ise sadece bu görevi yaptırmak ve muayene istasyonlarını denetlemek ve Yasanın 35 inci maddesine aykırı hareket edenler hakkında suç ve ceza tutanağı düzenlemek görevi bırakılmış, 35 inci maddedeki değişiklikle de araç muayenelerinin sadece yetki verilen gerçek ve tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılacağı belirtilmiş, bu hükme dayanılarak da Araç Muayene İstasyonlarının Açılması, İşletilmesi ve Araç Muayenesi Hakkında Yönetmelik yürürlüğe konulmuştur.

Kamu hizmetinin kurulması ya da işletilmesi işi, imtiyaz usulüyle ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile gördürülmek isteniyorsa, öğretide kabul görmüş idare hukuku esaslarına ve Anayasa kurallarına göre, yasal olarak bu işi yapmakla görevlendirilmiş bir kamu idaresinin var olması gerekir.

Bu bakımdan, kamu hizmetinin idareyle bağının koparılması sonucunda, yetki verme ve işletme belgesiyle bu hizmetin devredilmesi hususlarını içeren sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak değerlendirilmesi olanağı bulunmamaktadır.

Esasen, 4046 sayılı Yasanın, Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesinin Özelleştirillmesi başlıklı 15 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve devamı fıkralarının hükümlerine göre de, genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz addolunmuştur. Burada, genel ve katma bütçeli idarelerle bu idarelerin tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri arasındaki organik ve işlevsel bağlılığa açıkça vurgu yapılmaktadır. Diğer bir deyişle kamusal bir hizmet üretim faaliyeti, tekel olma niteliğinden çıkmışsa ve genel ve katma bütçeli idarelerin görev ve faaliyetleri olmaktan da çıkarılmış ise, bu hizmet kamu hizmeti niteliğini taşısa bile imtiyaz sayılmayacaktır.

Olayımızda, 2918 sayılı Yasada 5228 sayılı Yasa ile yapılan değişikliklerle tescile bağlı araçların muayenelerini yapma hizmeti, kamu hizmeti niteliğinde olmakla birlikte, herhangi bir kamu kuruluşunun asli görev ve faaliyeti içindeki tekel niteliğinde bir hizmet üretimi olmaktan çıkarılmış bulunduğundan, bu hizmetin özelleştirilmesine ilişkin sözleşmenin bu hüküm yönünden de imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Bu durumda, araç muayene hizmetinin görülmesi işinin devrine ilişkin olarak, 4046 sayılı Yasanın 15 inci maddesi uyarınca hazırlanan sözleşme hakkında görüş bildirilmesine yer olmadığına, dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 18.5.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari İşler Kurulu
Esas No : 2005/1
Karar No : 2005/1

Özeti : 4046 sayılı Kanun uyarınca hazırlanan araç muayene hizmetlerinin görülmesi işinin devredilmesine yönelik sözleşmenin, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 46' ncı maddesinin 1/b bendi uyarınca; doğrudan İdari İşler Kurulunda incelenmesi gereken işler arasında bulunduğu hakkında.

Araç Muayene Hizmetinin Görülmesi İşinin devredilmesine yönelik, 4046 sayılı Kanunun 15'inci maddesi uyarınca hazırlanan Sözleşme hakkında görüş bildirilmesi istemini içeren, Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığının 23/3/2005 günlü ve B.02.1.ÖİB.0.10.08.00/3512 sayılı yazısı üzerine, Birinci Dairece verilen 18/5/2005 günlü ve E:2005/307, K:2005/668 sayılı kararın, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 46'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının (e) bendi uyarınca Danıştay Başkanı tarafından Kurula havale edilmesi üzerine incelendi.

Gereği görüşülüp düşünüldü:

Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca, "Araç Muayene Hizmetinin Görülmesi İşinin" devredilmesine yönelik, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun uyarınca hazırlanan Sözleşme, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirme görevi kapsamında Danıştay Başkanlığına gönderilmiş, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 42/c ve 46-1/b maddelerinde ise, kamu hizmeti ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleyip karara bağlama görevi, ilk aşamada Danıştay Birinci Dairesinin, ikinci aşamada ise Danıştay İdari İşler Kurulunun görevleri arasında sayılmıştır.

Buna göre, ilgili idarece imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilip, Kanunda öngörülen yol işletilerek görüşü alınmak üzere Danıştay Başkanlığına gönderilen Sözleşme, Birinci Dairece incelenip karara bağlandıktan sonra doğrudan ikinci aşamada İdari İşler Kurulunun incelemesinden geçirilmesi gereken işler arasında yer almaktadır.

Bu nedenle, görüş bildirilmesi istemine konu Sözleşmenin, Danıştay Kanununun 46'ncı maddesinin 1/b bendi uyarınca doğrudan İdari İşler Kurulunda incelenmesi gereken işlerden olduğuna oybirliğiyle karar verilerek esasa geçildi.

Üye Selçuk Hondu'nun, "4046 sayılı Kanunun 15'inci maddesinin (a) bendinde, genel bütçeli idarelerin mal ve hizmet üreten birimlerinin işletme haklarının verilmesi ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri yöntemlerle özelleştirilmesinin bu Kanun hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir.

Trafiğe çıkan araçların belli aralıklara denetiminin yaptırılmasında ve bunun sonucu olarak da can ve mal kaybının önlenmesinde kamu yararının bulunduğu, buna yönelik denetim hizmetinin de bir kamu hizmeti olduğu açıktır. Anılan hizmetin imtiyaz niteliğinde olup olmadığının belirlenmesi, Danıştay Birinci Dairesine sunulan sözleşmenin esasının incelenebilmesi, dolayısıyla Dairenin sözleşme hakkında düşünce bildirebilmesi açısından önem arz etmektedir.

4046 sayılı Kanunun 15'inci maddesinin (a) bendi uyarınca bu konuda yapılacak özelleştirme anılan Kanun hükümlerine tabi olduğuna göre bu tür 'araç muayane hizmetinin' imtiyaz olup olmadığını da yine bu Kanun hükümlerine göre belirlememiz gerekir.

4046 sayılı Kanunun 15/4 fıkrasında, imtiyazın tanımı yapılmış ve genel bütçeli idarelerin sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetlerinin imtiyaz olduğu belirtilmiştir.

Araç muayene hizmeti daha önce Karayolları Genel Müdürlüğüne ait iken ve 2918 sayılı Kanunun 7/j maddesinin değişmeden önceki şeklinde tescile tabi araçların muayenesini yapmak ve yaptırmak bu İdarenin görevleri arasında sayılmış iken, aynı Kanunun 8/c maddesine eklenen ibare ile muayene yaptırmak görevi Ulaştırma Bakanlığına verilmiştir. Kanunun 8/c maddesindeki ibarede 'yapmak, yaptırmak' yerine 'yaptırmak' ibaresinin kullanıldığına bakılarak muayene hizmetinin tekel olmaktan çıkarıldığı ve hizmetle idari birimin bağının kesildiğini söylemek mümkün değildir.

Kanundaki değişiklikle, Karayolları Genel Müdürlüğüne ait olan ve Kanun değişikliğinden önce tekel niteliğinde hizmet olduğu kuşkusuz bulunan hizmetin sadece Ulaştırma Bakanlığının görevine verilmesi söz konusudur.

Bir an için özelleştirme yapılamadığı veya geciktiği düşünülürse, araç muayene hizmetinin durması mümkün olmadığı gibi kamu hizmeti niteliğinde bulunan bu hizmetin yürütülmesine devam edileceği de kuşkusuzdur. Nitekim bu nedenle 2918 sayılı Kanunun geçici 18'inci maddesinde özelleştirmeye kadar Karayolları Genel Müdürlüğünün görevi devam edecektir şeklinde geçici madde konulmuştur.

Konuya ilişkin olarak düzenlenen sözleşme incelendiğinde idareye hizmetin gördürülmesi ve denetim konusunda üstün yetkiler tanındığı, sözleşmenin tarafları arasında eşitlik bulunmadığı görülmektedir. Böyle bir sözleşme olmadan ve 'işletme belgesi' idarece verilmeden bu hizmetin gerçek veya tüzel kişiler tarafından görülmesi mümkün değildir. Özelleştirme sonucunda araç muayenesini yapan kişi veya kuruluş tarafından 'araç için verilecek' belge aslında Ulaştırma Bakanlığına vekaleten verilen bir belge niteliğindedir. Bu dahi hizmetin tekel niteliğinde olduğunu göstermektedir.

Ayrıca Dairemize ibraz edilen sözleşmede hizmetin iyi görülmesini engelleyecek hükümler varsa bu konuda görüş bildirerek idareye yardımcı olmanın kamunun yararına da olduğu açıktır.

Bütün bu nedenlerle, Ulaştırma Bakanlığına ait, tekel ve imtiyaz niteliğinde bulunan araç muayene hizmetinin özelleştirilmesi için hazırlanan sözleşmenin esasının incelenmesi ve düşünce bildirilmesi gerektiği oyu ile aksine verilen çoğunluk kararına katılmıyorum." yolundaki ayrışık oyuna karşılık,

Daire kararının aynen kabulüne 15/6/2005 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2004/486
Karar No : 2005/83

Özeti : Yetkili merci tarafından bir yandan ön inceleme yapılmamasına karar verilmiş iken, diğer yandan ön inceleme yaptırılmadan bu kararın aynı zamanda soruşturma izni verilmediği anlamına geldiği ifadesinin, yasa hükümleriyle bağdaşmadığı görüldüğünden, itiraza konu Maliye Bakanlığı kararının şikayetin işleme konulmaması kararı olarak incelenmesi hakkında.

KARAR

Hakkında Soruşturma İzni İstenen: ...- Maliye Bakanlığı- Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdür Yardımcısı

İtiraz Edilen Karar: Hakkında soruşturma izni istenen için ön inceleme yapılmamasına ilişkin Maliye Bakanının 3.8.2004 günlü, 27998 sayılı kararı

Karara İtiraz Edenler: Şikayetçi ... , ..., ..., ... ve ... vekili Av. ...

Soruşturulacak Eylem: Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü yetkilileri ile birlikte gerçeğe aykırı yönlendirme ve yargıyı yanıltmaya yönelik belgeler düzenlemek

Eylem Tarihi: 13.2.2004

Maliye Bakanlığının 22.9.2004 günlü ve 34525 sayılı yazısı ile gönderilen dosya Maliye Bakanının 3.8.2004 günlü, 27998 sayılı ön inceleme yapılmamasına ilişkin kararı ve bu karara şikayetçilerin vekili tarafından yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Nermin Zeğerek'in açıklamaları dinlendikten sonra, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında; bu Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikayetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması gerektiği, ihbar veya şikayetlerde kişi ve/veya olay belirtilmesinin zorunlu olduğu, itirazların da ciddi bulgu ve belgelere dayanması gerektiği, bu hükme aykırı bulunan ihbar ve şikayetlerin, Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmayacağı ve durumun ihbar veya şikayette bulunana bildirileceği, aynı Kanunun 5 inci maddesinde izin vermeye yetkili merciin, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlendiğini bizzat veya yukarıdaki maddede yazılı şekilde öğrendiğinde bir ön inceleme başlatacağı, 6 ncı maddesinde, ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişilerin, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkililerini haiz olduğu, hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesini de almak suretiyle yetkileri dahilinde bulunan bilgi ve belgeleri toplayıp, görüşlerini içeren bir rapor düzenleyerek izin vermeye yetkili mercie sunacağı, bu raporüzerine yetkili merci tarafından soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine karar verileceği ve kararlarda gerekçe gösterilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, şikayet konusu olayın Adalet Bakanlığının 15.6.2004 tarih ve 27651 sayılı yazısı ile Maliye Bakanlığına iletilmesini müteakip, yukarıda anılan yasa hükümlerinde öngörüldüğü şekilde usulüne uygun soruşturmacı belirlenerek ön inceleme yapılmadan Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğünün 15.7.2004 tarih ve 15508 sayılı görüş belirten yazısı esas alınmak suretiyle, Maliye Bakanınca Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına hitaben yazılan 3.8.2004 günlü, 27998 sayılı yazıda, 4483 sayılı Kanun uyarınca ön inceleme yapılmamasına karar verildiği, bu kararın aynı zamanda soruşturma izni verilmediği anlamına geldiği ifade edilmektedir.

4483 sayılı Yasanın 4 üncü maddesinde öngörülen koşulların varlığı halinde yetkili merci tarafından şikayetin işleme konulmayacağı ancak bu koşulların bulunmaması durumunda ise bir ön inceleme başlatılacağı ve ön inceleme raporuna dayalı olarak soruşturma izni verilmesine ya da verilmemesine karar verilebileceği Yasa hükmü gereği olduğundan, bir yandan ön inceleme yapılmamasına karar verilmiş iken, diğer yandan ön inceleme yaptırılmadan bu kararın aynı zamanda soruşturma izni verilmediği anlamına geldiği ifadesinin Yasa hükümleriyle bağdaşmadığı görüldüğünden, itiraza konu Maliye Bakanlığı kararı, şikayetin işleme konulmaması kararı olarak incelenmiştir.

Dosyada yer alan şikayet dilekçesinde şikayetçinin belli, şikayet konusu eylemin somut olduğu, kişi ve olay belirtildiği, iddiaların da ciddi bulgu ve belgelere dayandığı anlaşıldığından, 4483 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen hükümleri uyarınca; yetkili merci tarafından ön inceleme emri verilmesi, bu emre dayalı olarak ön inceleme raporu düzenlenmesi ve söz konusu ön inceleme raporu da göz önünde bulundurulmak suretiyle soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin bir kararın tesis edilmesi, verilecek kararın türüne göre gerekli yazılı bildirimlerin yapılması, tesis edilen karara karşı itirazda bulunulması durumunda yazılı bildirimlere ilişkin günlü ve imzalı bildirim alındıları ile itiraz dilekçelerinin de eklenerek dosyanın Dairemize gönderilmesi gerekli görüldüğünden, itirazın kabulü ile Maliye Bakanı tarafından verilen ön inceleme yapılmamasına ilişkin 3.8.2004 günlü 27998 sayılı kararın kaldırılmasına, dosyanın Maliye Bakanlığı'na, kararın bir örneğinin şikayetçi vekiline gönderilmesine 28.1.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2005/80
Karar No : 2005/325

Özeti : İstanbul İl Sağlık Müdürlüğü Teknik Büro Şefi ile aynı yer sağlık müdür yardımcısına isnat edilen eylemlere, Bakanlık Başmüfettişlerinin iştirak etmeleri söz konusu olmamasına rağmen, Sağlık Bakanınca ayrım yapılmamaksızın hepsi hakkında soruşturma izni verilmemesi kararı verilmesinde, kanuna uyarlık bulunmadığı hakkında.

KARAR

Hakkında Soruşturma İzni İstenenler:
1- ...- Sağlık Bakanlığı Başmüfettişi
2- ...- Aynı yer "
3- ...- " İstanbul İl Sağlık Müdür Yardımcısı
4- ...- " " Müdürlüğünde Teknik Büro Şefi

İtiraz Edilen Karar: Hakkında soruşturma izni istenenler için soruşturma izni verilmemesine ilişkin Sağlık Bakanının 3.1.2005 günlü, 01 sayılı kararı

Karara İtiraz Eden: Şikayetçi …

Soruşturulacak Eylemler:

…'ın

1a-İstanbul'da faaliyet gösteren bazı hastanelerin kazan dairelerinin doğalgaza dönüşüm ihalelerinde usulsüzlük yapmak suretiyle devleti zarara uğratmak

1b-İstanbul'daki hastanelerle ilgili yapılan ihalelerde yakınlarına ve kendisine menfaat sağlamak

1c-Şikayetçinin yapmış olduğu Süleymaniye Kadın Hastalıkları ve Doğum Eğitim ve Araştırma Hastanesinin çatı onarımı ile Çatalca Devlet Hastanesinin genel onarım işlerinde görevli kontrol mühendis ve mimarlara baskı yaparak eksik ödeme yapılmasına sebep olmak

…'in

2a- Yukarıda anılan işlerde yolsuzluk yapıldığına ilişkin şikayetçinin dilekçesi üzerine taraflı rapor hazırlamak

…, …'in

2b- Yukarıda anılan işlerde yolsuzluk yapıldığına ilişkin şikayetçinin dilekçesi üzerine taraflı rapor hazırlamak

Eylem Tarihi: 1999 yılı ve sonrası

Sağlık Bakanlığının 27.1.2005 günlü, 0545 sayılı yazısı ile gönderilen dosya, Sağlık Bakanının 3.1.2005 günlü, 01 sayılı soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararı ve bu karara yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Hamza Eyidemir'in açıklamaları dinlendikten sonra, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

4483 sayılı Kanunun izin vermeye yetkili merciler başlığını taşıyan 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, İlde ve merkez ilçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında valinin; (e) bendinde, Bakanlar Kurulu kararı ile veya Başbakanlık ve bakanlıklar ile bağlı kuruluşların merkez teşkilatında görevli olup, ortak kararla atanan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında ilgili bakan veya Başbakanın soruşturma izni verme yetkisine sahip olduğu, son fıkrasında da, ast memur ile üst memurun aynı fiile iştiraki halinde iznin, üst memurun bağlı olduğu merciden isteneceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, anılan Kanunun 9 uncu maddesinde, yetkili merciin, soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararını Cumhuriyet başsavcılığına, hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisine ve varsa şikayetçiye bildirileceği ve kararın türüne göre ilgilileri tarafından kararın tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde itiraz edileceği; itirazlara ise, 3 üncü maddenin e,f,g, ve h bentlerinde sayılanlar için Danıştay İdari Dairesinin, diğerleri için yetkili merciin yargı çevresinde bulunduğu bölge idare mahkemesinin bakacağı belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, İstanbul İl Sağlık Müdürlüğünde Teknik Büro Şefi olarak görev yapan … hakkında, bazı hastanelerin kalorifer kazanlarının doğalgaza dönüştürülmesi ihalelerinde usulsüzlük yapmak suretiyle kendisine ve yakınlarına menfaat sağlamak, onarım yapılan bazı hastanelerde görevli olan kontrol mühendisi ve mimarlara baskı yaparak eksik ödeme yapılmasına neden olmak eylemlerinden dolayı ön inceleme yaptırıldığı, Sağlık Bakanlığı Başmüfettişleri … ve … ile İstanbul İl Sağlık Müdür Yardımcısı … hakkında ise, şikayetçinin yukarıda belirtilen konuları içeren şikayetleri üzerine bu konuları araştırmak incelemekle görevlendirilmeleri sonucunda düzenledikleri raporların taraflı olduğundan bahisle ön inceleme yaptırıldığı, bu durumda İstanbul İl Sağlık Müdürlüğü Teknik Büro Şefi … ile aynı yer sağlık müdür yardımcısı …'e isnat edilen eylemlere, Bakanlık Başmüfettişlerinin iştirak etmeleri söz konusu olmamasına rağmen Sağlık Bakanınca ayrım yapılmamaksızın hepsi hakkında soruşturma izni verilmemesine karar verildiği anlaşılmıştır.

Sağlık Bakanlığı Başmüfettişleri … ile …'e 2b maddesinden isnat edilen taraflı rapor hazırlama eyleminin haklarında hazırlık soruşturması yapılmasını gerektirecek nitelikte

bulunmadığı anlaşıldığından, soruşturma izni verilmemesine ilişkin yetkili merci kararına bu kişiler yönünden yapılan itirazın reddine,

İstanbul İl Sağlık Müdür Yardımcısı … hakkında (2a), Teknik Büro Şefi … hakkında (1a), (1b), (1c) maddelerinden isnat edilen eylemlerde, üst memur konumundaki başmüfettişlerin aynı fiile iştiraki bulunmadığı halde Sağlık Bakanınca 3.1.2005 günlü, 01 sayılı soruşturma izni verilmemesi kararı verildiği, ancak, … ile …'ın üstlerine atılan eylemlerden dolayı 4483 sayılı Kanunun 3/b maddesi uyarınca soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi konusunda karar vermeye yetkili merciin İstanbul Valisi olması gerektiği anlaşıldığından ve Kanunda belirtilen makamlara bizzat kullanılmak üzere verilmiş münhasır yetkinin, üst makam da olsa başka bir makamca kullanılması mümkün bulunmadığından, İstanbul İl Sağlık Müdürlüğü görevlileri hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin Sağlık Bakanının 3.1.2005 günlü, 01 sayılı kararının kaldırılmasına, … ile … yönünden tefrik edilerek bu konuda karar vermeye yetkili merci olan İstanbul Valiliğine gönderilmek üzere dosyanın Sağlık Bakanlığına iadesine, kararın bir örneğinin şikayetçiye gönderilmesine 8.3.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2004/802
Karar No : 2005/523

Özeti : 4483 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde sözü edilen "İşin özelliğine göre başka kurum ve kuruluşun elemanları ile inceleme yaptırılması" hükmünden hareketle; bakanlık müfettişleri varken ilgili kuruluş müfettişlerinin müsteşar yardımcısı, bakanlık müfettişi ve bakanlığın diğer görevlileri hakkında ön inceleme yapmalarının hukuken mümkün olmadığı hakkında.

KARAR

Hakkında Soruşturma İzni İstenenler :
1- … - Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı
2- …- " " " Müfettişi
3- …- " " Mühendisi
4- …- " " Şube Müdürü

İtiraz Edilen Karar : Hakkında soruşturma izni istenenlerden … için soruşturma izni verilmesine diğerleri için soruşturma izni verilmemesine ilişkin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanının 17.11.2004 günlü, 170 sayılı kararı

Karara İtiraz Eden: …vekili Av. …

Soruşturulacak Eylem: ÇEAŞ A.Ş. ve KEPEZ A.Ş. ile ilgili bilgi ve belgeleri anılan şirketlere aktarmak suretiyle görevi kötüye kullanmak

Eylem Tarihi : 2002- 2003 yılları

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının 13.12.2004 günlü 1459 sayılı yazısı ile gönderilen dosya, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanının 17.11.2004 günlü, 170 sayılı kısmen soruşturma izni verilmesine kısmen soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararı ve bu karara yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Sebahattin Ünal'ın açıklamaları dinlendikten sonra 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 5 inci maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin suç işlediklerinin ihbar ya da şikayet konusu yapılması veya yetkili merci tarafından bizzat öğrenilmesi halinde izin vermeye yetkili merciin bir ön inceleme başlatacağı, bu incelemeyi kendisi bizzat yapabileceği gibi görevlendireceği bir veya birkaç denetim elemanı veya hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki memur ve diğer kamu görevlilerinden biri veya birkaçı eliyle de yaptırabileceği, inceleme yapacakların, izin vermeye yetkili merciin bulunduğu kamu kurum veya kuruluşunun içerisinden belirlenmesinin esas olduğu, işin özelliğine göre bu merciin, anılan incelemenin başka bir kamu kurum veya kuruluşunun elemanlarıyla yaptırılmasını da ilgili kuruluştan isteyebileceği, bu isteğin yerine getirilmesinin ilgili kuruluşun takdirine bağlı olduğu hükme bağlanmıştır.

3154 sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun Teftiş Kurulu Başkanlığı başlıklı 13 üncü maddesinin birinci fıkrasında, Teftiş Kurulu Başkanlığının Bakanın emri veya onayı üzerine Bakan adına maddede belirtilen görevleri yapacağı, son fıkrasında, teftiş kurulu ve müfettişlerin görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usullerinin tüzükle düzenleneceği, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Teftiş Kurulu Tüzüğünün 5 inci maddesinde, Teftiş Kurulu Başkanlığının Bakanın emri ve onayı üzerine Bakan adına Bakanlık teşkilatıyla bağlı ve ilgili kurum ve kuruluşların her türlü faaliyet ve işlemlerine ilişkin olarak, teftiş, inceleme ve soruşturma işlerini yürüteceği, 12 nci ve müteakip maddelerinde Bakanlık Müfettişliği görevine atanabilmek için giriş sınavı ve yeterlik sınavında, 3 yıl müfettiş yardımcılığından sonra da yeterlik sınavında başarılı olmak gerektiği, öngörülmüştür.

Öte yandan, 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluşu ve Görev Esasları Hakkında Kanunun 44 üncü maddesinde, "Bakanlıklar kendi bağlı ve ilgili kuruluşları personelinden ihtiyaç duyduklarını yatırım programları ve projelerinin hazırlanması gibi konularda ve uzmanlık isteyen işlerde geçici olarak, süre ve çalışma konusu belirtilmek şartıyla, ve bakanın onayı ile bakanlık merkez teşkilatında görevlendirilebilirler. Ancak bu personelin çalışma süresi altı ayı geçemez." hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümlerin değerlendirilmesinden; Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığında müfettişliğin Teftiş Kurulu Tüzüğü ile kariyer esasına dayandırıldığı, 3046 sayılı Kanunun 44 üncü maddesindeki yatırım programları ve projelerinin hazırlanması gibi konularda ve uzmanlık isteyen işlerde geçici görevlendirmeye imkan sağlayan hükme dayanılarak Bakanlığın ilgili kuruluşlarında görevli müfettişlerin Bakan onayı ile Bakanlık müfettişi görev ve yetkileri ile görevlendirilemeyeceği ve donatılamayacağı, 4483 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde sözü edilen "işin özelliğine göre başka kurum ve kuruluşun elemanları ile inceleme yaptırılması hükmünden hareketle Bakanlık müfettişleri varken ilgili kuruluş müfettişlerinin müsteşar yardımcısı, bakanlık müfettişi ve Bakanlığın diğer görevlileri hakkında ön inceleme yapmalarının da hukuken mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının ilgili kuruluşu olan Türkiye Kömür İşletmeleri Genel Müdürlüğü müfettişleri … ve …'nin Bakan onayı ile 3046 sayılı Yasanın 44 üncü maddesine göre Bakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığında görevlendirildikleri, Bakan tarafından verilen ön inceleme onayları ve Teftiş Kurulu Başkanlığının görev emirleri uyarınca Müsteşar Yardımcısı, Bakanlık Müfettişi, Şube Müdürü ve Bakanlık Mühendisi hakkında adı geçenlerce ön inceleme raporu düzenlendiği, ön inceleme raporunun bu kişilerce Bakanlık Başmüfettişi unvanıyla imzalandığı, bu rapora dayanarak Bakan tarafından Müsteşar Yardımcısı hakkında soruşturma izni verildiği, diğerleri hakkında soruşturma izni verilmediği, soruşturma izni verilen Müsteşar Yardımcısının itirazı üzerine dosyanın Dairemize gönderildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı hakkında Bakanlıkta görevlendirilen Türkiye Kömür İşletmeleri Genel Müdürlüğü müfettişleri tarafından

ön inceleme yapılmasının hukuken mümkün olmadığı, bu nedenle kanuna uygun olarak görevlendirilecek kişi veya kişilerce ilgililer hakkında mevzuata uygun olarak ön inceleme raporu düzenlenmesi, bu rapora dayanılarak yetkili merci tarafından soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararın tesis edilmesi, verilecek kararın türüne göre gerekli yazılı bilidirimlerin yapılması, yazılı bildirimlere ilişkin günlü ve imzalı bildirim alındıları ile tesis edilen karara karşı itirazda bulunulması durumunda itiraz dilekçelerinin de eklenerek dosyanın Dairemize gönderilmesi gerekli görüldüğünden, itirazın kabulü ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanının 17.11.2004 günlü, 170 sayılı kararının itiraz eden yönünden kaldırılmasına, gereği yapılmak üzere dosyanın Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına, kararın bir örneğinin itiraz edene gönderilmesine 14.4.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2005/243
Karar No : 2005/574

Özeti : 4483 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 4.12.1999 tarihinden önce Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümlerine göre başlatılmış bir işlemin olmadığı; bu durumda, ilgililer hakkında ön inceleme yapılarak 4483 sayılı Yasa kapsamında Batman Valisince soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine karar verilmesi gerektiği hakkında.

KARAR

Sanıklar : 1-...- ... Kadastro Müdürü
2-...- " " Müdürlüğü Fen Memuru
3-...- " " " "
4-...- " " " "

Suç : Resmi evrakta sahtecilik yapmak

Suç Tarihi : Kadastro çalışmalarının başladığı 1986 ve 1987 yılları

İncelenen Karar : Batman İl İdare Kurulunun 27.1.2005 günlü ve 2005/1 sayılı men-i muhakeme kararı

Karara İtiraz Eden : Yok

İnceleme Nedeni : Yasa gereği

Batman İl İdare Kurulun 7.3.2005 günlü ve 02-89 sayılı yazısı ile gönderilen soruşturma dosyası ile yukarıda belirtilen Kurul kararı Tetkik Hakimi Hüseyin Oğuz'un açıklamaları dinlendikten sonra, incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun geçici 1 inci maddesinde, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümlerine göre başlatılmış bulunan işlemlerin adı geçen Kanun hükümlerine göre sonuçlandırılacağı kuralına yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, 4483 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 4.12.1999 tarihinden önce Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümlerine göre başlatılmış bir işlemin olmadığı, işlemlerin Kozluk Cumhuriyet Başsavcılığının 8.11.2004 günlü, Haz.No:2004/439 sayılı yazısı üzerine başlatıldığı, bu durumda, ilgililer hakkında ön inceleme yapılarak 4483 sayılı Yasa kapsamında Batman Valisince soruşturma izni

verilmesine veya verilmemesine karar verilmesi gerektiği anlaşıldığından, Batman İl İdare Kurulunca verilen 27.1.2005 günlü ve 2005/1 sayılı men-i muhakeme kararının bozulmasına, 4483 sayılı Yasaya göre gerekli işlemlerin yapılması için dosyanın Batman Valiliğine iadesine, 26.4.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2004/845
Karar No : 2005/300

Özeti : Kendi sorumluluk ve görev alanında kalan yerlerde bulunan parklara isim verilmesine ilişkin … Belediye Meclisince karar alınmasında ve bu kararda ısrar edilmesinde yasaya aykırılık bulunmadığından, görev ve yetki alanına girmeyen konularda karar alınmasını sağlamak suretiyle görevin kötüye kullandığı iddiasıyla Çankaya Belediyesi Başkanı hakkında yapılan şikayet, ciddi bulgu ve belgelere dayanmadığından İçişleri Bakanınca verilen işleme konulmama kararına yapılan şikayetçi itirazının reddi hakkında.

KARAR

Hakkında Soruşturma İzni İstenenler : …- … Belediyesi Başkanı
İtiraz Edilen Karar : … hakkındaki şikayetin işleme konulmamasına ilişkin İçişleri Bakanının 15.3.2004 günlü kararı
Karara İtiraz Eden : Şikayetçi … Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı
Soruşturulacak Eylem : Görev ve yetki alanına girmeyen konularda karar almak suretiyle görevi kötüye kullanmak
Eylem Tarihi : 18.4.2003
İçişleri Bakanlığının 24.12.2004 günlü, 6796 sayılı yazısı ile gönderilen dosya, İçişleri Bakanı tarafından verilen 15.3.2004 günlü şikayetin işleme konulmaması kararı ile bu karara yapılan şikayetçi itirazı, Tetkik Hakimi Hüseyin Oğuz'un açıklamaları dinlendikten sonra, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;
Gereği Görüşülüp Düşünüldü:
4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında; bu Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikayetlerin soyut ve genel nitelikte olmamasının, ihbar veya şikayetlerde kişi ve/veya olay belirtilmesinin, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanmasının, ihbar ve şikayet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgah adresinin bulunmasının zorunlu olduğu, bu şartları taşımayan ihbar ve şikayetlerin, Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmayacağı ve durumun ihbar veya şikayette bulunana bildirileceği, aynı Kanunun 5 inci maddesinde ise izin vermeye yetkili merciin, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlendiğini bizzat veya yukarıdaki maddede yazılı şekilde öğrendiğinde bir ön inceleme başlatacağı hükme bağlanmıştır.
Dosyanın incelenmesinden, bazı parklara isim verilmesine ilişkin … Belediyesi Meclisinin muhtelif kararlarının Büyükşehir Belediyesi Başkanınca tekrar görüşülmesini

istemesi ve … Belediyesi Meclisince önceki kararlarında ısrar edilmesi üzerine, … Belediyesinin parklara isim verme ve Büyükşehir Belediyesi Başkanının tekrar görüşülmesini istediği bir konuda ısrar etme yetkisinin bulunmadığı belirtilerek şikayet dilekçesi verildiği anlaşılmaktadır.

Şikayet konusu meclis kararlarının alındığı tarihte yürürlükte bulunan Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında 3030 sayılı Kanununun 6 ncı maddesinin A fıkrasının (f) bendinde, yeşil sahalar, parklar ve bahçeler yapmanın, (k) bendinde, meydan, bulvar, cadde, yol, ve sokak isim ve numaraları ile bunlar üzerindeki binalara numara verilmesinin büyükşehir belediyelerinin görevlerinden olduğu, aynı maddenin B fıkrasında, (A) fıkrasının (f) bendindeki görevlerin ilçe belediyelerince de yapılabileceği, 14 üncü maddesinde, büyükşehir ve ilçe belediye meclislerince alınan bütün kararların büyükşehir belediye başkanına gönderileceği, büyükşehir belediye başkanının konunun meclislerde tekrar görüşülmesini isteyebileceği, meclislerin kararlarında ancak 2/3 çoğunlukla ısrar edebilecekleri ve bu hallerde meclis kararlarının kesinleşmiş olacağı hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında 3030 Sayılı Kanunun Uygulanması İle İlgili Yönetmeliğin 25 inci maddesinde, büyükşehir dahilinde yeşil sahalar, parklar ve bahçeler yapmanın büyükşehir belediyeleri ile ilçe belediyelerinin ayrı ayrı veya birlikte yürütecekleri ortak nitelikli görevlerinden olduğu, aynı maddenin (a) fıkrasında ise, büyükşehrin bütününe hitap eden, 30 dekardan büyük olan veya sayısı büyükşehirde üçten fazla olmayanların idare ve işletmesinin büyükşehire belediyelerine, bu limiti aşmayan sayısı üçten fazla olan alan ve tesislerin idare ve işletmesinin ilçe belediyelerine devredileceği kuralı getirilmiştir.

Yukarıda anılan hükümlerden, sadece meydan, bulvar, cadde, yol, ve sokak isim ve numaraları ile bunlar üzerindeki binalara numara verme görevinin büyükşehir belediyelerine ait olduğu açıkca belirtilmesine rağmen, parklara hangi belediyenin isim vereceğinin belirtilmemiş olması ve ilçe belediyelerinin öngörülen limiti aşmayan, park, bahçe ve yeşil sahaları büyükşehirden ayrı olarak yapabileceğinin kabul edilmiş olması karşısında, parkı yapan belediyenin parkın ismini de verebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu durumda, kendi sorumluluk ve görev alanında kalan yerlerde bulunan parklara isim verilmesine ilişkin … Belediye Meclisince karar alınmasında ve bu kararda ısrar edilmesinde yasaya aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, görev ve yetki alanına girmeyen konularda karar alınmasını sağlamak suretiyle görevin kötüye kullandığı iddiasıyla … Belediyesi Başkanı hakkında yapılan şikayeti, anılan 4 üncü madde hükmü uyarınca ciddi bulgu ve belgelere dayanmadığından İçişleri Bakanınca verilen 15.3.2004 günlü işleme konulmama kararına yapılan şikayetçi itirazının reddine, dosyanın İçişleri Bakanlığına, kararın bir örneği ile dilekçe ve eklerinin şikayetçiye gönderilmesine 3.3.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2005/201
Karar No : 2005/515

Özeti : Çaykara Belediye Başkanlığı tüzelkişiliğini temsil etmek üzere genel vekaletname düzenlenen avukatın, bu vekaletnameye dayanarak belediye başkanı adına içişleri bakanının kararın kaldırılması istemiyle itirazda bulunduğu, anılan vekaletnamenin sadece Çaykara

Belediye Başkanlığı tüzelkişiliğini temsil etme konusunda adı geçene yetki verdiği, belediye başkanının vekaletini kapsamadığı, söz konusu itirazın 4483 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinde öngörülen 10 günlük süre geçirildikten sonra yapıldığı anlaşıldığından, itirazının süre aşımı yönünden reddi hakkında.

KARAR

Hakkında Soruşturma

İzni İstenenler : 1- ...- … Belediyesi Başkanı
2- ...- Aynı Belediyede Meclis Üyesi
3-...- " " " "
4-...- " " " "
5-...- " " " "

İtiraz Edilen Karar : Hakkında soruşturma izni istenenlerden … için soruşturma izni verilmesine, diğerleri için soruşturma izni verilmemesine ilişkin İçişleri Bakanının 25.11.2004 günlü, Kont.Bşk. 2004/214 sayılı kararı

Karara İtiraz Eden : ... vekili Av. Günseli Güveli

Soruşturulacak Eylem : ... Belediye Meclisinin, …u'nun Belediye Meclis üyeliğinden düşürülmesine ilişkin 22.4.2004 günlü kararının yürütmesinin durdurulması yolundaki Trabzon İdare Mahkemesinin 10.6.2004 günlü ve E:2004/469 sayılı kararını uygulamamak suretiyle görevi kötüye kullanmak

Eylem Tarihi : 2004 yılı ve devamı

İçişleri Bakanlığının 25.2.2005 günlü, 1020 sayılı yazısı ile gönderilen dosya, İçişleri Bakanının 25.11.2004 günlü, Kont.Bşk. 2004/214 sayılı kısmen soruşturma izni verilmesine, kısmen soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararı ve bu karara yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Aylin Ersoy'un açıklamaları dinlendikten sonra, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmaları Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

Dosyanın incelenmesinden, İçişleri Bakanının 25.11.2004 günlü, Kont.Bşk. 2004/214 sayılı kararının 25.1.2005 tarihinde ...'a tebliğ edildiği, Trabzon 4 üncü Noterliği tarafından ... Belediye Başkanlığı tüzelkişiliğini temsil etmek üzere Av. … adına 5.7.2004 günlü genel vekaletname düzenlendiği, adı geçen avukatın bu vekaletnameye dayanarak Belediye Başkanı ... adına İçişleri Bakanının söz konusu kararının kaldırılması istemiyle Trabzon Valiliğince 7.2.2005 gününde kayda alınan dilekçeyle itirazda bulunduğu, anılan vekaletnamenin sadece ... Belediye Başkanlığı tüzelkişiliğini temsil etme konusunda adı geçene yetki verdiği, ...'ın şahsi vekaletini kapsamadığı, ancak vekaletnameye ilişkin bu eksikliğin tamamlatılması durumunda dahi, söz konusu itirazın 4483 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinde öngörülen 10 günlük süre geçirildikten sonra yapıldığı anlaşıldığından, ...'ın itirazının süre aşımı yönünden reddine, dosyanın ... Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın birer örneğinin İçişleri Bakanlığı ile itiraz edene gönderilmesine 13.4.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2005/42
Karar No : 2005/529

Özeti : Çumra ilçesine bağlı belediye ve köylerin katılımıyla kurulmuş olan Çumra Sulama Birliğinin tüzel kişiliğe sahip bir kamu kuruluşu olduğu, birlikte görevli başkan ve personelin 4483 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (j) bendi kapsamında değerlendirilmeleri ve haklarında soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi konusunda karar vermeye yetkili merciin Çumra Kaymakamı olması gerektiği hakkında.

KARAR

Çumra Cumhuriyet Başsavcılığının 7.1.2005 günlü 2004/366 Hz. sayılı yazısı ile gönderilen dosya, İçişleri Bakanının Çumra Sulama Birliği Başkanı … ve Tahakkuk Memuru Vekili … hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin 25.11.2004 günlü 2004/206 sayılı kararı ve bu karara Çumra Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan itiraz, Tetkik Hakimi Arzu Bozkurt Şen'in açıklamaları dinlendikten sonra 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun izin vermeye yetkili merciler başlığını taşıyan 3 üncü maddesinin (j) bendinde, köy ve mahalle muhtarları ile bu Kanun kapsamına giren diğer memurlar ve kamu görevlileri hakkında ilçelerde kaymakamın, merkez ilçede valinin soruşturma izni vermeye yetkili olduğu, 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında ise, soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararlara karşı yapılan itirazlara 3 üncü maddenin (e), (f) , (g) ve (h) bentlerinde sayılanlar için Danıştay'ın idari dairesince diğerleri için yetkili mercin yargı çevresinde bulunduğu bölge idare mahkemesince bakılacağı hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, soruşturma izni verilmemesine ilişkin İçişleri Bakanının 25.11.2004 günlü, 2004/206 sayılı kararında adı geçenlerin Çumra Sulama Birliği Başkanı ve tahakkuk memuru vekili olduğu, Çumra ilçesine bağlı belediye ve köylerin katılımıyla kurulmuş olan Çumra Sulama Birliğinin tüzel kişiliğe sahip bir kamu kuruluşu olduğu, birlikte görevli başkan ve personelin 4483 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (j) bendi kapsamında değerlendirilmeleri ve haklarında soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi konusunda karar vermeye yetkili merciin Çumra Kaymakamı olması gerektiği anlaşıldığından ve Kanunda belirtilen makamlara bizzat kullanılmak üzere verilmiş münhasır yetkinin, üst makam da olsa başka bir makamca kullanılması mümkün bulunmadığından, bu husus gözetilmeden tesis edilen Çumra Sulama Birliği Başkanı ve tahakkuk memuru vekili hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin İçişleri Bakanının 25.11.2004 günlü 2004/206 sayılı kararının bu nedenle kaldırılmasına, İçişleri Bakanlığında bulunan ön inceleme dosyasının, bu konuda karar vermeye yetkili Çumra Kaymakamlığına, kararın bir örneğinin İçişleri Bakanlığına, bir örneği ile birlikte dosyanın Çumra Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine 19.4.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2005/224
Karar No : 2005/568

Özeti : Kanunda belirtilen makamlara bizzat kullanılmak üzere verilmiş münhasır yetkinin başka bir makamca kullanılması mümkün bulunmadığından … Bakanlığı Personel Genel Müdürü tarafından ihbar ve şikayetin işleme konulmamasına ilişkin olarak verilen kararın kaldırılması hakkında.

KARAR

Hakkında Soruşturma İzni İstenenler : 1- …-… Defterdarlığı Muhasebe Denetmeni
2- Maliye Yüksek Disiplin Kurulu Üyeleri

İtiraz Edilen Karar : Hakkında soruşturma izni istenenler için şikayetin işleme konulmamasına ilişkin … Bakanlığı Personel Genel Müdürünün 20.9.2004 günlü, 33449 sayılı kararı

Karara İtiraz Edenler : Şikayetci …

Soruşturulacak Eylemler : …'ın

1- Yetkisi bulunmadığı konuda soruşturma yapmak

… Yüksek Disiplin Kurulu Üyelerinin

2- Yetkisiz kişi tarafından hazırlanan asılsız bir rapora dayanarak gerekli incelemeyi yapmadan karar almak suretiyle görevi ihmal etmek

Eylem Tarihi : 2002-2003 yılları

Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 29.12.2004 günlü E:2004/663 K:2004/856 sayılı gönderme kararı ile Dairemize intikal eden dosya, … Bakanlığı Personel Genel Müdürü tarafından verilen 20.9.2004 günlü, 33449 sayılı şikayetin işleme konulmaması kararı ile bu karara yapılan şikayetçi itirazı, Tetkik Hakimi Arzu Bozkurt Şen'in açıklamaları dinlendikten sonra, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi;

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında; bu Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikayetlerin soyut ve genel nitelikte olmamasının, ihbar veya şikayetlerde kişi ve/veya olay belirtilmesinin zorunlu olduğu, iddiaların da ciddi bulgu ve belgelere dayanması gerektiği, bu hükme aykırı bulunan ihbar ve şikayetlerin, Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmayacağı ve durumun ihbar veya şikayette bulunana bildirileceği, aynı Kanunun 5 inci maddesinde ise izin vermeye yetkili merciin, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlendiğini bizzat veya yukarıdaki maddede yazılı şekilde öğrendiğinde bir ön inceleme başlatacağı hükme bağlanmıştır.

Aynı Kanunun izin vermeye yetkili merciler başlığını taşıyan 3 üncü maddesinin (e) bendinde Bakanlar Kurulu Kararı ile veya Başbakanlık ve bakanlıklar ile bağlı kuruluşların merkez teşkilatında görevli olup, ortak kararla atanan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında ilgili bakan veya başbakanın soruşturma izni vermeye yetkili olduğu, aynı maddenin

son fıkrasına göre ast memur ile üst memurun aynı fiile iştiraki halinde iznin üst memurun bağlı olduğu merciden isteneceği hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, … Defterdarlığı … Vergi Dairesi Müdür Yardımcısıyken Devlet memurluğundan çıkarma cezası verilen …'ın hakkında rapor düzenleyen … ve … Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu üyeleri hakkında şikayette bulunduğu, dilekçesi üzerine yapılacak bir işlem bulunmadığı yolundaki 20.9.2004 günlü, 33449 sayılı … Bakanlığı Personel Genel Müdürünün kararına karşı itirazda bulunduğu, ilgilinin şikayetini işleme koymayan Personel Genel Müdürünün aynı zamanda şikayet edilen Yüksek Disiplin Kurulu üyelerinden olduğu, şikayet edilenlerin Teftiş Kurulu Başkanı, Gelirler Genel Müdür Vekili, Personel Genel Müdürü, Başhukuk Müşaviri ve Muhasebe Denetmeni olması nedeniyle 4483 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin e bendi gereğince soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi konusunda karar vermeye yetkili merciin … Bakanı olması gerektiği, bu durumda şikayetin işleme konulmaması kararının da ancak soruşturma izni vermeye yetkili merci tarafından verilebileceği, diğer taraftan dosyada yer alan şikayet dilekçesinde şikayetçinin belli, şikayet konusu eylemin somut olduğu, kişi ve olay belirtildiği, iddiaların da ciddi bulgu ve belgelere dayandığı anlaşıldığından, 4483 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen hükümleri uyarınca; yetkili merci tarafından ön inceleme emri verilmesi, bu emre dayalı olarak ön inceleme raporu düzenlenmesi ve yetkili merci tarafından söz konusu ön inceleme raporu da gözönünde bulundurulmak suretiyle soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin bir kararın tesis edilmesi, verilecek kararın türüne göre gerekli yazılı bildirimlerin yapılması, tesis edilen karara karşı itirazda bulunulması durumunda yazılı bildirimlere ilişkin günlü ve imzalı bildirim alındıları ile itiraz dilekçelerinin de eklenerek dosyanın Dairemize gönderilmesi gerekli görüldüğünden, itirazın kabulü ile Kanunda belirtilen makamlara bizzat kullanılmak üzere verilmiş münhasır yetkinin başka bir makamca kullanılması mümkün bulunmadığından … Bakanlığı Personel Genel Müdürü tarafından ihbar ve şikayetin işleme konulmamasına ilişkin olarak verilen 20.9.2004 gün ve 33449 sayılı kararın kaldırılmasına, bu konuda karar vermeye yetkili merci olan … Bakanınca bir karar tesis edilmek üzere dosyanın … Bakanlığına, kararın bir örneğinin şikayetçiye gönderilmesine 26.4.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Birinci Daire
Esas No : 2005/312
Karar No : 2005/573

Özeti : İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü Kontrolörleri 4483 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinin (e) bendinde sayılan Bakanlar Kurulu kararı ile veya ortak kararla atanan memurlardan olmadıkları için, aynı maddenin (d) bendi gereğince haklarında soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi konusunda karar vermeye yetkili merciin müsteşar olması gerektiği hakkında.

KARAR

İçişleri Bakanlığının 30.3.2005 günlü, 1627 sayılı yazısı ile gönderilen dosya, İçişleri Bakanının Mahalli İdareler Kontrolörleri …, … ve … hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin 21.12.2004 günlü 2004/305 sayılı kararı ve bu karara şikayetçi … tarafından yapılan

itiraz, Tetkik Hakimi Arzu Bozkurt Şen'in açıklamaları dinlendikten sonra 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca incelendi.

Gereği Görüşülüp Düşünüldü :

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun izin vermeye yetkili merciler başlığını taşıyan 3 üncü maddesinin (d) bendinde, Başbakanlık ve bakanlıkların merkez ve bağlı veya ilgili kuruluşlarında görev yapan diğer memur ve kamu görevlileri hakkında o kuruluşun en üst idari amirinin soruşturma izni vermeye yetkili olduğu, 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında ise, soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararlara karşı yapılan itirazlara 3 üncü maddenin €, (f), (g), ve (h) bentlerinde sayılanlar için Danıştay'ın idari dairesince diğerleri için yetkili merciin yargı çevresinde bulunduğu bölge idare mahkemesince bakılacağı hükme bağlanmıştır.

Dairemizin 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un bazı maddelerinin uygulanmasında düşülen duraksamanın giderilmesine ilişkin 17.4.2000 günlü E:2000/29, K:2000/59 sayılı kararında anılan yasanın 3 üncü maddesinde belirtilen "en üst idari amir" deyiminin bakanlıklarda bakanlık müsteşarlarını ifade ettiği yolunda görüş bildirilmiştir.

11.4.1984 günlü ve 18369 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Kontrolörleri Yönetmeliğinin 16 ncı maddesinde yeterlik sınavında başarı gösterenlerin Mahalli İdareler Genel Müdürlüğünün teklifi ve Bakanlık onayı ile kontrolörlüğe atanacakları hükmü yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden soruşturma izni verilmemesine ilişkin İçişleri Bakanının 21.12.2004 günlü, 2004/305 sayılı kararında adı geçenlerin İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü Kontrolörleri oldukları, 4483 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinin € bendinde sayılan Bakanlar Kurulu kararı ile veya ortak kararla atanan memurlardan olmadıkları için aynı maddenin d bendi gereğince haklarında soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi konusunda karar vermeye yetkili merciin müsteşar olması gerektiği anlaşıldığından ve Kanunda belirtilen makamlara bizzat kullanılmak üzere verilmiş münhasır yetkinin, üst makam da olsa, başka bir makamca kullanılması mümkün bulunmadığından, Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü Kontrolörleri …, … ve … hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin İçişleri Bakanının 21.12.2004 günlü 2004/305 sayılı kararının bu nedenle kaldırılmasına, bu konuda karar vermeye yetkili mercie iletilmek üzere dosyanın İçişleri Bakanlığına iadesine, kararın bir örneğinin itiraz edene gönderilmesine 26.4.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KURULU KARARLARI

KURUMLAR VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
İçtihatları Birleştirme Kurulu
Esas No : 2004/1
Karar No: : 2004/1

Özeti : Banka ve finans kurumlarından temin edilen ve vadesi kullanıldığı yılı izleyen yıla sarkan kredinin faiz tutarının, cari yıla isabet eden kısmının, kurum kazancının tespitinde karşılık ayırmak suretiyle gider yazılıp yazılamayacağı konusunda, Danıştay Üçüncü ve Dördüncü Daire kararları arasındaki aykırılığın, cari yıl kurum kazancının tespitinde gider olarak yazılabileceği gerekçesiyle, Üçüncü Daire kararları doğrultusunda giderilmesi hakkında. (19.04.2005 tarih ve 25791 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanmıştır.)

İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KURULU KARARI

Banka ve finans kurumlarından temin edilen ve vadesi kullanıldığı yılı izleyen yıla sarkan kredinin faiz tutarının cari yıla isabet eden kısmının kurum kazancının tespitinde karşılık ayırmak suretiyle gider yazılıp yazılamayacağına ilişkin Danıştay Üçüncü ve Dördüncü Dairelerince verilen kararlar arasında içtihat aykırılığı oluştuğu ileri sürülerek yapılan başvuru üzerine Danıştay Başkanlığınca; cari yılda kullanılan krediler üzerinden hesap dönemi itibarıyla hesaplanan ve krediyi kullandıran finans kuruluşuna karşı borç altına girilmiş faiz tutarlarının Kurumlar Vergisi ve Gelir Vergisi Kanununun ilgili hükümleri doğrultusunda, tahakkuk esası ve dönemsellik ilkesi gereğince ilgili yıl kurum kazancının saptanmasında gider olarak yazılabileceği yolundaki Danıştay Üçüncü Daire kararları ile kullanılan kredilerin uyuşmazlık konusu yılda vadesi dolmadığından tahakkuk etmeyen faiz giderlerinin kurum kazancının tespitinde gider olarak yazılamayacağı yolundaki Danıştay Dördüncü Daire kararları arasında oluşan aykırılığın içtihatların birleştirilmesi suretiyle giderilmesinin istenmesi ve dosyanın İçtihatları Birleştirme Kuruluna havale edilmesi üzerine, Raportör Üyenin raporu, konu ile ilgili kararlar, yasal düzenlemeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

I- İÇTİHADIN BİRLEŞTİRİLMESİ İSTEMİNE KONU OLAN KARARLAR:

1- Danıştay Üçüncü Dairesinin 4.4.2002 günlü ve E:2001/930, K:2002/1438 sayılı kararı:

Sıhhi tesisat ve armatür imalatı ile uğraşan yükümlü şirket adına vergi inceleme raporuna dayanılarak 1994 takvim yılı için ikmalen salınan cezalı kurumlar vergisine karşı açılan davada, uyuşmazlık konusu yılda vadesi dolmadığından tahakkuk etmemiş bulunan faiz giderlerinin karşılık ayırmak suretiyle kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınmasının muhasebe kurallarına, safi karın hesaplanmasına, dönemsellik ve tahakkuk esaslarına aykırı olduğu gerekçesiyle vergi asılları yönünden davayı reddeden Manisa Vergi Mahkemesi kararı yükümlünün temyiz istemi üzerine, 1994 yılında alınan ve kullanıldığı yılın giderinin oluşmasına da katkıda bulunan krediler üzerinden hesap dönemi sonu itibarıyla

mevcut kredi sözleşmeleri çerçevesinde belli olan faiz oranına göre kesin bir şekilde hesaplanan ve krediyi kullandıran finans kuruluşlarına karşı borç altına girilmiş faiz tutarlarının, mahiyet ve tutar itibarıyla kesinleşmesi, yani tahakuk etmesi nedeniyle Kurumlar Vergisi, Gelir Vergisi ve Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri doğrultusunda tahakkuk esası ve dönemsellik ilkesi gereğince ilgili yıl kurum kazancının saptanmasında gider olarak dikkate alınmasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle Danıştay Üçüncü Dairesinin K:2002/1438 sayılı kararı ile bozulmuştur. Bozma kararına uyularak verilen karara karşı yapılan temyiz başvurusu reddedilmiş ve bu karara karşı kararın düzeltilmesi isteminde bulunulmamıştır.

2- Danıştay Dördüncü Dairesinin 6/6/2001 günlü ve E:2001/1414, K:2001/2484 sayılı kararı:

Davacı şirketin iş merkezini Manisa'dan İstanbul'a taşıması üzerine 1996 takvim yılı için inceleme raporuna dayanılarak aynı konuda aynı nedenle yapılan cezalı tarhiyata karşı açılan davada, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 40'ıncı maddesinin 1'inci bendine göre ticari kazancın elde edilmesi ve idame ettirilmesi için yapılan genel giderlerin safi kazancın tespitinde gider olarak kabul edilebileceği, davacı şirket tarafından alınan kredilerin uyuşmazlık konusu yılda vadesi dolmadığından; tahakkuk etmemiş bulunan faiz giderlerinin karşılık ayırmak suretiyle kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınmasının muhasebe kurallarına, safi karın tespitine, dönemsellik ve tahakkuk esaslarına aykırı olması nedeniyle kabul edilemeyeceği gerekçesiyle vergi asılları yönünden davayı reddeden İstanbul Vergi Mahkemesi kararının anılan hüküm fıkrasına yönelik olarak davacı tarafından yapılan temyiz isteminin aynı gerekçe ve nedenle reddedilmesine ilişkin Danıştay Dördüncü Dairesinin K:2001/2484 sayılı kararına karşı yapılan kararın düzeltilmesi istemi de reddedilmiştir.

II- DANIŞTAY BAŞSAVCISININ DÜŞÜNCESİ :

Vadesi kullanıldığı yılı izleyen yıla sarkan kredi faizlerinin, dönem sonunda cari yıla isabet eden kısmının kurum kazancının tespitinde gider yazılıp yazılamayacağı konusunda Danıştay Üçüncü ve Dördüncü Dairelerince verilen kararlar arasında aykırılık bulunduğu ileri sürülerek, bu aykırılığın içtihatların birleştirilmesi yoluyla giderilmesi istemini içeren ilgilinin başvuru dilekçesi ve Danıştay Başkanının havalesi üzerine Başsavcılığımıza gönderilen dosya incelendi:

İlgili Kararlar:

1-Danıştay Üçüncü Dairesince verilen 4.4.2002 günlü ve E:2001/930, K:2002/1438 sayılı karar:

Davacı şirketçe, 1994 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu, bu takvim yılında kullandığı vadesi izleyen yıla sarkan kredi faizlerinin, dönem sonunda cari yıla isabet eden kısmının kurum kazancının tespitinde gider yazılmasının, vergilendirme ilkelerine aykırı olduğu yolunda düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak yapılan cezalı tarhiyata karşı açılan dava, Manisa Vergi Mahkemesince verilen 29.1.2000 günlü ve 1342 sayılı kararla; kullanılan kredinin ihtilaflı dönem sonunda henüz vadesinin dolmadığı ve kredi faizlerinin ödendikleri yılın gideri olduğu gerekçesiyle reddedilmiş ve bu karar davacının temyiz istemi üzerine Danıştay Üçüncü Dairesince verilen yukarıda sözü edilen 4.4.2002 günlü ve 1438 sayılı kararla; uyuşmazlık konusu dönemde kullanılan ve bu dönem kurum kazancının oluşumuna da katkı yapan kredilerin, kredi sözleşmelerine göre tutarı, uygulanacak faiz oranı, kullanım süresi hesap dönemi sonu itibarıyla bilindiğinden, sözleşme çerçevesinde belirli faiz oranına göre kesin olarak hesaplanan ve krediyi kullandıran finans kuruşuluna karşı borçlanılmış olan faiz tutarlarının, mahiyet ve tutar itibarıyla kesinleşmesi yani tahakkuk etmesi nedeniyle ilgili yasaların konuya ilişkin hükümleri doğrultusunda, tahakkuk esası ve dönemsellik ilkesi gereğince ilgili yıl kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınmasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş, bozma

kararına uyularak Mahkemece verilen karara karşı yapılan temyiz başvurusu Üçüncü Dairece reddedilmiş ve bu karara karşı kararın düzeltilmesi isteminde bulunulmamıştır.

2-Danıştay Dördüncü Dairesince verilen 6.6.2001 günlü ve E:2001/1414, K:2001/2484 sayılı karar:

Davacı şirketin, iş merkezinin Manisa'dan İstanbul'a taşınması üzerine, 1996 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu düzenlenen inceleme raporuna dayanılarak, aynı konuda aynı nedenlerle adına yapılan cezalı tarhiyata karşı açılan dava, İstanbul 6. Vergi Mahkemesince verilen 12.12.2000 günlü ve 1918 sayılı kararla; alınan kredinin ihtilaflı yılda henüz vadesi dolmadığından tahakkuk etmemiş bulunan faiz giderlerinin kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınmasının, muhasebe kurallarına, safi karın tespitine, dönemsellik ve tahakkuk esaslarına aykırı olduğu gerekçesiyle reddedilmiş ve bu karara karşı anılan hüküm fıkrası yönünden davacı tarafından yapılan temyiz istemi Danıştay Dördüncü Dairesince verilen yukarıda sözü edilen 6.6.2001 günlü ve 2484 sayılı kararla yerinde görülmeyerek, karar onanmıştır.

Bilindiği üzere, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 39'uncu maddesi ve uygulamaya göre içtihatların birleştirilmesine karar verilebilmesi için, öncelikle isteme konu olan kararlar arasında aykırılık bulunduğunun saptanması ve bu kararların süreklilik kazanması gerekmekte, kararlar arasında aykırılıktan sözedebilmek için de maddi ve hukuki dayanakları aynı olmasına karşın, birbirine aykırı kararlar verilmiş olması aranmaktadır.

İçtihatları birleştirme istemine konu olan uyuşmazlığa ilişkin kararlar, aralarında aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden incelendiğinde, vadesi kullanıldığı yılı izleyen yıla sarkan kredilere yürütülen faizlerin, dönem sonunda cari yıla isabet eden kısmının kurum kazancının tespitinde gider yazılıp yazılamayacağına ilişkin olarak, Üçüncü Dairece gider yazılabileceği sonucuna ulaşılmasına karşın, Dördüncü Dairece aksi görüş ve anlayışla gider yazılamayacağına karar verilmiş, böylelikle maddi olay ve hukuki dayanakları ayni ve süreklilik kazanmış olan Üçüncü ve Dördüncü Daire kararları arasında açık bir içtihat aykırılığı oluşmuş bulunduğu anlaşılmaktadır.

İçtihatların birleştirilmesi için, isteme konu olan kararlar arasında aykırılık bulunduğu saptandıktan sonra, içtihatların birleştirilmesine "lüzum", diğer bir deyişle gerek olup olmadığının incelenip değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda, ilk olarak, 5228 sayılı Kanun karşısında içtihatların birleştirilmesine gerek olup olmadığı incelenmiştir.

Gerçekten, 31 Temmuz 2004 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan 5228 sayılı, "Bazı Kanunlarda ve 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 59'uncu maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ile 213 Sayılı Vergi Usul Kanununun 285'inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "Borçlar mukayyet değerleriyle değerlenir." ibaresi, "Borçlar mukayyet değerleriyle değerlenir. Mevduat veya kredi sözleşmelerine müstenit borçlar değerleme gününe kadar hesaplanacak faizleriyle birlikte dikkate alınır." şeklinde değiştirilmek suretiyle, Kanunun gerekçesinde de belirtildiği gibi banka ve finans kurumları tarafından kullandırılan kredilere yürütülen faizlerin, değerleme günü itibarıyla krediyi kullanan mükellefler tarafından gider olarak kaydedilmesi hususuna açıklık getirilerek, uyuşmazlık kesin biçimde çözümlenmiş ve Kanunun bu açık hükmü karşısında, bu konuda artık bundan sonra bir uyuşmazlık çıkmasına olanak kalmamış olmakla birlikte, kuşkusuz, geçmiş dönemlere ilişkin olarak açılan ve henüz sonuçlanmamış bulunan davaların, uygulamada birliği sağlamak bakımından, içtihatların birleştirilmesi yoluyla bağlayıcı bir çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

İkinci olarak, Dördüncü Dairenin isteme konu olan kararından sonra aldığı 20.11.2002 günlü 3625 sayılı kararı karşısında içtihatların birleştirilmesine gerek olup olmadığı yönünden yapılan incelemede; Dördüncü Daire bu kararında, ödemeleri gelecek yıllara sarkan kredilere yürütülen faizlerle ilgil olarak Üçüncü Daire Kararları doğrultusunda cari yılda gider yazılabileceğini hükme bağlamış olmakla birlikte, üçe iki çoğunlukla alınan bu

kararın, Daire Kurulunun oluşumuna bağlı olarak sonucunun değişebileceği olasılığının yanısıra araştırmamıza göre, bu doğrultuda Dördüncü Dairece başkaca bir karar verilmemiş olduğu anlaşıldığından, bu anlayış ve görüş değişikliğinin, istikrar kazanmamış olması nedeniyle, isteme konu olan kararlara göre içtihatların birleştirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Bu durumda, sonuç olarak, vadesi kullandığı yılı izleyen yıla sarkan kredilere yürütülen faizlerin, dönem sonunda cari yıla isabet eden kısmının kurum kazancının tespitinde gider yazılıp yazılamayacağına ilişkin olarak, Üçüncü ve Dördüncü daire kararları arasında oluşan ve aynı hukuk kurallarının değişik biçimde yorumlanarak uygulanmasından kaynaklandığı sonucuna varılan aykırılığın içtihatların birleştirilmesi yoluyla giderilmesi gerekli görülmektedir.

İşin esasına gelince:

5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13'üncü maddesinde, kurumlar vergisinin birinci maddede yazılı mükelleflerin bir hesap dönemi içinde elde ettikleri safi kurum kazancı üzerinden hesaplanacağı ve safi kurum kazancının tespitinde Gelir Vergisi Kanununun ticari kazanç hakkındaki hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüş, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 38'inci maddesinde, bilanço esasına göre ticari kazanç, teşebbüsteki öz sermayenin hesap dönemi sonunda ve başındaki değerleri arasındaki müspet fark olarak tanımlanmış ve ticari kazancın tespitinde, Vergi Usul Kanununun değerlemeye ait hükümleri ile bu Kanunun 40 ve 41'inci maddeleri hükümlerine uyulacağı belirtilmiş, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 174'üncü maddesinde de, hesap dönemi, normal olarak takvim yılı kabul edilmiştir

Öte yandan, Gelir Vergisi Kanununun sözü edilen 38'inci maddesinin göndermede bulunduğu Vergi Usul Kanununun 258'inci maddesinde, değerleme, vergi matrahlarının hesaplanmasıyla ilgili iktisadi kıymetlerin takdir ve tespiti olarak tanımlandıktan sonra 261'inci maddesinde, değerlemenin, iktisadi kıymetin nevi ve mahiyetine göre maddede sayılan ölçülerden biri ile yapılacağı 265'inci maddesinde, sözü edilen ölçüler arasında yer alan "mukayyet değer"in, bir iktisadi kıymetin muhasebe kayıtlarında gösterilen hesap değeri olduğu belirtilmiş, 281'inci maddesinde alacakların, 285'inci maddesinde borçların, mukayyet değerleriyle değerlendirileceği açıklanmış, 283'üncü maddesinde aktif geçici hesap kıymetleri, 287'nci maddesinde de pasif geçici hesap kıymetleri düzenlenmiş ve bu maddede cari hesap dönemine ait olup henüz ödenmemiş olan giderlerin mukayyet değerleri üzerinden pasifleştirilmek suretiyle değerlendirileceği hükme bağlanmıştır.

Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, vergi sistemimizde ticari kazancın tespitinde dönemsellik ilkesinin cari olduğu, bu ilkeye ilişkin kurallar çerçevesinde kazancın hesap dönemleri itibarıyla tespit edileceği ve hesap döneminin genel olarak takvim yılı olduğu, ayrıca gelir veya giderin hangi döneme ilişkin olduğunu belirlemede de tahakkuk esasının benimsendiği anlaşılmaktadır.

Pozitif hukukumuzda "tahakkuk" kavramının tanım ve niteliğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, gerek öğreti ve gerek uygulamada gelir ya da giderin mahiyet ve tutar olarak kesinleşmesi ve hukuken istenebilir duruma gelmesi olarak tanımlanmakta ve kabul edilmektedir. Bu bağlamda, gelir ya da giderin mahiyet itibarıyla kesinleşmiş sayılabilmesi için, miktar olarak hesaplanabilmesi, gelire hak kazanılması, gider yönünden de borç altına girilmesi yeterli bulunmakta, tahsilat ya da ödeme aşamasına gelmesi aranmamaktadır.

Nitekim, Vergi Usul Kanununun yukarıda sözü edilen 287'nci maddesinde, "... cari hesap dönemine ait olup henüz ödenmemiş olan giderler mukayyet değerleri üzerinden pasifleştirilmek suretiyle değerlenir." biçiminde yer alan kuralla, bir giderin tahakkuk etmesi ile ödenmesi arasındaki fark açıkça ortaya konarak, ödenmesi gelecek yıllara sarkan cari hesap dönemine ait giderlerin, yöntemi de gösterilerek değerlendirileceği öngörülmüş bulunmaktadır.

Bu durumda, vadesi kullanıldığı yılı izleyen yıla sarkan kredilerin, dayanağı sözleşme cari yılı kapsar biçimde yapılarak, bu dönemde kullanıldığı süre ve faiz oranına göre kesin olarak belli ve ilgili finans kuruluşuna karşı borçlanılmış olan faiz giderlerinin, mahiyet ve tutar olarak kesinleşmiş ve hukuken istenebilir duruma gelmiş olması nedeniyle söz konusu yasal düzenlemeler ve vergilendirme ilkeleri doğrultusunda, cari yıl kurum kazancının tespitinde gider olarak yazılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, yukarıda sözü edilen kararlar arasında oluşan aykırılığın, içtihatların birleştirilmesi yoluyla bağlayıcı bir çözüme kavuşturularak giderilmesi ve içtihadın da Üçüncü Daire kararı doğrultusunda birleştirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

III- KONU İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER :

1- 818 Sayılı Borçlar Kanunu :

Madde 306 : Karz, bir akittir ki onunla ödünç veren, bir miktar paranın yahut bir misli şeyin mülkiyetini ödünç alan kimseye nakil ve bu kimse dahi buna karşı miktar ve vasıfta müsavi aynı neviden şeyleri vermekle mükellef olur.

Madde 307 : Ticaret muamelelerinde, şart edilmemiş olsa dahi faiz verilmek lazımdır.

...

2- 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu :

Madde 8 : Ticari işlerde faiz miktarı serbestçe tayin olunabilir.

...

Ödünç para verme işleri, bankalar, tasarruf sandıkları ve tarım kredi kooperatifleri hakkındaki hususi hükümler mahfuzdur.

3- 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu :

Madde 13 : Kurumlar vergisi, birinci maddede yazılı mükelleflerin bir hesap dönemi içinde elde ettikleri safi kurum kazancı üzerinden hesaplanır.

Safi kurum kazancının tesbitinde Gelir Vergisi Kanununun ticari kazanç hakkındaki hükümleri uygulanır.

4- 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu :

Madde 38 : Bilanço esasına göre ticari kazanç, teşebbüsdeki öz sermayenin hesap dönemi sonunda ve başındaki değerleri arasındaki müspet farktır. Bu dönem zarfında sahip veya sahiplerince:

1- İşletmeye ilave olunan değerler bu farktan indirilir;

2- İşletmeden çekilen değerler ise farka ilave olunur.

Ticari kazancın bu suretle tesbit edilmesi sırasında, Vergi Usul Kanununun değerlemeye ait hükümleri ile bu Kanunun 40 ve 41 inci maddeleri hükümlerine uyulur.

Madde 39 : İşletme hesabı esasına göre ticari kazanç, bir hesap dönemi içinde elde edilen hasılat ile giderler arasındaki müspet farktır. (Elde edilen hasılat, tahsil olunan paralarla tahakkuk eden alacakları; giderler ise, tediye olunan ve borçlanılan meblağları ifade eder.) ...

Madde 40 : Safi kazancın tesbit edilmesi için, aşağıdaki giderlerin indirilmesi kabul edilir:

1- Ticari kazancın elde edilmesi ve idame ettirilmesi için yapılan genel giderler.

Madde 41 : Aşağıda yazılı ödemelerin gider olarak indirilmesi kabul olunmaz:

5- 213 sayılı Vergi Usul Kanunu :

Madde 174 : Defterler hesap dönemi itibariyle tutulur. Kayıtlar her hesap dönemi sonunda kapatılır ve ertesi dönem başında yeniden açılır.

Hesap dönemi normal olarak takvim yılıdır.

Şu kadar ki, takvim yılı dönemi faaliyet ve muamelelerinin mahiyetine uygun bulunmıyanlar için, bunların müracaatı üzerine Maliye Bakanlığı 12 şer aylık özel hesap dönemleri belli edebilir.

Yeniden işe başlama veya işi bırakma hallerinde, hesap dönemi içinde bir yıldan eksik olan faaliyet süresi, hesap dönemi sayılır.

Bu maddeye göre özel hesap dönemi tayin edilenlerin ticari ve zirai kazançları, hesap dönemlerinin kapandığı takvim yılının kazancı sayılır.

Madde 192 : Bilanço, envanterde gösterilen kıymetlerin tasnifli ve karşılıklı olarak değerleri itibariyle tertiplenmiş hulasasıdır.

Aktif tablosunda mevcutlar ile alacaklar (ve varsa zarar), pasif tablosunda borçlar gösterilir.

Madde 194 : İşletme hesabının sol tarafını gider, sağ tarafını hasılat kısmı teşkil eder. 1- Gider kısmına: Satın alınan mallar veya yaptırılan hizmetler karşılığında ödenen veya borçlanılan paralar ve işletme ile ilgili diğer bütün giderler;

2- Hasılat kısmına: Satılan mal bedeli veya yapılan hizmet karşılığı olarak tahsil edilen paralarla tahakkuk eden alacaklar ve işletme faaliyetinden elde edilen diğer bütün hasılat;

kaydolunur.

Madde 258 : Değerleme, vergi matrahlarının hesaplanmasiyle ilgili iktisadi kıymetlerin takdir ve tesbitidir.

Madde 259 : Değerlemede, iktisadi kıymetlerin vergi kanunlarında gösterilen gün ve zamanlarda haiz oldukları kıymetler esas tutulur.

Madde 261 : Değerleme, iktisadi kıymetin nevi ve mahiyetine göre aşağıdaki ölçülerden biri ile yapılır:

1- Maliyet bedeli;

2- Borsa rayici;

3- Tasarruf değeri;

4- Mukayyet değer;

5- İtibari değer;

6- Vergi değeri;

7- Rayiç bedel;

8- Emsal bedeli ve ücreti.

Madde 264 : Tasarruf değeri, bir iktisadi kıymetin değerleme gününde sahibi için arz ettiği gerçek değerdir.

Madde 265 : Mukayyet değer, bir iktisadi kıymetin muhasebe kayıtlarında gösterilen hesap değeridir.

Madde 281 : Alacaklar mukayyet değerleriyle değerlenir.

Vadesi gelmemiş olan senede bağlı alacaklar değerleme gününün kıymetine irca olunabilir. Bu takdirde, senette faiz nispeti açıklanmış ise bu nispet, açıklanmamışsa Cumhuriyet Merkez Bankasının resmi iskonto haddi uygulanır.

Bankalar ve bankerler ile sigorta şirketleri alacaklarını ya Cumhuriyet Merkez Bankasının resmi iskonto haddi veya muamelelerinde uyguladıkları faiz haddi ile, değerleme günü kıymetine irca ederler.

Madde 283 : Gelecek bir hesap dönemine ait olarak peşin ödenen giderler ile cari hesap dönemine ait olup da henüz tahsil edilmemiş olan hasılat, mukayyet değer üzerinden aktifleştirilmek suretiyle değerlenir.

Madde 285 : Borçlar mukayyet değerleriyle değerlenir.

Vadesi gelmemiş olan senede bağlı borçlar değerleme günü kıymetine irca olunabilir. Bu takdirde senette faiz nispeti açıklanmışsa bu nispet, açıklanmamışsa Cumhuriyet Merkez Bankasının resmi iskonto haddinde bir faiz uygulanır.

Banka ve bankerler ile sigorta şirketleri borçlarını, Cumhuriyet Merkez Bankasının resmi iskonto haddi veya muamelelerinde uyguladıkları faiz haddiyle, değerleme günü kıymetine irca ederler.

Madde 287 : Gelecek hesap dönemlerine ait olarak peşin tahsil olunan hasılat ile cari hesap dönemine ait olup henüz ödenmemiş olan giderler mukayyet değerleri üzerinden pasifleştirilmek suretiyle değerlenir.

6- 31.7.2004 günlü ve 25539 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5228 Sayılı "Bazı Kanunlarda ve 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" :

Madde 59 : 1) 213 sayılı Kanunun;

b) 281 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Alacaklar mukayyet değerleriyle değerlenir." ibaresi "Alacaklar mukayyet değerleriyle değerlenir. Mevduat veya kredi sözleşmelerine müstenit alacaklar değerleme gününe kadar hesaplanacak faizleriyle birlikte dikkate alınır."

c) 285 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Borçlar mukayyet değerleriyle değerlenir." ibaresi "Borçlar mukayyet değerleriyle değerlenir. Mevduat veya kredi sözleşmelerine müstenit borçlar değerleme gününe kadar hesaplanacak faizleriyle birlikte dikkate alınır."

Şeklinde değiştirilmiştir.

IV- KONUNUN İÇTİHADIN BİRLEŞTİRİLMESİNE GEREK OLUP OLMADIĞI YÖNÜNDEN İNCELENMESİ :

2575 sayılı Danıştay Kanununun 39'uncu maddesinde, dava dairelerinin veya İdari ve Vergi Dava Daireleri Genel Kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık görüldüğü takdirde İçtihatları Birleştirme Kurulunun, içtihadın birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkında karar vereceği hükme bağlanmıştır.

Madde hükmüne göre, içtihadın birleştirilmesine karar verilebilmesi için öncelikle isteme konu kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Kararlar arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın ne olduğu, sözü edilen maddede açıklanmamış ise de, aynı veya benzer konuda açılıp farklı şekilde sonuçlandırılan yargı kararları arasında içtihat aykırılığının varlığı uygulamada kabul edilmektedir.

Vadesi kullanıldığı yıla sarkan kredinin faiz tutarlarının dönem sonunda cari yıla isabet eden kısmının kurum kazancının tespitinde gider yazılabileceği yolundaki Danıştay Üçüncü Daire kararlarıyla, vadesi kullanıldığı yıla sarkan kredi faizleri tutarının ancak vadesinde tahakkuk edeceğinden cari yıla isabet eden kısmının tespitinde gider olarak yazılamayacağı yolundaki Danıştay Dördüncü Daire kararları arasında aynı maddi olay nedeniyle içtihat aykırılığı olduğu anlaşılmaktadır.

Her ne kadar 31.7.2004 günlü ve 25539 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5228 sayılı Kanunun 59'uncu maddesi ile 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 285'inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "Borçlar mukayyet değerleriyle değerlenir." ibaresinin, "Borçlar mukayyet değerleriyle değerlenir. Mevduat veya kredi sözleşmelerine müstenit borçlar değerleme gününe kadar hesaplanacak faizleriyle birlikte dikkate alınır." şeklinde değiştirilmek suretiyle Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere bankalar tarafından kullandırılan kredilere yürütülen faizlerin değerleme günü itibarıyla krediyi veren bankalar tarafından gelir, krediyi kullanan mükellefler tarafından gider olarak kaydedilmesi hususuna açıklık getirilmiş ise de; geçmiş dönemlere ilişkin uyuşmazlıklar devam ettiğinden, uygulamada birlik ve eşitliği sağlamak bakımından yukarıda sözü edilen kararlar arasında oluşan aynı hukuk kurallarının farklı şekilde yorumlanarak uygulanmasından kaynaklandığı sonucuna varılan aykırılığın, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 39'uncu maddesi gereğince içtihadın birleştirilmesi yoluyla giderilmesine oybirliğiyle karar verilerek işin esasına geçildi.

V- KONUNUN ESASTAN İNCELENMESİ :

Kredi sözlük anlamıyla, "saygınlık ve güven"; genel anlamda ise, herhangi bir kimseye ödünç para vermek veya nakit olarak alınacak bir mal veya verilecek bir hizmetin yerine getirilmesine kefalet etmek, garanti vermek, bedelini daha sonra almak kaydıyla bir mal veya hizmet vermek olarak tanımlanmaktadır. Bankalar Kanunu açısından ise kredi,

bankaların öz varlıklarının yanı sıra topladıkları vadeli ve vadesiz Türk Lirası veya döviz mevduatı ile banka dışında temin ettikleri fonların, yasal sınırlar içinde ve banka iç mevzuatı da gözönünde bulundurulmak suretiyle, ihtiyaç sahiplerine belirli bir süre sonra, geri alınması kaydıyla, borç olarak verilmesi işlemidir. Kredi işlemlerinde faiz, paranın kullanılması karşılığı alınan bir bedeldir.

Kredi verenler ile kredi kullananlar arasında, ticari senet niteliği taşımayan ya uzun vadeli ama ara faiz ödemeli , ya da kısa vadeli ve vade sonunda faizin tümü ödemeli spot kredi sözleşmeleri yapılmaktadır. Uzun vadeli kredilerde ara faizlerin ödeme tarihleri ve miktarı kesin olarak belirlenmektedir. Spot kredi ise vade sonunda ana para ile faizi birlikte kapatılmak üzere açılan ve faiz oranı vade sonuna kadar sabit kalan, vadeden önce kapatılması mümkün bulunmayan bir kredi türüdür.

Karz akti mahiyetindeki kredi sözleşmeleriyle bankanın ya da finans kurumunun verdiği kredi, bu kurumların alacağını teşkil ederken, krediyi kullananın da borcunu teşkil etmektedir.

Kredi sözleşmesinin imzalanması ile kredi hizmetinin mahiyeti ve bedeli (faiz) konusunda taraflar kesin bir mutabakata varırlar. Banka veya finans kurumu, kredi sözleşmesi kapsamında sunduğu hizmetin (paranın ticari işletmeye verilmesi) karşılığının (faizin) yine sözleşmede belli edilen vadede ana para ile birlikte geri ödenmesini beklerken; ticari işletme ise, kullandığı krediyi sözleşmede belirlenen vadede ana para ve faizi ile geri ödemek için hazırlık yapar.

Kurumlar Vergisi safi kurum kazancı üzerinden hesaplanmakta olup, safi kurum kazancının tespitinde Gelir Vergisi Kanununun ticari kazanç hakkındaki hükümleri uygulanmaktadır. Gelir Vergisi Kanununa göre ticari kazanç, Vergi Usul Kanunu hükümlerine ve Gelir Vergisi Kanununda yazılı gerçek (bilanço veya işletme hesabı esası) veya basit usullere göre tespit edilmektedir.

Bilanço esasına göre ticari kazancın, teşebbüsdeki öz sermayenin hesap dönemi sonunda ve başındaki değerleri arasındaki müspet fark olduğu, bir dönem zarfında işletme sahip veya sahiplerince işletmeye ilave olunan değerlerin bu farktan indirileceği, işletmeden çekilen değerlerin ise bu farka ilave edileceği; işletme hesabı esasına göre ticari kazancın ise, bir hesap dönemi içinde elde edilen hasılat ile giderler arasındaki müspet fark olduğu, elde edilen hasılatın tahsil olunan paralarla tahakkuk eden alacakları, giderlerin ise tediye olunan ve borçlanılan meblağları ifade edeceği, ticari kazancın bu suretle tespit edilmesi sırasında Vergi Usul Kanununun değerlemeye ilişkin hükümleri ile Gelir Vergisi Kanununun 40 ve 41'inci maddelerindeki indirilecek giderler ile gider kabul edilmeyen ödemelere ilişkin hükümlerinin de dikkate alınacağı Kanunda ayrıca belirtilmiştir.

Türk vergi sisteminde ticari kazançta gelir ve giderin elde edilmesi dönemsellik ve tahakkuk esasına bağlanmıştır.

Dönemsellik kavramı, işletmelerin sınırsız sayılan yaşam sürelerinin sınırlı uzunlukta belli dönemlere bölünmesi ve her dönemin faaliyet sonuçlarının diğer dönemlerden ayrı olarak hesaplanmasını ifade eder. Bu kavrama göre faaliyet sonuçları ilgili olduğu dönemde değerlendirilir.

Dönemsellik esası, Vergi Usul Kanununda yer alan kayıtların her hesap dönemi itibarıyla tutulması ve faaliyet sonuçlarının hesap dönemi itibarıyla belirlenmesi ilkesinin sonucudur. Bu ilke gereği bir hasılat unsurunun belli bir dönemin kazancının tespitinde dikkate alınabilmesi için bu hasılat unsurunun anılan döneme ait olması, yine bir gider unsurunun ilgili dönem kazancının tespitinde olumsuz unsur olarak dikkate alınabilmesi için bu giderin de ilgili döneme ait olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile ilgili hesap döneminde yazılacak giderlerin o dönemin gelirlerinin sağlanması ile doğrudan ilgili olması gerekmektedir.

Vergi Usul Kanununun 283 ve 287'nci maddeleri dönemsellik esasına göre düzenlenmiş maddelerdir. Keza aynı Yasadaki alacak ve borç reeskontları ile karşılıkların

ayrılmasına imkan sağlayan 281 ve 285'inci madde hükümleri de dönemsellik esasının uygulanmasına dayanmaktadır.

Ticari kazançta gelir ve giderin elde edilmesi tahhakuk esasına bağlanmış ise de, bu kavramın ne anlama geldiği yasalarımızda net olarak tanımlanmamıştır. Gelir Vergisi Kanununun 38 ve 39'uncu, Vergi Usul Kanununun 192 ve 194'üncü maddelerinde "tahakkuk eden alacaklar", "borçlanılan paralar" ifadeleri kullanılmıştır.

Genel kabul gören tanıma göre tahakkuk, gelirin ve giderin mahiyetinin ve miktarının kesinleşmesi ve kişiselleşmesiyle birlikte, hukuken istenebilir duruma gelmeyi sağlayan işlemin ve olayın gerçekleşmesidir.

Mahiyeti ve tutarı itibarıyla kesinleşme, taraflar arasında mevcut ticari ilişkide edimlerin eksiksiz yerine getirilmesi suretiyle karşılıklı mutabakatla belirlenen bedele hak kazanılması ve bu bedelin belirginleşerek kesinleşmesini ifade eder. Alacak ve borcun, alacaklısının ve borçlusunun kimliğinin tespiti kişiselleşmesini, muhatap tarafından istenebileceği safhaya gelmesi de borcun veya alacağın hukuken istenebilirliğini ifade etmektedir. Bu tanıma göre, gelirin tahsil edilmiş veya giderlerin ödenmiş veya ödenmemiş olmasının tahakkuk esasına etkisi bulunmamaktadır. Mahiyeti ve tutarı itibarıyla kesinleşmiş, kişiselleşmiş bir alacak veya borç taraflar arasında varılan mutabakatla kararlaştırılmış, ancak ödeme dönemleri (vade) nedeniyle henüz ifa edilebilir safhaya gelmemiş olabilir. Yani alacağın tahsilinin talep edilmesi belli bir vadeye bağlanmış olabilir. Vade, bir kredinin ne zaman geri ödeneceği veya ne kadar süre kullanılacağına ilişkin olarak kredi kullandırılmadan önce tespit edilen tarihtir. Yani kredilerin kullanıldıktan belli bir süre sonra vadesinde geri ödenmesi gerekir. Vadeye bağlanan bir borç veya alacak ilişkisinde, borcun veya alacağın doğumu için tüm muameleler tekemmül etmiş, ancak borcun ödenmesi için belli vade öngörülmüştür. Dolayısıyla ifa zamanı vadeye bağlanan alacak-borçların tamamı bu niteliği kazandıkları andan itibaren gerek özel hukuk, gerekse vergi hukuku açısından tahakkuk etmiş sayılırlar.

Kredi işlemlerinde de kredininin alınmasından itibaren her geçen gün için bankanın faiz alacağı tahakkuk etmiştir. Ancak bu borç vadesinde ifa edilecektir. Bir kredi ilişkisinde krediyi veren kuruluşun tahsilat için borcun vadesini bekliyor olması, bahse konu alacağın ana para ve faizinin henüz tahakkuk etmediği anlamına gelmez. Nitekim kredi sözleşmesindeki şartlar gereği, kredinin ve buna ilişkin faizin vadesinden önce talep edilebileceği ve talep tarihine kadar işlemiş faizinin tahsil edilebileceği açıktır.

Kredi sözleşmesi ile vadeli mevduat sözleşmesi karşılaştırılıp elde edilen faiz gelirlerine tahakkuk ve dönemsellik ilkesi açısından bakıldığında, iki sözleşmenin hukuki niteliklerinin birbirinden farklı olması nedeniyle dönem sonunda vadesi dolmamış mevduat hesaplarında bu şartların yerine geldiği ve yıl sonuna kadar işlemiş faizin, gelir yazılması gerektiğini söylemek mümkün değildir. Çünkü faiz gelirini oluşturacak vadeli mevduat işlemi henüz tamamlanmamıştır. Vadeli mevduat sahibi vade dolmadan parasını almak istediğinde ana para, o ana kadar işlemiş faizi ile birlikte değil, ya faizsiz olarak ya da vadesiz mevduata uygulanan faiz ile birlikte kendisine ödenmektedir. Kredi sözleşmesinin feshedilmesi halinde ise, banka krediyi kullanandan, o ana kadar işlemiş olan faizi talep edebilmektedir.

SONUÇ : Banka ve finans kurumlarından alınıp kullanıldığı yılın gelirinin oluşmasına da katkıda bulunan kredilerin, dayanağı sözleşmenin cari yılı kapsayacak şekilde yapılarak, bu dönemde kullanıldığı süre ve faiz oranına göre kesin olarak belli ve ilgili banka veya finans kuruluşuna karşı borçlanılmış olan faiz giderinin mahiyet ve tutar olarak kesinleşmiş ve hukuken istenebilir hale gelmiş olması nedeniyle Kurumlar ve Gelir Vergisi Kanunu ile Vergi Usul Kanununun vergilendirme ilkeleri doğrultusunda, cari yıl kurum kazancının tespitinde gider olarak yazılması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle içtihadın Danıştay Üçüncü Dairesinin 4/4/2002 günlü ve E:2001/930, K:2002/1438 sayılı kararı doğrultusunda birleştirilmesine, 22/12/2004 günlü birinci toplantıda Kurul üye tamsayısının salt çoğunluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Uyuşmazlık, işletmelerin, bankalardan ve finans kurumlarından temin ettikleri kredilerin, vadesi takip eden yıla sarkan faizlerinin cari yıla isabet eden kısmının karşılık ayırmak suretiyle gider yazılıp, yazılamıyacağına, başka bir ifadeyle kurum kazancından indirilip, indirilemiyeceğine ilişkindir.

İşletmeler finansman ihtiyaçlarını karşılamak için banka veya finans kurumlarından kısa veya uzun vadeli kredi temin edebilirler. Finansman temini işlemi, kredi isteyen işletme ile banka veya finans kurumu arasında düzenlenen bir sözleşme ile mümkün olmaktadır. Bu sözleşmelerde verilecek kredi tutarı, kredinin vadesi, faiz oranı, teminatlar ve diğer hususlara yer verilmektedir. Belirtilen sözleşmeler, gerek kıymetli evrak hukukumuz gerekse vergi hukukumuz açısından senet olarak kabul edilmemektedir. Kredi borcu, Vergi Usul Kanununun değerleme hükümleri açısından senetsiz borç niteliğindedir. Kredi sözleşmesi bir hizmet (finansman) sözleşmesidir. Dayanağı Borçlar Hukukundaki karz aktidir. Geri ödeme planında, kredi borçlusu, paranın kullanımına imkan tanıyan süre sonunda, ana paranın kullanımına ilişkin olarak ortaya çıkan faizi, ya peşin olarak krediyi alırken veya vadeli olarak dönemler halinde ya da kullanım süresi sonunda, ana para ile birlikte bankaya ödeyebilir.

İşte bu ödemelerin, vergilendirilecek kazanca etkisi önem taşımaktadır. Kıymetli Evrak Hukukunda ve Vergi Hukukunda bu sözleşme senet olarak değerlendirilmediğinden, kredi sözleşmesi ile borçlanılan tutarlar da Vergi Hukuku açısından senetsiz borçların tabi olduğu değerlendirme hükümlerine tabi olmaktadır.

Vadeli kredi sözleşmelerinde kredi borçlusu, belirlenen süre sonunda belli bir para borcunu ifa yükümlülüğü altına girmektedir. Bu yükümlülük, borcun vadesinin dolmasıyla gerçekleşmektedir. Bankanın, vadesi gelmeden kredi alacağını istemesi mümkün değildir.

Türk vergi sisteminde, ticari kazançta gelir ve giderin elde edilmesi dönemsellik ve tahakkuk esasına bağlanmıştır.

Dönemsellik kavramı, işletmelerin sınırsız sayılan yaşam sürelerinin sınırlı uzunlukta belli dönemlere bölünmesi ve her dönemin faaliyet sonuçlarının diğer dönemlerden ayrı olarak saptanmasını ifade eder. Bu esasa göre, faaliyet sonuçları ilgili olduğu dönemde değerlendirilir. Gelir ve giderlerin tahakkuk esasına göre muhasebeleştirilmesi; hasılat, gelir ve karların, aynı döneme ait maliyet, gider ve zararlarla karşılaştırılması bu kavramın bir gereğidir.

Dönemsellik ilkesi 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 174 üncü maddesinde "Defterlerin hesap dönemi itibarıyla tutulacağı, kayıtların her hesap dönemi sonunda kapatılacağı ve ertesi dönem başında yeniden açılacağı, hesap döneminin normal olarak takvim yılı olduğu" şeklinde ifade edilmiş, 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 1 inci ve 108 inci, 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13 üncü ve 28 inci maddelerinde de "dönemsellik esası" yer almıştır.

Ticari kazancın tespitinde tahakkuk esasının geçerli olacağı Gelir Vergisi Kanunu'nun 39 uncu maddesinin parantez içi, "Elde edilen hasılat, tahsil olunan paralarla tahakkuk eden alacakları; giderler ise, tediye olunan ve borçlanılan meblağları ifade eder." hükmünden açıkça anlaşılmakta, doğrudan ve açık olarak belirtilmese bile diğer birçok maddede bu esas belirtilmekte, ancak kanunda tahakkuk esasının genel bir tanımı yer almamaktadır. Genel kabul görmüş tanıma göre tahakkuk esası, gelir ya da giderin mahiyet ve miktar itibarıyla kesinleşmesidir. Tahakkuktan bahsedebilmek için gelir ya da gideri doğuran işlemin eksiksiz olarak gerçekleşmesi, yani gelirin mahiyetinin ve miktarının kesinleşmesi ile birlikte hukuken istenebilir duruma getiren işlemin veya olayın gerçekleşmesi gerekmektedir.

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13 üncü maddesiyle, kurumlar vergisinin, bu Kanun'un 1 inci maddesinde yazılı mükelleflerin bir hesap dönemi içerisinde elde ettikleri safi kurum kazancı üzerinden hesaplanacağı ve safi kurum kazancının tespitinde ise Gelir Vergisi Kanunu'nun ticari kazanç hakkındaki hükümlerinin (ile değerleme hükümlerinin) uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Ticari kazanç gibi tespit edilen kurum kazancının belirlenmesinde de tahakkuk esası geçerli olup, gelirin elde edilmesi veya giderin gerçekleşmesi yönünden tahsilat ya da ödemenin yapılmış olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Bir giderin vergiye tabi gelirden indirilebilmesi için tahakkukun gerçekleşmesi gerekmektedir. Kullanılan kredilerin faizleri de kredi alanlar açısından gider (ya da maliyet) niteliği taşımaktadır. Bu giderlerin dönem kurum kazancından indirilebilmesi için tahakkuk etmesi, diğer bir ifadeyle giderin nitelik ve tutar olarak kesinleşmesi ve kredi veren tarafından da hukuken talep edilebilir duruma gelmesi gerekir.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 1 inci maddesinde gelirin "bir takvim yılı içinde" elde edilmiş olması, 38 inci maddesinde "bilanço esasına göre ticari kazançın, teşebbüsteki öz sermayenin hesap dönemi sonunda ve başındaki değerler arasındaki müsbet fark olduğunun" belirtilmesi, ticari kazancın dönemsellik ilkesine göre tespit edileceğini ortaya koymaktadır.

Aynı şekilde Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13 üncü maddesinde kurumlar vergisinin "bir hesap dönemi içinde elde edilen kurum kazancı üzerinden hesaplanacağının", 20 nci maddesinde beyannamenin "ilgili bulunduğu hesap döneminin" sonuçlarını ihtiva edeceğinin belirtilmesi de ticari kazanç gibi tespit edilecek kurum kazancının da dönemsellik ilkesine göre tespit edileceğini göstermektedir

Bir gelir ya da giderin kurum kazancının tespitinde vergilendirme açısından hüküm ifade eder hale gelebilmesi için mutlaka tahakkuk etmiş olması gerekmektedir. Söz konusu şartın gerçekleşmesinden sonra, gelir ve gider vergilendirme yönünden anlam kazanmış olmaktadır. Dönemsellik ilkesi ise ancak bu safhada devreye girmekte, vergilendirme açısından anlamlı hale gelen gelir ya da giderin hangi dönemin gelirleri ya da giderleri arasında yer alacağı, bir başka ifade ile hangi dönem kazancının tespitinde dikkate alınacağı, dönemsellik ilkesi uyarınca belirlenecektir.

Çok açık bir şekilde görülmektedir ki kurum kazancının tespitinde, bir gelir ya da giderin hangi dönemle ilgili olduğunun araştırılması, öncelikle o gelir ya da giderin hangi dönemde tahakkuk ettiğine bağlıdır. Tahakkuk esasının dönemsellik ilkesinden daha öncelikli olduğunu, dönemsellik ilkesinin işlerlik kazanmasının, öncelikle tahakkuk etmiş bir gelir ya da giderin varlığına bağlı olduğunu söylemek mümkündür.

Bankalar ve diğer finans kuruluşları, kredi kullandırmak suretiyle müşterilerine bir finansman hizmeti vermektedirler. Kredi sözleşmesi ile kredi veren taraf, belli miktarda parayı belli bir süre kullandırmayı taahhüt ederken, krediyi alan taraf bu parayı belli bir süre kullanma karşılığı olarak, sözleşmede belirtilen vade tarihlerinde belli bir faiz oranı üzerinden hesaplanacak faiz tutarını ödemeyi kabul etmektedir. Her iki taraf da sözleşmenin yapıldığı anda vadeleri ve faiz oranını bilmektedir. Burada; kredi kullandıran, sözleşmede belirlenen süre ile kredi kullandırması şartıyla faize hak kazanmaktadır. Aynı şekilde, kredi kullananın faiz ödeme yükümlülüğü altına girmesi ise aldığı krediyi sözleşmede belirlenen sürede kullanmasına bağlıdır. Buna göre, iki taraf açısından faiz gelir ve giderinin tahakkuku, ancak kredinin belirlenen süreyle kullanılmasına bağlı olarak belirlenen vade tarihlerinde gerçekleşmektedir. Faiz, ancak sözleşmede belirlenen vade tarihlerinde tahakkuk etmektedir. Sözleşme uyarınca bankanın bu süre dolmadan faiz isteme hakkı olmadığı gibi, krediyi kullananın da (sözleşmesinde, bankalara, düzenlenen sözleşme üzerinde yer alan faiz ve diğer unsurlarla ilgili tek taraflı tasarrufta bulunma yetkisinin tanındığı düşünülürse de) faiz tahakkukunu vadenin bulunduğu dönemden önce yapması mümkün değildir.

Taraflar arasında sözleşme yapılmakla kredi borcu ile bu borcun fer'i niteliğindeki faiz borcu da kesinlik kazanmışsa, faiz borcunun değerleme gününe kadar geçen süreye ilişkin kısmının değil, sözleşmede öngörülen faizin tamamının tahakkuk ettiğinin kabulü gerekeceği halde, sadece değerleme gününe kadar olan kısmının tahakkuk ettiğini benimseyen görüş, bu tahakkuku bağladığı temel varsayım olan sözleşmenin yapıldığı tarihte

tarafların kimlikleri, borcun ve faizin hesaplandığı faiz oranı ve vadenin belli olması anlayışına uygun düşmemektedir.

Öte yandan, vadeli kredi sözleşmesinin gelecekte hangi kurallara bağlı olarak sonuç doğuracağı vadenin sonuna kadar belli değildir. İfa zamanı olan vadeden önce ödeme; borçlunun iflasına karar verilip de iflasın açılması gibi pek çok durum, faizin işlemesini durduran hukuksal nedenlerdir. O halde vadeli kredi sözleşmelerinde de Yargıtay'ın 1960'lı yıllardan itibaren ticari ödünç sözleşmesi olduğunu kabul ettiği vadeli mevduat açma sözleşmesinde olduğu gibi vadenin bitmesine kadar faiz miktarının hangi koşullara göre ifa edileceği belirsizdir. Nitekim, vadeli mevduat açma sözleşmesinin, yaygın olarak mevduat sahibi tarafından feshinin ihbarında olduğu gibi vadeli kredi sözleşmesinin de vadeden önce feshinin ihbarını önleyen hiçbir hukuksal durum yoktur. Bilindiği gibi bir sözleşmenin feshinin ihbarı, faizin işlenmesini durdurucu etki yapmaktadır.

Tüm bu nedenlerle tarafların kimliği, faizin oranı ve vadenin sözleşmenin yapılması sırasında belli olması nedeniyle sözleşmede öngörülen faiz tutarının vade sona erinceye kadar değişmeyeceği görüşü, hukuksal gerekçelere uygun düşmeyen bir varsayıma dayanmaktadır. Vadesi; kredi sözleşmesi yapılıp, kredinin alındığı hesap döneminde bitmeyen, izleyen yıllara rastlayan kredi sözleşmelerinde, değerleme gününe kadar faizin kesin olarak hesaplanamayacağı, gelecekte sözleşme koşullarında belirebilecek hukuksal değişikliklerin faiz tutarını etkileyebileceği, bu nedenle işlemesi duran faiz miktarının azalacağı, dolayısıyla değerleme gününe değin geçen süreye ilişkin faiz tutarının da değişeceği tabiidir.

Belirtilen yönlerden de vadeli kredi sözleşmelerinde vadenin ve faiz oranının taraflarca sözleşmenin yapılması sırasında kararlaştırılması nedeniyle sözleşme yapılmakla kredi borcunun da faizin de doğduğu, kesinlik kazandığı, dolayısıyla faiz borcunun değerleme gününe değin geçen süreye ilişkin kısmının kesin olarak tahakkuk ettiğine dair görüşte isabet bulunmamaktadır.

Vergi Usul Kanunu'nun 283 üncü, 287 nci ve 288 inci maddelerinde; kazancın tespitinde dönemsellik ve tahakkuk ilkelerinin esas alınacağını belirten hükümler yer almakta olup, anılan Kanunun 283 üncü ve 287 nci maddelerinde tahakkuk etmiş, ancak henüz tahsil edilmemiş veya ödenmemiş alacak ve borçların değerleme şekli belirtilmiştir.

Tahakkuk ilkesi, Kurumlar Vergisi sistemimizin esasını teşkil eder, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 288 inci maddesinde hükme bağlanan karşılık esası ise ancak istisnai durumlarda uygulanabilen bir kurumdur.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 288 inci maddesinde, karşılıklar; "Hasıl olan veya husulü beklenen fakat miktarı katiyetle kestirilemeyen ve teşebbüs için bir borç mahiyetini arz eden belli bazı zararları karşılamak maksadıyla hesaben ayrılan meblağlar" olarak tanımlanmış ve "karşılıkların mukayyet değerleriyle pasifleştirilmek suretiyle değerleneceği" belirtilmiştir. Anılan hüküm uyarınca, işletmeler için borç mahiyetini taşıyan yani işletme için gider niteliğinde olan belli zararları karşılamak amacıyla karşılık ayrılabileceği öngörülmüştür. Maddede karşılıklarla ilgili genel bir tanım yer almıştır. Bu nedenle herhangi bir konuda karşılık ayrılabilmesi için o konu ile ilgili olarak yasada özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Aksi halde ayrılan karşılığın vergisel açıdan gider olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Vadeli kredi sözleşmelerinde kredi borcu, Vergi Usul Kanunu'nun değerleme hükümleri açısından senetsiz borç niteliğindedir. Vergi Usul Kanunu'nun alacak ve borçların değerlendirilmesine ilişkin 281 inci ve 285 inci maddelerinde belirtilen senetli alacak ve borçlardan farklıdır. Bu maddelerdeki senetli alacak ve borçlardan kasıt Türk Ticaret Kanunu ve Kıymetli Evrak Hukuku açısından senet olarak kabul edilen bono, poliçe gibi belgelere dayanan borç ve alacaklardır. Kıymetli evrak mevzuatına göre senet kabul edilmeyen belgelere dayalı alacaklar ve borçlar, Vergi Usul Kanunu açısından da senetli borç ve alacak olarak kabul edilmez. Bu nedenle kredi sözleşmesi ile borçlanılan veya alacaklanılan tutarlar

vergi hukuku açısından senetsiz borç ve alacak olarak Vergi Usul Kanunu'nun 281 inci ve 285 inci maddeleri uyarınca mukayyet değeri ile değerlenir.

Bir borcun değerleme gününde borçlu yönünden taşıyacağı değerin belirlenmesi, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun değerlemeye ilişkin kurallarının uygulanması anlamına gelmektedir. Vergi Usul Kanunu'nun 5228 sayılı Kanunun 59 uncu maddesiyle değişmeden önceki 285 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Borçlar, mukayyet değerleriyle değerlenir." kuralı; sözleşmeden, haksız fiilden ve nedensiz zenginleşmeden doğan ve senede bağlı olmayan tüm borçların, mukayyet değerleriyle değerlenmesi gerekeceğini açık olarak belirttiğinden Yasa bu borçların tasarruf değerleri ile değerlenmesini, başka bir ifade ile reeskont uygulamasına tabi tutulmasını engellemiştir.

Vergi Usul Kanunu'nun 281 inci ve 285 inci maddelerinde bankalar, bankerler ve sigorta şirketlerinin alacak ve borçlarını (senetli, senetsiz) mutlaka reeskonta tabi tutmaları (değerleme günü kıymetine irca etmeleri) gerektiği belirtilmiş olduğundan bankalar, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 285 inci maddesindeki zorunluluk nedeniyle vermiş oldukları krediler için faiz hesaplaması yapmaktadırlar. Bu işlem Vergi Usul Kanununun bir gereğidir. Hesaplanan bu faiz, krediye ait faiz borcunun vadesi henüz gelmediğinden, kredi borçlusundan istenebilir aşamaya gelmiş bir alacak değildir. Dolayısıyla tahakkuk işlemi henüz gerçekleşmemiştir. Bu nedenle Vergi Usul Kanunu'nun 281 inci ve 285 inci maddelerindeki zorunluluk nedeniyle, bankalar ve finans kuruluşları tarafından yapılan reeskont işlemi gerekçe gösterilerek kıst dönem kredi faiz giderleri için tahakkukun gerçekleştiğini söylemek ve bu giderleri cari dönem kazancının tespitinde karşılık ayırmak suretiyle dikkate almak mümkün değildir.

Uyuşmazlık ticari işletmelerin kullandıkları kredilere ilişkin faiz ödemelerinin vade tarihlerinin, izleyen yılda olması halinde, kıst döneme ait ödenmemiş faizlerin, karşılık ayırmak suretiyle cari dönem kazancından indirilmesinden doğmuştur. Vergi hukukumuzdaki "kanunilik ilkesi" gereği matrah azaltan bir işlem olan "karşılık ayırma"nın hangi hallerde mümkün olduğu 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda belirtilmiştir. Yorum veya kıyas yolu ile bu ilkeye istisna teşkil edecek yeni durumlar ihdas edilemez.

Bir işletmenin kullandığı krediye ait faiz borcunun işletme için gider olduğu kuşkusuzdur.

Ancak, bu faiz giderininde, tahakkuk ettiği dönemde gider yazılması gerekeceği de tartışmasızdır.

Olayımızda, ana para ve faizi belirli vadelerde ödemeye bağlamış bir kredi sözleşmesi mevcuttur. Bu kredi sözleşmesine göre, ana para ve faizin hukuken istenebilmesinin, vadenin gerçekleşmesi şartına bağlandığı hususu da açıktır.

Olayda, kredi faizinin vadesi ertesi yılda dolduğundan, tarhiyat döneminde hukuken istenebilirlik gerçekleşmemiştir. Bu durumda faiz borcu tahakkuk etmediğinden, doğrudan gider yazılması kanunen mümkün değildir. Zaten olayımızda da mükellefler faiz borcunun tahakkuk etmediğini kabul ettikleri için karşılık ayırmak suretiyle pasifte muhasebeleştirmişlerdir.

Vergi mükellefi olan iktisadi işletmeler, vergisi ödenmemiş gelirlerinden, ancak 213 sayılı Vergi Usul Kanunun da yer alan hükümler uyarınca karşılık ayırabilirler.

Bu nedenle, kredi kullanımı nedeniyle, dönem sonu itibarıyla tahakkuk etmemiş faizlerin tahakkuk ve dönemsellik ilkelerine göre cari dönem kurum kazancından karşılık ayırmak suretiyle indirilmesi mümkün değildir. Çünkü, Vergi Usul Kanunu'ndaki değerleme hükümlerine göre, herhangi bir konuda karşılık ayrılabilmesi için, o konu ile ilgili yasa da bir düzenlemenin olması gerekir. Aksi halde ayrılan karşılık, vergilendirme kuralları açısından gider olarak kabul edilmez.

67 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin vadesi bir sonraki yıla isabet eden vadeli mevduat hesaplarında dönem sonuna kadar işlemiş faizin hesaplanarak dönem sonu hesaplarına aktarılması yönündeki düzenlemesini iptal eden Danıştay Dördüncü Dairesi

ile Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu Kararları aynı zamanda vadesi gelmemiş kredi faizlerinin cari döneme isabet eden kısmının gider yazılamayacağını da ortaya koymaktadır. Aksi halde, bir işletmenin vadesi gelecek yıllara sarkan bir kredi alıp aynı krediyi yine vadesi gelecek yıllara sarkan mevduat hesabına yatırması halinde; kıst dönem faiz giderlerini mali karın tespitinde gider olarak dikkate alırken, mevduat faiz gelirlerini dönem mali karının tespitinde göz ardı etmesi gibi çok çelişkili bir durum ortaya çıkacaktır.

SONUÇ : Vadesi gelecek yıllara sarkan kredi faizlerinin ilgili döneme isabet eden kısmının karşılık ayrılmak suretiyle gider yazılması 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu, 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda yer alan hükümler doğrultusunda ve tahakkuk esası ile onun ayrılmaz parçası dönemsellik ilkesi gereğince mümkün değildir.

Vergilemeye tesir eden hükümlerin, verginin yasallığı ilkesi uyarınca, kanunla düzenlenmesi gerekir.

193 sayılı Gelir Vergisi ve 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunlarında tahakkuk esasına istisna oluşturan durumlarda özel bir düzenleme yapılmaktadır. Olay tarihinde kredi faizlerinin tahakkuk etmeden karşılık ayırmak suretiyle kurum kazancının tespitinde göz önüne alınmasını öngören yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

31.7.2004 gün ve 25539 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5228 sayılı Kanun ile 1.1.2004 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 281 inci ve 285 inci maddelerinde yapılan değişiklik sonucu, "işletmeye dahil alacak ve borçların değerlemesine" yönelik yeni hükümler getirilmiştir. Bu değişiklik sonucu "kredi sözleşmelerine müstenit borçların, değerleme gününe kadar hesaplanacak faizleriyle birlikte dikkate alınmasına" olanak sağlanmıştır. Ancak bu uygulama reeskont işleminden farklı olarak bir değerleme yöntemi şeklinde düzenlenmiştir.

Bu durumda tahakkuk etmemiş kredi faizlerinin, dönem sonunda cari yıla isabet eden kısmının karşılık ayırmak suretiyle gider yazılması olay tarihindeki mevcut yasal düzenlemelere göre mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, içtihadın Danıştay Dördüncü Dairesinin 6.6.2001 gün ve E:2001/1414, K:2001/2484 sayılı kararı doğrultusunda birleştirilmesi gerekeceği görüşü ile karara karşıyız.

İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARLARI

MADEN İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No: 2002/775
Karar No: 2005/228

Özeti : 1 - Arama, ön işletme ve işletme ruhsatına bağlanmış olan sahaların sonradan belediye imar sınırları içine alınması durumunda, 3213 sayılı Kanunun 7. maddesindeki istisna hükmü uyarınca, belediyeden izin alınması gerekmediği hakkında.

2 - Madenlerin aranması, işletilmesi ve üzerinde hak sahibi olunmasını düzenleyen 3213 sayılı Kanunda, ruhsat sahibi için öngörülen yükümlülükler yerine getirildiği sürece maden işletme ruhsatlarının iptaline olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı
Vekili : Av….
Karşı Taraf (Davalılar) : 1-Başbakanlık - ANKARA
2-Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı - ANKARA
Davalı İdareler Yanında Davaya Katılan Müdahil : … Çimentoları T.A.Ş.
Vekilleri : Av…., Av. …
İstemin Özeti : Danıştay Sekizinci Dairesinin 16.5.2002 günlü, E:2000/5636, K:2002/2891 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması, davacı tarafından istenilmektedir.

Davalı İdarelerin Savunmalarının Özeti : Danıştay Sekizinci Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığını belirterek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Davalı İdareler Yanında Davaya Katılanın Savunmasının Özeti : Danıştay Sekizinci Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığını belirterek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Mürteza Güler'in Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ülkü Erbük'ün Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp, Danıştay Sekizinci Dairesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle Daire kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, dosyanın tekemmül etmiş olduğu anlaşıldığından, davacının yürütmenin durdurulması istemi hakkındaki talebi görüşülmeksizin dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Dava; İstanbul İli, Kartal İlçesi, Soğanlık ve Çavuşoğlu Mahallelerinde hazineye ait 580.000 m2'lik alan üzerinde maden imtiyaz hakkı tanınmasına ilişkin 26.1.1966 günlü, 6/5848 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ve bu karara dayanılarak çimento imaline elverişli maddelerin işletilmesine ilişkin olarak ... Çimento T.A.Ş.'ne verilen 4.3.1987 günlü, 1701 sayılı, 9.3.1987 günlü, 2293 sayılı ruhsatların iptal edilmesi için yapılan başvurunun reddine ilişkin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının 27.10.2000 günlü, 1483-838 sayılı işlemi ile başvuruya konu ruhsatlar ve dayanağı Bakanlar Kurulu Kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Sekizinci Dairesinin 16.5.2002 günlü, E:2000/5636, K:2002/2891 sayılı kararıyla; Anayasanın 168. maddesi gereğince madenlerin aranması, işletilmesi, üzerinde hak sahibi olunması ve terk edilmeleri ile ilgili esas ve usulleri düzenleyen 3213 sayılı sayılı Maden Kanununun 7. maddesinin 2. fıkrasında, belediye imar sahaları ve mücavir alanlar içindeki maden arama, ön işletme ve işletme faaliyetlerinin belediyeden izin alınması ile yapılacağı, ruhsat alındıktan sonra belediye imar sınırları içine alınan maden sahalarının bu hükümden istisna olduğunun öngörüldüğü; dosyanın incelenmesinden, Bakanlar Kurulunun 26.1.1966 günlü, 6/5848 sayılı kararı ile İstanbul İli, Kartal İlçesindeki Yakacık Köyü sınırları içinde bulunan çimento imaline elverişli maddelerin işletme imtiyazının 40 yıl süre ile ... Çimentoları T.A.Ş.'ne verildiği, bu imtiyaza dayanılarak 6309 sayılı Maden Kanunu uyarınca verilen ruhsatların 3213 sayılı Kanuna intibaklarının yapıldığı, 1987 yılında ruhsat sürelerinin 20 yıl süre ile uzatıldığı, maden ocakları ve fabrika binalarının bulunduğu bölgede, İstanbul İlinin gelişmesine paralel olarak yoğun konut yerleşiminin oluştuğu ve o bölge halkını rahatsız eder bir şekilde çevre kirliliğine neden olduğu öne sürülerek söz konusu imtiyaz hakkı ve buna dayalı ruhsatların iptal edilmesi istemiyle davalı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına başvurulduğu, başvurunun dava konusu işlemle reddi üzerine bu davanın açıldığı, arama, ön işletme ve işletme ruhsatına bağlanmış olan sahaların sonradan belediye imar sınırları içine alınması durumunda, 3213 sayılı Kanunun 7. maddesindeki anılan istisna hükmü uyarınca belediyeden izin alınması gerekmediği, olayda ise, dava konusu işletme ruhsatlarının verilmesinden önce söz konusu sahaların davacı İstanbul Büyükşehir Belediyesi imar sınırları içinde kaldığına ilişkin herhangi bir bilgi ya da belgenin dosyada bulunmadığı, öte yandan, maden mevzuatındaki temel düzenlemenin, Anayasanın 168. maddesindeki hüküm uyarınca çıkarılan 3213 sayılı Maden Kanunu olduğu, madenlerin aranması, işletilmesi ve üzerinde hak sahibi olunmasını düzenleyen anılan Kanunda, ruhsat sahibi için öngörülen yükümlülükler yerine getirildiği sürece maden işletme ruhsatlarının iptaline olanak bulunmadığı, diğer taraftan, gayri sıhhi müessese ruhsatlarıyla ilgili değerlendirme ve uygulamaların ayrıca ele alınabileceği gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı; davaya konu maden işletmesinin belde halkının sağlığı, esenliği yönünden bir tehlike arz edip etmediğinin incelenmesi ve bunun içinde keşif yapılması gerekirken, Dairenin eksik inceleme yaparak karar verdiğini, kararın usul ve hukuka aykırı olduğunu öne sürmekte ve temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden; Danıştay Sekizinci Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacının temyiz isteminin reddine, Danıştay Sekizinci Dairesinin 16.5.2002 günlü, E:2000/5636, K:2002/2891 sayılı kararının onanmasına, kullanılmayan yürütmenin durdurulması harcının isteği halinde davacıya iadesine, 7.4.2005 günü oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No: 2003/66
Karar No: 2005/207

Özeti : Anjiyo laboratuvarında çalışmak suretiyle şuaya maruz kalınması halinde, bu günlerle sınırlı olmak üzere günde 5 saatten fazla çalışılmaması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf (Davacı) **:** ...
Vekili **:** Av. ...
İstemin Özeti **:** Sosyal Sigortalar Kurumu İhtisas Hastanesinde Kardiyoloji ve İç Hastalıkları Uzmanı olarak çalışan davacının, günlük çalışma süresinin 5 saat olarak belirlenmesi için yaptığı başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada, Ankara 6. İdare Mahkemesince, Danıştay Onikinci Dairesinin 27.5.2002 günlü, E:2000/140, K:2002/2106 sayılı bozma kararına uyulmayarak verilen ve dava konusu işlemin iptali yolundaki ilk kararda ısrarına ilişkin bulunan 13.11.2002 günlü, E:2002/1540, K:2002/1576 sayılı kararı, davalı idare temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti: Anjiyo yapıldığında vücuda alınan radyasyonun olumsuz etkilerinin gün içinde tükenmediğini, aylar hatta yıllar sonra olumsuz etkilerinin görülebildiğini, radyasyonla ilgili bir uğraşının olmadığı günlerde ilgilinin tam gün çalışabileceğinin kabul edilemeyeceğini belirterek Ankara 6. İdare Mahkemesinin ısrar kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Emin Sınmaz'ın Düşüncesi : Davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Ankara 6. İdare Mahkemesinin ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı E.Nur Necef'in Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp, İdare Mahkemesince verilen ısrar kararının dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle İdare Mahkemesi ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosyanın tekemmül ettiği anlaşıldığından temyiz aşamasında davalı idarenin yürütmenin durdurulması hakkında istemi karara bağlanmayarak dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Sosyal Sigortalar Kurumu İhtisas Hastanesinde Kardiyoloji ve İç Hastalıkları Uzmanı olarak çalışan davacının, günlük çalışma süresinin 5 saatle sınırlandırılması yönündeki 25.12.1998 günlü başvurusunun yanıt verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada, Ankara 6. İdare Mahkemesinin 17.11.1999 günlü, E:1999/552,

K:1999/1295 sayılı kararıyla; mevzuata göre röntgen ışınlarına maruz kalan , röntgen ve radyom labaratuvarlarında çalışan bütün mütehassıs ve müstahdemlerin,bu serviste günde 5 saatten fazla çalıştırılamayacağı, bu süreyle mesai yapan kimselerin ise hastanenin diğer işlerinde kullanılamayacağının açık olduğu, kaldı ki, bir kısım özel nitelikli işlerde; sıhhi koşulların yetersizliği ya da çalışma ortamının olumsuz niteliklerine göre, koruyucu tedbirlerin ve çalışma süresinin ayrıntılı olarak belirlenmesinin Anayasa ve alt hukuk normları ile korunan kişi haklarının bir gereği olduğu, röntgen cihazlarıyla çalışan personelin çalışma sürelerinin de bu düzenlemelere uygun olarak düzenlenmesi gerektiği, bu durumda, davalı idarece şua izninden yararlandırılan, dolayısıyla röntgen ışınlarına maruz kaldığı tartışmasız olan davacının, röntgen ışını ile teşhis ve tedavi yapılan serviste günde 5 saatten fazla çalıştırılmaması yönündeki başvurusunun zımnen reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı, gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir.

Bu karar temyiz incelemesi aşamasında, Danıştay Onikinci Dairesinin 27.5.2002 günlü, E:2000/140, K:2002/2106 sayılı kararıyla bozulmuştur.

Ankara 6. İdare Mahkemesi ise, 13.11.2002 günlü, E:2002/1540, K:2002/1576 sayılı kararıyla, Danıştay Onikinci Dairesinin bozma kararına uymayarak dava konusu işlemin iptali yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanunun 2. maddesinde günlük çalışma saatlerinin 657 sayılı Yasa hükümlerine göre tesbit edileceği hükme bağlanmıştır. 657 sayılı Yasanın 99. maddesinde de memurların haftalık çalışma sürelerinin 40 saat olduğu, ancak özel kanunlara dayanılarak çıkarılacak tüzük ve yönetmeliklerle kurumların ve hizmetlerin özellikleri dikkate alınmak suretiyle farklı çalışma sürelerinin tesbit edileceği kuralı yer almıştır.

Görüldüğü gibi Yasa koyucu Devlet memurlarının haftalık çalışma sürelerini tüm kamu personeli yönünden ortak bir esasa mutlak olarak bağlamamış kurumların ve hizmetlerin özelliklerine göre genel esastan ayrılarak farklı çalışma süreleri saptanmasına izin vermiştir. Röntgen ve radyumla tedavi müesseselerinde görevli personelin sağlıklarının yakın ve ağır bir tehlike altında bulunması nedeniyle bu personel yönünden 657 sayılı Yasa ve Devlet memurları için öngörülen haftada 40, günde 8 saat çalışma süresinden farklı bir düzenlemeye gidilmesinin hizmetin bir gereği olduğu tartışmasızdır.

Nitekim 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektirikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanunun 3. maddesi uyarınca çıkarılan Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkındaki Tüzüğün 2. maddesinde çalışma tarzına dair hükümlere yer verilmiş 19. ve 24. maddesinde de çalışma ve sağlık koşullarına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir.

Anılan tüzüğün 21. ve 22. maddesinde röntgen ve radyomla günde 5 saatten fazla çalışılmayacağı, bu şekilde çalışanların hastanenin başka işlerinde kullanılmayacakları ve bu kişilere gece uykularını ihlal edecek işler verilemeyeceği açıkça belirtilerek hizmetin özelliği vurgulanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; davalı idareye bağlı Ankara İhtisas Hastanesinde kardiyoloji uzmanı olarak görev yapan davacının, radyasyona maruz kalması nedeniyle günde 5 saat üzerinde çalıştırılmaması istemiyle yaptığı başvurusunun reddedilmesi üzerine, bakılan davayı açtığı, davalı idarece ise kardiyoloji uzmanlarının hafta içi her gün değil bir veya en çok iki gün anjio laboratuvarında çalıştırıldığı, bu nedenle her gün röntgen çeken röntgen uzmanları ile aynı risk grubunda değerlendirilemeyeceği, aksi halde kardiyoloji olarak verilmesi gereken hizmetlerin aksayacağının ileri sürüldüğü anlaşılmıştır.

Bu durumda, her ne kadar mahkemece, davalı idarece, şua izninden yararlandırılan dolayısıyla röntgen ışınlarına maruz kaldığı tartışmasız olan davacının günde 5 saatten fazla çalıştırılmaması gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiş ise de; davacının ihtisasının kardiyoloji olması ve anjio laboratuvarında çalışmak suretiyle şuaya maruz kalması karşısında günlük çalışma süresinin hizmetin özelliği dikkate alınmaksızın günde 8 saat olarak

belirlenmesi yukarıda belirlenen düzenlemelere aykırı ise de, ilgilinin günde 5 saatle sınırlı çalışması hali ancak anjiyo laboratuvarında çalıştığı günlerle sınırlı olacağından anjio yaptığı günlere mahsus olmak üzere 5 saatten fazla çalıştırılmaması gerekli olup, aksi yönde tesis edilen dava konusu işlemde mevzuata uyarlık bulunmamaktadır. Bu nedenle, Mahkemece, belirtilen hususlar gözönüne alınmaksızın davacının bu husus belirtilmeksizin günlük 5 saat çalıştırılması gerektiği yolunda verilen ısrar kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Ankara 6. İdare Mahkemesinin 13.11.2002 günlü, E:2002/1540, K:2002/1576 sayılı ısrar kararının Danıştay Onikinci Dairesinin bozma kararı doğrultusunda BOZULMASINA, dosyanın Ankara 6. İdare Mahkemesine gönderilmesine, 7.4.2005 günü oybirliği ile karar verildi.

NAKDİ TAZMİNAT

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No: 2003/122
Karar No: 2005/238

Özeti : Başkomiserin ölümü karakol amirliği hizmet binası içerisinde iki polis memurunun yapmış oldukları kavgaya müdahale sırasında meydana geldiğinden, kanunun amaçladığı anlamda bir ölüm niteliğinde olduğunun kabulüne olanak bulunmadığı, dolayısıyla davacının Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerinden yararlanamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): İçişleri Bakanlığı - ANKARA
Karşı Taraf (Davacı) : ...
İstemin Özeti : Davacının başkomiser olan babasının görevi sırasında öldürülmesi nedeniyle, 2330 sayılı Kanun uyarınca nakdi tazminat ödenmesi isteğinin reddine ilişkin İçişleri Bakanlığı Nakdi Tazminat Komisyonunun 1.9.1996 günlü, 234 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; Ankara 8. İdare Mahkemesince dava konusu işlemin iptali yolunda verilen 29.5.1998 günlü, E:1997/1214, K:1998/597 sayılı kararın, Danıştay Onuncu Dairesinin 22.3.2001 günlü, E:1998/7238, K:2001/1057 sayılı kararı ile bozulması üzerine, bozma kararına uyulmayarak dava konusu işlemin iptali yolundaki ilk kararında ısrar edilmesine ilişkin olarak verilen 25.10.2002 günlü, E:2002/1385, K:2002/1095 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması, davacı tarafından istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi Yakup Bal'ın Düşüncesi: Temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı Zümrüt Öden'in Düşüncesi: Davacının, Antalya İli Elmalı İlçesi Emniyet müdürlüğünde Başkomiser olan babasının, karakol binasında iki polis memurunun kavgasına müdahalesi sırasında vurularak ölmesi nedeniyle, 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanundan yararlanmak için yaptığı başvuruyu reddeden davalı idare işlemini, davacının babasının ölümünün, karakol binasındaki güven ve asayişin korunmasını sağlamak amacıyla yapılan bir eylem sonucunda gerçekleştiği ve bu

durumun 2330 sayılı Yasa kapsamına girdiği gerekçesiyle iptal eden Ankara 8.İdare Mahkemesi kararı, Danıştay Onuncu Dairesince, ölüm olayının Yasa kapsamına girmediği gerekçesiyle bozulmuştur.

Bu kez, Danıştayın bozma kararına uymayarak ilk kararında ısrar eden İdare Mahkemesi kararı temyiz edilmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin 1.fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp İdare Mahkemesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle İdare Mahkemesinin ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca gereği görüşüldü:

Dava, davacının başkomiser olan babasının görevi sırasında öldürülmesi nedeniyle, 2330 sayılı Kanun uyarınca nakdi tazminat ödenmesi isteğinin reddine ilişkin İçişleri Bakanlığı Nakdi Tazminat Komisyonunun 1.9.1996 günlü, 234 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 8. İdare Mahkemesi 29.5.1998 günlü, E:1997/1214, K:1998/597 sayılı kararıyla; davacının vefat eden babasının başkomiser olarak 2330 sayılı Kanun kapsamında olduğu, hizmet binası içinde görevli olduğu sırada iki polis memurunun kavgasına kendi kişisel sorunu olmadığı halde müdahale ettiği, bunun güven ve asayişin korunmasına yönelik bir görev olduğu, bu görevi sırasında vefat eden kişinin mirasçılarının anılan kanundan yararlandırılarak kendilerine nakdi tazminat ödenmesi gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir.

Anılan karar, temyiz incelemesi sonucunda; Danıştay Onuncu Dairesinin 22.3.2001 günlü, E:1998/7238, K:2001/1057 sayılı kararıyla; nakdi tazminat ödenmesi isteminin dayanağı olan başkomiserin ölümünün, Elmalı İlçe Merkez Karakol Amirliği hizmet binası içerisindeki iki polis memurunun yapmış oldukları kavga olayına müdahale sırasında meydana geldiği, 2330 sayılı Kanun kapsamında kabulüne olanak bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş ise de; İdare Mahkemesi, dava konusu işlemin iptali yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davalı idare, Ankara 8. İdare Mahkemesinin 25.10.2002 günlü, E:2002/1385, K:2002/1095 sayılı ısrar kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Daire kararında da belirtildiği üzere; 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerinden yararlanabilmek için iç güvenlik ve asayişin korunmasına, kaçakçılığın men ve takibine ilişkin bir görevden dolayı, yada sona ersede bu görev nedeniyle ölüm veya, sakatlanmanın meydana gelmesi gerekli olup, dava konusu olayda, başkomiserin ölümü, Elmalı İlçe Merkez Karakol Amirliği hizmet binası içerisinde iki polis memurunun yapmış oldukları kavgaya müdahale sırasında meydana geldiğinden, Yasanın amaçladığı anlamda bir ölüm niteliğinde olduğunun kabulüne olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda, dava konusu işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Ankara 8. İdare Mahkemesinin 25.10.2002 günlü, E:2002/1385, K:2002/1095 sayılı ısrar kararının BOZULMASINA, dosyanın Ankara 8. İdare Mahkemesine gönderilmesine, 14.4.2005 günü oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Ankara 8. İdare Mahkemesinin 25.10.2002 günlü, E:2002/1385, K:2002/1095 sayılı ısrar kararının onanması gerektiği oyuyla, çoğunluk kararına katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No: 2004/2413
Karar No: 2005/249

Özeti : Manevi tazminata görülmekte olan dava tarihinden itibaren yasal faiz uygulanması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) **:** Celal Bayar Üniversitesi Rektörlüğü
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf (Davacı) **:** …
Vekili **:** Av. …
İstemin Özeti **:** Öğrenci olan davacının, girmiş olduğu dersin notunun sehven fişlere işlenmemesi nedeniyle bir yıl geç mezun olmasından dolayı uğradığını ileri sürdüğü 3.210.000.000.-lira maddi, 750.000.000.-lira manevi olmak üzere toplam 3.960.000.000.-lira zararın 24.11.1999 tarihinden itibaren uygulanacak yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açtığı dava sonucunda; Manisa İdare Mahkemesince, Danıştay Sekizinci Dairesinin 7.11.2003 günlü, E:2003/1367, K:2003/4673 sayılı kısmen bozma kararının; maddi tazminata, tam yargı davasının açıldığı 1.3.2002 tarihinden itibaren yasal faiz uygulanması gerektiğine ilişkin kısmına uyulmayarak, davacıya ödenmesine hükmedilen maddi tazminata zararın doğduğu tarihler esas alınarak yasal faiz uygulanması yolundaki ilk kararında ISRAR edilmesine, bozma kararının manevi tazminata yasal faiz uygulanması gerektiğine ilişkin kısmına ise uyularak manevi tazminata iptal davasının açıldığı tarihten itibaren yasal faiz uygulanmasına ilişkin bulunan 13.5.2004 günlü, E:2004/508, K:2004/492 sayılı kararı, davalı idare temyiz etmekte ve bu aşamada yürütmenin durdurulmasına karar verilmesini istemektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Mustafa Karabulut'un Düşüncesi: Temyiz isteminin kabulü ile idare mahkemesi ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ülkü Erbük'ün Düşüncesi : Öğrenci olan davacının girmiş olduğu bir dersin notunun sehven fişlere işlenmemesi sonucu bir yıl geç mezun olması nedeniyle uğranıldığı öne sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, maddi zararın doğduğu tarih esas alınarak yasal faiziyle ödenmesi, manevi tazminatın faiz yürütülmemek süretiyle ödenmesi ve fazlaya ilişkin işlemlerin reddi yolundaki mahkeme kararı, Danıştay Sekizinci Dairesince E:2003/1367, K:2003/4673 sayılı karar ile tazminat istemlerinin kabulüne ilişkin kısmının onanması faizlerine ilişkin kısmının bozulması üzerine, bozma kararına kısmen uyularak manevi tazminata iptal davasının açıldığı tarihten itibaren yasal faiz uygulanmasına maddi tazminat için tam yargı davasının açılması tarihinden itibaren değil, maddi tazminata zararın doğduğu tarihler esas alınarak yasal faiz uygulanmasında ısrar eden Mahkeme kararı davalı idarece temyiz edilmektedir.

Davacıya ödenmesine hükmedilen maddi manevi tazminatlara, dava açma tarihinden itibaren yasal faiz işletilmesine karar verilmesi gerekirken, zararın doğduğu tarihler esas alınarak yasal faiz ödenmesi gerektiğine ilişkin Mahkeme kararında isabet bulunmamaktadır.

Temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme ısrar kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosyanın tekemmül etmiş olduğu anlaşıldığından, davalı idarenin yürütmenin durdurulması istemi görüşülmeksizin dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Dava, öğrenci olan davacının, girmiş olduğu dersin notunun sehven fişlere işlenmemesi nedeniyle bir yıl geç mezun olmasından dolayı uğradığını ileri sürdüğü 3.210.000.000.-lira maddi, 750.000.000.-lira manevi olmak üzere toplam 3.960.000.000.-lira zararın 24.11.1999 tarihinden itibaren uygulanacak yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

Manisa İdare Mahkemesi 15.11.2002 günlü, E:2002/136, K:2002/1029 sayılı kararıyla; davacının bir ders notunun fişlere işlenmemesi sonucunda bir yıl geç mezun olarak zarara uğradığı belirtilerek, yapılan inceleme sonucu 2000-2001 eğitim-öğretim yılında davacının kesin olarak ortaya koyduğu gerçekleşmiş zararının tazmini gerektiği gerekçesiyle 1.683.666.000 lira maddi ve takdiren 500.000.000 lira manevi tazminatın kabulü ile maddi tazminat için tazminata konu her bir zararın doğduğu tarihler esas alınarak yasal faiz uygulanmasına, manevi tazminat için faiz isteminin reddine karar verilmiştir.

Bu karar temyiz incelemesi sonucunda, Danıştay Sekizinci Dairesinin 7.11.2003 günlü, E:2003/1367, K:2003/4673 sayılı kararıyla; idare mahkemesi kararının tazminat istemlerinin kabulüne ilişkin kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı, ancak, davacıya ödenmesine hükmedilen maddi tazminata tam yargı davasının açıldığı 1.3.2002 tarihinden itibaren yasal faiz uygulanmasının gerektiği; manevi tazminata yasal faiz uygulanması isteminin reddinde hukuka uygunluk bulunmadığı, manevi tazminata da dava açma tarihinden itibaren yasal faiz uygulanması gerektiği gerekçesiyle İdare Mahkemesi kararının tazminat istemlerinin kabulüne ilişkin kısmının onanmasına, faize ilişkin kısımlarının bozulmasına karar verilmiş; İdare Mahkemesi, bozma kararının manevi tazminata yasal faiz uygulanması gerektiğine ilişkin kısmına uymuş ve iptal davasının açıldığı tarihten itibaren yasal faiz uygulanmasının gerektiğine karar vermiş, maddi tazminata uygulanacak faizin başlangıç tarihiyle ilgili kısmına ise uymayarak, 2577 sayılı Kanunun 12. maddesinden bahisle, bir idari işlemden dolayı zarara uğrayan ilgililerin uğradıkları zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açtıkları davada, yasal faizin kural olarak iptal davasının açıldığı tarihten itibaren yürütülmesinin gerektiğini, bu kuralın iptal ve tam yargı davasının birlikte açılması veya önce iptal davasının açılıp sonuçlanması üzerine tam yargı davasının açılması halinde de geçerli olduğunu, olayda ise, tazmini istenilen maddi zararların iptal davasının açıldığı tarihten (sonra) gerçekleştiği, bu nedenle hükmedilen maddi tazminata zararın doğduğu tarihler esas alınarak yasal faiz uygulanmasının gerektiği gerekçesiyle ilk kararında ısrar etmiştir.

Davalı idare, Manisa İdare Mahkemesinin 13.5.2004 günlü, E:2004/508, K:2004/492 sayılı anılan ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

İdare Mahkemesinin kararında her ne kadar manevi tazminata faiz uygulanması yönünden bozma kararına uyulduğu belirtilmekte ise de; Danıştay Sekizinci Dairesinin bozma kararında belirtilenin aksine manevi tazminata iptal davasının açıldığı tarihten itibaren faiz uygulanmasına karar verildiğinden, konunun manevi tazminata uygulanacak faizin başlangıç tarihi yönünden de incelenmesi gerekli görülmüştür.

İdari işlem veya eylemlerden dolayı uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davalarda uygulanacak yasal faizin başlangıç tarihi olarak, idareye başvuru tarihinin, başvurunun bulunmaması halinde dava tarihinin esas alınması Danıştay İçtihatlarında genel kabul görmüş ve istikrar kazanmıştır.

Bu durumda, kabul edilen maddi ve manevi tazminata, görülmekte olan "bu dava" tarihinden itibaren yasal faiz uygulanması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlere, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile temyize konu Manisa İdare Mahkemesinin 13.5.2004 günlü, E:2004/508, K:2004/492 sayılı maddi ve

manevi tazminata uygulanacak yasal faizin başlangıç tarihleri ile ilgili ısrar kararının BOZULMASINA, dosyanın anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine, 14.4.2005 günü oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar, Manisa İdare Mahkemesinin 13.5.2004 günlü, E:2004/508, K:2004/492 sayılı kararının, maddi tazminata zararın doğduğu tarihler esas alınarak yasal faiz uygulanmasına ilişkin kısmının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından, bozma kararının bu kısmına karşıyız.

XX- Bir maddi zararın giderilmesine yönelik açılan tam yargı davalarında tazminat faizi kişinin malvarlığındaki zararının oluştuğu an itibariyle karşılanması gerekirken, gecikerek ödenmesi karşısında bu gecikmeden dolayı para değerinde enflasyon nedeniyle meydana gelecek azalmayı karşılamaya yönelik olarak hükmedilmektedir.

Maddi zararlar malvarlığında meydana gelen ve para ile değerlendirilebilen bir azalmayı ifade ettiklerinden, bu azalma miktarının idare tarafından telafi edilmediği süre içinde ayrıca enflasyon nedeniyle de kayba uğrayacağı aşikardır. Manevi zararlar ise malvarlığında meydana gelen somut bir azalma olmayıp, kişinin manevi varlığında ortaya çıkan olumsuzluklar olduğundan, manevi tazminat değerinin yargılama sonucu para olarak belirlenmesi zarara uğrayanı tatmin ve de bu zararı meydana getireni cezalandırma aracı olarak kullanılmasından kaynaklanmaktadır.

Bu itibarla ilk defa yargı kararıyla para olarak değerlendirilebilen bir manevi tazminatın önceden davalı idarece belirlenmesi ve de ödenmesinin mümkün olmaması nedeniyle, ödemede gecikmeden bahsedilemeyeceği gibi manevi tazminatın esasen bütün bu hususlar dikkate alınarak "takdiren" belirlenmesi nedeniyle manevi tazminata faiz uygulanmaması gerekmektedir

Kararın manevi tazminata uygulanacak faizin başlangıç tarihiyle ilgili kısmına, bu nedenle katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri Kurulu
Esas No: 2003/57
Karar No: 2005/237

Özeti : 1- Devletin ve ülkenin bütünlüğüne yönelik terörist faaliyetler sonucu gerçekleşen saldırıda davacının yaralandığı, 11.5.1998 tarihinden itibaren çalışamaz ve bakıma muhtaç durumda olduğu, idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru bulunmasa bile niteliği belirtilen terör eylemi nedeniyle ortaya çıkan olağandışı bireysel zararların (sosyal risk) ilkesi gereği idarece tazmini gerektiği hakkında.

2- Manevi tazminatın mahkece "takdiren" belirlenmesi nedeniyle hükmedilecek miktara 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanun uyarınca dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …
Vekili **:** Av. …
Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): İçişleri Bakanlığı - ANKARA
İstemin Özeti **:** Ankara İli, Mamak İlçesinde meydana gelen silahlı saldırı sonucu sakat kalan davacının uğradığını ileri sürdüğü 255.000.000.000.-lira maddi zarar ile 3.000.000.000.-lira manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açtığı davada; Ankara 7. İdare Mahkemesince davanın kısmen kabulü, kısmen reddi yolunda verilen 15.4.1999 günlü, E:1997/1174, K:1999/322 sayılı kararın, Danıştay Onuncu Dairesinin 18.10.2000 günlü, E:1999/3374, K:2000/5292 sayılı kararı ile bozulması üzerine, bozma kararına uyulmayarak davanın kısmen kabulü, kısmen reddi yolundaki ilk kararında ısrar edilmesine ilişkin olarak verilen 30.9.2002 günlü, E:2002/1235, K:2002/1102 sayılı kararı, davacı maddi hata yönünden, davalı idare ise davanın kabulüne ilişkin kısmını temyiz etmekte ve bozulmasına karar verilmesini istemektedirler.

Davacı Savunmasının Özeti : Yerinde olmadığı ileri sürülen davalı idare temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Davalı İdare Savunmasının Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Yakup Bal'ın Düşüncesi : Temyize konu ısrar kararının onanması, davanın esası hakkında bir karar verilmek üzere dosyanın Danıştay Onuncu Dairesine gönderilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Emin Celalettin Özkan'ın Düşüncesi : Davacının polis memuru olan kardeşi ile birlikte Ankara Mamak İlçesinde bir terör örgütü üyeleri tarafından yapılan silahlı saldırıda yaralanarak felç olması nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan dava sonunda, Ankara 7. İdare Mahkemesince, terör eylemlerinin devlete yönelik olduğu, anayasal düzeni yıkmayı amaçladığı, bu tür olayların zarar gören kişi ve kurumlara karşı kişisel husumetten kaynaklanmadığı, bu nedenle terör eylemlerinden zarar görenlerin, zararlarının sosyal risk ilkesine göre tazmini gerektiği gerekcesiyle maddi ve manevi tazminata hükmedilmiştir.

Danıştay Onuncu Dairesince, idarenin özel güvenlik önlemleri almasını gerektirmeyen durumda meydana gelen münferit olay sonucu ortaya çıkan zararı, idarenin genel güvenlik hizmetlerinde kusuru saptanmadıkça tazminle sorumlu tutulamayacağı, mahkemece sosyal risk esasına göre hüküm kurulmasında hukuka uyarlık bulunmadığı belirtilerek İdare Mahkemesi kararı bozulmuştur.

Bu kez bozma kararına uyulmayarak ilk kararında ısrar eden İdare Mahkemesi kararı, davalı idarece esastan, davacı tarafından ise kararda "idam cezası" yerine yanlışlıkla yazılan "idari ceza" ifadesi yönünden temyiz edilmektedir.

Dava idarenin temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin 1.fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp İdare Mahkemesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle İdare Mahkemesinin ısrar kararının yapılan yanlışlığın düzeltilerek onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca gereği görüşüldü:

Dava, Ankara İli, Mamak İlçesinde meydana gelen silahlı saldırı sonucu sakat kalan davacının uğradığını ileri sürdüğü 255.000.000.000.-lira maddi zarar ile 3.000.000.000.-lira manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

Ankara 7. İdare Mahkemesi, 15.4.1999 günlü, E:1997/1174, K:1999/322 sayılı kararıyla, idarenin hukuki sorumluluğunun sadece kusur esasına hizmet kusuruna dayanmadığı, idarenin kusur koşulu aranmadan da sorumlu sayılabileceği, kural olarak idarenin yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan nedensellik bağı kurulabilen zararları

tazminle yükümlü olduğu, ancak sözü edilen kuralın istisnası olarak, idarenin faaliyet alanıyla ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da nedensellik bağı aranmadan tazmin etmesi gerektiği, kollektif sorumluluk anlayışına dayalı, sosyal risk adı verilen ilkenin öğretide ve yargısal içtihatlarla kabul edildiği, olayda devletin ve ülkenin bütünlüğüne yönelik terörist faaliyetler sonucu gerçekleşen saldırıda davacının yaralandığı, 11.5.1998 tarihinden itibaren çalışamaz ve bakıma muhtaç durumda olduğu, idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru bulunmasa bile niteliği belirtilen terör eylemi nedeniyle ortaya çıkan olağandışı bireysel zararların sosyal risk ilkesi gereği idarece tazmini gerektiği gerekçesiyle davayı kısmen kabul ederek 219.533.005.697.-lira maddi, 1.000.000.000.-lira manevi tazminatın davalı idareye başvuru tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine karar vermiştir.

Anılan karar, yapılan temyiz incelemesi sonucunda; Danıştay Onuncu Dairesinin 18.10.2000 günlü, E:1999/3374, K:2000/5292 sayılı kararıyla; tazmini istenen zararın, davacının 20.11.1996 tarihinde uğramış olduğu silahlı saldırıya bağlı olarak sakat kalması sonucu doğduğu, dolayısıyla zararın münferit olaydan kaynaklandığı ve niteliği itibariyle sosyal risk ilkesine göre tazmini gerekmediği, uyuşmazlığın çözümünde, idarenin güvenlik hizmetlerinin işletilmesinde kusurlu davranışının bulunup bulunmadığın araştırıldıktan sonra karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuş ise de; İdare Mahkemesi, davanın kısmen kabulü, kısmen reddi yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davacı, temyize konu mahkeme kararında geçen "idari ceza" ibaresinin "idam cezası" olarak düzeltilmesi gerektiğini, davalı idare ise davanın kabulüne ilişkin kısmını temyiz etmekte ve bozulmasına karar verilmesini istemektedirler.

Temyize konu ısrar kararının; maddi ve manevi tazminata ve maddi tazminata ilişkin faize dair kısmında, bozmayı gerektirecek bir husus bulunmamaktadır.

Hükmedilen manevi tazminata davalı idareye başvuru tarihinden itibaren yasal faiz uygulanması yönünden ise; ilk defa yargı kararıyla para olarak değerlendirilebilen bir manevi tazminatın önceden davalı idarece belirlenmesi ve de ödenmesinin mümkün olmaması nedeniyle ödemede gecikmeden bahsedilemeyeceği gibi manevi tazminatın mahkemece "takdiren" belirlenmesi nedeniyle hükmedilecek miktara 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun uyarınca dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gereklidir.

Ankara 7. İdare Mahkemesinin 15.4.1999 günlü, E:1997/1174, K:1999/322 sayılı kararında; saldırıyı gerçekleştiren kişilerin yargılanmaları sonucu Türk Ceza Kanununun 146/1. maddesi uyarınca idam cezasıyla cezalandırılmalarına karar verildiği belirtilmesine karşın temyize konu kararda bu cezanın sehven "idari cezayla" şeklinde belirtildiği anlaşılmış olup, kararda yer alan maddi hatanın; (idam cezasına) olarak düzeltilmesi uygun görülmüştür.

Açıklanan nedenle, Ankara 7. İdare Mahkemesinin 30.9.2002 günlü, E:2002/1235, K:2002/1102 sayılı ısrar kararının; hükmedilen maddi ve manevi tazminat ve maddi tazminata yürütülen faiz yönünden maddi hata düzeltilmek suretiyle ONANMASINA oybirliği ile, manevi tazminata dava tarihinden itibaren yasal faiz uygulanması gerektiğinden, aksi yöndeki mahkeme kararının bu kısmının BOZULMASINA oyçokluğu ile, dosyanın Ankara 7. İdare Mahkemesine gönderilmesine, 14.4.2005 günü karar verildi.

KARŞI OY

Bir maddi zararın giderilmesine yönelik açılan tam yargı davalarında tazminat faizi kişinin malvarlığındaki zararının oluştuğu an itibariyle karşılanması gerekirken, gecikerek ödenmesi karşısında bu gecikmeden dolayı para değerinde enflasyon nedeniyle meydana gelecek azalmayı karşılamaya yönelik olarak hükmedilmektedir.

Maddi zararlar malvarlığında meydana gelen ve para ile değerlendirilebilen bir azalmayı ifade ettiklerinden, bu azalma miktarının idare tarafından telafi edilmediği süre içinde ayrıca enflasyon nedeniyle de kayba uğrayacağı aşikardır. Manevi zararlar ise

malvarlığında meydana gelen somut bir azalma olmayıp, kişinin manevi varlığında ortaya çıkan olumsuzluklar olduğundan, manevi tazminat değerinin yargılama sonucu para olarak belirlenmesi zarara uğrayanı tatmin ve de bu zararı meydana getireni cezalandırma aracı olarak kullanılmasından kaynaklanmaktadır.

Bu itibarla ilk defa yargı kararıyla para olarak değerlendirilebilen bir manevi tazminatın önceden davalı idarece belirlenmesi ve de ödenmesinin mümkün olmaması nedeniyle, ödemede gecikmeden bahsedilemeyeceği gibi manevi tazminatın esasen bütün bu hususlar dikkate alınarak "takdiren" belirlenmesi nedeniyle de temyize konu kararın manevi tazminata faiz uygulanması gerektiği yolundaki kısmının bozulması gerektiği oyuyla, kararın bu kısmına katılmıyoruz.

DÜZENLEYİCİ – GENEL İŞLEMLER

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri Kurulu
Esas No: 2002/494
Karar No: 2005/63

Özeti : Belli bir dönemle sınırlı düzenleyici işlemlerin uygulandığı dönemde bu işlemlere karşı açılan davalarda işlemin daha sonraki dönemsel işlemle yürürlükten kaldırıldığından bahisle "karar verilmesine yer olmadığına" karar verilmesi halinde, bu gibi işlemlerin yargısal denetiminin yapılamaması sonucu doğacağından, tesis edildikleri tarih itibariyle yargısal denetimlerin yapılmasının gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …
Karşı Taraf (Davalı) : Orman Bakanlığı - ANKARA
İstemin Özeti : Danıştay Altıncı Dairesinin 5.12.2001 günlü, E:2000/4921, K:2001/6116 sayılı karar verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Danıştay Altıncı Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi Pınar Kara'nın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı Turan Karakaya'nın Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp, Danıştay Altıncı Dairesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle Daire kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca gereği görüşüldü:

Dava, 13.6.2000 günlü, 24078 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 30.5.2000 günlü, 65 sayılı Merkez Av Komisyonu Kararının 33. maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Altıncı Dairesi 5.12.2001 günlü, E:2000/4921, K:2001/6116 sayılı kararıyla; dava konusu 65 sayılı Merkez Av Komisyonu Kararının 33. maddesinde, bu kararın 66 sayılı Merkez Av Komisyonu Kararının yayımına kadar yürürlükte kalacağının belirtildiği, 66 sayılı Merkez Av Komisyonu Kararının 1.6.2001 günlü, 24419 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği ve bu nedenle yürürlükten kaldırılan 65 sayılı karara ilişkin davanın konusunun kalmadığı gerekçesiyle, konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Davacı, 1.6.2001 günlü, 24419 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 66 sayılı Merkez Av Komisyonu Kararında da, iptalini istediği 65 sayılı Merkez Av Komisyonu Kararının 33. maddesi ile getirilen uygulamanın aynen devam ettiğini belirterek Danıştay Altıncı Daire kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Dosyanın incelenmesinden; 13.6.2000 günlü, 24078 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 30.5.2000 günlü, 65 sayılı Merkez Av Komisyonu Kararının 33. maddesinde, bu kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlüğe gireceği ve bir sonraki Merkez Av Komisyonu Kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasına kadar yürürlükte kalacağının kurala bağlandığı, nitekim, 22.5.2000 günlü, 66 sayılı Orman Bakanlığı 2001-2002 Av Dönemi Merkez Av Komisyonu Kararının 1.6.2001 günlü, 24419 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, aynı kararın 43. maddesi uyarınca 1.6.2001 tarihinde yürürlüğe girdiği, dolayısıyla dava konusu 2000-2001 yılı Av Dönemi Merkez Av Komisyonu Kararının yürürlükten kalktığı anlaşılmakta olup, bu gibi dönemsel düzenleyici işlemlerin uygulandığı dönemde bu işlemlere karşı açılan davalarda kararın yürürlükten kaldırıldığından bahisle "karar verilmesine yer olmadığına" karar verilmesi halinde" bu gibi işlemlerin yargısal denetiminin yapılamaması sonucu doğacağından tesis edildikleri tarih itibariyle yargısal denetimlerinin yapılması gerekir.

Öte yandan, daha sonra yürürlüğe giren 66 sayılı Merkez Av Komisyonu Kararının 33. maddesinde, davacının iptalini istediği 65 sayılı Merkez Av Komisyonu Kararının 33. maddesine paralel düzenleme getirildiği, başka bir deyişle 66 sayılı Merkez Av Komisyonu Kararının 33. maddesi ile davaya konu edilen düzenlemenin tamamen ortadan kaldırılmayıp madde metninde davacının lehine menfaatini etkileyen bir düzenlemeye yer verilmediği, yani, davacının; "avlanma bedelinin fahiş tutarda olduğu ve avcı derneklerine ve vakıflarına üye olmayanlardan avlanma bedelinin zamlı olarak alındığı"na dair iddiaları ile ilgili menfaat ihlalinin halen devam ettiği anlaşıldığından, anılan maddenin iptaline yönelik istemin bu sebeplerle de esastan karara bağlanması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile Danıştay Altıncı Dairesinin 5.12.2001 günlü, E:2000/4921, K:2001/6116 sayılı kararının BOZULMASINA ve dava konusu işlem hakkında esastan bir karar verilmek üzere dosyanın Dairesine gönderilmesine 24.2.2005 günü oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar, Danıştay Altıncı Dairesinin 5.12.2001 günlü, E:2000/4921, K:2001/6116 sayılı kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanması oyuyla, karara karşıyız.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri Kurulu
Esas No: 2003/87
Karar No: 2005/196

Özeti : 8.5.2003 günlü, 25102 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4856 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun Geçici 6. maddesi uyarınca 1/25.000 ölçekli çevre düzeni planları ve bunlara ait değişikliklerle ilgili olarak 8.5.2003 tarihinden önce onaylanmak üzere Bayındırlık ve İskan Bakanlığına intikal ettirilmiş bulunan planlarla ilgili iş ve işlemlerin, Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca tamamlanarak onaylayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): Özel Çevre Koruma Kurulu Başkanlığı
Vekilleri : Av. ...
Karşı Taraf (Davalı) : Bayındırlık ve İskan Bakanlığı-ANKARA
İstemin Özeti : Danıştay Altıncı Dairesinin 24.9.2002 günlü, E:2001/2097, K:2002/4001 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Danıştay Altıncı Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi Ahmet Arslan'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı Tülin Özgenç'in Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp, Danıştay Altıncı Dairesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.
Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle Daire kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca gereği görüşüldü:
Dava, Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca hazırlanan 17.3.2001 günlü, 24345 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "İmar Planı Yapılması ve Değişikliklerine Ait Esaslara Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik"in iptali istemiyle açılmıştır.
Danıştay Altıncı Dairesi 24.9.2002 günlü, E:2001/2097, K:2002/4001 sayılı kararıyla, 444 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 383 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 1. maddesinde, bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı 2872 sayılı Çevre Kanununun 9. maddesine göre "Özel Çevre Koruma Bölgesi" olarak ilan edilen ve edilecek alanların sahip olduğu çevre değerlerini korumak ve mevcut çevre sorunlarını gidermek için tüm tedbirleri almak, bu alanların koruma ve kullanma esaslarını belirlemek, imar planlarını yapmak, mevcut her ölçekteki plan ve plan kararlarını revize etmek ve re'sen onaylamak üzere Çevre Bakanlığına bağlı ve tüzel kişiliğe sahip Özel Çevre Koruma Kurulu Başkanlığının kurulması ile bu kurumun teşkilat ve görevlerine ilişkin esasları düzenlemektir." hükmünün yer aldığı, İmar Planı Yapılması ve Değişikliklerine Ait Esaslara Dair Yönetmeliğin 2.

maddesinde ise, özel kanunlara göre belirlenen alanlarda kanun ile farklı hüküm getirilmemiş ise plan yapımına dair teknik kurallar konusunda bu yönetmelik hükümlerinin geçerli olduğunun belirtildiği, bu durumda, İmar Planı Yapılması ve Değişikliklerine Ait Esaslara Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkındaki Yönetmeliğin, yukarıda yazılı olan Kanun Hükmünde Kararname ile her ölçekteki planlama yetkisinin Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığına verildiği özel çevre koruma bölgelerinde geçerli olmadığı ve bu bölgelerde uygulanmayacağı sonucuna varıldığından dava konusu yönetmelikte hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Davacı, özel çevre koruma bölgelerinde plan onama yetkisinin Kurullarında olduğu, yönetmelik değişikliğinde açıkça özel çevre koruma bölgelerinde yönetmeliğin uygulanamayacağı yönünden bir düzenleme bulunmadığı iddialarıyla kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

8.5.2003 günlü, 25102 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4856 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin (h) bendinde, kalkınma planları ve bölge planları temel alınarak çevre düzeni planlarını hazırlamak veya hazırlatmak, onaylamak ve uygulanmasını sağlamanın Çevre ve Orman Bakanlığı'nın görevlerinden olduğu, yine, Yasa'nın 10. maddesinin (c) bendinde, Çevresel Etki Değerlendirmesi ve Planlama Genel Müdürlüğü'nün, ... çevre düzeni planlarını hazırlamak veya hazırlatmak, onaylamak, uygulanmasını sağlamakla görevli olduğu hükme bağlanmış ise de, adı geçen Yasa'nın yayınlandığı 8.5.2003 tarihinde yürürlüğe girmekle bu tarihten itibaren hüküm ifade ettiği ve Yasa'ya 4864 sayılı Yasa'nın 11. maddesi ile 29.5.2003 tarihinde eklenen Geçici 6. maddesinde yer alan " 2 nci maddenin (h) bendinde ve 10 uncu maddenin (c) bendinde belirtilen, kalkınma, bölge ve metropoliten imar planlarına uygun olarak yapılan 1/25000 ölçekli çevre düzeni planları ve bunlara ait değişikliklerle ilgili olarak, 8.5.2003 tarihinden önce onaylanmak üzere Bayındırlık ve İskan Bakanlığına intikal ettirilmiş bulunan planlarla ilgili iş ve işlemler, Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca tamamlanarak onaylanır." hükmü gözönünde bulundurulduğunda, dava konusu Yönetmeliğin 4. ve 6. maddesinde ölçek belirtilmek suretiyle çevre düzeni planının Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca yapılan ve onaylanan planlar olarak tanımlanmasında işlem tarihindeki mevzuat hükümlerine aykırılık görülmemiştir.

Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden; Danıştay Altıncı Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacının temyiz isteminin reddine, Danıştay Altıncı Dairesinin 24.9.2002 günlü, E:2001/2097, K:2002/4001 sayılı kararının onanmasına, 31.3.2005 günü oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri Kurulu
Esas No: 2004/2665
Karar No: 2005/267

Özeti : İnnovatör ilaçla etkin maddeleri açısından aynı kalitatif terkibe sahip, aynı farmasötik formda, aynı yoldan kullanılan jenerik ilaç için ayrıca klinik öncesi araştırma ve klinik araştırma yapılmasına gerek görülmese de; yeni jenerik ilacın ürün olarak biyoeşdeğerliliğinin kanıtlaması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar :
1-Davacı : … İlaçları Ltd.Şti.
Vekilleri : Av…., Av. Prof.Dr. …, Av…. , Av.Dr. …
2-Davacı Yanında Davaya Katılan: Araştırmacı İlaç Firmaları Derneği
Vekilleri : Av. … , Av. … , Av. … , Av. …
Davalı : Sağlık Bakanlığı - ANKARA
Davalı İdare Yanında Davaya Katılanlar: 1-… Sağlık Ürn.San.Tic.A.Ş.
Vekilleri : Av. … , Av. …
2-Türkiye İlaç Sanayi Derneği
Vekilleri : Av. … , Av. … , Av. …

İstemin Özeti : Danıştay Onuncu Dairesinin 26.4.2004 günlü, E:2002/3813, K:2004/4066 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması, davacı ve davacı yanında davaya katılan tarafından istenilmektedir.

Davalı İdare ve Davalı İdare Yanında Davaya Katılanların Savunmalarının Özeti :

Danıştay Onuncu Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Ahmet Arslan'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mehmet Karaoğlu'nun Düşüncesi : Danıştay dava dairelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Danıştay Onuncu Dairesince verilen kararın onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, 2577 sayılı Kanunun 17. maddesine göre davacının ve davacı yanında davaya katılanın duruşma istemi kabul edilmeyerek ve dosyanın tekemmül etmiş olduğu anlaşıldığından, davacının yürütmenin durdurulması istemi hakkındaki talebi görüşülmeksizin dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Dava; davalı idarece "…" isimli ilacın 20 mg formu için … Sağlık Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ne 21.3.2002 günlü, 199/68 numaralı ruhsat ve satış müsadesi verilmesi suretiyle tesis edilen idari işlem ile bu işlemin dayanağı teşkil eden 2.3.1995 günlü, 22218 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Tıbbi Farmasötik Ürünleri Ruhsatlandırma Yönetmeliğinin 9. maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onuncu Dairesi 26.4.2004 günlü, E:2002/3813, K:2004/4066 sayılı kararıyla; sağlık hizmetinin kolay, iyi ve kaliteli şekilde sunulabilmesini temin etmenin Devletin asli görevlerinden olduğu, tıbbi farmasötik ürünlerin kaliteli, güvenli ve hastalar tarafından kolayca bulunabilir olmasının sağlanması amacıyla 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleriyle Sağlık Bakanlığına görev ve yetkiler verildiği, Sağlık Bakanlığı, kendisine yasalarla verilen yetki ve görevler çerçevesinde ilaçların ruhsatlandırılmasına ilişkin Tıbbi Farmasötik Ürünler Yönetmeliği ile Farmasötik Müstahzarların Biyoyararlılığının ve Biyoeşdeğerliliğinin Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik hükümleriyle önemli düzenlemeler getirdiği, bu düzenlemelerle aynı kimyasal formülasyon, aynı dozaj aynı farmasötik formda olan muadil ilacın biyoeşdeğerliliğinin ispatlanması halinde, İnnovatör İlaç ile aynı etkiye sahip olduğunun kabul edileceği ve muadil ilacın ruhsatlandırılmasına karar verildiğinde de bilimsel veya resmi makamlarca

innovatör ilacın, herhangi bir ülkenin piyasasında yer alan ilaç içerisinde bulunan prospektüs bilgileri dahil açıklanmış ve o etkin maddeye ait farmakolojik (etkin) toksikolojik (istenmeyen) etki profilini gösteren dünyada yayınlanmış literatür bilgiler, diğer tıbbi yayınlar gibi, o ilaçla ilgili bütün bilgilerin referans olarak sunulmasının amaçlandığının anlaşıldığı, insanda kullanılmak üzere ticarete sunulmak istenen tıbbi farmasötik ürünlerin yeterli etkiye, gerekli emniyete ve uygun kaliteye sahip olmalarını sağlamak üzere, ruhsatlandırma işlemlerinde uygulanacak esas ve usuller ile ruhsatlandırılmış tıbbi farmasötik ürünlere ilişkin uygulamaları düzenlemek amacıyla yayımlanan Tıbbi Farmasötik Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinin 5. maddesinde, ruhsat almak isteyenlerin Bakanlığın talep ettiği yönetmelik ekindeki bilgi ve belgeleri sunmaları gerekmekte olup, 8. maddede ekli belgelerin teferruatlı olarak tek tek sayıldığı, 9. maddede ise ürünün Bakanlıkça daha önce ruhsatlandırılmış bir diğer ürünle tamamen aynı, yayınlanmış literatüre refarans yapılmak suretiyle etkin, yerleşmiş bir tıbbi kullanıma sahip olduğunun ispatlanması halinde tıbbi farmasötik ürüne ait farmakolojik ve toksikolojik test sonuçlarının ve klinik çalışmaların başvuru ekinde sunulmasının gerekmeyebileceği, ancak başvuru sahibinin ürünün etkinlik emniyetine ilişkin yayınlanmış literatür bilgilerini başvuru ekinde sunmak zorunda olduğunun hükme bağlandığı, bu düzenleme ile Bakanlığa hizmetin niteliğine ve özelliğine uygun ölçülerde takdir hakkı tanındığı, sunulması Bakanlığın takdirine bırakılan bilgilerin mutlaka yayınlanmış literatür bilgiler ile ispatlanmasının istendiğinin anlaşıldığı, bu durumun İnnovatör ilaçla etkin maddeleri açısından aynı kalitatif ve kantitatif terkibe sahip, aynı farmasötik formda, aynı yoldan kullanılan jenerik ilaç için ayrıca klinik öncesi araştırma ve klinik araştırma yapılmasına gerek görülmese de yeni jenerik ilacın ürün olarak teknik yeterliliğinin ispatının gerekli görüldüğü, ancak, muadil ilacın ruhsat başvurusu ekinde farmokolojik, toksikolojik test sonuçları ve klinik çalışmaların sunulması istenmese de Sağlık Bakanlığınca, ruhsatlandırma işlemleri sırasında yeterli bilgi bulunmadığı sonucuna varılırsa bu bilgilerin her zaman istenebileceğinin kuşkusuz olduğu, Farmasötik Müstahzarların Biyoyararlanım ve Biyoeşdeğerliğinin Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmeliğin yukarıda açıklanan hükümlerine göre bir etkin maddenin ilaç olarak uygulanılmasının kabul edilmiş olması, o etkin maddeyi içeren her ürünün ilaç olarak ruhsatlandırılması için yeterli olmadığı, belirli bir etkin maddenin belirli miktarı ile aynı etkin maddelerin farklı miktarının benzer etkiyi verip vermeyeceğinin bilinebilmesi için biyoeşdeğerliğinin kanıtlanması gerektiğinden, daha önce aynı etkin maddeyi kullanarak ilaç üreten İnnovatör firmanın Bakanlığa sunduğu gizli bilgilerin jenerik ilaç üretiminde de kullanılması sözkonusu olmayıp, bu hususun Yönetmeliğin 36. maddesinde düzenlendiği, diğer yandan anılan yönetmeliğin 8. maddesi bir ürün için ilk kez yapılacak başvuruyu düzenlemekte, 9. maddesi ise daha önce üretilerek piyasada mevcut olan ürüne eşdeğer diğer bir ürün ile ilgili başvuruyu düzenlediğinden 8. madde de öngörülen teferruatlı belge ve bilgilerin bu başvuruda aranmamasında hukuka aykırılık bulunmadığı, bu nedenlerle dava konusu Yönetmelik hükmünde gerek TRİPS 39. madde hükmüne gerek iç hukukumuzda yer alan mevzuat hükümlerine aykırı bir yön bulunmadığı, dava konusu ... Sağlık Ürünleri San. ve Tic. A.Ş. verilen ruhsat ve satış izninin iptali istemine gelince; ruhsat ve satış izni aşamasında ... Sağlık Ürünleri San. ve Tic. A.Ş. tarafından ürünün, asıl ürün ile biyoeşdeğerliliğini kanıtlayan belge sunulmadığı halde ruhsat ve satış izni verildiği yönündeki davacı iddiaları ve Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun kararı doğrultusunda Dairelerince 28.5.2003 günlü, 2002/3813 sayılı ara kararına istinaden gönderilen belge ve dosyadaki tüm bilgi ve belgelerden, uyuşmazlık konusu ürünle ilgili ruhsat başvurusu yapıldıktan sonra Farmasötik Müstahzarların Biyoyararlanım ve Biyoeşdeğerliğinin Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik hükümlerine istinadan yaptırılan biyoeşdeğerlik çalışmalarının sonuçlarının davalı idareye sunulduğu, Biyoyararlanım/Biyoeşdeğerlik Tespit ve Değerlendirme komisyonunca biyoeşdeğerlik çalışması uygun bulunan uyuşmazlığa konu ürün için 21.3.2002 tarihli ruhsatın tanzim edildiği, daha sonra 8.4.2002 tarihli Tıbbi Farmasötik Ürün Biyoeşdeğerlilik sertifikasıyla

ürünün, referans ürüne biyoeşdeğer olarak kabul edildiğini gösterir Sertifikanın düzenlendiği ve 3.5.2002 tarihinde de satış izninin verildiğinin anlaşıldığı, bu durumda ilgili mevzuat hükümleri uyarınca, bir etkin maddenin ilaç olarak kullanılmasının kabul edilmiş olması, o etkin maddeyi içeren her ürünün ilaç olarak ruhsatlandırılması için yeterli olamayacağından bir etkin maddenin belirli miktarı ile aynı etkin maddelerin farklı miktarının benzer etkiyi verip veremeyeceğinin bilinebilmesi için Farmasötik Müsahzarların Biyoyararlanım ve Biyoeşdeğerliğinin Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmeliğin 14. maddesi uyarınca biyoeşdeğerliğinin kanıtlanmasının gerektiği, çünkü aynı etkin maddeyi içeren ikinci ürüne ruhsat verilebilmesi için o ürünün sadece o etkin maddeyi içermesi yetmemekte, aynı miktar ve standartlarda olması ve ayrıca biyoeşdeğerliğinin kanıtlanmasının gerektiği, biyoeşdeğerlik olarak aranan, aynı etkin maddeyi, aynı miktarda içeren iki ürünün, biyoyararlanım ve etkilerinin ve etkinliklerinin aynı olması olduğu, bu etkin maddeyi içeren kimyasal bileşiğin ilaç şeklinde sunulabilmesi için tıbbi araştırma ve inceleme yapılması gerekmekte ve bu incelemeler sonucunda elde edilen bilgiler doğrultusunda ruhsat verilmesinin gerektiği, incelenen olayda da ... Sağlık Ürünleri San. ve Tic.A.Ş.nin "..." isimli ilacına ruhsat ve satış izni verilmeden önce jenerik ilaç ile eşdeğer olduğunu kanıtlar nitelikte biyoeşdeğerlik çalışmaları sonucunun davalı idareye sunulduğu görüldüğünden davalı idarece ... Sağlık Ürünleri San. ve Tic. A.Ş.nin ... isimli ilacına ruhsat ve satış izni verilmesi yönünde tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Davacı ve davacı yanında davaya katılan, ... isimli ilaç için ruhsat ve satış izni verilmek suretiyle tesis edilen işlem ile bu işlemin dayanağını teşkil eden Tıbbi Farmasötik Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinin 9. maddesinin, Türkiye'nin Uluslararası anlaşmalardan doğan yükümlülüklerini, TRIPS Anlaşmasının 39. madde hükmünü, AB Türkiye Ortaklık Konseyi Kararlarını ihlal etmesi ve açıkça hukuka aykırı olduğu iddialarıyla kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedirler.

Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden; Danıştay Onuncu Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçelerde ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacı ve davacı yanında davaya katılanın temyiz istemlerinin reddine, Danıştay Onuncu Dairesinin 26.4.2004 günlü, E:2002/3813, K:2004/4066 sayılı kararının ONANMASINA, yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmediğinden, istek halinde 16.400.000.-TL. yürütme harcının davacıya iadesine, 14.4.2005 günü oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No: 2003/271
Karar No: 2005/273

Özeti : Yasal bir grevin yasada öngörülen anlamda genel sağlığı bozucu nitelikte görülebilmesi için, toplumun önemli bir kesiminin sağlık yönünden ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya kalmasının ve bu sakıncanın da, anayasal hakkın süreli de olsa kulanılmasını engelleyen geciktirme yetkisinin kullanılmasında, başka bir yolla da giderilmesinin mümkün olmamasının gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Başbakanlık - ANKARA

Karşı Taraf (Davacı) **:** Türkiye Genel Hizmetler İşçileri (Genel-İş) Sendikası
Vekilleri **:** Av. … - Av. ....,Av. …
İstemin Özeti **:** Danıştay Onuncu Dairesinin 16.10.2002 günlü, E:2000/4445, K.2002/3895 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması, davalı idare tarafından istenilmektedir.

Davacının Savunmasının Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Pınar Kara'nın Düşüncesi: Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Bilgin Arısan'ın Düşüncesi : Türkiye Genel Hizmetler İşçileri Sendikası (Genel İş) tarafından, İzmir Buca Belediyesinde uygulanmakta olan grevin, genel sağlığı bozucu nitelikte görüldüğünden 60 gün süreyle ertelenmesine ilişkin 2000/1164 sayılı ve 24.8.2000 tarihli Bakanlar Kurulu kararını iptal eden Danıştay 10 uncu Dairesi kararının temyizen incelenerek bozulması taleb edilmektedır.

Dava dosyasında mevcut belgelerin incelenmesinden, davacı Genel İş Sendikası tarafından Buca Belediyesinde uygulanmakta olan grev neticesinde mezkur belediyede çöp.yığınlarının büyük boyutlara ulaşarak mevsimin de yaz olması sebebiyle kokuşmaların başlaması ve halktan gelen yoğun şikayetler ve bölgeye gelen çok sayıdaki yabancı turistlerde ülkemiz hakkında çok olumsuz kanaatler ve düşünceler meydana gelmesi ve ülkemiz hakkında son derece kötü imaj uyardırması ve halkın sağlığını tehdit etmeye başlayan çok tehlikeli şartların ortaya çıkması sebebiyle bu olumsuzlukların ortadan kaldırılması için ve erteleme kararı ile 2822 sayılı Kanunun 35 üncü maddesi amir hükmü gereğince başlayan ihtilafın çözümü çalışmalarının başlamasını temin için çıkartılmış bulunan dava konusu grev erteleme kararnamesi; 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 33 üncü maddesi amir hükmüne uygun bulunduğundan aksine verilen Danıştay 10 uncu Dairesi kararının bozulması gerekeceği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca gereği görüşüldü:

Dava, davacı sendika tarafından İzmir Buca Belediyesi Başkanlığında uygulanmakta olan grevin genel sağlığı bozucu nitelikte görülmesi sebebiyle 60 gün süreyle ertelenmesine ilişkin 24.8.2000 günlü, 2000/1164 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onuncu Dairesinin 16.10.2002 günlü, E:2000/4445, K:2002/3895 sayılı kararıyla; Anayasa ve 2822 sayılı Yasanın ilgili hükümlerine göre, bir Anayasal hak ve işçi açısından güvence olan grev hakkının yasada belirtilen sebepler dışında ertelenebilmesine olanak bulunmadığı, yasal bir grevin yasada öngörülen anlamda genel sağlığı bozucu nitelikte görülebilmesi için toplumun önemli bir kesiminin sağlık yönünden ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya kalması ve bu sakıncanın Anayasal hakkın süreli de olsa kullanılmasını engelleyen geciktirme yetkisinin kullanılmasından başka bir yolla da giderilmesinin mümkün olmamasının gerektiği, kararın, uygulanmakta olan grevin genel sağlığı bozucu nitelikte görülmesi sebebiyle alındığı, davalı idarenin savunmasıyla, dosyada bulunan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesi sonucu; geciktirmeye konu grevin, her grevin bünyesinde bulunan kaçınılmaz sakıncalar dışında genel sağlığı bozucu nitelikte bulunmadığı, ayrıca idarece grev uygulamasında doğan sakıncaların grevin geciktirilmesinden başka bir yolla giderilmesine çalışıldığını belirtir bir işarete de rastlanmadığı, bu haliyle idarenin savunmasında öne sürülen sebeplerin dava konusu kararın alınmasını haklı kılacak nitelikte görülmediği gerekçesiyle dava konusu kararın iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare; dava konusu Bakanlar Kurulu Kararının 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 33. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak tesis edildiğini, zira, çöp yığınlarının büyük boyutlara ulaşması, mevsimin yaz olması, kokuşmaların başlaması, halktan gelen şikayetlerin artması, ayrıca mevsim gereği ülkemize gelen yabancı turistlerin, ülkemiz hakkında yanlış kanılara varması ve tarafların uyuşmazlığın çözümü yolundaki

çabalarının sonuçsuz kalması nedeniyle Bakanlar Kurulunca, bu grevin halkın sağlığı ile yakından ilgili olduğuna karar verilerek, grevin 60 gün süre ile ertelendiğini, ayrıca Erteleme Kararnamesinin yürürlüğe girmesinden sonra 28.8.2000 tarihinde, Prof.Dr. ...'ın uyuşmazlığın çözümü için arabulucu olarak görevlendirildiğini ileri sürerek, Daire kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden, Danıştay Onuncu Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davalı idarenin temyiz isteminin reddine, Danıştay Onuncu Dairesinin 16.10.2002 günlü, E:2000/4445, K:2002/3895 sayılı kararının ONANMASINA, 14.4.2005 günü oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No: 2003/272
Karar No: 2005/274

Özeti : Yasal bir grevin milli güvenliği bozucu nitelikte görülebilmesi için, ülke ve devletin özel savunma ve güvenlik altına alınmasını zorunlu kılacak ciddi tehlikelerin ortaya çıkmasının gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Başbakanlık - ANKARA
Karşı Taraf (Davacı): Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayi İşçileri Sendikası (LASTİK-İŞ)
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Danıştay Onuncu Dairesinin 9.10.2002 günlü, E:2000/2369, K.2002/3678 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması, davalı idare tarafından istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi Pınar Kara'nın Düşüncesi: Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı Bilgin Arısan'ın Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp, Danıştay Onuncu Dairesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin reddiyle, Danıştay Onuncu Dairesi kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca gereği görüşüldü:

Dava, Lastik-İş Sendikası tarafından Türk Pirelli Lastikleri A.Ş. Good-Year Lastikleri A.Ş. ve Bridgestone Sabancı Lastik Sanayi A.Ş. işyerlerinde uygulanmakta olan grevlerin, milli güvenliği bozucu nitelikte görüldüğü öne sürülerek 60 gün süreyle ertelenmesine ilişkin 5.5.2000 günlü, 2000/542 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının iptali istemi ile açılmıştır.

Danıştay Onuncu Dairesinin 9.10.2002 günlü, E:2002/2369, K:2002/3678 sayılı kararıyla; Anayasa ve 2822 sayılı Yasanın ilgili hükümlerine göre, bir Anayasal hak ve işçi açısından güvence olan grev hakkının yasada belirtilen sebepler dışında ertelenebilmesine olanak bulunmadığı, yasal bir grevin yasada öngörülen anlamda genel sağlığı bozucu

nitelikte görülebilmesi için, toplumun önemli bir kesiminin sağlık yönünden veya buna bağlı olarak sosyal bakımdan ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya kalması, giderilmesi olanaksız kayıp ve zararların sözkonusu olmasının gerektiği, yine bir grevin milli güvenliği bozucu nitelikte görülebilmesi için de, ülke ve devletin özel savunma ve güvenlik altına alınmasını zorunlu kılacak ciddi tehlikelerin ortaya çıkmasının gerektiği, kararın uygulanmakta olan grevin milli güvenliği bozucu nitelikte görülmesi sebebiyle alındığı, davalı idarenin savunmasıyla, dosyada bulunan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, grevin yapıldığı işyerlerinin ve yapılan işlerin niteliği dikkate alındığında ertelenen grevin Yasada öngörülen anlamda milli güvenliği bozucu nitelikte olmadığı sonucuna varıldığı, ayrıca davalı idarenin savunmasında öne sürülen ekonomik sebeplerin, dava konusu kararın alınmasını haklı kılacak nitelikte bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu Bakanlar Kurulu Kararının iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare, Ülke lastik üretiminin çok büyük bir bölümünün grev uygulanan işyerlerinde üretilmesi nedeniyle başta Türk Silahlı Kuvvetleri olmak üzere ulaştırma ve iş makinelerinin kullanıldığı tüm sektörlerin lastik ihtiyaçlarını olumsuz yönde etkileyeceğini, bu haliyle grevin genel hayatı, dolayısıyla milli güvenliği bozucu nitelikte olduğunu, görüşü sorulan Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin de grevin milli güvenliği bozucu olacağı yolunda görüş bildirdiğini, bu nedenle dava konusu kararda yasaya aykırılık bulunmadığını, diğer yandan resmi arabulucu tarafından yürütülen çalışmalar sonucunda uyuşmazlığın giderildiğini ve anlaşma sağlanarak grev uygulamasının ortadan kaldırıldığını, bu nedenle konusuz kalan davanın reddinin gerektiğini öne sürerek Daire kararının temyizen incelenip, bozulmasını istemektedir.

Temyiz edien kararla ilgili dosyanın incelenmesinden, Danıştay Onuncu Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede öne sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davalı idarenin temyiz isteminin reddine, Danıştay Onuncu Dairesinin 9.10.2002 günlü, E:2000/2369, K:2002/3678 sayılı kararının onanmasına, 14.4.2005 günü oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No: 2003/417
Karar No: 2005/234

Özeti : Hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmakla görevli bulunan baronun, bu konulara özgü açmış olduğu davada, dava açma ehliyetinin bulunduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): İstanbul Barosu Başkanlığı
Vekili **:** Av. ...-
Karşı Taraf (Davalı) **:** Sağlık Bakanlığı - ANKARA
İstemin Özeti **:** Danıştay Sekizinci Dairesinin 20.11.2002 günlü, E:2001/3139, K:2002/5419 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması, davacı tarafından istenilmektedir.

Savunmanın Özeti **:** Danıştay Sekizinci Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığını belirterek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Mürteza Güler'in Düşüncesi : Danıştay Sekizinci Dairesi kararının, Sağlık Bakanlığı Sağlık Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliğinin 46. maddesi ile 41/d maddesinde yer alan "fuhuş yapmak" ibaresi yönünden davanın reddine ilişkin kısmına yönelik davacının temyiz isteminin reddi ile kararın bu kısmının onanması, Yönetmeliğin 41/d maddesinde yer alan "ya da cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilmiş olmak" ibaresi yönünden davacının temyiz isteminin kabulü ile Daire kararının bu kısmının bozulması gerekteği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Cem Erbük'ün Düşüncesi : Sağlık Bakanlığı Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliğinin 41/d maddesiyle, 46. maddesinde yer alan "uyarma, kınama ve mahrumiyet cezalarına itirazda bulunulamaz" cümlesinin iptali istemiyle açılan davayı reddeden Daire kararı temyiz edilmiştir.

Davaya konu yönetmeliğin 41/d maddesinde; fuhuş yapmak yada cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilmiş olmak örgün eğitim dışına çıkarma cezasını gerektiren eylem olarak belirlenmiştir.

T.C. Anayasa'sının 20. maddesinde; herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamıyacağı, adli soruşturma ve kovuşturma gerektiren istisnaların saklı olduğu kurala bağlanmıştır. Yine Anayasanın 17. maddesinde, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Anılan Yönetmeliğin 41/d maddesiyle getirilen düzenleme öğrenciler üzerinde keyfi uygulamalara yol açacak nitelikte olup davalı idare de bu hususun önlenmesi amacıyla 24.10.2001 günlü, 5746 sayılı genelgenin yayımlandığını belirtmekle bu kanıyı doğrulamaktadır. Yönetmelik hükmünün hierarşik bakımdan genelgenin bir üst normu olduğu dikkate alındığında yönetmelikle bu yolda bir düzenlemeye gidilmesindeki sakıncanın genelge ile giderilemiyeceği de açıktır.

Belirtilen nedenlerle yönetmeliğin 41/d maddesi Anayasanın 20 ve 17. maddelerine aykırı bulunmuştur.

Yönetmeliğin 46. maddesinde yer alan; "Uyarma, kınama ve mahrumiyet cezalarına itiraz edilemez." hükmüne gelince; bu madde ile getirilen düzenlemede yargı yolunun kapatılması söz konusu olmadığından anılan hükümde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Belirtilen sebeplerle, yönetmeliğin 41/d maddesine yönelik temyiz talebinin kabulü ile Daire kararının bu kısmının bozulması, 46 ncı maddeye yönelik temyiz talebinin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, dosyanın tekemmül etmiş olduğu anlaşıldığından, davacının yürütmenin durdurulması istemi hakkındaki talebi görüşülmeksizin dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Dava; 13.7.2001 günlü, 24461 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sağlık Bakanlığı Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliğinin "Örgün Eğitim Dışına Çıkarma" başlıklı 41. maddesinin (d) bendinde yer alan "Fuhuş yapmak ya da cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilmiş olmak" hükmü ile 46. maddesinde yer alan "Uyarma, Kınama ve Mahrumiyet cezalarına itirazda bulunulamaz" hükmünün iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Sekizinci Dairesinin 20.11.2002 günlü, E:2001/3139, K:2002/5419 sayılı kararıyla; davalı idarenin ehliyet itirazının yerinde görülmediği, dava konusu Yönetmeliğin 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine dayanılarak hazırlanmış olduğu, Milli Eğitim Temel Kanununun 2. maddesinde Türk Milli Eğitiminin genel amaçlarının belirlendiği,

Anayasanın 20. maddesinde herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunun, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağının, adli soruşturma ve kovuşturma gerektiren istisnaların saklı olduğunun kurala bağlandığı, yine Anayasanın 17. maddesinde herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunun belirtilmiş olduğu, dava konusu Yönetmeliğin 41. madesinin (d) bendinde belirtilen kuralın ortaöğretim kurumlarında büyük çoğunluğu 18 yaşını doldurmamış öğrencilerin bulunduğu dikkate alındığında onları koruyucu ve kötülükten alıkoyucu nitelikte olduğu, bu konuda davalı idarenin 24.10.2001 günlü, 83 sayılı Genelgesinde yer alan "Yönetmeliğin 41. maddesinin (d) bendi ile ilgili olaylarda sadece adli makamlarca yapılan tespit doğrultusunda işlem yapılacağı, okul müdürlüğü veya sağlık müdürlüğünce kesinlikle durum tespitine yönelik herhangi bir uygulama yapılmayacağı" talimatı ile konuya açıklık getirildiği, bu nedenlerle Yönetmeliğin 41. maddesinin (d) bendinde hukuka aykırılık bulunmadığı, Yönetmeliğin 46. maddesinde yer alan "uyarma, kınama ve mahrumiyet cezalarına itirazda bulunulmaz" cümlesinin iptali istemine gelince; Anayasanın 125. "maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." hükmünün yer aldığı, Yönetmeliğin 46. maddesindeki düzenleme ile yargı yolunun kapatılmasının söz konusu olmadığı, kaldı ki Yönetmeliğin 36. maddesinde düzenlenen uyarma, 37. maddesinde düzenlenen kınama ve 38. maddesinde düzenlenen mahrumiyet cezalarının öğrencinin kusurlu davranışlarını önleyici nitelikte ve eğitim-öğretimden uzak kalmasına sebep olmayan cezalar olduğu, Yönetmeliğin bu maddesinde de hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı; dava konusu Yönetmeliğin 41. maddesinin (d) bendinde yer alan düzenlemenin Anayasa ile güvence altına alınan eşitlik ilkesine, kişinin dokunulmazlığı ilkesine, özel hayatın gizliliği ilkesine, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği ilkesine aykırı olduğunu, öğrenim özgürlüğünü engellediğini, diğer yandan söz konusu 41. maddenin (d) bendinde bekaret kontrolü yönünden var olan sakıncanın Genelge ile giderilemiyeceğini, Yönetmeliğin bu hükmünün keyfi uygulamalara neden olabileceğini, Yönetmeliğin 46. maddesinin de hukuka aykırı olduğunu öne sürmekte ve Daire kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Danıştay İkinci Daire Başkanı Mustafa Birden, Danıştay Onbirinci Daire Başkanı Mustafa İlhan Dinç, Danıştay Onuncu Daire Üyesi Ali Güven, Danıştay Onikinci Daire Üyesi Yücel Irmak, Danıştay Onikinci Daire Üyesi Kenan Atasoy, Danıştay Onuncu Daire Üyesi Ahmet Başpınar ve Danıştay Onbirinci Daire Üyesi M.Nihat Turan'ın; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-a maddesinde, idari işlemler hakkında, yetki şekil, sebep, konu, maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davalarının idari dava türleri arasında sayıldığı, iptal davasının subjektif ehliyet koşulunun "menfaat ihlali" olarak yer aldığı, sözü edilen yasal düzenleme uyarınca ve içtihat ve doktrine göre; tek taraflı irade açıklamasıyla kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte tesis edilen idari işlemlerin, ancak bu idari işlemle meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi kurulabilenler tarafından iptal davasına konu edilebileceğinde kuşku bulunmadığı, iptali istenilen Yönetmelik hükümlerinin, 1136 sayılı Kanunun 76. maddesi uyarınca; avukatlık mesleğine mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, avukatlık mesleğinin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini, iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslep disiplini ve ahlakını korumak amacıyla kurulan tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan davacının, belirtilen anlamda meşru, kişisel ve güncel bir menfaatini etkilemediği, dolayısıyla işlemle menfaat ilişkisi bulunmadığı yönündeki oylarına karşılık; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 4667 sayılı Kanun ile değişik 76. maddesinde; Barolar, avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak

amacıyla tüm çalışmaları yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olarak tanımlandığı, yine aynı Kanunun Baro Yönetim Kurulunun görevlerinin sayıldığı 95.maddesinin 21. bendinde de, yönetim kurulunun, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmakla görevli olduğunun belirlenmiş olduğu, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmakla görevli bulunan Baronun, dava konusu Yönetmelik hükümleri ile Anayasanın eşitlik ilkesinin, kişinin dokunulmazlığı ilkesinin, özel hayatın gizliliği ilkesinin, kanunsuz suç ve ceza olmayacağı ilkesinin, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği ilkesinin ihlal edildiğini, öğrenim özgürlüğünün engellendiğini öne sürerek bakılan davayı açtığı gözönünde bulundurulduğunda, iptalini istediği Yönetmelik hükümleri ile menfaat ilgisinin bulunduğunun açık olduğu gerekçesiyle aksi görüş kabul edilmeyerek Daire kararına karşı yapılan temyiz başvurusunun esas yönünden incelenmesine geçildi.

Davacı tarafından ileri sürülen hususlar, Daire kararının, dava konusu Yönetmeliğin 46. maddesine yönelik olarak davanın reddine ilişkin bulunan kısmının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Daire kararının, Yönetmeliğin 41. maddesinin (d) bendine ilişkin kısmının temyizen incelenmesine gelince;

13.7.2001 günlü, 24461 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sağlık Bakanlığı Sağlık Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliğinin 41. maddesinde; "Örgün Eğitim Dışına Çıkarma Cezası", öğrencinin, devam zorunluluğu olan okullara kayıt yaptıramayacak şekilde okuldan tasdikname ile uzaklaştırılması şeklinde tanımlanarak, bu cezayı gerektiren davranışlar sayılmış ve (d) bendinde; "Fuhuş yapmak ya da cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilmiş olmak" eylemi bu cezayı gerektiren bir davranış olarak belirlenmiştir.

Fuhuş yapıldığının tesbitinin ise, buna ilişkin mevzuatta yer alan tanım ve usullere tabi olacağında kuşku yoktur.

T.C. Anayasasının "Kişinin dokunulmazlığı" başlıklı 17. maddesinde; herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı kurala bağlanmıştır. Yine Anayasanın "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddesinde; herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı ilkesi yer almıştır.

T.C. Anayasasının 13. maddesinde yer alan; temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı hükmü karşısında, Anasaya ile güvence altına alınan kişinin dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği ilkelerinin, ancak Anayasa ile belirlenen çerçevede kanunla sınırlanması mümkün olup, yürütmeyi oluşturan idari makamların çıkaracakları yönetmeliklerle, söz konusu ilkeleri sınırlandırıcı düzenlemeler yapması, bu ilkelerin işlerliğini azaltacak şekilde bir takım yetkileri kendinde toplaması mümkün değildir.

Sağlık Bakanlığı Sağlık Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliğinin 41. maddesinin (d) bendinde yer alan "...cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilmiş olmak" ibaresi, gerek okul yönetimince gerekse Bakanlığın il yönetimince, öğrenciler üzerinde keyfi bir takım uygulamalarda bulunulmasına yol açacak bir nitelik taşıdığı; kişinin dokunulmazlığı ilkesi ile özel hayatın gizliliği ilkesinin var olan Anayasal ve yasal güvencelerinin, her türlü şüpheyi içinde barındıracak ve yönetimin keyfi uygulamada bulunmasına imkan verecek şekilde söz konusu ibare ile zayıflatıldığı; her ne kadar davalı idarece, uygulamada karşılaşılabilecek olumsuzlukları önlemek amacıyla çıkarılan 24.10.2001 tarihli Genelgede,

Yönetmeliğin 41. maddenin (d) bendi ile ilgili olaylarda sadece adli makamlarca yapılan tespit doğrultusunda işlem yapılacağı; okul müdürlüğü veya sağlık müdürlüğünce kesinlikle durum tespitine yönelik herhangi bir uygulama yapılmayacağı belirtilmiş ise de; Yönetmelikte bu yönde bir düzenlemeye gidilmesindeki sakıncanın, Genelge ile giderilmesinin hukuken mümkün olmadığı açıktır.

Buna göre, Yönetmeliğin 41. maddesinin dava konusu (d) bendinin "fuhuş yapmak" ibaresi dışında kalan, "ya da cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilmiş olmak" ibaresinin, Anayasanın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğu sonucuna ulaşıldığından, temyize konu Daire kararında bu kısım yönünden hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Danıştay Sekizinci Dairesinin 20.11.2002 günlü, E:2001/3139, K:2002/5419 sayılı kararının, Sağlık Bakanlığı Sağlık Meslek Liseleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliğinin 46. maddesi ile 41/d maddesinde yer alan "fuhuş yapmak" ibaresi yönünden davanın reddine ilişkin kısmına yönelik davacının temyiz isteminin reddi ile kararın bu kısmının onanmasına, Yönetmeliğin 41/d maddesinde yer alan "ya da cinsel ilişkiye girmiş olduğu tespit edilmiş olmak" ibaresi yönünden davacının temyiz isteminin kabulü ile Daire kararının bu kısmının BOZULMASINA, kullanılmayan yürütmenin durdurulması harcının isteği halinde davacıya iadesine, 7.4.2005 günü oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İdari Dava Daireleri
Kurulu
Esas No: 2004/2320
Karar No: 2004/1949

Özeti : Davacı sendikanın 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun Geçici 6. maddesinde öngörülen şartları yerine getirmeyerek, kendisini kanuna uyarlamaması nedeniyle anayasanın öngördüğü kanun olan 4688 sayılı Kanunun "cevaz verdiği" kamu görevlileri sendikası niteliğinde olmadığından; yine anayasa hükmü gereği, üyeleri adına yargı merciilerine başvurma hakkı bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): Enerji, Yapı Yol Sendikası
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davalılar) : 1-Başbakanlık - ANKARA
2-Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı
Davalılar Yanında Davaya Katılan: ... Termik Elektrik San. Tic. A.Ş.
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Danıştay Onuncu Dairesinin 26.12.2003 günlü, E:2000/6026, K:2003/5391 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması davacı tarafından istenilmektedir.
Savunmaların Özeti : Danıştay Onuncu Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.
Müdahil Savunmasının Özeti : Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Yakup Bal'ın Düşüncesi: 2577 sayılı Kanun'un 26. maddesinin1. fıkrasında, dava esnasında veya herhangi bir sebeple tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik olursa davayı takip hakkı kendisine geçenin başvurmasına kadar, gerçek kişilerden olan tarafın ölümü halinde, idarenin mirasçılar aleyhine talebi yenilenmesine kadar dosyanın işlemden kaldırılmasına ilgili mahkemece karar verileceği, dört ay içinde yenileme dilekçesi verilmemiş ise, varsa yürütmenin durdurulması kararının kendiliğinden hükümsüz kalacağı hükme bağlanmıştır.

Davacı Sendika'nın 4688 sayılı Kanun'a kendisini uyarlamadığı, anlaşılmakta ise de, 4688 sayılı Kanun, kendisini bu Kanun'a uyarlamayan mevcut sendikalar yönünden tüzel kişiliğin ortadan kalkacağına dair bir hüküm içermemesi, davacının, tüzel kişiliğin kendi iradeleriyle ortadan kaldırıldığı yönünde bir beyanının olmaması, bu konuda bir yargı kararı da bulunmaması karşısında, Sendikanın tüzel kişiliğinin ortadan kalktığı ve bu nedenle davada taraf olma niteliğini yitirdiğinden söz edilemeyeceği açıktır.

Dosyanın incelenmesinden ise, 4688 sayılı Kanun uyarınca belirlenen "Enerji, Sanayi, Maden" işkolunda "Enerji, Sanayi ve Maden Kamu Emekçileri Sendikası"nın kurulduğu anlaşılmaktadır.

4688 sayılı Kanunun Geçici 6. maddesinde öngörülen süre içerisinde kendisini adı geçen Kanuna uyarlamayan kuruluşların, yine aynı kanunda tanımlanan sendikaların hak ve yetkilerini kullanamayacakları hususu, yeni bir sendikanın kurulması, davacı sendika üyelerinin bu davadan elde etmek istedikleri sonuç dikkate alındığında, yeni kurulan sendikanın davacı sendikanın kanuni halefi dolayısıyla 2577 sayılı Kanun'un 26/1 maddesi uyarınca (Kanuni zorunluluk gereği) sendika'nın niteliğinde değişiklik olduğu kabul edilerek, öncelikle dosyanın işlemden kaldırılması kararının verilmesi, hak arama özgürlüğünün kullanılması açısından önem kazanmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasa'nın 26/1. maddesi uyarınca dosyanın işlemden kaldırılması kararı verilmesi gerektiğinden temyize konu kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Emin Celalettin Özkan'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp, Danıştay Onuncu Dairesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle Daire kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunca gereği görüşüldü:

... Termik Elektrik San. ve Tic. A.Ş.'ne Ankara Çayırhan Termik Santrali görev bölgesinde yer alan Çayırhan Termik Santralinin 1-2 nci ünitelerinin ve Ankara OAL-Orta Anadolu Linyit İşletmeleri görev bölgesinde yer alan ve adıgeçen Santralin 1-2 nci ünitelerine kömür sağlayan maden sahalarının rehabilitasyonu, işletilmesi, Ankara Çayırhan Termik Santrali görev bölgesinde yer alan tevsii mahiyetinde ve inşaatı devam etmekte olan 3-4 ncü ünitelerinin işletilmesi ve elektrik üretimi ile ticaretini yapmak üzere 20 yıl süreyle görev verilmesi, bu görevlendirmeye ilişkin şirket ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı arasında görev sözleşmesi yapılması ve Çayırhan Termik Santralinin 1-2-3-4 ncü ünitelerinin işletme haklarının ilgili maden sahası ile birlikte şirkete devredilmesi, şirket ile üretilen enerjiyi satın alacak kurum (TEAŞ) arasında 20 yıl süreli enerji satış anlaşması yapılması, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığının görüşüne dayanan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının 24.3.1998 günlü, 4750 sayılı yazısı üzerine 4.12.1984 günlü, 3096 sayılı Kanunun 3, 5 ve 9. maddesine göre, Bakanlar Kurulunca verilen 5.4.1998 günlü, 23308 Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 31.3.1998 günlü, 98/10859 sayılı kararın iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onuncu Dairesi 26.12.2003 günlü, E:2000/6026, K:2003/5391 sayılı kararıyla, Medeni Kanundaki düzenlemeye göre tüzel kişilerin hak ehliyeti (medeni haklardan yararlanma) ve fiil ehliyeti olmak üzere iki tür ehliyetinin kurala bağlandığı, dava açma ehliyetinin fiil ehliyetinin içeriğine dahil edildiği, dolayısıyla dava açma ehliyetinin, bir şahsın mahkemelerde davacı veya davalı sıfatıyla yemin, ikrar, sulh, feragat, kabul v.s. gibi usul hukukuna ait işlemleri bizzat yapabilme iktidarını ifade ettiği, dava açılması sırasında olduğu kadar, dava sürecinde de bu ehliyetin yitirilip yitirilmediğinin yargı yerince gözönünde bulundurulacağı, Medeni Kanunun tüzel kişiler yönünden düzenlenen 46. maddesinde öngörülen medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmayanların dava açabilmesine veya davayı takip edebilmesine olanak bulunmadığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 9.12.2002 günlü, 3056 sayılı, Ankara Valiliği Emniyet Genel Müdürlüğünün 10.12.2002 günlü, B.05.1 EGM.4.06.00.12.06 sayılı yazılarından, Enerji Yapı Yol Sendikası'nın (Enerji, Yol, Yapı, Altyapı, Tapu Kadastro, Kamu Emekçileri Sendikası) Başbakanlığın 5.8.1999 günlü, 1999/44 sayılı Genelgesine istinaden 13.8.2001 tarihine kadar faaliyetini sürdürdüğü, 4688 sayılı Yasanın Geçici 6. maddesinin (a) ve (b) bentleri uyarınca Enerji Yapı Yol Sendikası adı altında faaliyette bulunduğuna ilişkin genel kurul evrakları ile tüzüğüne ait herhangi bir belgenin ilgili yerlere intikal ettirilmediğinin anlaşıldığı, dolayısıyla davacı sendika kendisini Yasa'ya uyarlamadığından tüzel kişiliğine ait hak ve yetkileri kullanamayacağı, bu itibarla davanın her aşamasında bulunması gereken medeni hakları kullanma ehliyetinin artık bulunmadığı anlaşılan davacı sendikanın bu davayı takip edebilmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle davayı ehliyet yönünden reddetmiştir.

Davacı sendika, Anayasanın 53. maddesi ve uluslararası sözleşmelere dayanarak kurulduğunu, 4688 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle 1.3.2002 tarihinde 1. Olağanüstü Genel Kurulun toplanarak sendika tüzel kişiliğinin devam ettirilmesine karar verdiğini, 24-25 Ocak 2004 tarihinde 6. Olağan Genel Kurulun yapıldığını, sendikanın kapatılması için hakkında açılmış herhangi bir kapatma davasının bulunmadığını ileri sürerek kararı temyiz etmekte, bozulmasına karar verilmesini istemektedir.

Anayasanın 53. maddesine 4121 sayılı Kanunun 4. maddesiyle eklenen fıkra ile; kamu görevlilerinin ancak kanunla kurmalarına cevaz verilecek sendikaların üyeleri adına yargı mercilerine başvurması, idareyle amaçları doğrultusunda toplu görüşme yapabilmesi esası getirilmiş olup, Anayasada öngörülen kanunun henüz çıkmadığı dönemde kurulan kamu görevlileri sendikalarının tüzel kişiliği ve dava açma ehliyeti Anayasada yapılan değişiklik gereği Danıştay İçtihatlarıyla (Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 21.1.2000 günlü, E:1999/431, K.2000/18) kabul edilmiş, devamında kamu görevlileri sendikalarının kuruluş, usul ve esaslarını belirlemek amacıyla 12.7.2001 günlü, 24460 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu çıkarılmış, Kanunun 5. maddesinde Sendikaların kurulabilecekleri hizmet kolları düzenlenmiş, Geçici 6. maddesinde ise, Kanunun yayımı tarihinde faaliyette bulunan kamu görevlileri kuruluşlarının Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren sekiz ay içinde kanuna uygun olarak yeni tüzüklerini düzenlememiş ve ilk olağan genel kurullarını yapmamış olmaları halinde bu Kanunda tanımlanan sendikaların hak ve yetkilerini kullanamayacakları öngörülmüştür.

Davacı sendika 4688 sayılı Kanunun Geçici 6. maddesinde öngörülen şartları yerine getirmeyerek kendisini kanuna uyarlamaması nedeniyle Anayasanın öngördüğü Kanun olan 4688 sayılı Kanunun "cevaz verdiği" kamu görevlileri sendikası niteliğinde olmadığına göre, yine Anayasa hükmü gereği üyeleri adına yargı mercilerine başvurma ve idareyle amaçları doğrultusunda toplu görüşme yapabilme hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca, davacı sendika bu hali ile bir sivil toplum kuruluşu olarak kabul edilse dahi, Danıştay İçtihatlarıyla kabul edildiği üzere; ancak çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması ve imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlarda dava açma ehliyeti bulunduğundan bu anlamda da dava açma ehliyeti bulunmamaktadır.

Öte yandan, Anayasanın 53. maddesinde belirtilen Kanunun henüz çıkmadığı dönemde, kurulan kamu görevlileri sendikalarının tüzel kişiliği ve dava ehliyeti Anayasa hükmü gereği o dönemde Danıştay İçtihatları ile kabul edilmiş, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte anılan sendikaların kuruluş usul ve esasları belirlenmiş olup, yapılan yasal düzenlemeye istinaden verilen bu kararın daha önce verilen yargı kararlarına aykırı olduğunu söylemekte bu nedenle mümkün değildir.

Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden; Danıştay Onuncu Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacının temyiz isteminin reddine, Danıştay Onuncu Dairesinin 26.12.2003 günlü, E:2000/6026, K:2003/5391 sayılı kararının ONANMASINA, 9.12.2004 günü oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Bakılmakta olan dava; Ankara Çayırhan Termik Santralinin ve bu santrale kömür sağlayan maden sahalarının rehabilitasyonu ve işletilmesi hakkının Park Termik Elektrik Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketine devredilmesine ilişkin 31.3.1998 tarihli Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle 29.5.1998 tarihinde Enerji Yapı Yol Sendikası tarafından açılmıştır.

Danıştay Onuncu Dairesi, 9.7.1998 günlü, E:1998/3886, K:1998/3766 sayılı kararıyla; "...sendika olarak tüzel kişilik kazanmamış olan davacı kuruluşun iptalini istediği işlemle meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi bulunmamaktadır" gerekçesiyle davayı ehliyet yönünden reddetmiş, bu karar, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 18.12.1998 günlü, E:1998/729, K:1998/691 sayılı kararıyla onanmıştır. Ancak daha sonra davacının karar düzeltme istemini kabul eden Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu Danıştay Onuncu Dairenin ehliyet ret kararını bozmuştur. Genel Kurul, Onuncu Dairenin ısrar hakkı bulunmayıp, uyması zorunlu olan kararında "1982 Anayasasının 53. maddesine 4121 sayılı Yasanın 4. maddesiyle eklenen fıkra ile Anayasanın 128. maddesinin ilk fıkrası kapsamına giren kamu görevlilerinin kuracakları sendikalar ve üst kuruluşların üyeleri adına yargı merciilerine başvurabilecekleri ve idare ile amaçları doğrultusunda toplu görüşme yapabilecekleri hükme bağlanmış ve bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usullerin kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Yasal düzenleme yapılmamış olsa bile Anayasanın belirtilen kuralı karşısında memur sendikalarının kurulacağı ve kurulmayla birlikte sendika olarak tüzel kişilik kazanacağı kabul edilmelidir.

Dosyadaki belgelerin incelenmesinden, davacı sendikanın 12.2.1996 tarihinde kurulduğu, hakkında kapatma istemi ile açılmış bir davanın bulunmadığı, faaliyetini sürdürdüğü anlaşılmaktadır.

Bu durumda, iptali istenilen Bakanlar Kurulu Kararı ile sendika ve üyeleri arasında güncel, kişisel ve meşru bir menfaat alakasının bulunduğu anlaşıldığından, davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; davacının temyiz isteminin kabulüne, uyuşmazlığın esası incelenmek üzere Danıştay Onuncu Dairesinin 9.7.1998 günlü, E:1998/3886, K:1998/3766 sayılı kararının bozulması" sonucuna ulaşmıştır.

Danıştay Onuncu Dairesi ise Genel Kurul kararından sözetmeksizin verdiği temyize konu kararında; 12.7.2001 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanıp, takip eden otuzuncu gün sonunda yürürlüğe giren 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun Geçici 6 ncı maddesine göre kendisini yasaya uyarlamayan davacı sendikanın tüzel kişiliğine ilişkin hak ve yetkileri kullanamayacağı, "...medeni hakları kullanma ehliyeti bulunmadığı anlaşılan davacı sendikanın bu davayı tekip edemeyeceği" gerekçesiyle bu davada ikinci kez ehliyet ret kararı vermiştir.

Danıştay Onuncu Daire, davacı sendikanın, tüzel kişiliği ve hak ehliyeti olduğunu tartışmayıp kabul etmekte; 4688 sayılı Yasaya kendisini uyarlamayan davacı sendikanın fiil ehliyeti olmadığını belirtmektedir.

Oysa, genel kurulunu yapıp, organlarını oluşturmakla birlikte 4688 sayılı Yasanın geçici 6 ncı maddesine göre tüzüğünü bu yasaya uyarlamadığı anlaşılan davacı tüzel kişiliğin, fiil ehliyeti de ortadan kalkmış değildir. Zira 4688 sayılı Yasa, bu yasadan önce kurulan Sendikaların tüzel kişiliklerini kabul etmekte; sadece geçici 6 ncı maddesinde, "kamu görevlileri kuruluşları" olarak adlandırdığı, tüzel kişilerin, kendilerini yasaya uyarlamalarını öngörmektedir. Yasanın geçici 6 ncı maddesine kendisini uyarlamayan tüzel kişiler hakkında getirilen yaptırım ise, "...bu kanunda tanımlanan sendikaların hak ve yetkilerini kullanmamaktır." Dolayısıyla genel kurulunu yapıp, organlarını oluşturan, fakat 4688 sayılı Yasaya kendisi uyarlamayan davacı Enerji Yapı Yol Sendikası, anılan yasaya göre sendika hak ve yetkilerini; toplu görüşmeye katılma ve yasanın 19 uncu maddesinde kamu görevlileri sendikalarına tanınan hak ve yetkileri kullanamayacaktır. Ancak yetkili mahkeme kararıyla kapatılmaması ve kendi genel kurul kararıyla faaliyetine son vermemiş olması karşısında, davacı kuruluşun hak ve fiil ehliyetine sahip olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Kamu görevlileri sendikası hak ve yetkilerini kullanma hakkı kazanamamakla birlikte tüzel kişiliğini sürdürmekte olan Enerji Yapı Yol Sendikasının, mevcut tüzüğüne göre enerji alanında değerlendirmeler yapıp, görüş açıklayan, bu alanda kamusal yararın gerçekleştirilmesi için çaba sarfeden bir sivil toplum kuruluşu olarak, dava konusu kararla menfaat ilgisini kabul etmek gerekir.

Kaldı ki, yukarıda da söz edildiği gibi, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu bu davada davacı sendikanın dava konusu kararla menfaat ilgisi olduğunu kabul etmiştir. Bu karara rağmen Danıştay Onuncu Dairesinin ya da Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun subjektif ehliyeti yeniden tartışma konusu yapması da mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle temyize konu daire kararının bozulması gerektiği oyuyla karara katılmıyoruz.

VERGİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARLARI

GELİR VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2004/229
Karar No: 2005/55

Özeti : Arsa payı karşılığı inşaat işi yapan davacının faaliyetinin, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 42 nci maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden : Kalekapı Vergi Dairesi Müdürlüğü - ANTALYA
Karşı Taraf **:** ...
İstemin Özeti : Arsa payı karşılığı yapımını üstlendiği apartman inşaatı işi nedeniyle mükellefiyet kaydı yaptırmadığı ve yükümlülüklerini yerine getirmediği yolunda düzenlenen inceleme raporuyla davacı adına hayat standardı esasına göre belirlenen matrah üzerinden 1997 yılı için re'sen ağır kusur cezalı gelir vergisi ve fon payı salınmış, aslı aranmayan geçici vergi için ağır kusur cezası kesilmiştir.

Antalya Vergi Mahkemesi 19.10.2001 günlü ve E:2001/443, K:2001/708 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 30 uncu maddesinin 2nci fıkrasının 1 inci bendinde, vergi beyannamesinin kanuni süresi geçtiği halde verilmemiş olmasının re'sen takdir nedeni olarak kabul edildiği, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 37 nci maddesinin 4 üncü bendinde, gayrimenkullerin alım satım ve inşa işleriyle devamlı olarak uğraşanların bu işlerinden elde ettikleri kazancın ticari kazanç olarak sayıldığı, aynı Yasanın 42 nci maddesinde ise; birden fazla takvim yılına sirayet eden inşaat ve onarma işlerinde kar veya zararın işin bittiği yıl kati olarak tespit edileceği ve tamamının o yılın geliri sayılarak mezkur yıl beyannamesinde gösterileceği hükmünün getirildiği, 44 üncü maddesinde inşaat onarma işlerinde geçici ve kesin kabul usulüne tabi olan hallerde geçici kabulün yapıldığını gösteren tutanağın düzenlendiği tarih; diğer hallerde işin fiilen tamamlandığı veya fiilen bırakıldığı tarihin bitim tarihi olarak kabul edileceği, anılan Kanunun olay tarihinde yürürlükte bulunan 116 ncı maddesinin 5 inci fıkrasında da; hayat standardı esasının birden fazla takvim yılına sirayet eden inşaat ve onarma işlerinde işin devam ettiği yıllar ve bu yıllar için geçerli olan gösterge tutarlarının gözönüne alınarak topluca uygulanacağı hükmünü amir olduğu, davaya konu inşaatın yapımına ister davalı idarenin kabul ettiği gibi 1995 yılında ister davacının iddia ettiği gibi 1998 yılında başlanmış olsun her halükarda 2000 takvim yılı itibarıyla işin tamamlandığı taraflar arasında ihtilafsız olduğundan ve böylece inşaat işinin bir yıldan fazla sürdüğü açık olduğundan bu faaliyetin vergilendirilmesinde 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 42 nci maddesindeki usulün uygulanması ve yasa hükümlerine göre, inşaat işiyle ilgili kazancın vergilendirilmesinin inşaatın bitim tarihinde verilecek beyanname üzerinden yapılmasının gerektiği, 1997 yılında bu işe ilişkin beyanname verilmediğinden bahisle hayat standardı esasına göre re'sen yapılan tarhiyatta hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesi ile vergi ve cezaları kaldırmıştır.

Vergi dairesi müdürlüğünün temyiz istemini inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesi 10.3.2004 günlü ve E:2002/742, K:2004/678 sayılı kararıyla; 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 42 nci maddesinde birden fazla takvim yılına sirayet eden inşaat ve onarım işlerinde kazancın tespit esaslarının özel şekilde düzenlendiği ve dönemsellik ilkesinin istisnası olan bu düzenlemeyle, kazancın yıllık olarak değil, işin sonunda tespit edileceğinin

belirtilerek, 42 nci maddede öngörülen vergilemenin uygulanmasında, birden fazla takvim yılına sirayet eden inşaat ve onarım işinin başkası hesabına bir taahhüt uyarınca yapılması gerekliliğinin ortaya konulduğu, bir kimsenin satmak üzere kendi nam ve hesabına yaptığı özel inşaatların, hangi şartlarla yürütülürse yürütülsün herhangi bir kıymet imali ve satışından farkı bulunmadığından, 42 nci madde kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ve bu tür inşaatlarda kazancın tespitinin yıllık olarak ve ilgili yıla ilişkin maliyet ve satış bedelinin karşılaştırılması suretiyle yapılmasının dönemsellik ilkesinin bir sonucu olduğu, kendi nam ve hesabına arsa payı karşılığı inşaat yapıp sattığı ve beyanname vermediği hususunda uyuşmazlık bulunmayan davacı adına, inceleme raporuna dayanılarak 1997 yılı için hayat standardı temel gösterge tutarı dikkate alınarak re'sen yapılan tarhiyatın, Gelir Vergisi Kanununun 42 nci maddesine göre inşaat işiyle ilgili kazancın işin bitim yılında verilecek beyanname üzerinden vergilendirilmesi gerektiği gerekçesiyle kaldırılması yolunda verilen vergi mahkemesi kararında hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Antalya Vergi Mahkemesi 6.7.2004 günlü ve E:2004/589, K:2004/590 sayılı kararıyla, ilk kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçeye ek olarak; bozma kararında, bir kimsenin satmak üzere kendi nam ve hesabına yaptığı özel inşaatların hangi şartlarla yürütülürse yürütülsün herhangi bir kıymet imali ve satışından farkı bulunmadığından 42 nci madde kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiş ise de; Gelir Vergisi Kanununun 42 nci maddesi hükmünün taahhüt işleri ile sınırlı olmadığı, kendi nam ve hesabına inşaat ve onarım işi yapanları da kapsadığı, arsası paylara bölünüp hisse halinde başkalarına satıldıktan sonra, arsa payı alıcılarına taahhüt edilen inşaatın, yapanın kendi nam ve hesabına yapıldığının kabulünün mümkün olmadığı, Danıştay Üçüncü Dairesinin 4.2.1987 günlü ve E:1986/1816, K:1987/347 sayılı kararının da bu yönde olduğu gerekçesiyle vergi ve cezaların kaldırılması yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Israr kararı vergi dairesi müdürlüğünce temyiz edilmiş, yapılan tarhiyatta yasaya aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Özlem ULAŞ'ın Düşüncesi: 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 42 nci maddesinde öngörülen özel vergileme rejiminin uygulanabilmesi için, faaliyetin konusunun inşaat ve onarma işi olması yanısıra, inşaat ve onarma işinin taahhüde bağlı olarak yapılması gerekmekte olup, arsa payı karşılığı inşaat işi yapan davacının bu madde kapsamında faaliyette bulunduğu kabul edilmeyeceğinden temyiz isteminin kabulüyle aksi yönde verilen ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Sefer YILDIRIM'ın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Arsa payı karşılığı olarak yapımı üstlenilen ve 2000 yılında tamamlanan apartman inşaatı nedeniyle mükellefiyet kaydı yaptırmamak suretiyle vergi yükümlülüklerinin yerine getirilmediği ve gelir vergisi beyannamesinin verilmediği yolunda düzenlenen vergi inceleme raporu üzerine ihtilaflı döneme ilişkin hayat standardı gösterge tutarları esas alınarak davacı adına 1997 yılı için re'sen salınan ağır kusur cezalı gelir vergisi ve fon payı ile aslı aranmayan

geçici vergi üzerinden kesilen ağır kusur cezasını kaldıran vergi mahkemesi ısrar kararı temyiz edilmiştir.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun ihtilaflı dönemde yürürlükte bulunan 2361 sayılı Kanunun 30 uncu maddesiyle değişik "Birden fazla takvim yılına sirayet eden inşaat ve onarma işleri" başlıklı 42 nci maddesinde; birden fazla takvim yılına sirayet eden inşaat ve onarma işlerinde kar veya zararın işin bittiği yıl kati olarak tespit edileceği ve tamamının o yılın geliri sayılarak, mezkur yıl beyannamesinde gösterileceği, mükelleflerin bu madde kapsamına giren hallerde her inşaat ve onarım işinin hasılat ve giderlerini ayrı bir defterde veya tutmakta oldukları defterlerin ayrı sayfalarında göstermeye ve düzenleyecekleri beyannameleri işlerin ikmal edildiği takvim yılını takip eden yılın Mart ayı sonuna kadar vermeye mecbur oldukları düzenlemesi yer almaktadır.

Anılan 42 nci maddenin, arsa payı karşılığı inşaat işi yapan davacı hakkında uygulanıp uygulanmayacağı uyuşmazlığın özünü oluşturmaktadır. Bu maddede, birden fazla takvim yılına sirayet eden inşaat ve onarma işlerinde kazancın tepit esasları özel olarak düzenlenmiş, diğer faaliyetlerin aksine kazancın yıllık olarak değil, işin sonunda tespit edileceği belirtilmiştir. Kanunun devam eden maddelerinde konuyla ilgili diğer özellikler belirtilmiş, 43 üncü maddede de müşterek genel giderler ve amortismanların çeşitli işler nedeniyle dağıtılması konusu düzenlenirken, tahsil olunan "istihkak bedelleri"nin bir ölçü olarak kullanıldığı görülmektedir. Kanunun 94 üncü maddesinde de 42 nci madde kapsamına giren işler dolayısıyla bu işleri yapanlara ödenen "istihkak bedelleri"nden söz edilmektedir. Tüm düzenlemeler birlikte dikkate alındığında 42 nci maddede öngörülen rejimin inşaat ve onarım işinin başkası hesabına, bir taahhüt uyarınca yapılması halinde uygulanabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Zira istihkak bedeli ödemesi, ancak bir taahhüde bağlı olarak yapılan inşaat ve onarım işlerinde söz konusu olabilir.

Bir kimsenin satmak üzere kendi nam ve hesabına yaptığı özel inşaat dolayısıyla alıcıdan tahsil ettiği bedel, istihkak bedeli değil, satış bedelidir ve 42 nci madde kapsamında düşünülemez. Satışın arsa payı üzerinden yapılıp inşaatın alıcı ile aktedilen sözleşmeye göre tasarlanması da bu durumu değiştirmez. Özel inşaatlar hangi şartlarla yürütülürse yürütülsün, fiilen yapılan iş inşa edilen dairelerin satışından ibaret olup, bu tür inşaatların herhangi bir kıymet imali ve satışından farkı bulunmadığından kazanç tespitinin yıllık olarak ve maliyetle satış bedelinin karşılaştırılması suretiyle kazancın dönemselliği ilkesine göre yapılması gerektiğinden, kendi nam ve hesabına arsa payı karşılığı inşaat yapıp sattığı ve beyanname vermediği hususunda uyuşmazlık bulunmayan davacı adına, inceleme raporuna dayanılarak 1997 yılı için hayat standardı temel gösterge tutarı dikkate alınarak re'sen yapılan tarhiyatın, Gelir Vergisi Kanununun 42 nci maddesine göre inşaat işiyle ilgili kazancın işin bitim yılında verilecek beyanname üzerinden vergilendirilmesi gerektiği yönünde verilen ısrar kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Antalya Vergi Mahkemesinin 6.7.2004 günlü ve E:2004/589, K:2004/590 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından yargılama giderleri yönünden hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 1.4.2005 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar bozulması istenen mahkeme kararının dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçe karşısında yerinde ve Antalya Vergi Mahkemesinin 6.7.2004 günlü ve E:2004/589, K:2004/590 sayılı ısrar kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte olmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri Kurulu
Esas No : 2004/216
Karar No: 2005/70

Özeti : 1990,1995,1998 yıllarında satın alınan arazi vasfındaki 9 adet gayrimenkulün 1999 yılında bir kişiye satışının ticari kazanç olarak kabul edilemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden : Beşocak Vergi Dairesi Müdürlüğü - ADANA
Karşı Taraf : ...
Vekili **:** Av....
İstemin Özeti : 1990, 1995-1998 yıllarında satın alma yoluyla iktisap ettiği arazi vasfındaki (9) gayrimenkulü 21.4.1999-22.4.1999 tarihlerinde satan davacının ticari olarak nitelendirilen bu faaliyetinden elde ettiği kazancını beyan etmediği görüşüyle adına 1999 takvim yılı için re'sen vergi zıyaı cezalı gelir vergisi salınmış ve fon payı hesaplanmıştır.

Adana 1.Vergi Mahkemesi 13.2.2001 günlü ve E:2000/1242, K:2001/119 sayılı kararıyla; muhtelif yıllarda iktisap edilen taşınmazların 21.4.1999 tarihinde tek bir kişiye satılmasının, Gelir Vergisi Kanununun aradığı anlamda ticari organizasyon içeren ve devamlılık arzeden bir faaliyet sayılamayacağı, kazanç sağlama amacına yönelik başkaca alım satım yapıldığına dair tespit bulunmadığı gerekçesiyle tarhiyatı kaldırmıştır.

Vergi dairesi müdürlüğünün temyiz istemini inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesi 24.9.2003 gün ve E:2001/2606, K:2003/4436 sayılı kararıyla; 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 37 nci maddesinde, gayrimenkul alım satımından elde edilen kazançların ticari kazanç sayılarak vergilendirilmesi için devamlılık koşulunun arandığı, ticari organizasyonun belirgin olmadığı durumlarda kazanç doğuran işlemin çokluğunun devamlılık unsurunu belirleyen en nesnel ölçü olduğu, devamlılık unsurunun gerçekleşmesi halinde bu işlemlerin kazanç sağlamak amacıyla yapılmadığını kanıtlama yükünün vergi mükelleflerine düşeceği, farklı yıllarda iktisap edildikten sonra 1999 yılında elden çıkarılan birden çok taşınmaz bulunması, gayrimenkul alım satım işiyle uğraşıldığına karine teşkil etmekte olup, satışların aynı günde bir kişiye yapılmış olmasının bu durumu değiştirmeyeceği, satışların kazanç sağlama amacı taşımadığını da kanıtlayamayan davacının bu faaliyeti nedeniyle elde ettiği kazancının ticari kazanç olarak vergilendirilmesine ilişkin tüm koşulların gerçekleştiği, takdir olanan matrahın miktarının hukuka uygun olup olmadığının araştırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, tarhiyatın kaldırılması yolundaki vergi mahkemesi kararında hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Adana 1.Vergi Mahkemesi 15.9.2004 günlü ve E:2004/804, K:2004/992 sayılı kararıyla davanın kabulü yolundaki kararında ısrar etmiştir.

Israr kararı vergi dairesi müdürlüğü tarafından temyiz edilmiş, vergi inceleme raporuna dayalı tarhiyatta yasaya aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti :Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Gülsen BİŞKİN'in Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar ısrar kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Eren SONBAY'ın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Adana 1.Vergi Mahkemesinin 15.9.2004 günlü ve E:2004/804, K:2004/992 sayılı ısrar kararı, dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçe ile Kurulumuzca da uygun bulunmuş ve temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, kararın bozulmasını gerektirecek durumda görülmemiştir.

Bu nedenlerle temyiz isteminin reddine, 1.4.2005 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Gelir Vergisi Kanununun 37 nci maddesinin ikinci fıkrasına bağlı (4) işaretli bent, taşınmaz alım, satım ve inşaı işleriyle devamlı olarak uğraşanların, varsa bu işlerden doğan kazançlarının ticari kazanç olarak vergilendirilmesini düzenlemiştir. Bentte yer verilen "devamlı olarak uğraşmak" koşulundan ne anlaşılması gerektiği ayrıca düzenlenmemiştir. Aynı koşul (5) işaretli bentte, kendi nam ve hesabına menkul kıymet alım-satımı yapanlar için de aranmıştır. Bu faaliyetlerle "devamlı olarak uğraşmak"tan ne anlaşılması gerektiği konusunda Danıştay, elli yıldır süren içtihadıyla bir muamelenin aynı vergilendirme döneminde birden çok kez yinelenmesi veya birden çok yılda bir kişi ile işlem yapılması halinde ilgilinin devamlı olarak bu işle uğraştığının kabul edilmesi gerektiğini benimsemiştir.

Yasanın aynı maddesinin birbirini izleyen iki bendinde yer alan "devamlı olarak uğraşma" anlatımına, faiz karşılığı borç para verenler yönünden verilen anlama uygun anlam verilmesi gerektiği açıktır. Bu yüzden, öncelikle bir işlemin aynı yılda tekrarlanması yahut birden çok yılda yapılması halinde işlemin içerdiği faaliyetle devamlı olarak uğraşıldığının Danıştay kararları gereğince kabulü gerekmektedir. Diğer yönden, edinilmiş çok sayıda taşınmaz satışında bu satışlardan her birinin ayrı işlemle yapılması nedeniyle aynı tarihte de yapılsa, aynı kimseye de satılsa taşınmaz satışının tekrarlandığı açıktır. Son olarak, 37'nci maddenin (4) işaretli bendi, taşınmazın bulunduğu yer ve niteliği hakkında bir ayırım yapmamıştır.

Bu düzenlemeler ve Danıştay'ın sözü geçen içtihadında ifadesini bulmasına karşın, (4) işaretli bentte yasa yapıcının ne şekilde satış aradığı ve bu bendin hangi koşullarda uygulanabileceği gösterilmeksizin, kanunun aradığı anlamda bir alım-satım söz konusu olmadığı gerekçesiyle verilen ısrar kararı hukuka aykırıdır.

Bilindiği gibi vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi ile vergilendirilmesi gereken kazancın varlığı, birbirinden ayrı olgulardır. Dosyaya tapu sicil müdürlüğünce gönderilen yazıyla kanıtlı olduğu üzere 1988, 1990, 1995, 1996 ve 1997 yılları arasındaki muhtelif tarihlerde satın alma yoluyla edindiği birden çok sayıda taşınmazın tümünü 20, 21 ve 22 Nisan 1999 tarihinde … isimli kişiye satan davacı taşınmaz alımlarını yurt dışında çalışan kardeşi adına ve satışlarını da yengesine yaptığını ileri sürerek dava açmıştır. Nüfus idaresi ve tapu idaresinin dosyada onaylı örnekleri bulunan kayıt örneklerinden taşınmaz alımlarının vekaleten yapılmadığı, davacı tarafından kendisi adına alınan taşınmazların satıldığı Nisan 1999 tarihinde alıcı ile evlilik bağı bulunduğu ileri sürülen kardeşin bir başkasıyla evli olduğu saptanmaktadır. Dava dilekçesinde ileri sürdüğü iddiaların tersi belgelenmiş olan davacı yönünden, yukarıda açıklanan durum nedeniyle vergiyi doğuran olay gerçekleşmiştir. Alıcının satıştan birbuçuk yıl sonra davacının kardeşiyle evlenmesi, etkili bir durum değildir.

Bu nedenle vergilendirilmesi gereken kazancın varlığı ve miktarı hakkında Danıştay Üçüncü Dairesinin bozma kararında öngörülen inceleme yapıldıktan sonra ulaşılacak sonuca

göre karar verilmek üzere ısrar kararının bozulması gerektiği görüşüyle Kurul kararına katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2005/46
Karar No: 2005/103

Özeti : İvazsız olarak iktisap edilen arsa üzerine inşa edilen binada yer alan bağımsız bölümlerin kat irtifakı halinde satılmasından elde edilen kazancın, faaliyetin devamlılık taşımaması ve gayrimenkulün iktisabında ticari amaç bulunmaması nedeniyle, ticari kazanç olarak değerlendirilerek vergilendirilemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden : Milas Vergi Dairesi Müdürlüğü - MUĞLA
Karşı Taraf : ...
Vekili : Av...., Av. ...
İstemin Özeti : İvazsız olarak iktisap ettiği arsa üzerine inşa ettiği binada yer alan bağımsız bölümlerin kat irtifakı halinde satılmasından elde ettiği ticari kazancını vergi dairesinin bilgisi dışında bıraktığı yolunda düzenlenen vergi tekniği ve vergi inceleme raporuna dayanılarak davacı adına 1998 yılı için re'sen gelir vergisi ve ek gelir vergisi salınmış, fon payı hesaplanmış, ağır kusur, kusur, vergi zıyaı ve özel usulsüzlük cezası kesilmiştir.

Aydın Vergi Mahkemesi 9.5.2001 günlü ve E:2000/705, K:2001/251 sayılı kararıyla; üzerine konut ve işyeri inşa edilen gayrimenkulün davacı tarafından veraset yoluyla iktisap edildiği, bunun dışında başka gayrimenkul alım-satım ve inşa işiyle uğraşmadığı, devamlılık taşımayan bu faaliyetin 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 37 nci maddesinin 2 nci fıkrasının 4 üncü bendinde yer alan düzenleme uyarınca vergiye tabi tutulmasına olanak bulunmadığı, ayrıca inşaatın yapıldığı gayrimenkulün iktisabında ticari amaç bulunmadığı ve servetin değerlendirilmesi amacıyla arsa üzerine inşaat yapıldığı, bu yolla servet biçim değiştirdiğinden ticari nitelik taşımayan faaliyetin arızi ticari kazanç olarak da vergilendirilemeyeceği sonucuna varıldığından, tarhiyatta yasaya uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle vergi ve cezaları kaldırmıştır.

Vergi dairesi müdürlüğünün temyiz istemini inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesi 17.9.2003 günlü ve E:2001/3478, K:2003/4056 sayılı kararıyla; ivazsız olarak iktisap olunan arsa üzerine bina yapılması ya da ivazsız iktisap olunan binanın yıkılarak yerine bina yapılması sonucu ortaya çıkan yeni binanın, arsa bedelinden daha yüksek bir inşaat maliyeti içerdiğinden artık karşılıksız edinilmiş bir mal olmadığı, böyle bir ivaz karşılığı edilenilen uyuşmazlığa konu olan binada yer alan bağımsız bölümlerin kat irtifakı şeklinde değişik tarihlerde elden çıkarılmış olması nedeniyle devamlılık unsurunun oluştuğu, kazanç sağlama amacı dışında satış yapıldığı iddiasının da kanıtlanamadığı, davacının bu faaliyeti nedeniyle elde ettiği kazancının ticari kazanç olarak vergilendirilmesine ilişkin tüm koşulların gerçekleştiği anlaşıldığından, takdir olunan matrahın hukuka uygun olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, tarhiyatın kaldırılması yönünde verilen kararda isabet görülmediği, gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Aydın Vergi Mahkemesi 21.9.2004 günlü ve E:2004/496, K:2004/469 sayılı kararıyla, ilk kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçeye ek olarak; diğer yandan davacı adına 1998-2000 yılına ilişkin olarak aynı nedenlerle re'sen salınan cezalı katma değer vergisi tarhiyatlarına karşı açılan davalarda vergi ve cezaların kaldırılmasına yönelik kararlarının Danıştay Dokuzuncu Dairesince onandığı gerekçesiyle kararında ısrar etmiştir.

Vergi dairesi müdürlüğü tarafından tarhiyatta yasaya aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek ısrar kararı temyiz edilmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Özlem ULAŞ'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar ısrar kararının bozulmasını sağlayacak durumda görülmediğinden temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Nurten KARAÇAY'ın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen vergi mahkemesi ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Aydın Vergi Mahkemesinin 21.9.2004 günlü ve E:2004/496, K:2004/469 sayılı ısrar kararı, dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçe ile Kurulumuzca da uygun bulunmuş ve temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, kararın bozulmasını gerektirecek durumda görülmemiştir.

Bu nedenlerle temyiz isteminin reddine, 22.4.2005 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Milas, Yeni Değirmenciler Mevkiinde kain ve üzerlerinde yapı bulunan 383 ada, (11) ve (13) parsel sayılı taşınmazlar, murisinin ölümüyle davacıya intikal etmiş ve bu intikal, 20.1.1993 tarihinde 286 yevmiye numarasıyla davacı adına tescil yapılarak gerçekleştirilmiş, böylece her iki taşınmaz davacının servetine dahil olmuştur. Servete dahil olan bu taşınmazlara ait parseller, dokuz ay sonra ve 22.9.1993 tarihinde davacının istemi üzerine birleştirilmiş ve (31) parsel sayısı ile tapuda işlem görmüştür.

Bu davanın konusunu; oluşan yeni parsel üzerindeki iki ayrı yapı yıkıldıktan sonra yeni imar durumuna göre alınan inşaat ruhsatı uyarınca inşa maliyetinin tümü davacı tarafından karşılanarak inşa olunan bir bodrum, (27) iş yeri ve (3) konuttan oluşan ve kat irtifakı da kurulan yapıdan yapılan bağımsız bölüm satışlarının niteliği oluşturmaktadır.

Davacının üçüncü katta yapmayı planladığı üç konutun imar mevzuatına aykırı olması nedeniyle tamamlanamadığı ancak, birinci ve ikinci katlardaki (27) iş yeri ve bürodan; beşini 1996 yılında, dördünü 1997 yılında, sekizini 1998 yılında, altısını 1999 ve dördünü 2000 yıllarında üçüncü kişilere devir ve temlik ettiği tapu kayıtlarında yapılan tescillerle kanıtlıdır. Tapuda yapılan bu işlemlerin her biri, diğerinden bağımsız satışlardır.

Gelir Vergisi Kanununun 37 nci maddesinin ikinci fıkrasına bağlı (4) işaretli bent, taşınmaz alım, satım ve inşaı işleriyle devamlı olarak uğraşanların, varsa bu işlerden doğan kazançlarının ticari kazanç olarak vergilendirilmesini düzenlemiştir. Bentte yer verilen "devamlı olarak uğraşmak" koşulundan ne anlaşılması gerektiği ayrıca düzenlenmemiştir. Aynı koşul (5) işaretli bentte, kendi nam ve hesabına menkul kıymet alım-satımı yapanlar için

de aranmıştır. Bu faaliyetlerle "devamlı olarak uğraşmak"tan ne anlaşılması gerektiği konusunda Danıştay, elli yıldır süren içtihadıyla bir muamelenin aynı vergilendirme döneminde birden çok kez yinelenmesi veya birden çok yılda bir kişi ile işlem yapılması halinde ilgilinin devamlı olarak bu işle uğraştığının kabul edilmesi gerektiğini benimsemiştir.

Yasanın aynı maddesinin birbirini izleyen iki bendinde yer alan "devamlı olarak uğraşma" anlatımına, faiz karşılığı borç para verenler yönünden verilen anlama uygun anlam verilmesi gerektiği açıktır. Bu yüzden, öncelikle bir işlemin aynı yılda tekrarlanması yahut birden çok yılda yapılması halinde işlemin içerdiği faaliyetle devamlı olarak uğraşıldığının Danıştay kararları gereğince kabulü gerekmektedir. Diğer yönden, edinilmiş çok sayıda taşınmaz satışında bu satışlardan her birinin ayrı işlemle yapılması nedeniyle aynı tarihte de yapılsa, aynı kimseye de satılsa taşınmaz satışının tekrarlandığı açıktır. Son olarak, 37'nci maddenin (4) işaretli bendi, taşınmazın bulunduğu yer ve niteliği hakkında bir ayırım yapmamıştır.

Bu düzenlemeler ve Danıştay'ın sözü geçen içtihadında ifadesini bulmasına karşın, (4) işaretli bentte yasa yapıcının ne şekilde satış aradığı ve bu bendin hangi koşullarda uygulanabileceği gösterilmeksizin, kanunun aradığı anlamda bir alım-satım söz konusu olmadığı gerekçesiyle verilen ısrar kararı hukuka aykırıdır.

Belirtilen nedenlerle, vergilendirme matrahının hukuka uygunluğu incelendikten sonra yeniden karar verilmek üzere vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği görüşüyle, temyiz isteminin ısrar kararındaki hukuksal nedenlerle reddi yolundaki karara katılmıyoruz.

KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri Kurulu
Esas No : 2004/90
Karar No: 2004/187

Özeti : Dava konusu edilmiş olmasına karşın gelir (stopaj) vergisi hakkında hüküm verilmediği, dolayısıyla bu verginin kesinleştiğinden bahisle davacı adına düzenlenen ödeme emrinin, kurumlar vergisi kaldırılmış olduğundan gelir (stopaj) vergisinin matrahı da ortadan kalkmakla olayın böyle bir borcun bulunmadığı kapsamında görülerek, iptalinde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : Vergi Dairesi Müdürlüğü - UŞAK
Karşı Taraf : … Deri Konfeksiyon Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi
Vekili **:** Av. …

İstemin Özeti :Tabakhane işletmeciliği yapan davacı şirketin 1995 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu düzenlenen inceleme raporuna dayanılarak re'sen salınan ağır kusur cezalı gelir (stopaj) vergisi ve fon payının vadesinde ödenmediğinden bahisle, gecikme faizi ile birlikte tahsili amacıyla ödeme emri düzenlenmiş, Manisa Vergi Mahkemesi 17.1.2002 günlü ve E:2001/1275, K:2002/8 sayılı kararıyla, mahkemelerince tarhiyatın terkinine karar verildiğinden, ödeme emrini iptal etmiş, temyiz istemi üzerine Danıştay

Üçüncü Dairesi 15.1.2004 günlü ve E:2002/1453, K:2004/65 sayılı kararıyla; olayda 1995 takvim yılı işlemleri kaydi envanter ve randıman yoluyla incelenen davacı şirketin bir kısım zik deri satışları için belge düzenlemeyerek hasılatını eksik beyan etmesi nedeniyle adına re'sen, cezalı kurumlar vergisi, bu vergiye bağlı olarak hesaplanan gelir (stopaj) vergisi ve katma değer vergisi salındığı, bu vergilere karşı açılan davada Manisa Vergi Mahkemesinin 27.11.2000 gün ve K:2000/1339 sayılı kararı ile kurumlar vergisi, katma değer vergisi, bunlara ve geçici vergiye bağlı olarak kesilen ağır kusur cezaları ile özel usulsüzlük cezasının kaldırıldığı, ancak, ağır kusur cezalı gelir (stopaj) vergisi ve fon payı hakkında hüküm verilmediği, sözü edilen kararın bozulması istemiyle sadece vergi dairesi müdürlüğü tarafından yapılan temyiz başvurusu Danıştay Üçüncü ve Dokuzuncu Dairelerince oluşturulan müşterek kurulca incelenerek 22.12.2003 gün ve K:2003/5351 sayılı karar ile reddedildiği, bu durumda, dava konusu edilmiş olmasına karşın gelir (stopaj) vergisi hakkında hüküm verilmediği ileri sürülerek kararın bu kısmının davacı tarafından temyiz edilerek bozulmasının istenmesi gerekirken, aleyhe olan bu kısım hakkında temyiz isteminde bulunulmaması nedeniyle kesinleşen gelir (stopaj) vergisi ödeme emri ile istenebileceğinden, aksi yönde verilen mahkeme kararında hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Manisa Vergi Mahkemesi 7.4.2004 günlü ve E:2004/113, K:2004/97 sayılı kararıyla; yükümlü tarafından vergi aslı ile ilgili olarak açılan davada mahkemelerince kayıt dışı deri ve hasılat kaydının bulunmadığı sonucuna ulaşılarak, yükümlü adına yapılan cezalı tarhiyatta yasal isabet görülmediği belirtilip, davanın kabulüne karar verildiği, vergi dairesi müdürlüğü tarafından yapılan temyiz başvurusu reddedilerek, anılan yılda kayıt dışı bırakılan hasılat olmadığının Danıştay'ca da benimsendiği, kurumlar vergisinin kaldırılmış olması gelir (stopaj) vergisi matrahını da ortadan kaldıracağından, olayın böyle bir borcun bulunmadığı iddiası kapsamında görülmesi gerektiği, yalnızca, mahkemece verilen kararda söz konusu cezalı vergi ve fon payının yer almadığı, dolayısıyla bunların kesinleştiğinden hareketle, davacı adına ödeme emri düzenlenmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı, gerekçesiyle ödeme emrinin iptali yolundaki ilk kararında direnmiştir.

Vergi dairesi müdürlüğünce, hakkında hüküm tesis edilmeyerek kesinleşen kamu alacağının tahsili amacıyla davacı adına ödeme emri düzenlenmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek direnme kararının bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Ali ALPAN'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar ısrar kararının bozulmasını sağlayacak durumda görülmediğinden temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Eren SONBAY'ın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Israr dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, ısrar isteminin reddi ile temyiz edilen mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Manisa Vergi Mahkemesinin 7.4.2004 günlü ve E:2004/113, K:2004/97 sayılı ısrar kararı, dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçe ile Kurulumuzca da uygun bulunmuş ve temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, kararın bozulmasını gerektirecek durumda görülmemiştir.

Bu nedenlerle temyiz isteminin reddine, 3.12.2004 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz isteminin kabulü ile vergi mahkemesi ısrar kararının Danıştay Üçüncü Dairesinin bozma kararındaki esaslar uyarınca bozulması gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri Kurulu
Esas No : 2004/157
Karar No: 2005/6

Özeti : Katma değer vergisi iade alacağından gelir (stopaj) vergisi borcunun mahsubu talebi kabul edilip, mahsup gerçekleştirildikten sonra, katma değer vergisi iade alacağının olmadığı sebebine dayanılarak mahsup edilen gelir (stopaj) vergisinin, doğrudan ödeme emriyle tahsil edilemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden : Doğanbey Vergi Dairesi Müdürlüğü - ANKARA
Karşı Taraf : ... İnşaat Madencilik Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi adına İstanbul 1.İflas Müdürlüğü
Av. ...

İstemin Özeti : Davacı şirketin, katma değer vergisi alacağından vergi borçlarının mahsubu talebi kabul edilip mahsup işlemi yapıldıktan sonra, işlemlerinin iadeye konu katma değer vergisi yönünden incelenmesi sonucu, mal alışlarını sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı faturalarla belgelendirdiği, dolayısıyla katma değer vergisi iade alacağının bulunmadığından bahisle, katma değer vergisi iade alacağından mahsup edilen gelir (stopaj) vergisinin tahsili amacıyla ödeme emri düzenlenmiştir.

Ankara 5.Vergi Mahkemesi 14.9.1999 günlü ve E:1999/27, K:1999/515 sayılı kararıyla; olayda, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 11 inci maddesinde tanımlandığı şekilde ticari ilişkinin dışında vergi kaçırmaya yönelik bir organizasyonun olmadığı, bu nedenle açılan davaların şirket lehine sonuçlandığı, kaldı ki, mahsup yoluyla vadesinde ödenen amme alacağının, usulüne uygun olarak yükümlüsünden istenmeden, 6183 sayılı Kanuna göre tahsili yoluna gidilemeyeceği gerekçesiyle ödeme emrini iptal etmiştir.

Vergi dairesi müdürlüğünün temyiz istemini inceleyen Danıştay Yedinci Dairesi 17.9.2003 günlü ve E:2000/9077, K:2003/3970 sayılı kararıyla; olayda, ödeme emrinin konusu olan gelir (stopaj) vergisinin Gelir Vergisi Kanununun 98 inci maddesi uyarınca verilen muhtasar beyannameye dayanılarak 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 25 inci maddesi gereği tahakkuk ettirilen ve vadesinde nakden veya mahsuben ödenmesi gereken kamu alacağı olması nedeniyle, 6183 sayılı Kanuna göre, ödeme emri düzenlenerek tahsili yoluna gidilebilmesi için, ayrıca tahakkuk ettirilmesine gerek bulunmadığından, mahkeme kararının aksi yoldaki gerekçesinde isabet görülmediği, öte yandan, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için, davacının gerçekten katma değer vergisi iade alacağının bulunup bulunmadığının, bir başka anlatımla, ihraç ettiği ürünlere ilişkin faturaların gerçeği yansıtıp yansıtmadığının belirlenmesi, bunun için de anılan şirketler hakkında düzenlenmiş örnekleri dosyada mevcut vergi inceleme raporlarının incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bunun yapılmamış olmasının da, kararın noksan incelemeye dayalı olduğunu gösterdiği, ayrıca, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 11 inci maddesinin 2 nci fıkrasında, mal

alım ve satımı ve hizmet ifası dolayısıyla vergi kesintisi yapmak ve vergi dairesine yatırmak zorunda olanların, bu yükümlülükleri yerine getirmemeleri halinde verginin ödenmemesinden, alım satıma taraf olanlar, hizmetten yararlananlar ve aralarında doğrudan veya hısımlık nedeniyle ya da sermaye, organizasyon veya yönetimine katılmak veya menfaat sağlamak suretiyle dolaylı ilişki bulunduğu tespit olunanların müteselsilen sorumlu olacakları yolunda yer alan hüküm uyarınca müteselsilen sorumlu sayılarak davacı şirket adına yapılan tarhiyatlara karşı açılan davalarda, davacı şirketle ihraç ettiği ürünleri satın aldığı firmalar arasında menfaate dayalı bir irtibatın olmadığı veya vergi kaçırmaya yönelik olarak birlikte hareket etmedikleri yolunda verilen hukuki dayanağı ve gerekçesi farklı olan kararların, bu davada davacıdan sorumlu sıfatıyla istenilen vergi borçlarına ait ödeme emrinin iptalini gerektirmeyeceğinden, Mahkemece anılan gerekçeyle hüküm tesis edilmesinde de yasal isabet bulunmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Ankara 5.Vergi Mahkemesi 20.4.2004 günlü ve E:2004/302, K:2004/483 sayılı kararıyla ödeme emrinin iptali yolundaki kararında ısrar etmiştir.

Israr kararı vergi dairesi müdürlüğü tarafından temyiz edilmiş, vergi inceleme raporu ile Hazineye intikal etmediği anlaşılan katma değer vergisinin iadesi mümkün olmadığından, daha önce mahsup edilen gelir (stopaj) vergisinin tahsili amacıyla ödeme emri düzenlenmesinde yasaya aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunmada bulunulmamıştır.

Danıştay Tetkik Hakimi Gülsen BİŞKİN'in Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar ısrar kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Münevver DEMİR'in Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp Vergi Mahkemesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle Vergi Mahkemesi ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Davacı kurumun mahsup talebi kabul edilip mahsup işlemi yapıldıktan sonra, işlemlerinin iadeye konu katma değer vergisi yönünden incelenmesi sonucu, mal alışlarını sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı faturalarla belgelendirdiği, dolayısıyla katma değer vergisi iade alacağının bulunmadığından bahisle, katma değer vergisi iade alacağından mahsup edilen gelir (stopaj) vergisinin tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrini iptal eden vergi mahkemesi ısrar kararı vergi dairesi müdürlüğü tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, İstanbul Dış Ticaret Vergi Dairesi Başkanlığının, davalı vergi dairesi müdürlüğüne yazdığı 23.12.1998 tarihli ve 33918 sayılı yazı ile, dairelerinin mükellefi … İnşaat Madencilik Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketinin 1993 Mayıs dönemine ait 2.508.917.000.-lira katma değer vergisi iade alacağından 1993 Temmuz, Ağustos, Ekim dönemi gelir (stopaj) vergisi borçlarının mahsubunu talep ettiği ve bila tarih 91/48 sayılı düzeltme fişi ile mahsubun gerçekleştirildiği, daha sonra düzenlenen 16.11.1998 tarih ve Dış Ticaret.1998/89-15 sayılı vergi inceleme raporunda belirtildiği üzere bir kısım katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmediği ve bu nedenle mahsup dikkate alınmayarak beyan edilen verginin tahsili gerektiği bildirildiğinden bahisle dava konusu ödeme emrinin düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Borcun mahsuben ödenmesini kabul eden vergi dairesi müdürlüğünün, yapılan inceleme sonucu mahsup işlemini geri alması üzerine bir düzeltme fişi düzenlemesi ya da ayrı bir yazı ile evvelce yapılmış olan mahsup işleminin geri alındığını yükümlüye bildirmesi, bu suretle davacıya haklarını koruma veya ödeme imkanı sağlaması veya haksız iade edildiği saptanmış bir katma değer vergisi tespit edilebiliyor ise bunun tahsili yoluna gidilmesi gerekirken, doğrudan davacı adına ödeme emri düzenlemesinde yasaya uygunluk görülmemiştir.

Bu nedenlerle ödeme emrinin iptali yolundaki Ankara 5.Vergi Mahkemesinin 20.4.2004 günlü ve E:2004/302, K:2004/483 sayılı ısrar kararında yasaya aykırılık görülmediğinden temyiz isteminin reddine, 18.2.2005 gününde esasta oybirliği, gerekçede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- 6183 sayılı Yasanın Birinci Kısmının kamu alacağının korunmasına ilişkin düzenlemeleri içeren ikinci bölümünde yer alan 23 üncü maddesinden tahsil edilip de yasal nedenlerle reddi gereken kamu alacaklarının, istihkak sahiplerinin reddiyatı yapacak kamu idaresine olan vadesi gelmiş borçlarına mahsup edilerek reddolunması kurala bağlanmakla mahsubun, vergi borcunu ortadan kaldıran bir ödeme şekli olduğu kabul edilmiştir.

Davacı şirketin ödeme emriyle istenen gelir (stopaj) vergisi borcu, katma değer vergisi alacağına mahsup fişi düzenlenmek suretiyle mahsup edilmiş ve vergi borcu ortadan kaldırılmıştır. Bu mahsup işleminden sonra işlemleri katma değer vergisi yönünden incelenmiş ve düzenlenen vergi inceleme raporu ile alış faturalarının sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı olduğu görüşüyle mahsup işlemi ortadan kaldırılmıştır.

Bu tespitin idareye, ilgili Kanun ve Yönetmelik hükümleri uyarınca yapılmış ve muhatabı yönünden hukuki sonuçlarını doğurmuş olan mahsup işlemini tek yanlı olarak geçersiz sayma olanağı verdiği düşünülemeyeceği gibi bu yolda bir yaklaşım hukuki güvenlik ilkesine de aykırı düşer.

Bu nedenle mahsup yoluyla ödenerek ortadan kalkmış bulunan gelir (stopaj) vergisinin tahsili amacıyla, ödeme emri düzenlenemeyeceğinden, ısrar kararına yönelik temyiz isteminin yukarıdaki hukuksal nedenlerle reddi gerektiği görüşüyle kararın gerekçesine katılmıyoruz.

XX- Davacı şirketin katma değer vergisi iade alacağından gelir (stopaj) vergisi borcunun mahsubundan sonra iade edilecek katma değer vergisinin bulunmadığının yapılan vergi incelemesi sonucu anlaşıldığı ve bu katma değer vergisinin ikmalen tarhedildiğinden bahisle, gelir (stopaj) vergisinin tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrini, sözü edilen tarhiyatlara karşı açılan davaların davacı lehine sonuçlandığı gerekçesiyle iptal eden Mahkeme kararında yasaya aykırılık bulunulmadığı gibi, temyiz dilekçesinde, tarhiyatların terkinine ilişkin Mahkeme kararlarının Danıştay'ca bozulduğu veya tarhiyatların onandığı yolunda bir iddia ve kanıt ileri sürülmediğinden temyiz isteminin bu nedenle reddi gerekeceği oyu ile kurul kararına gerekçe yönünden karşıyım.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2005/1
Karar No: 2005/106

Özeti : Kamu alacağının kesinleştiğinden bahisle düzenlenen ödeme emrine karşı açılan davada, ticari faaliyetin bulunmadığı yolunda ileri sürülen iddianın "böyle bir borcun bulunmadığı" kapsamında değerlendirilerek ödeme emrinin iptalinde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : Ulusite Vergi Dairesi Müdürlüğü - ANKARA
Karşı Taraf : … Cam Ticaret Limited Şirketi
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : 1998/Kasım dönemine ilişkin katma değer vergisi beyannamesini vermeyen davacı şirket adına takdir komisyonu kararıyla belirlenen matrah üzerinden salınan katma değer vergisi, kesilen ağır kusur cezası ve vadesinde ödenmemesi nedeniyle hesaplanan gecikme faizinin tahsili amacıyla ödeme emri düzenlenmiştir.

Ankara 1.Vergi Mahkemesi 6.2.2002 günlü ve E:2001/1027, K:2002/130 sayılı kararıyla; davacı şirketin, ödeme emri safhasında, şirketin faaliyeti ve dolayısıyla borcu da bulunmadığı yönündeki iddialarının, 6183 sayılı Kanunun 58 inci maddesinde belirtilen "böyle bir borcun olmadığı" iddiası kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, Mahkemelerince verilen ara kararı üzerine gönderilen belgelerden, davacı şirketin bilinen adresindeki faaliyetini terk ettiği, aynı adreste, 18.6.1997 tarihi itibarıyla …'ın faaliyete başladığı, 2.3.1998 tarihinde de aynı işyerinde …'ın faaliyete geçtiği; davalı idarece, davacı şirketin faaliyetine fiilen devam ettiğine ilişkin tespit yapılmadığının belirtildiği; davalı idarece Mahkemeye gönderilen, davacı şirketin karar defteri fotokopisinden, 17.6.1997 tarihinde yapılan genel kurul toplantısında, davacı şirketin faaliyetine bir süre ara verileceğinden, yeni merkez adresinin, Şehit Zülfü Sokak No:25 adresi olmasına karar verildiği ve bu adresin şirket müdürünün ikametgah adresi olduğu, davacı şirket müdürü nezdinde 3.12.1998 tarihinde düzenlenen yoklama fişiyle, şirketin işyerinin olmadığı, faaliyetinin durdurulduğunun tespit edildiği, bu durumda, davacı şirket tasfiye edilmemiş olmakla birlikte, ihtilaflı dönemde faaliyetini askıya aldığı, hiçbir ticari faaliyeti, mal veya hizmet tesliminin ve elde edilen bir gelirinin de bulunmadığı anlaşıldığından, ilgili dönemde ticari faaliyetin bulunmadığı yolundaki iddianın, 6183 sayılı Kanunun 58 inci maddesinde yer alan "borcum yoktur" kapsamında değerlendirilmesi icap ettiği gerekçesiyle ödeme emrini iptal etmiştir.

Vergi dairesi müdürlüğünün temyiz istemini inceleyen Danıştay Yedinci Dairesi 24.2.2004 günlü ve E:2002/2102, K:2004/429 sayılı kararıyla; 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 55 ve 58 inci maddelerinde sözü edilen ödeme emrinin konu edindiği kamu alacağını yaratan işlemlerden ayrı ve bağımsız bir idari işlem olduğu, ödeme emri düzenlenmesinin ilk nedeninin vadesinde ödenmeyen kamu alacağını yaratan bu işlem olduğu, bu işlem olmadan kamu alacağı hukuken doğamayacağından ödeme emri düzenlenmesinin de söz konusu olamayacağı, diğer bir ifadeyle ayrılabilir işlemler zincirinin bulunduğu ve her işlemde mevcut hukuka aykırılıkların yalnızca o işlemin iptali istemiyle açılacak idari davada incelenebileceği, işlemin bu nedenle idari yargı yerince iptal edilmiş olması dışında, bu işleme dayanılarak yapılan ve kendisinden ayrılabilir nitelikte sonraki işlemi hukuka aykırı kılmasının söz konusu olmayacağı; diğer yandan davacı şirket ortağı Muzaffer Doğan'ın şirketin anılan işyerinde, aynı konuda başlattığı faaliyetinin, davacı

şirketin faaliyetinin devamı niteliğinde olup olmadığının tartışılması da ancak, tarhiyata karşı dava açılması durumunda mümkün olduğundan, kamu alacağının tarhına ilişkin işlemde olabilecek hukuka aykırılıkların ödeme emrine karşı açılan davada "borcum yoktur" iddiası kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, bu bakımdan; vergi mahkemesince, dava hakkında, davacının ilgili dönemde ticari faaliyeti olmadığı gerekçesiyle hüküm kurulmasında hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle mahkeme kararını bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Ankara 1.Vergi Mahkemesi 15.9.2004 günlü ve E:2004/684, K:2004/679 sayılı kararıyla ilk kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçelerle kararında ısrar etmiştir.

Vergi dairesi müdürlüğü tarafından düzenlenen ödeme emrinde yasaya aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek ısrar kararı temyiz edilmiştir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi Özlem ULAŞ'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar ısrar kararının bozulmasını sağlayacak durumda görülmediğinden temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Emel CENGİZ'in Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Ankara 1.Vergi Mahkemesinin 15.9.2004 günlü ve E:2004/684, K:2004/679 sayılı ısrar kararı, dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçe ile Kurulumuzca da uygun bulunmuş ve temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, kararın bozulmasını gerektirecek durumda görülmemiştir.

Bu nedenlerle temyiz isteminin reddine, 22.4.2005 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Israr kararının Danıştay Yedinci Dairesinin 24.2.2004 günlü ve E:2002/2102, K:2004/429 sayılı bozma kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçe uyarınca bozulması gerektiği görüşünde olduğumuzdan karara katılmıyoruz.

KATMA DEĞER VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2004/89
Karar No: 2004/138

Özeti : İnceleme elemanına sunulmayan defter ve belgeler üzerinde mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapora göre tarhiyatın

değiştirilmesi yolundaki ısrar kararında, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : Çankaya Vergi Dairesi Müdürlüğü - ANKARA
Karşı Taraf : ... Tıp Tıbbi Malzeme Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi
Vekili **:** Av. ...

İstemin Özeti : Davacının defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmemesi nedeniyle katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyerek 1998 yılının Ocak-Eylül dönemleri için salınan kaçakçılık cezalı katma değer vergisinin kısmen kaldırılması yolundaki Ankara 1.Vergi Mahkemesinin 31.5.2000 günlü ve E:1999/98, K:2000/355 sayılı kararına karşı tarafların yaptığı temyiz istemini inceleyen Danıştay Yedinci Dairesi 17.12.2003 günlü ve E:2000/9805, K:2003/5123 sayılı kararıyla; Türk Vergi Sisteminin, vergiyi doğuran olayın belgelendirilmesi ve bu belgenin de belli süreler içerisinde yasada öngörülen defterlere kaydedilmesi esasına dayalı olduğu, yasa maddelerinde öngörülen usul ve esaslara uygun olarak düzenlenen belgeler ve bu belgelere dayanılarak yapılan kayıtların, Vergi Hukukunda "ilk görünüş ya da doğruluk karinesi" adı verilen bir hukuksal ön kabulden yararlanacağı, ancak, Vergi Usul Kanununun 3 üncü maddesinin "İspat" başlıklı (B) fıkrasına göre, usulüne uygun olarak düzenlenen belge ve kayıtlarla tevsik edilen hukuki muamelelerin vergilendirmeye esas alınabilmesi için biçimsel uygunluk yeterli olmayıp, belge ve kayıtlarla tespit edilen hukuki muamelelerin gerçek durumu yansıtıyor olmasının da gerektiği, vergi idaresinin kendi dışında oluşan vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetini ortaya çıkarabilmesinin, belge ve defterlerin istenildiğinde vergi idaresinin denetim ve incelemesine sunulması ve gerektiğinde, şekline ve usulüne uygun belgelerle tevsik edilen hukuki muamelelerin karşı tarafı nezdinde inceleme ve araştırma yapılması ile olanaklı olduğu, ilk aşamada biçimsel doğruluk karinesinden yararlanan belgelerin vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetiyle uygunluğunun, ancak yapılacak karşıt inceleme saptanabileceği, usulüne uygun olarak düzenlenen belge ve kayıtların vergilemeye esas alınabilmesi veya yapılan vergilendirme işleminin doğruluğuna kanıt olabilmesi için, ibrazın vergi idaresine veya karşıt incelemeye yetkili elemanına yapılmasının zorunluğu olduğu, vergi mahkemelerinin, vergi idaresine ait vergi incelemesi ve karşıt inceleme yapma yetkisinin kullanılışının hukuka uygunluğunu denetlemekle yetinmeleri gerektiği, onların yerine geçerek, vergi incelemesi ve karşıt inceleme yoluyla defter kayıtlarının ve bu kayıtların dayanağı olan belgelerin gerçek durumla uyumlu olup olmadıklarını araştıramayacakları, bunun sonucu olarak, inceleme elemanına ibraz olunmayan defter ve belgelerinin vergi idaresince, gerçek mahiyete uygunluğu saptanmadan, yargı kararına esas alınmasının, açıklanan hukuki durumla bağdaşmayacağı, bu yüzden, mahkemece, biçimsel kurallara uygun ve gerçek mahiyette olup olmadıklarının saptanması amacıyla, davacı tarafından dava aşamasında sunulan defter ve belgelerle ilgili olarak davalı vergi dairesince inceleme yapılmasına olanak sağlanması ve bu incelemenin sonuçlanmasından sonra uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasının gerekli olduğu gerekçesiyle, tarafların temyiz istemini kabul ederek kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Ankara 1.Vergi Mahkemesi 31.3.2004 günlü ve E:2004/254, K:2004/266 sayılı kararıyla; 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29 uncu ve 34 üncü maddeleri uyarınca, katma değer vergisinin indirim konusu yapılabilmesi için indirim konusu yapılacak verginin fatura ve benzeri vesikalar üzerinde ayrıca gösterilmesi ve söz konusu belgelerin kanuni defterlere kaydedilmesi gerektiği, davacının defter ve belgeleri üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporda; davacı kurumun dönemler itibarıyla yasal belgelerine dayanarak defter kayıtlarına intikal ettirdiği ve dönemler itibarıyla indirim konusu yapılabilecek olan katma değer vergileri hesaplanarak tablo halinde düzenlendiği, bu tabloda yer alan indirilebilir katma değer vergilerinin yasal belgelere dayandığı, belgelerin usulüne uygun olarak defter kayıtlarına intikal ettirildiği, buna göre de, bahse konu vergilerin davacı şirket tarafından gerçekten yüklenildiği, bu nedenle de

ilgili dönemlerde indirim konusu yapılması gerektiği sonucuna varıldığının belirtildiği, katma değer vergisi tablosu düzenlenmesi sonucu, Şubat, Mart, Haziran, Ağustos/1998 dönemlerinde fark katma değer vergisi doğmadığı, ihtilaflı diğer dönemlerde fark doğduğunun tespit edildiği, Mahkemelerince de, bilirkişi raporunun yerinde görüldüğü ve anılan rapora taraflarca itiraz edilmediği, İdari Yargılama Usulü Kanununun 20 nci maddesi uyarınca, mahkemelerin bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliklerinden yapabilecekleri, bunun için tüm kurum ve kuruluşlardan bilgi isteyebilecekleri, bu esas altında, vergiye ilişkin belgelerin varlığı ve yasal defterlere işlendiğinin vergi idaresine kanıtlanmamış olmasının, ispat hakkının vergi mahkemelerinde kullanılamayacağı sonucunu doğurmayacağı, nitekim, Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun K:1996/269 sayılı kararında, vergi idaresine ibraz edilmeyen defter ve belgelerin mahkemeye ibraz edilmesi halinde dava konusu tarhiyatın hukuka uygunluğunun saptanmasının ancak defter ve belgelerin mahkemece incelenmesi ile mümkün olacağı, K:1997/124 sayılı kararında ise; idari yargı yetkisinin, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, mahkemelerin, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremeyeceklerinin belirtildiği, dava konusu inceleme ve tarhiyatın yapılmasından sonra, idarenin defter ve belgeler üzerinde yeniden yapacağı incelemenin, idarenin yeni bir idari işlem tesisine neden olacağı ve davacı tarafa yeni bir dava hakkını vereceği, tesis edilmiş işlemin mahkeme önünde dava konusu yapılmış olması karşısında, mahkeme kanalıyla idareye ikinci bir işlem tesis etme zorunluluğunun getirilmemesi gerektiği, yargı aşamasında ve yargı öncülüğünde davalı idare ajanlarına dava konusu işlem hakkında inceleme yaptırılmasının, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetiminin yapılmasına aykırı olacağı, kaldı ki, mahkemelerince karar verilmesinden sonra, idarenin gerek görmesi halinde, ilgili defter ve belgeleri davacıdan tekrar isteyerek zamanaşımı süresi içinde her türlü incelemeyi yapması, gerekirse karşıt incelemeye gitmesi imkanının bulunduğu, defterlerini tutmamış, belgelerini almamış bir mükellef ile defterini tutmuş belgeleri almış ancak, verilen sürede ibraz edememiş olan bir mükellefin aynı şekilde değerlendirilmemesi gerektiği, bilirkişi raporuna göre, Şubat, Mart, Haziran ve Ağustos dönemleri için ödenmesi gereken katma değer vergisi doğmadığıdan, tarhiyatın bu kısmının kaldırılması, Ocak, Nisan, Mayıs, Temmuz ve Eylül dönemleri için yapılan tarhiyatların ise, miktarları azaltılıp, kaçakçılık cezasının ağır kusur cezasına çevrilmesi gerektiği yolundaki kararında ısrar etmiş, vergi dairesi müdürlüğü tarafından, tarhiyatın hukuka uygun olduğu ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Ali ALPAN'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar ısrar kararının bozulmasını sağlayacak durumda görülmediğinden temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı H.Hüseyin TOK'un Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen mahkeme ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Ankara 1.Vergi Mahkemesinin 31.3.2004 günlü ve E:2004/254, K:2004/266 sayılı ısrar kararı, dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçe ile Kurulumuzca da uygun bulunmuş ve

temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, kararın bozulmasını gerektirecek durumda görülmemiştir.

Bu nedenlerle temyiz isteminin reddine, 12.11.2004 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz isteminin kabulü ile vergi mahkemesi ısrar kararının Danıştay Yedinci Dairesinin bozma kararındaki esaslar uyarınca bozulması gerektiği düşüncesiyle karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri
Kurulu
Esas No : 2004/141
Karar No: 2005/4

Özeti : Defter ve belgelerini çalındığından bahisle incelemeye ibraz edemeyen yükümlünün temin edebileceği belgeler, vergi dairesi haberdar edilip incelenerek karar verilmesi gerekirken, davanın vergi aslına ilişkin kısmının reddinde isabet bulunmadığı hakkında.

Temyiz Edenler : 1- ... Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi
Vekili **:** Av. ...
2- Galata Vergi Dairesi Müdürlüğü - İSTANBUL

İstemin Özeti : Defter ve belgelerini, çalındığından bahisle incelemeye ibraz etmeyen yükümlü şirket adına katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyerek, 1995/Ocak-Aralık dönemleri için re'sen katma değer vergisi salınmış, kaçakçılık ve özel usulsüzlük cezaları kesilmiştir.

İstanbul 9.Vergi Mahkemesi 28.5.2001 tarih ve E:2000/2269, K:2001/853 sayılı kararıyla; tutulması zorunlu olan defterlerin çalındığını ileri süren, ancak bu iddiasını kanıtlayamayan yükümlü şirketin, defterlerini mücbir sebep nedeniyle ibraz edemediği yolundaki iddiasının kabul edilemeyeceği, olayda 213 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinde belirtilen mücbir sebep halinin mevcut olmadığının görüldüğü, kaldı ki, yükümlü şirketin zayi belgesi almak için açtığı davada, Asliye Ticaret Mahkemesince, mükellefin gerekli özeni göstermediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verildiği, bu durumda, katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyerek yapılan tarhiyatta isabetsizlik görülmediği, öte yandan, olayda katma değer vergisi beyannamelerinden hareketle matrah farkı bulunduğundan, kaçakçılık cezasının kusur cezasına çevrilmesi gerektiği, 213 sayılı Kanunun 336 ncı maddesi uyarınca, aynı fiil nedeniyle miktar itibarıyla daha ağır olan kaçakçılık cezası kesildiğinden, ayrıca özel usulsüzlük cezası kesilmesinin yasal olmadığı gerekçesiyle davanın katma değer vergisine ilişkin kısmını reddetmiş, kaçakçılık cezasını kusur cezasına çevirmiş, özel usulsüzlük cezasını terkin etmiştir.

Tarafların temyiz istemini inceleyen Danıştay Dokuzuncu Dairesi 22.5.2002 günlü ve E:2001/4752, K:2002/2556 sayılı kararıyla; defter ve belgelerin içindeki araçla birlikte çalındığı, zayi belgesi almak için açılan davada, her ne kadar Asliye Ticaret Mahkemesince yükümlü şirketin gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle istem reddedilmiş ise de, kararın içeriğinde defter ve belgelerin araçla birlikte çalındığı hususunun teyid edilmesi karşısında, olayda mücbir sebep halinin mevcut olduğunun kabulü gerektiği, ancak defter ve

belgelerin ibraz edilememiş olmasının, ispat ve ibraz yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı, zira, ticari icaplara göre emtia satın aldığı kişi veya kuruluşları tanımak ve bilmek durumundaki bir alıcının, gerekli girişimleri yaparak emtia alımına ilişkin belgelerin mevcudiyetini ispat olanağına her zaman sahip bulunduğu, bu durumda, ispat külfeti kendisine düşen yükümlüler tarafından ibraz edilebilen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisinin indirim konusu yapılabileceği aksi halde indirimlerin kabul edilmeyeceği, buna göre, vergi mahkemesince yükümlü şirketten, temin edebileceği faturaların istenilmesi, ibraz edilen faturalardan vergi dairesi müdürlüğünün de haberdar edilmesi suretiyle, söz konusu faturaların gerçekten alınan emtiaya ait alış faturaları olup olmadığının araştırılması ve gerçek alış faturaları göz önüne alınarak ödenmesi gereken verginin tespiti, gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılması ve varılacak sonuca göre bir karar verilmesinin icap ettiği, vergi mahkemesince, kaçakçılık cezasının kusur cezasına çevrilmesine, özel usulsüzlük cezasının ise 213 sayılı Kanunun 336 ncı maddesi hükmü uyarınca terkinine karar verilmiş ise de, olayda mücbir sebep halinin bulunması nedeniyle, aynı Kanunun 373 üncü maddesi uyarınca cezaların tamamen terkini gerektiğinden, kararın kaçakçılık cezasına ilişkin hüküm fıkrasının yerinde görülmediği, özel usulsüzlük cezasına ilişkin hüküm fıkrasının ise sonucu itibarıyla yerinde olduğu gerekçesiyle yükümlü temyiz istemini kabul ederek kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan İstanbul 9.Vergi Mahkemesi 10.5.2004 günlü ve E:2004/963, K:2004/995 sayılı kararıyla ilk kararında ısrar etmiştir.

Israr kararı taraflarca temyiz edilmiş, vergi dairesi müdürlüğü tarafından tarhiyatın tümüyle onanması gerektiği, yükümlü tarafından ise ithal edilen emtia ile ilgili ibraz ettikleri gümrük beyannamesi, gümrük makbuzları ve faturalardaki katma değer vergisi indirimlerinin kabulü gerektiği, mücbir sebep halinin mevcut olduğu ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Taraflarca savunmada bulunulmamıştır.

Danıştay Tetkik Hakimi Gülsen BİŞKİN'in Düşüncesi: Yükümlü temyiz isteminin kabulü ile indirimlerini ispatlayabildiği belgelerin dikkate alınarak karar verilmesi gerektiği, vergi idaresi temyiz isteminin özel usulsüzlük cezasına ilişkin kısmının kesinleşme sebebiyle incelenmeksizin reddi, kalan kısma yönelik temyiz isteminin ise reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Zerrin GÜNGÖR'ün Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Tarafların temyiz dilekçelerinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, tarafların istemlerinin reddi ile temyiz edilen Mahkeme ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Defter ve belgelerini çalındığından bahisle incelemeye ibraz etmeyen yükümlü şirket adına katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyerek, 1995 yılı için re'sen salınan kaçakçılık cezalı katma değer vergisini kusur cezalı olarak değiştiren, özel usulsüzlük cezasını kaldıran vergi mahkemesi ısrar kararı taraflarca temyiz edilmiştir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29 uncu maddesinin 1 inci fıkrasının (a) bendinde, mükelleflerin yaptıkları vergiye tabi işlemleri üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, kanunda aksine hüküm olmadıkça faaliyetlerine ilişkin olarak kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri, aynı Kanunun 34 üncü maddesinin 1 inci

bendinde de, yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin, alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar kanuni defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebileceği belirtilmiştir. Öngörülen bu koşullarla, vergilendirmede belge düzeninin yerleştirilmesi amaçlanmıştır.

Çalındığından bahisle defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilememesi yükümlüyü, katma değer vergisi indirimine ilişkin koşullardan ikincisi olan "indirim konusu yapılan vergilerin alış belgelerinde ayrıca gösterilmiş olması"nı kanıtlama sorumluluğundan kurtarmaz. Ticari icaplara göre kendisine mal ve hizmet sunan kişi ve kuruluşları bilmek durumundaki bir alıcının, gerekli girişimlerde bulunarak emtia alımına ilişkin belgelerin varlığını ispat olanağına sahip olduğunun kabulü gerekmektedir.

Mahkemece, yükümlüden ibraz edebileceği fatura ve benzeri vesikalar istenerek; 3065 sayılı Katma Değer vergisi Kanununun 29 ve 34 üncü maddeleri uyarınca ihtilaflı dönemde indirim konusu yapılan katma değer vergilerinin, davacı şirkete yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda yer alıp almadığının tespiti için, ibraz edilecek bu faturalardan vergi dairesi de haberdar edilip, gerçek mal teslimi ve hizmet alımına ilişkin olup olmadıklarının araştırılması suretiyle dava hakkında karar verilmesi gerekirken, vergi aslına yönelik davanın reddinde yasaya uygunluk bulunmamaktadır.

Vergi mahkemesi kararının özel usulsüzlük cezasının kaldırılmasına ilişkin hüküm fıkrasına yönelik temyiz başvurusu Danıştay Dokuzuncu Dairesinin kararı ile reddedilmiş ve karar düzeltme aşamasından da geçerek kesinleşmiş olduğundan, idare yönünden kesinleşen söz konusu hüküm fıkrasının yeniden temyiz incelemesine tabi tutulmasına olanak bulunmamaktadır.

Bu aşamada vergi dairesinin vergi aslına bağlı cezaya yönelik temyiz nedenleri de aynı gerekçe ile yerinde görülmemiştir.

Bu nedenlerle, yükümlü temyiz isteminin kabulüne, İstanbul 9.Vergi Mahkemesinin 10.5.2004 günlü ve E:2004/963, K:2004/995 sayılı ısrar kararının bozulmasına, bu sebeple vergi dairesi müdürlüğü temyiz isteminin reddine oyçokluğu ile, özel usulsüzlük cezasına ilişkinhüküm fıkrasına ilişkin temyiz isteminin incelenmeksizin reddine oybirliği ile, yeniden verilecek kararda hüküm altına alınacağından yargılama giderleri yönünden hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 18.2.2005 gününde karar verildi.

AYRIŞIK OY

Katma Değer Vergisi Kanununun 29 uncu maddesinin 1 ve 3 üncü fıkralarında; bu verginin mükelleflerinin indirim hakkından iki koşulun birlikte var olması halinde yararlanabilecekleri öngörülmüştür. Bu iki koşuldan ilki, mükelleflerin kendilerine yapılan mal ve hizmet teslimleri dolayısıyla ödemiş oldukları katma değer vergisinin fatura ve benzeri belgede gösterilmiş olması; ikincisi ise, bu belgelerin yasada öngörülen süre içerisinde yasal defterlere kaydedilmiş bulunmasıdır. Söz konusu koşulların noksansız olarak yerine getirildiğinin usulüne göre yapılacak istek üzerine defter ve belgelerin yetkililere ibrazı suretiyle kanıtlanması ise, indirim hakkından yararlanan mükellefe düşen yükümlülüktür.

Olayda; davacı Şirketin, indirim hakkından yararlandığı vergilendirme dönemine ilişkin yasal defterlerini incelemeye ibraz etmediği sabittir. Her ne kadar, davacı Şirket, ibraz etmeme nedenini, çalındıkları iddiası ile açıklamaya ve bunu da, Asliye Ticaret Mahkemesince verilen zayi belgesi ile kanıtlamaya çalışmakta ise de, bu iddiaya itibar edilmesine hukuken olanak yoktur.

Zira; bilindiği gibi 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 13 üncü maddesine göre, mücbir sebep olduğu iddia edilen durumun, kanıtlanmadıkça, vergilendirme işlemlerine ve vergi ödevleriyle ilgili yükümlülüklere etkisi yoktur. Olayda; davacı Şirket tarafından defterlerinin çalındığına dair hukukça itibar edilebilecek bir kanıt getirilmiş değildir. Yalnızca, tek yanlı ifadeye dayalı zayi belgesi ise, Yargıtay içtihatlarında da açıkca ortaya konulduğu gibi, bu

konuda kanıt olabilecek nitelikte değildir. Öte yandan; ekonomik değeri olmayan kullanılmış defterlerin çalındığı yolundaki iddianın hayatın doğal akışına aykırı olduğu da, yine hırsızlık suçunun unsurları konusunda uzman Yargıtay Ceza Dairelerinin içtihatlarıyla kabul edilen gerçektir. Dolayısıyla, olayda, davacı Şirketin yasal defterlerini haklı neden olmaksızın incelemeye ibraz etmediğinin kabulü için hukuksal zorunluluk vardır.

Durum böyle iken; yasanın indirim hakkından yararlanabilmek için birlikte gerçekleşmesini aradığı iki koşulun noksansız yerine getirildiğini kanıtlayamayan davacı Şirketin, indirim hakkından yararlandırılmasına, Kanun koyucu'nun bu haktan yararlanabilmeyi söz konusu biçimsel koşullara bağlarken gerçekleştirmeyi düşündüğü amaca ve Vergi Dava Daireleri Kurulunun emsali olaylarda vermiş olduğu kararlara uygun olmaması ve defter ve belgelerini ibrazdan kaçınan vergi mükelleflerinin kanuna aykırı bu eylemlerinin ödüllendirilmesi sonucunu yaratmasının kaçınılmaz bulunması sebebiyle, cevaz verilemez.

Açıklanan bu nedenle, temyiz isteminin reddi ile direnme kararının onanması gerektiği oyu ile aksine verilen karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri Kurulu
Esas No : 2004/186
Karar No: 2005/27

Özeti : Yükümlülerin muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter, belge ve karneleri muhafaza süresi içinde yetkili makam ve memurların talebi üzerine ibraz ve inceleme için arz etmemeleri halinde, resen tarh nedeninin bulunduğu hakkında.

Temyiz Eden : Boztepe Vergi Dairesi Müdürlüğü - ORDU
Karşı Taraf : … Toplu Temizlik Gıda İnşaat Taahhüt Turizm Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi
Vekili **:** Av. …
İstemin Özeti : Davacının 1998 yılına ait yasal defter ve belgelerinden, yevmiye defteri ve defter-i kebir dışındaki diğer defterleri ile alış ve satış faturalarının incelemeye ibraz edilmemesi nedeniyle katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilemeyeceğinden ve bir kısım hasılatını kayıt ve beyan dışı bıraktığının tespitli olduğunan bahisle düzenlenen inceleme raporuna dayanılarak Ocak-Aralık dönemleri için re'sen kaçakçılık cezalı katma değer vergisi salınmıştır.

Ordu Vergi Mahkemesi 29.2.2000 günlü ve E:1999/188, K:2000/78 sayılı kararıyla, tarhiyatı kaldırmıştır.

Temyiz istemini inceleyen Danıştay Yedinci Dairesi 30.12.2003 günlü ve E:2000/8885, K:2003/5241 sayılı kararıyla; davacı şirketin yapmış olduğu temizlik taahhüt işi dolayısıyla elde ettiği hasılatı kayıt ve beyanlarına yansıtıp yansıtmadığının tespiti amacıyla, 1998 yılına ait yasal defter ve belgelerinin incelenmek amacıyla ibrazının istenilmesine rağmen verilen süre içerisinde, sadece yevmiye defteri ile defter-i kebiri ibraz ettiği, diğer belgelerini ibraz etmediği, gelirlere ilişkin istihkak listeleri ile davacı şirket tarafından ibraz edilen yevmiye defteri ve ilgili dönemlerde verilen katma değer vergisi beyannamelerinin karşılaştırılması sonucunda, yevmiye defterinde herhangi bir alış ya da gider faturası kaydının bulunmadığı, bunun yerine, her ay sonunda yapılan yevmiye kaydı ile topluca

hizmet üretim maliyeti adı altında bir hesap kullanılarak gider ve bunun %15'inin de indirilecek katma değer vergisi olarak kayıtlara yansıtıldığı ve beyannamelerin de buna göre düzenlenip verildiği, ayrıca, 31.12.1998 tarih ve 86381 sayılı hasılat faturasının da kayıtlara yansıtılmadığı dosyanın incelenmesinden anlaşıldığından, olayda re'sen takdir nedeninin mevcut olduğu gerekçesiyle, tarhiyatın diğer yönlerden hukuka uygunluğu araştırılarak yeniden karar verilmek üzere mahkeme kararını bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Ordu Vergi Mahkemesi 9.6.2004 günlü ve E:2004/145, K:2004/205 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 30 ve 139 uncu maddeleri uyarınca mükelleflerden defter ve belgelerin vergi incelemesi amacıyla daireye ibrazının istenilmesinin mümkün olmadığı, öncelikle işyeri sahibi ile uzlaşma sağlanarak incelemenin işyerinde yapılamayacağı hususu belirtildikten sonra yazı yazılarak ve süre belirtilerek defter ve belgelerin işyerinin dışında bir yere ibrazının istenebileceği, vergi inceleme elemanının defter ve belgelerin ibrazı yönündeki yazısına davacı şirketçe tamamen kayıtsız kalınmadığı, bilgi verme mahiyetinde de olsa bir kısım defterlerin ibraz edildiği görülmekte olup, bunun da davacı şirketin defter ve belgelerinin usulüne uygun olarak istenmesi durumunda ibraz edileceğine ve vergi incelemesi ve vergi inceleme elemanına yardımcı olunacağına, uygun çalışma ortamı sağlanacağına delil teşkil ettiği, davacının işyerine gidilerek yasanın öngördüğü koşullara uygun incelemeye başlandıktan sonra, yükümlü şirketin katma değer vergisi beyannamelerinde gösterdiği indirilebilir katma değer vergilerine ait belgeler tamamen yadsınmadan,bu belgelerin alındığı gerçek ve tüzel kişilerle veya bu kişilerin bulunduğu mahallin vergi incelemesine yetkili kişileri vasıtasıyla karşıt inceleme yapmak suretiyle, bu belgelerde gösterilen katma değer vergilerinin mal ve hizmet alımı nedeniyle ödenip ödenmediği hususunun da açık bir şekilde ortaya konulması gerektiği; diğer taraftan, defterlere kaydedilmediği iddia edilen bir adet faturaya isabet eden hasılatın ise kurumlar vergisi beyannamesi ile beyan edilen hasılata dahil olmadığı ve bu faturaya ait 396.941.760.- liralık katma değer vergisinin de Aralık ayı katma değer vergisi beyannamesine dahil edilmediği yönünde yeterli bir tespit olmadığı; yükümlü şirketin yetkililerine bu konuda savunma ve izahat olanağı verilmediği dikkate alındığında, bu maddeler yönüyle de re'sen tarhiyatın dayanağının bulunmadığının anlaşıldığı; bu durumda, davacı şirketin vergi incelemesi amaçlı olarak defter ve belgelerini ibraz etmediğinden ve bu defter ve belgelerin ihticaca salih olmadığından bahsedilemeyeceğinden 1998 yılı Ocak-Aralık dönemleri için re'sen tarhiyata konu edilen kaçakçılık cezalı katma değer vergilerinde hukuka uygunluk bulunmadığı; kaldı ki, davacı şirket hakkında aynı döneme ilişkin olarak düzenlenen kurumlar vergisine ait vergi inceleme raporu doğrultusunda re'sen tarh edilen kaçakçılık cezalı kurumlar vergisi ve fon payının kaldırılması yolunda Mahkemelerince verilen karara karşı yapılan temyiz başvurusunun Danıştay Dördüncü Dairesinin 17.10.2001 günlü ve E:2000/3341, K:2001/3872 sayılı kararıyla reddedildiği gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılması yolundaki ilk kararında direnmiştir.

Direnme kararı vergi dairesi müdürlüğünce temyiz edilmiş ve mahkeme kararının gerekçe ve yasal dayanağı bulunmadığı ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Özlem ULAŞ'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar ısrar kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Münevver DEMİR'in Düşüncesi: Uyuşmazlık, temizlik taahhüt işi yapan davacı şirketin, yevmiye defteri ve defteri kebir dışında 1998 yılına ait kanunen tutulması zorunlu diğer defterlerini, alış faturası ve gider belgelerini incelemeye ibraz etmemesi nedeniyle inceleme elemanınca istihkak listeleri ile beyannamelerin karşılaştırılarak incelenmesi sonucu, indirim konusu yaptığı katma değer vergilerinin kabul edilmemesi suretiyle düzenlenen rapora dayanılarak resen takdir yoluyla yapılan tarhiyatı terkin eden vergi mahkemesi kararını bozan Danıştay 7.Dairesinin 30.12.2003 gün ve

2003/5241 sayılı kararına karşı direnen Ordu Vergi Mahkemesi kararının temyizen incelenmesi istemine ilişkindir.

Danıştay 7.Dairesinin bozma kararında yazılı gerekçe uyarınca temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Temizlik taahhüdü işi yapan yükümlünün 1998 yılına ilişkin yasal defter ve belgelerinden, yevmiye defteri ve defter-i kebir dışındaki diğer defterleri ile alış ve satış faturalarını incelemeye ibraz etmemesi nedeniyle katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyerek adına re'sen salınan kaçakçılık cezalı katma değer vergisini kaldıran vergi mahkemesi ısrar kararı temyiz edilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 30 uncu maddesinin ikinci fıkrasının 3 üncü bendinde, bu Kanuna göre tutulması mecburi olan defterlerin hepsinin veya bir kısmının vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlara herhangi bir sebeple ibraz edilmemesi re'sen takdir nedeni olarak belirlenmiştir.

Bu düzenlemeye göre, kanunen tutulması zorunlu defterlerin tümünün veya bir kısmının ibraz edilmemesinin dönem matrahının re'sen takdirini gerektirebilmesi için ibraz isteğinin vergi incelemesine yetkili olanlarca yapılmış olması yeterli olup; ayrıca, defterlerin vergi incelemesi sırasında istenilmiş olması koşulu düzenlemede yer almamaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, yükümlü şirketin bu hükme göre üstüne düşen görevleri yerine getirmediği anlaşıldığından, mahkemenin re'sen takdir nedeni bulunmadığı yolundaki gerekçesi yerinde görülmemiştir.

Ancak, kararda belirtilen diğer gerekçeler göz önüne alındığında yeterli incelemeye dayanmayan tarhiyatın kaldırılması yönünde verilen ısrar kararında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Bu nedenle temyiz isteminin reddine, 18.2.2005 gününde gerekçe ve esasta oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 139 uncu maddesi gereğince vergi incelemelerinin esas itibarıyla işyerinde yapılması gerektiğinden, mahkeme kararının re'sen tarh nedeni bulunmadığı yolundaki gerekçesi yerinde olup, kararın re'sen tarh nedeni bulunduğuna ilişkin gerekçesine katılmıyoruz.

XX- Katma Değer Vergisi Kanununun 29 uncu maddesinin 1 ve 3 üncü fıkralarında; bu verginin mükelleflerinin indirim hakkından iki koşulun birlikte var olması halinde yararlanabilecekleri öngörülmüştür. Bu iki koşuldan ilki, mükelleflerin kendilerine yapılan mal ve hizmet teslimleri dolayısıyla ödemiş oldukları katma değer vergisinin fatura ve benzeri belgelerde gösterilmiş olması; ikincisi ise, bu belgelerin yasada öngörülen süre içerisinde yasal defterlere kaydedilmiş bulunmasıdır. Söz konusu koşulların noksansız olarak yerine getirildiğinin usulüne göre yapılacak istek üzerine defter ve belgelerin yetkililere ibrazı suretiyle kanıtlanması ise, indirim hakkından yararlanan mükellefe düşen yükümlülüktür.

Olayda; davacı Şirketten defter ve belgelerinin usulüne uygun olarak istenildiği, Vergi Dava Daireleri Kurulunun kararı ile sabittir. Ayrıca; davacı şirketin yevmiye defteri ve defteri kebir dışındaki defterleri ile gider ve hasılat belgelerini ibraz etmediği de aynı derecede ihtilafsızdır.

Bu durumda; davacı Şirketin, indirim hakkından yararlanılabilmesi için, yasanın aradığı iki koşulu da noksansız olarak yerine getirdiğini kanıtlayamadığının kabulü zorunludur. Aksine anlayışa, Kanun koyucu'nun indirim hakkından yararlanabilmeyi söz

konusu biçimsel koşullara bağlarken gerçekleştirmeyi düşündüğü amaca ve Vergi Dava Daireleri Kurulunun emsali olaylarda vermiş olduğu kararlara uygun olmaması ve defter ve belgelerini ibrazdan kaçınan vergi mükelleflerinin kanuna aykırı bu eylemlerinin ödüllendirilmesi sonucunu yaratmasının kaçınılmaz bulunması sebebiyle cevaz verilemez.

Öte yandan; davacı Şirketin 31.12.1998 gün ve 86381 sayılı hasılat faturasını kayıtlara intikal ettirmemiş olması yanında, yevmiye kayıtlarının fatura ve belgelere dayalı olmadığı ve topluca hizmet üretim maliyeti adı altında ay sonlarında açılan hesapta, yüksek tutarlı gider ve bu giderin %15'inin indirilecek katma değer vergisi olarak kayıtlara yansıtıldığı da dosyanın incelenmesinden anlaşılmaktadır.

Durum böyle iken; yeterli incelemenin ne olması gerektiği açıklanmaksızın, tarhiyatın yeterli incelemeye dayanmadığının söylenmesi, soyut bir değerlendirmeden öteye geçebilecek nitelikte değildir.

Açıklanan bu nedenlerle, hukuksal dayanaktan yoksun bulunan mahkeme kararının bozulması gerektiği oyu ile tarhiyatın yeterli incelemeye dayanmadığı gerekçesiyle verilen karara karşıyız.

KURUMLAR VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri Kurulu
Esas No : 2004/204
Karar No: 2005/67

Özeti : Holding bünyesindeki gazete alım satımı normal ve mutad ticari ilişki içerisinde olmadığından, örtülü kazanç dağıtımının gerçekleştiği hakkında.

Temyiz Eden : Marmara Kurumlar Vergi Dairesi Başkanlığı - İSTANBUL
Karşı Taraf : … Holding Anonim Şirketi
İstemin Özeti : 1998 yılı işlemleri incelenen davacı şirketin bayi şirketler olarak nitelenen ve nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişilerden emsaline göre yüksek fiyattan gazete kağıdı satın almak suretiyle örtülü kazanç dağıtımında bulunduğu ileri sürülerek re'sen kurumlar vergisi, ek kurumlar vergisi ve gelir (stopaj) vergisi salınmış, fon payı hesaplanmış, ağır kusur ve vergi zıyaı cezası kesilmiştir.

İstanbul 5.Vergi Mahkemesi 23.10.2002 günlü ve E:2002/383, K:2002/2129 sayılı kararıyla; davacı şirketin 1996-2000 yıllarında bayi ilişkisi içerisinde olduğu Tasfiye Halinde ... Finans Kurumu Anonim Şirketine satılan gazete kağıtlarının, bu şirket tarafından bayi şirketlere kar zarara katılma üretim desteği (murabaha) yöntemi ile satıldığı, sözü edilen kağıtların büyük kısmının davacı tarafından emsaline göre yüksek bedelle geri alındığının tespitiyle bu şekilde örtülü kazanç dağıtıldığı ileri sürülerek tarhiyat yapıldığı, örtülü kazanç dağıtıldığının kabul edilebilmesi için Kurumlar Vergisi Kanununun 17 nci maddesiyle getirilen hükümlere uygun hareket edilmek suretiyle daha az vergi ödenmesi halinin söz konusu olması gerektiği, davalı idarece, emsal alınan Seka kurumunun kağıtları ile davacı şirketin alım satıma konu kağıtlarının nitelikleri ve ödeme süreleri yönünden ticari icaplara uygun incelemelerin yapılmadığı, emsaline göre göze çarpacak derecede yüksek bedel kavramının net olarak ortaya konulmadığı, Hazinenin vergi kaybına uğradığı yolunda bir tespit yapılmadığı, alım satıma taraf olan şirketler arasında ticaretin gereği kar oluştuğu ve her

şirket kendi karını beyan ettiğinden, ortada vergi kaybı olmadığı gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiştir.

Vergi dairesi başkanlığının temyiz istemini inceleyen Danıştay Dördüncü Dairesi 8.10.2003 günlü ve E:2002/4601, K:2003/2277 sayılı kararıyla; 1998 yılı işlemleri incelenen davacı şirketin, 1996-2000 yıllarında bayi-şirket ilişkisi içerisinde olduğu şirketlerden Tasfiye Halinde ... Finans Kurumu Anonim Şirketine sattığı gazete kağıtlarının bu şirket tarafından bayi şirketlere kar-zarara katılma üretim desteği (murabaha) yöntemi ile satıldığı, 4389 sayılı Bankalar Kanununun 20 nci maddesine göre kurulan Özel Finans Kurumları finansman alanında aracılık yapmakta olup, küçük tasarruf sahiplerinin ellerindeki fonları toplayıp büyük sermayeler oluşturularak bu fonların teşebbüslere plase edildiği, kar-zarara katılma üretim desteği yöntemi ile fon kullandırmada, işletmeler için gerekli gayrimenkul, ham ve yarı mamul maddeler ile teçhizat ve makine temini amacıyla başvuranlara bunların üçüncü şahıslardan peşin alınıp vadeli olarak satıldığı, uyuşmazlık konusu olayda da, bu sistem uygulanarak ... Holding Anonim Şirketi ile bayiler arasında ... Finans Anonim Şirketi vasıtasıyla kağıt alım satımı yapıldığının anlaşıldığı, bu satış işleminden doğan karın %20'sinin kurum karı olarak kar payı gelirleri hesabına, %80'inin de kar-zarara katılma hesapları aracılığıyla fonu oluşturan gerçek ve tüzel kişilere vadesinde dağıtılmak üzere dağıtılacak kar payları hesabına, alacak olarak kaydedildiği, dosya içeriğinden, ... Holding Anonim Şirketi, ... Finans Anonim Şirketi ve diğer bayiler arasında gerek ortaklık, gerek bu kurumlarda çalışan kişi olmaları nedeniyle bir ilişki bulunduğu ve davacı kurumun temin ettiği gazete kağıtlarının peşin bedelle ... Finans Kurumuna satıldığı, ... Finans Kurumun bunları yukarıda belirtilen murabaha sistemi içinde vadeli olarak bayilere sattığı, ancak bayilerin aldıkları bu gazete kağıtlarını çeşitli nedenlerle satamadıkları gerekçesiyle 1996 ve 1999 yılları arasında %80 ve %92 oranında ... Holding Anonim Şirketine yüksek fiyatlarla geri sattıklarının anlaşıldığı, yıllar itibarıyla %80-92 oranında satılamadığı belli olan bir emtianın, aynı şirket grubu içinde ucuza alınıp, finans kurumu vasıtasıyla ve vadeli olarak bayilere satılması ve çok büyük bir kısmının tekrar vadeli olarak ve yüksek fiyatlarla geri satın alınması normal ve mutad ticari icaplara uymadığı gibi, bu yolla bayiler tarafından piyasaya satılmayan ve şirketler arasında dolaştırılan gazete kağıtlarına kendi aralarında ödedikleri yüksek bedeller nedeniyle davacı şirket tarafından finans kurumu aracılığıyla murabaha sistemi uygulanarak %80 oranında kar-zarara katılım payı oluşturacak şekilde fona para aktarıldığı ve bu yolla örtülü kazanç dağıtıldığının anlaşıldığı gerekçesiyle mahkeme kararını bozmuştur.

Bozma kararı üzerine İstanbul 5.Vergi Mahkemesi 22.9.2004 günlü ve E:2004/1719, K:2004/1668 sayılı kararıyla, ilk kararında yer alan gerekçeye ek olarak; gerek bayi şirketlerin,gerek ... Finans Kurumunun uyuşmazlık döneminde günün koşullarına göre küçümsenemeyecek miktarlarda kar beyan ettikleri,tahakkuk eden vergileri ödedikleri, incelemede bu hususların irdelenmediği, her şirket aynı oranlarda vergi ödediğinden ve hepsinin kar beyanı olduğundan Hazinenin vergi kaybı bulunmadığı gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılması yolundaki kararda ısrar etmiştir.

Israr kararı vergi dairesi başkanlığı tarafından temyiz edilmiş, örtülü kazanç dağıtımının tüm unsurları ile tekemmül ettiği, muvaza durumunun mevcut olduğu, vergi inceleme raporuna dayalı tarhiyatta yasaya aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti: Örtülü kazanç dağıtımına ilişkin yasal şartların oluşmadığı, emsal kıyaslamasının yeterli olmadığı, her şirketin karlı olduğu ve yüksek oranlı vergi ödendiği, tarhiyatın eksik incelemeye dayalı olduğu, inceleme sonuçlandırıldıktan uzun süre sonra hesap uzmanının bayi şirketler nezdinde incelemeye devam ettiği, bu inceleme sonucunda, bayilerin Holding'in nüfuzu altında bulunmadığının tespitli bulunduğu, emsal alınan emtianın, alıp satılan emtia ile aynı nitelikte olmadığı, Holding dışında satışları da olan

bayi şirketlerin bu satışlarının daha yüksek tutarlı olduğu ileri sürülerek ısrar kararına yönelik temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi Gülsen BİŞKİN'in Düşüncesi: Danıştay Dördüncü Dairesinin bozma kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçe uyarınca kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı İbrahim ERDOĞDU'nun Düşüncesi: 1998 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu düzenlenen rapora dayanılarak davacı kurum adına re'sen salınan kurumlar vergisi, ek kurumlar vergisi, gelir (stopaj) vergisi ve hesaplanan fon payı ile kesilen ağır kusur ve vergi ziya cezasının kaldırılması yolundaki Vergi Mahkemesi kararının bozulmasına dair, Danıştay Dördüncü Dairesi kararına karşı Vergi Mahkemesi ilk kararında ısrar etmiş ise de, Danıştay Dördüncü Dairesinin 8.10.2003 günlü ve E:2002/4601, K:2003/2277 sayılı bozma kararının dayandığı gerekçe karşısında, temyiz isteminin kabulü ile Vergi Mahkemesi ısrar kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

1998 yılı işlemleri incelenen davacı şirketin bayi şirketler olarak nitelenen ve nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişilerden emsaline göre yüksek fiyattan gazete kağıdı satın almak suretiyle örtülü kazanç dağıtımında bulunduğu ileri sürülerek adına re'sen salınan ağır kusur cezalı kurumlar vergisi, vergi zıyaı cezalı ek kurumlar vergisi ve gelir (stopaj) vergisi ile hesaplanan ağır kusur ve vergi zıyaı cezalı fon paylarına karşı açılan davada cezalı tarhiyatı kaldıran vergi mahkemesi ısrar kararı vergi dairesi başkanlığı tarafından temyiz edilmiştir.

Kurumlar Vergisi Kanununun 17 nci maddesinin 2362 sayılı Kanunun 12 nci maddesiyle değişik 1 numaralı bendinde, şirketin kendi ortakları, ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler, idaresi, murakabesi veya sermayesi bakımlarından vasıtalı vasıtasız olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler ile olan münasebetlerinde emsaline göre göze çarpacak derecede yüksek fiyat veya bedeller üzerinden yahut bedelsiz olarak alım, satım, imalat, inşaat muamelelerinde ve hizmet ilişkisinde bulunması halinde kazancın tamamen veya kısmen örtülü olarak dağıtılmış sayılacağı belirtilmiş, aynı Kanunun 15 inci maddesinin 3 üncü bendinde de; sermaye şirketlerince dağıtılan örtülü kazançların, kurum kazancının tespitinde indirim olarak kabul edilmeyeceği kurala bağlanmıştır.

4389 sayılı Bankalar Kanununun 20 nci maddesine göre kuralan Özel Finans Kurumları, finansman alanında aracılık yapmakta olup, küçük tasarruf sahiplerinin ellerindeki fonları toplayıp büyük sermayeler oluşturmakta ve bu fonları teşebbüslere plase etmektedirler. Kar-zarara katılma üretim desteği (murabaha) yöntemi ile fon kullandırmada; işletmeler için gerekli gayrimenkul, ham ve yarı mamül maddeler ile teçhizat ve makine temini amacıyla başvuranlara bunlar üçüncü şahıslardan peşin alınıp vadeli olarak satılmaktadır.

1998 yılı işlemleri incelenen davacı şirketin, 1996-2000 yıllarında ortaklık ilişkisi içinde olduğu Tasfiye Halinde ... Finans Kurumu Anonim Şirketine peşin bedelle sattığı gazete kağıtları, bu şirket tarafından davacı ile bayi-şirket ilişkisi bulunan şirketlere kar-zarara katılma üretim desteği (murabaha) yöntemi ile satılmıştır.

... Finans Anonim Şirketinin bu satış işleminden doğan karının %20'si kurum karı olarak kar payı gelirleri hesabına, %80'i ise kar-zarara katılma hesapları aracılığı ile fonu oluşturan gerçek ve tüzel kişilere vadesinde dağıtılmak üzere dağıtılacak kar payları hesabına alacak olarak kaydedilmektedir.

Dosyanın, vergi inceleme raporu ve şirket yetkilisi nezdinde düzenlenen tutanağın incelenmesinden, ... Holding Anonim Şirketi, ithal ettiği 3.hamur gazete kağıdını peşin

bedelle ... Finans Kurumu Anonim Şirketine satmakta, aynı gazete kağıdı bu şirket tarafından murabaha yöntemiyle vadeli olarak bayilere satılmakta, ancak bayiler tarafından çeşitli nedenlerle satamadıkları gerekçesi ile ... Holding Anonim Şirketine vadeli olarak geri satılmakta, geri satılma nedeninin bozulma, çürüme, ıslanma vb. gibi nedenlerden kaynaklanmadığı ve alınan kağıdın 1996 yılında %83'ü, 1997 yılında %80'i, 1998 yılında %92'si, 1999 yılında %84'ünün Holding'e geri satıldığı anlaşılmaktadır.

Bu alım-satımlarda yıllar itibarıyla %80-92 oranında satılmadığı belli olan bir emtianın, aynı şirket gurubu içerisinde ucuza alınıp, finans kurumu vasıtasıyla ve vadeli olarak bayilere satılması ve çok büyük bir kısmının tekrar vadeli olarak ve yüksek fiyatlarla geri satın alınması normal ve mutad ticari icaplara uymadığı gibi bu yolla bayiler tarafından piyasaya satılmayan ve şirketler arasında dolaştırılan gazete kağıtlarına, kendi aralarında ödedikleri yüksek bedeller nedeniyle, davacı şirket tarafından finans kurumu aracılığıyla murabaha yöntemi uygulanarak %80 oranında kar-zarara katılım payı oluşturacak şekilde fona para aktarıldığı ve bu yolla örtülü kazanç dağıtıldığı anlaşılmaktadır.

Davacı şirket yetkilisi nezdinde düzenlenen tutanakta, şirket kayıtlarında alım-satımı yapılan emtianın 3.hamur gazete kağıdı olduğu, gramajına ilişkin kayıt bulunmadığı belirtildiğinden, inceleme elemanınca aynı nitelikteki Seka kağıdının emsal alınmasında ve aynı tutanakta, bazı bayi şirketlerin ortaklarının Holdinge bağlı olarak çalışan kişiler olduğu, bayi şirketlerin ortaklarının aynı zamanda Holding Anonim Şirketinin de ortakları olduğu tespitli olduğundan, bayi şirketlerin Holding Anonim Şirketinin nüfuzu altında olduğunun kabul edilmesinde yasaya aykırılık görülmemiştir.

Öte yandan, elde edilen karın %80'inin murabaha sistemi uygulanarak kar payları hesabına aktarılması ve şirketlerin gelirleri arasından çıkarılması karşısında, her bir şirketin kar beyan ettiği, bu nedenle Hazinenin vergi kaybı bulunmadığı yolundaki gerekçe de yerinde görülmemiştir.

Bu nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile İstanbul 5.Vergi Mahkemesinin 22.9.2004 günlü ve E:2004/1719, K:2004/1668 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından yargılama giderleri yönünden hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 1.4.2005 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar vergi mahkemesi ısrar kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden aksi yolda verilen karara katılmıyoruz.

XX- 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 17 nci maddesinde; şirket kendi ortakları, ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler, idaresi ve murakabesi veya sermayesi bakımlarından vasıtalı vasıtasız olarak bağlı bulunduğu veya nufuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler ile olan münasebetlerinde emsaline göre göze çarpacak derecede yüksek veya düşük fiyat veya bedeller üzerinden yahut bedelsiz olarak alım satım, imalat, inşaat muamelelerinde ve hizmet ilişkilerinde bulunursa kazancın tamamen veya kısmen dağıtılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır.

Davacı şirketin ilgili dönemde bayi şirket ilişkisi olduğu şirketlerden Tasfiye Halinde ... Finans Kurumu Anonim Şirketine sattığı gazete kağıtlarının bu şirket tarafından bayi şirketlerine kar-zarara katılma üretim desteği (murabaha) yöntemi ile satıldığı, bayiler tarafından satılamayan bu gazete kağıtlarının büyük kısmının davacı şirket tarafından yüksek bedelle satın alındığının tespit edildiği, bu yolla örtülü kazanç dağıtıldığı ileri sürülerek cezalı tarhiyat yapıldığı anlaşılmaktadır.

Davacı şirket yetkilisi nezdinde tutulan tutanakla bazı bayi şirketlerin ortaklarının Holdinge bağlı olarak çalışan kişiler olduğu, bayi şirketlerin ortaklarının aynı zamanda Holding Anonim Şirketinin de ortakları olduğu saptandığından, şirket ile bayiler arasındaki

sözleşmeden doğan ilişki nedeniyle bayi şirketlerin Holding Anonim Şirketinin nufuzu altında olduğunun kabulü gerekir.

Bu bakımdan yukarıda hükmü açıklanan maddede öngörülen iki koşul gerçekleşmekle birlikte, üçüncü koşul olan emsaline nazaran yüksek bedelle satın alınma koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerekmektedir.

Şöyleki; satın alınan gazete kağıdının 3.hamur olduğu saptanmıştır. Ancak, bu kağıdın ithal kağıt olup, emsal gösterilen Sekanın 3.hamur kağıdından çok daha kaliteli olduğu davacı tarafından ileri sürülmektedir. İnceleme elemanınca satın alınan ithal gazete kağıdı ile, Sekanın 3.hamur kağıdı arasında kalite farkı yönünden herhangi bir tespit yapılmamıştır.

Mahkemece örtülü kazanç miktarının, daha başka bir anlatımla vergilendirilecek matrahın saptanmasına esas alınan, Sekanın satışını yaptığı 3.hamur kağıt ile satın alınan ithal 3.hamur gazete kağıdı arasında kalite farkı olup olmadığının, kalite farkı varsa bu kalite farkının satış fiyatına etkisinin bilirkişi incelemesi yaptırılarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiği görüşüyle bozma kararına gerekçe yönünden katılmıyorum.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri Kurulu
Esas No : 2004/107
Karar No: 2004/175

Özeti : Bilirkişi olarak emekli bir hakimin seçiminde hukuka aykırılık bulunmadığından, temyiz isteminin bu ısrar hükmü yönünden reddi, ancak matraha yönelik temyiz incelemesi için dosyanın ilgili daireye gönderilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden : Maltepe Vergi Dairesi Müdürlüğü - ANKARA
Karşı Taraf : ...
İstemin Özeti : Bilet komisyonculuğu ve şehirlerarası yolcu taşıma faaliyetiyle uğraşan davacı adına Temmuz ve Ağustos 1996 dönemleri için inceleme raporuna dayanılarak re'sen kaçakçılık cezalı katma değer vergisi salınmış, Ankara 7.Vergi Mahkemesi 8.2.2000 günlü ve E:1999/457, K:2000/87 sayılı kararıyla tarhiyatı kaldırmış, temyiz istemi üzerine Danıştay Yedinci Dairesi 28.10.2003 günlü ve E:2000/8664, K:2003/4471 sayılı kararıyla; davada bilirkişi olarak tayin edilen kişinin bilgi birikiminin, emekli olmadan önce yürüttüğü vergi mahkemesi hakimliği görevinden geldiği, aynı bilgi birikiminin davaya bakan mahkemenin hakimlerinde var olmasının işin doğası gereği olduğu, davanın çözümü mahkeme hakimlerinin mesleki bilgilerini aşan özel ve teknik bilgiler gerektiriyorsa, vergi mahkemesi hakimliğinden emekli kişinin olayda bilirkişilik yapmasının müessesenin niteliğine aykırı olacağı, tayin edilen bilirkişinin bilgi birikimi uyuşmazlığın çözümünde yeterli ise, aynı bilgiye mahkeme hakimleri de sahip bulunduğundan, uyuşmazlığın bilirkişi incelemesine gerek olmaksızın çözümlenmesi gerektiği, bu nedenle emekli vergi mahkemesi hakimi olan bilirkişinin düzenlemiş olduğu raporun esas alınması suretiyle verilen kararda isabet görülmediği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Ankara 3.Vergi Mahkemesi 17.3.2004 günlü ve E:2004/197, K:2004/270 sayılı kararıyla; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31 inci maddesinin atıfta bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275 inci maddesinde, bilirkişi incelemesine çözümü hakim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilginin gerekli olduğu hallerde başvurulacağı, 286 ncı maddesinde de, hakimin delilleri serbestçe takdir edeceği,bilirkişi raporunun hakimi bağlamayacağının hüküm altına alındığı, her ne kadar bilirkişi incelemesi için taraflara gönderilen yazıda bilirkişinin emekli vergi hakimi olduğu yazılmış ise de, bu kişinin sadece vergi hakimliği görevinde bulunmuş olmayıp, gelirler başkontrolörlüğü, itiraz komisyonu başkanlığı, vergi mahkemesi hakimliği, yeminli mali müşavirlik yaptığı, şu anda da avukatlık yapmakta olduğu, bilgi birikiminin sadece emekli olmadan önce yürüttüğü vergi mahkemesi hakimliğinden gelmediği, dolayısıyla, söz konusu görevlerde bulunan kişinin bilirkişi olarak tayin edilmesinde ve düzenlediği rapor esas alınmak suretiyle davanın karara bağlanmasında usule aykırılık görülmediği, asıl olanın, bilirkişice verilen raporun içeriğinin sıhhati ve mahkemece yeterli bulunması olduğu, bozma kararında bilirkişinin salt mesleği üzerinde durularak raporun yeterli olup olmadığı konusunda bir karar verilmediği gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılması yolundaki ilk kararında direnmiştir.

Vergi dairesi müdürlüğü tarafından, otobüs bileti komisyonculuğu ve şehirlerarası yolcu taşımacılığı yapan davacının defter ve belgelerinin incelenmesi sonucu bir kısım hasılatını kayıtdışı bıraktığı saptandığından, yapılan tarhiyatın hukuka uygun olduğu ileri sürülerek direnme kararının bozulması istenmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Ali ALPAN'ın Düşüncesi: Temyiz isteminin ısrar hükmü yönünden reddi ile esas hakkında karar verilmek üzere dosyanın Yedinci Daireye gönderilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Bilgin ARISAN'ın Düşüncesi: Otobüs bilet komisyonculuğu ve şehirler arası yolcu taşımacılığı yapan mükellefin defter ve belgeleri üzerinde yapılan vergi incelemesi neticesinde tanzim edilen vergi inceleme raporuna istinaden 1996 Temmuz ve Ağustos dönemleri için tarh ve tebliğ edilen kaçakçılık cezalı katma değer vergisi aleyhine açılan dava üzerine salınan kaçakçılık cezalı katma değer vergisini terkin eden Ankara 3 üncü Vergi Mahkemesi ısrar kararının temyizen incelenerek bozulması talep edilmektedir.

Dava dosyasında mevcut belgelerden Mahkeme ara kararına istinaden davacının defter ve belgeleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırıldığı ve yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde tanzim edilen bilirkişi raporu ile uyuşmazlık konusu dönemde mükellefin noksan ödenen katma değer vergisi bulunmadığı tesbit ve tevsik edildiğinden dava konusu cezalı katma değer vergisi tarhiyatını terkin eden Ankara 3 üncü Vergi Mahkemesi ısrar kararı 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 275 inci ve 286 ıncı maddesi amir hükümlerine uygun bulunduğundan hukuki mesnedi bulunmayan temyiz talebinin reddi ile Ankara 3 üncü Vergi Mahkemesi ısrar kararının tasdiki gerekeceği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Şehirlerarası otobüs bileti komisyonculuğu ve şehirlerarası yolcu taşıma faaliyetiyle uğraşan davacının bir kısım komisyon gelirinin kayıt ve beyan dışı kaldığının inceleme raporuyla tespit edildiğinden bahisle yapılan tarhiyata karşı açılan davada, bilirkişi seçiminde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle, bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle tarhiyatın kaldırılması yolundaki ısrar kararı temyiz edilmiştir.

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar mahkeme kararının ısrar hükmünün bozulmasını sağlayacak durumda bulunmamıştır.

Ancak, vergi mahkemesinin ilk kararı bilirkişi seçiminin hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle bozulduğundan ve uyuşmazlığın esasına ilişkin bir temyiz incelemesi yapılmamış bulunduğundan, temyiz isteminin bu kısmının Kurulumuzca değil, ilk derece yargı yerlerince verilen kararları temyizen incelemekle görevli vergi dava dairesince incelenmesi gerekmektedir.

Bu nedenlerle, temyiz isteminin ısrar hükmü yönünden reddine, diğer konular incelenmek üzere dosyanın Danıştay Yedinci Dairesine gönderilmesine, 3.12.2004 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz başvurusu; oto bilet komisyonculuğu ve şehirlerarası yolcu taşıma faaliyetiyle uğraşan davacı adına, vergi inceleme raporuna dayanılarak, re'sen yapılan katma değer vergisi tarhiyatını ve ceza kesme işlemini, olay tarihinde avukatlık yapan vergi mahkemesi emekli hakimine yaptırmış olduğu bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda yapılan açıklamaları esas alarak iptal eden vergi mahkemesi kararının, Danıştay Yedinci Dairesince, düzenlemiş olduğu raporda hukukçu kimliğini öne çıkaran söz konusu kişinin, hakimin mesleki bilgisi dışında bilgi gerektiren olayın aydınlatılmasında bilirkişi olarak tayin edilemeyeceği gerekçesiyle bozulmasından sonra, aynı Vergi Mahkemesince verilen ısrar (direnme) kararının bozulması istemine ilişkindir.

Her uyuşmazlığın, davaya bakan yargı yerince çözülmesi gereken, biri maddi, diğeri de hukuki olmak üzere iki yönü vardır. Hukuki uyuşmazlığın çözümü, idari yargıcın, almış olduğu hukuk eğitiminin ve mesleki çalışmalarının ona kazandırdığı, bilgi birikimi ve deneyimle sağlanabilecek niteliktedir. Buna karşılık; maddi uyuşmazlığın çözümü, hukuk bilgisi yanında; genel bilgi, hayat deneyimi, teknik ya da özel bilgi gerektirebilir. Bu bilgilerden, genel nitelikte olanla hayat deneyimi, yargıçta mesleki kariyeri gereği esasen var olan niteliklerdir. Ancak; yargıcın, maddi uyuşmazlığın çözümünün gerektirdiği teknik veya özel bilgiye, görmüş olduğu hukuk eğitimi ve mesleki deneyimi ile ulaşması olanaklı değildir. Bu durumlarda, yargıca, bilirkişinin oy ve görüşüne başvurma olanağı verilmiştir.

Bu bakımdan; bilirkişiye, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi olanaklı konularda gidilemez (HUMK. md.275). Bu tür bir yargılama, idarenin hukuka uygunluğunun denetimini tarafsız bir yargıya teslim eden Anayasa ve İdari Yargılama Usulü kurallarına açıkça aykırıdır. Bu yüzden; yargıcın kimi hukuk dallarında uzman olmadığına bakılarak, bu konularda uzman hukukçuların bilirkişi tayin edilebileceği kabul edilemez. Zira; hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuk nosyonu ve araştırma beceri ve alışkanlığı, hakime, uzmanı olmadığı hukuk dallarında da araştırma yaparak, gerekli hukuk bilgisini edinme olanağını sağlar. Yargıç, uyuşmazlığın çözümü için gerekli (özel) hukuk bilgisini, kendi araştırması ile edinmek ve uyuşmazlığa uygulamak zorundadır. Bu, onun, hukukçu kimliğinin olmazsa olmaz özelliğidir.

Bilirkişinin, dava konusu uyuşmazlığın çözümünde, hakimin yardımcısı olduğu, tüm hukukçuların ortak görüşüdür. Bu nedenle de, hakimde olması gereken kimi niteliklere, bilirkişinin de sahip olması aranır. Bilirkişi, tıpkı hakim gibi, tarafsız olmak zorundadır. Bu yüzdendir ki, tarafsızlığından kuşku duyulması halinde, hakimler gibi, bilirkişilerin de reddi olanaklıdır.

Hakimin yardımcısı olma niteliği, ayrıca, bilirkişinin kendisinden sorulan özel ve teknik bilgiye sahip; yani, konunun uzmanı olduğu konusunda, davanın taraflarına güven vermesini de gerektirir. Bu güven ise, ancak, bilirkişinin, kendisinden istenilen özel ve teknik bilgiye sahip olduğunun, objektif (nesnel) olarak, bilinebilir olmasıyla sağlanabilir niteliktedir. Örneğin; bir yeminli mali müşavirin muhasebe ilmi konusundaki bilgisi, objektiftir. Sahibi olduğu unvan, onun bilgisine bu niteliği kazandırır. Buna karşılık; vergi mahkemesinden emekli bir hakimin, bir avukatın bu konudaki bilgisi, hukuk eğitiminin gereği değil; kendi özel ilgisinin sonucudur ve, bu nedenle de, sübjektiftir (özneldir); dolayısıyla, herhangi bir kişinin

o konudaki bilgisinden farklı olmadığından, davanın tarafları yönünden güven verici değildir. Bu nitelikteki bilirkişinin oy ve görüşüne *"sıhhatli"* olarak bakılamayacağından; bu oy ve görüşe dayanılarak verilecek karar da, sıhhatli kabul edilemez.

Davada, hem bilirkişinin seçimi, hem de seçilen bilirkişinin kendisinden istenilen özel ve teknik bilgiye sahipliği nesnel değildir. *Öncelikle,* bilirkişinin seçiminde nesnel davranılmamıştır. Zira; üniversitelerin maliye bölümlerinde görevli öğretim üyelerinden veya Yeminli Mali Müşavirler Odalarının (sayıları yüzlerce olan) üyelerinden sağlanabilecek özel ve teknik bilgi için, *"vergi mahkemesi emekli hakimi"* (*vergi hakimi* diye hukuki bir unvan olmadığından, Mahkeme ve bilirkişi, *vergi mahkemesi hakimi* demek istiyor olmalılar) ve *"avukatlık"* kimliğini öne çıkaran kişi, bilirkişi olarak seçilmiştir. *İkincisi,* bilirkişinin kendisinden istenilen teknik ve özel bilgiye sahipliği nesnel değildir. Her ne kadar, mahkeme kararında, bilirkişinin kimi geçmiş unvanlarından söz edilerek, kendisinden istenilen bilgileri bilebilecek durumda olduğu ileri sürülmüşse de, temyize konu kararda da kabul edildiği üzere, *bilirkişi raporunda hukuken kullanılması olanaklı olmayan bu unvanlar,* ne Mahkemece, ne de davanın taraflarınca nesnel olarak bilinebilecek durumdadır. Davaya bakan yargıçların, bilirkişinin niteliği konusundaki, kendi öznel bilgilerini karara dayanak yapmaları ise, objektif yargılama ile bağdaştırılamaz. Seçilen bilirkişinin, tek nesnel bilgisi olan hukuk bilgisi de, esasen, davaya bakan yargıçlarda olması zorunlu olan ve bilirkişiden istenilmesi yasaklanmış bilgidir.

Tüm bu açıklamalar, seçimi ve kendisinden istenilen teknik ve özel bilgiye sahipliği nesnel olmayan ve vergi mahkemesi emekli hakimliği ile avukatlık kimliğini öne çıkaran bilirkişide direnilmesinin hukuki bir temelle açıklanabilir yanı olmadığını gösterdiğinden, direnme kararının bozulması gerekeceği oyu ile karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Vergi Dava Daireleri Kurulu
Esas No : 2005/14
Karar No: 2005/82

Özeti : Hazine arazisinin ihale yoluyla trampa yapılarak alınması sonucu, idare yönünden de ödenmesi gerektiği ileri sürülerek salınan katma değer vergisinin ret ve iadesi isteminin reddine dair işleme karşı trampa yolu ile mal edinen davacının, açtığı davanın vergi mahkemesince incelenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden : …
Vekili **:** Av ...., Av ....
Karşı Taraf : Maliye Bakanlığı - ANKARA
İstemin Özeti : Davacının mülkiyetinde olup sit alanı içerisinde kalan gayrimenkulün, mülkiyeti hazineye ait gayrimenkullerle değiştirilebilmesi amacıyla yapılan ihale sonucu davacı adına tescil edilen gayrimenkul için ihale bedeli üzerinden tahsil edilen katma değer vergisinin iadesi, bu olmaz ise artan sertifika bedelinden katma değer vergisinin mahsubuna ilişkin şikayet başvurusunun reddine dair işlemin iptali istemiyle dava açılmıştır.

Denizli Vergi Mahkemesi 24.10.2000 günlü ve E:2000/84, K:2000/265 sayılı kararıyla; davacıya ait taşınmaz ile hazineye ait taşınmazın değiştirilmesinin trampa işlemi olduğu, Katma Değer Vergisi Kanununun 2 nci maddesinin 5 inci bendine göre trampanın iki

ayrı teslim hükmünde olduğu, bu trampa işleminin Yönetmelik ve Genel Tebliğ hükümleri uyarınca yapılmış olmasının da işlemin niteliğini değiştirmeyeceği, katma değer vergisinin iade isteminin reddine dair işlemde yasaya aykırılık bulunmadığı, bir vergi borcu ancak bir vergi alacağından mahsup edilebileceğinden,mahsup isteminin reddinde de yasaya aykırılık görülmediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Yükümlünün temyiz istemini inceleyen Danıştay Yedinci Dairesi 12.4.2004 günlü ve E:2001/2236, K:2004/959 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 122 nci maddesi uyarınca düzeltme talebinde bulunma hakkının mükellefe tanındığı, aynı Kanunun 8 inci maddesinde ise mükellefin tanımının yapıldığı, Katma Değer Vergisi Kanununun 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (a) bendinde, mal teslimi ve hizmet ifası hallerinde bu işleri yapanların mükellef olduğunun belirtildiği, bir verginin hesaplanmasında ya da tahsilinde yapılacak bir hatanın düzeltilmesinin istenilmesi hakkının da, verginin mükellefi olan bu kişilere ait olduğu, vergiye nihai olarak katlanan kişinin kendisinden haksız olarak alındığını ileri sürdüğü vergiyi, verginin mükellefine karşı adli yargıda açacağı dava sonucuna göre geri almasının olanaklı olduğu, olayda, dava katma değer vergisinin mükellefi olan ve davacıya taşınmaz ihale eden kurum tarafından, bağlı olduğu vergi dairesi müdürlüğüne karşı değil, vergiye nihai olarak katlanan davacı tarafından, Maliye Bakanlığına karşı açılmış olup, şikayet başvurusuna konu verginin mükellefi olmayan kişi tarafından açılan davanın incelenmeksizin reddi gerekirken işin esasının incelenmesi suretiyle verilen temyize konu kararda isabet görülmediği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan Denizli Vergi Mahkemesi 30.9.2004 günlü ve E:2004/432, K:2004/362 sayılı kararıyla, ilk kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçeye ek olarak:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2 nci maddesinin 1/a fıkrasında iptal davasının tanımlandığı, dava konusu olayda, Hazineye ait taşınmazın davacıya ihale usulüyle satışından doğan katma değer vergisinin, davacının mal varlığından tahsil edildiği, davacının menfaatinin ihlal edilmiş olması dolayısıyla, dava açma ehliyetinin bulunduğu, dava konusu verginin tahsilinin hukuka aykırı olup olmadığı hususunun adli yargı yerinde görülebilecek nitelikte bir ihtilaf olmadığı gerekçesiyle işin esasını inceleyerek davanın reddi yolundaki kararında ısrar etmiştir.

Israr kararı davacı tarafından temyiz edilmiş, katma değer vergisine tabi olmayan bir işlemden dolayı tahakkuk ve tahsil edilen verginin vergilendirme hatası kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti: Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Gülsen BİŞKİN'in Düşüncesi: Sit Alanındaki Taşınmaz Malların Hazineye ait Taşınmaz Mallar ile Değiştirilmesi Hakkındaki Yönetmelik uyarınca değiştirme programına alınan ve 2886 sayılı Yasanın 45 inci maddesi uyarınca yapılan ihale sonucu ödenmek zorunda kalınan katma değer vergisinin iade isteminin reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davanın katma değer vergisinin özelliği dikkate alınarak idari yargı yerinde çözümlenmesi yolundaki Mahkeme kararının ısrar hükmü yönünden bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı, işin esasına yönelik temyiz incelemesi henüz yapılmadığından dosyanın temyiz istemini incelemekle görevli Danıştay Yedinci Dairesine gönderilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Münevver DEMİR'in Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin 1.fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp Vergi Mahkemesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle Vergi Mahkemesi ısrar kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Sit Alanındaki Taşınmaz Malların Hazineye Ait Taşınmaz Mallar ile Değiştirilmesi Hakkındaki Yönetmelik uyarınca değiştirme kapsamına alınan mülkiyeti davacıya ait gayrimenkulün, hazine arazisi ile değiştirilmesi için yapılan ihale sonucu ödenen katma değer vergisinin, artan sertifika bedelinden mahsubu veya ret ve iadesi istemiyle yapılan başvurunun reddine dair işleme karşı açılan davayı reddeden vergi mahkemesi ısrar kararı davacı tarafından temyiz edilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 122 ve müteakip maddelerinde; mükelleflerin, vergi muamelelerindeki hataların düzeltilmesini vergi dairesinden yazı ile isteyebilecekleri, istemlerinin reddi halinde Maliye Bakanlığına şikayet başvurusunda bulunabilecekleri kurala bağlanmış, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (a) işaretli bendinde ise; mal teslimi ve hizmet ifası hallerinde bu işi yapanların verginin mükellefi olduğu belirtilmiş ise de, katma değer vergisinin yansıtmalı bir vergi türü olması ve yansıtılabilirlik özelliği nedeniyle vergi yükü, ihale yoluyla yapılan satış sonucunda taşınmazı satın alan davacının üzerinde kalmış olduğundan, ihale bedeli üzerinden ödemek zorunda kaldığı vergiye karşı açtığı davanın vergi mahkemesince incelenmesinde, ısrar hükmü yönünden hukuka aykırılık görülmemiştir.

Ancak, mahkemece verilen ilk karar, davacının şikayet başvurusuna konu verginin mükellefi olmadığından bahisle davanın incelenmeksizin reddi gerektiği gerekçesi ile bozulmuş olup, işin esasına girilerek temyiz incelemesi yapılmamış olduğundan, esasa ilişkin temyiz isteminin ilk derece yargı yerlerince verilen kararları temyizen incelemekle görevli vergi dava dairesince sonuçlandırılması gerekmektedir.

Bu nedenlerle, temyiz isteminin ısrar hükmü yönünden reddine, uyuşmazlığın esasına ilişkin temyiz incelemesi için dosyanın Danıştay Yedinci Daire Başkanlığına gönderilmesine, 22.4.2005 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Dosyada; Hazine'den satın aldığı taşınmaz için Milli Emlak Müdürlüğünce tahsil edilerek ilgili vergi dairesine ödenen katma değer vergisinin, düzeltme ve şikayet yolu ile kendisine iadesi için, vergiye nihai olarak katlanan sıfatıyla, yapmış olduğu başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle davacı tarafından açılan davada, vergi mahkemesince, işin esasına girilerek, verilen kararın, davacının düzeltme isteminde bulunma hakkı olmadığı gerekçesiyle Danıştay Yedinci Dairesince bozulması üzerine, aynı mahkemece verilen direnme kararının temyizen bozulması istenilmektedir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 122 nci maddesinde, düzeltme talebinin mükelleflerce yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Aynı Kanunun 8 inci maddesinde de, mükellef, vergi kanunlarına göre kendisine vergi yükü terettüp eden gerçek ve tüzel kişi olarak tanımlandıktan sonra, bu tanımın, verginin ödenmesi bakımından alacaklı vergi dairesine muhatap olarak gösterdiği vergi sorumlularına da, şamil olduğunu söylemiştir. Bu yasal düzenlemelere göre; vergi hatalarının düzeltilmesini isteme hakkının, münhasıran vergi mükellefleri ile vergi sorumlularına ait olduğu başkaca yorumu gerektirmeyecek derecede açıktır.

Öte yandan; 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasında da, bu verginin mükellefinin, mal teslimi ve hizmet ifası hallerinde bu işleri yapanlar olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. Katma değer vergisinin sorumlusu ise, aynı Kanununun 9 uncu maddesinde gösterilmiştir.

Olayda; mal teslimi, davacı tarafından değil; davacıya, Milli Emlak Müdürlüğü tarafından yapılmıştır. Yani; katma değer vergisinin mükellefi adı geçen Müdürlüktür. Başka anlatımla; davacı, olayda katma değer vergisinin mükellefi sıfatını taşımamaktadır. Ayrıca,

davacı, anılan verginin ödenmesinden ilgili vergi dairesine karşı sorumlu da değildir. Dolayısıyla, davacının, olayda, vergi sorumlusu sıfatı da yoktur. Yukarıda belirtildiği üzere; mükellef ve vergi sorumlusu terimlerinin vergiye nihai olarak katlananları da kapsayan bir anlamı, yasal olarak mevcut değildir.

Bu açık hukuki durum karşısında; vergi hatalarının düzeltilmesini isteme hakkının, yargı yerince, vergiyi doğuran olaya mükellef veya vergi sorumlusu sıfatıyla taraf olmayan, nihai tüketicilere de tanınmasına, olanak yokur. Aksine uygulama; yasal düzenleme alanına yargı yerinin müdahalesinden başka bir şey değildir.

Bütün bu yasal düzenlemeler bir yana; ortada vergiye tabi bir olay olmamasına karşın fatura ve benzeri belgelerde gösterilerek tahsil edilen ve vergi dairesine ödenmesi gereken katma değer vergisinin ilgilisine iade yöntemi, yukarıda sözü edilen 3065 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin 2 nci fıkrasında, özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; söz konusu vergilerin iadesi, Maliye Bakanlığınca tespit olunacak usullere tabidir. Yersiz alınan katma değer vergisinin iadesi için öngörülmüş bu özel hüküm var iken, vergi hatalarının düzeltilmesi ile ilgili genel kuralların, yasal düzenlemeyi aşar biçimde, zorlanması da Mahkemece yapılan, ayrı bir hukuka aykırılıktır.

Kararda yapılmış olan başka bir hukuka aykırılık da, Adli Yargı'nın görev alanına müdahale edilerek, Anayasa'da Türk Yargı Düzeni için öngörülen Adli-İdari Yargı Düzeni ayrımının ihlal edilmiş olmasıdır. Zira; taşınmazın satıcısı durumunda olan Milli Emlak Müdürlüğü ile alıcısı durumundaki davacı arasındaki ilişki, bir Kamu Hukuku ilişkisi değil, taşınmaz satışı dolayısıyla kurulan, bir özel hukuk ilişkisidir. Eşit koşullarla kurulan bu ilişkide, Özel Hukuk hükümlerine göre hareket eden, Milli Emlak Müdürlüğünün, hakim konumunu kötüye kullanarak, alıcıdan, almaması gereken katma değer vergisini tahsil etmesi, anılan Hukuk hükümlerine göre kurulan sözleşmenin ihlalidir. Özel Hukuk sözleşmesinin ihlalinden doğan uyuşmazlığın çözümü ile de, Anayasamıza göre, adli yargı yerleri görevlidir. Adli yargı yerlerinin görevine giren uyuşmazlığın, Kamu Hukukundan doğan uyuşmazlıkların giderilmesine özgü idari başvuru kalıbı içinde mütalaa edilmek ve uyuşmazlığın, sözleşmenin tarafı olmayan vergi idaresine yöneltilmek suretiyle idari yargı yerlerince çözümlenmesi, anılan görev kuralının; dolayısıyla, bu görev kuralı ile oluşturulan kamu düzeninin ihlali; Adli Yargı Düzeninin görev alanına müdahaledir.

Açıklanan nedenlerle, yasal düzenlemelere ve Anayasa ile oluşturulan görev kuralına aykırılığı açık bulunan direnme kararının bozulması gerektiği oyu ile aksi yolda verilen karara karşıyız.

İKİNCİ DAİRE KARARLARI

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2004/1843
Karar No : 2005/1619

Özeti : 4792 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun 10/5. maddesi uyarınca Sosyal Sigortalar Kurumu Yönetim Kurulu'na, yönetim kurulu üyesi olan genel müdür yardımcısının başkanlık etmesi gerektiği, aksi halde tesis edilen işlemin yetki yönünden hukuka aykırı olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı
Vekili : Av. ....
Karşı Taraf : ...
İsteğin Özeti : Sosyal Sigortalar Kurumu Ankara Sağlık İşleri Müdür Yardımcısı olan davacının, bu görevden alınarak Sosyal Sigortalar Kurumu Genel Müdürlüğü Yurtdışı İşçi Hizmetleri Dairesi Başkanlığı'na uzman olarak naklen atanmasına ilişkin 24.2.2000 günlü, 857 sayılı işlemin iptali ve bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı özlük haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açtığı dava da; dava konusu işlemin tesis edildiği tarih itibariye Sosyal Sigortalar Kurumu Genel Müdürü'nün görevden alınmış olduğu ve bu görevin, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı'nın 3.2.2000 günlü, 895 sayılı Onayı ile, Sosyal Sigortalar Kurumu Yönetim Kurulu Üyesi olmayan genel müdür yardımcısı tarafından vekaleten yürütüldüğü, 4792 sayılı Kanunun 10. maddesinin 5. fıkrası uyarınca Sosyal Sigortalar Kurumu Yönetim Kurulu'na, yönetim kurulu üyesi olan genel müdür yardımcısının başkanlık etmesinin gerektiği, buna karşın dava konusu işlemi tesis eden yönetim kurulunun, yönetim kurulu üyesi olmayan ancak yukarıda belirtilen Onay ile Sosyal Sigortalar Kurumu Genel Müdürlüğü görevini vekaleten yürüten genel müdür yardımcısının başkanlığında toplandığı ve bu durumun anılan fıkra hükmüne aykırılık oluşturduğu, dolayısıyla dava konusu işlemin yetki yönünden hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali ve bu işlem nedeniyle özlük haklarından mahrum kalmak suretiyle uğranılan tüm zararın hesaplanarak yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesi yolunda Ankara 3. İdare Mahkemesi'nce verilen 13.9.2000 günlü, E:2000/265, K:2000/705 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi: B. Ufuk Kadıgil.
Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı: Eren Sonbay.
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin varlığına bağlıdır. Ankara 3. İdare Mahkemesi'nce verilen 13.9.2000 günlü, E:2000/265, K:2000/705 sayılı karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı üzerinde bırakılmasına, 9.5.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2004/1387
Karar No : 2005/1151

Özeti : Davacının görev yaptığı okulda kız öğrencileri kılık-kıyafet yönetmeliğine aykırı şekilde derse girmeye teşvik ettiği sabit olup, okulda huzur ortamının bozulmaması amacıyla başka bir okula atanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Bursa Valiliği

Karşı Taraf : ...

İsteğin Özeti : Bursa 1. İdare Mahkemesinin 2.6.2000 günlü, E:1999/749, K:2000/480 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Serpil Tunç

Düşüncesi : Dosyada bulunan soruşturma raporunda belirtilen hususlar karşısında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından aksi yöndeki Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Semra Şentürk

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Davacı, ... İmam Hatip Lisesi öğretmenliğinden ...-... İlköğretim Okulu öğretmenliğine naklen atanmasına ilişkin 19.4.1999 gün ve 14957 sayılı işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

Bursa 1. İdare Mahkemesinin 2.6.2000 günlü, E:1999/749, K:2000/480 sayılı kararıyla; davacının aynı okulun kız bölümünde okuyan kızlarını bahane ederek kız öğrencileri kılık kıyafet yönetmeliğine aykırı şekilde derslere girmeye teşvik ettiği, bu konuda okul müdürü ve Milli Eğitim Müdürlüğü yetkilileriyle tartıştığı, bu nedenle anılan okulda görev yapmasının ileride daha ciddi boyutta sorunlara yol açabileceğinden başka bir okula tayini

gerekmekte ise de, ara kararı gereği gönderilen bilgi ve belgelerin incelenmesinden davacının üç kızının İmam Hatip Lisesi 8, 10 ve 11. sınıflarında öğrenci oldukları, naklen tayin edildiği … İlçesinde İmam Hatip Lisesinin bulunmadığı ve Bursa'ya ulaşımının da güç olduğu, anılan ilçede görev yapmasıyla aile birliğinin zedeleneceği ya da öğrenci olan üç çocuğunun okullarını bırakmak zorunda kalabileceği, davacının çocuklarının eğitim ve öğretimine engel olmayacak şekilde Bursa Merkez ve İlçelerinde ihtiyaç olan başka bir okula atanması gerekirken bu durum dikkate alınmadan gerçekleştirilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Davalı idare; işlemin hukuka uygun olduğunu öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun " Memurların Kurumlarınca Görevlerinin ve Yerlerinin Değiştirilmesi" başlıklı 76. maddesinde kurumların görev ve ünvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları bulundukları kadro derecelerine eşit veya 68. maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilecekleri öngörülmüştür.

Anılan maddeyle idarelere kamu görevlilerinin naklen atanmaları konusunda takdir yetkisi tanınmış ise de, bu yetkinin kullanımı kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlı olup, bu açıdan yargı denetimine tabi bulunduğu İdare Hukukunun bilinen ilkelerindendir.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacı hakkında Bursa İlköğretim Müfettişleri tarafından düzenlenen 1.2.1999 gün ve 410 sayılı Soruşturma Raporunda; davacının aynı okulun kız bölümünde okuyan kızlarını bahane ederek öğrencileri kılık- kıyafet yönetmeliğine aykırı şekilde türbanlı olarak derse girmeye teşvik ederek onları cesaretlendirdiği, bu konuda okul müdürü ve Milli Eğitim Müdürlüğü yetkilileriyle tartıştığı, bu iddiaların tanık ifadeleriyle sübuta ermesi nedeniyle disiplin yönünden ihtar ve 1 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezasıyla cezalandırılması, idari yönden ise 5442 sayılı Yasa'nın 8/C maddesi uyarınca, durumuna uygun başka bir okula atanmasının önerildiği, bu teklif doğrultusunda 19.4.1999 gün ve 14957 sayılı işlemle …-… İlköğretim Okulu'na naklen atandığı, bu işleme karşı açılan davada anılan Mahkemece işlemin iptaline karar verildiği anlaşılmıştır.

Olayda, 1.2.1999 günlü, 410 sayılı Soruşturma Raporunda belirtilen hususlar karşısında, davacının görev yaptığı okulda huzur ortamının bozulmaması ve ileride doğması muhtemel ciddi olayların önlenmesi amacıyla başka bir okula atanmasında hukuka aykırılık bulunmadığından, çocuklarının eğitim ve öğretimine engel olunmaması için ihtiyaç olan başka bir okula atanması gerekmekte iken bu husus dikkate alınmadığı gerekçesiyle tesis edilen işlemin iptali yolunda verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Bursa 1. İdare Mahkemesince verilen 2.6.2000 günlü, E:1999/749, K:2000/480 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanunla değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlarda gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 1.4.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2004/4153
Karar No : 2005/1006

Özeti : İl içi yer değiştirme isteğinde bulunan öğretmenlerin, görev yaptıkları hizmet alanı içindeki en fazla 4 okul veya kurumu, görev yaptıkları hizmet alanı dışında en

fazla 2 hizmet alanını (yerleşim merkezini) tercih edebilecekleri; atama isteğinde bulunanların sıralamasının ve bu sıralama gereği yapılacak atamalarını, kurum ve yerleşim yeri bazında hizmet puanı esasına göre yapılması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Denizli Valiliği
Karşı Taraf : …
İsteğin Özeti : Denizli İdare Mahkemesi'nin 5.7.2001 günlü, E:2000/917, K:2001/593 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti : Temyizi istenen kararın yöntem ve yasaya uygun olduğu, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Hürriyet Micozkadıoğlu
Düşüncesi : Denizli … Lisesine atanan öğretmenin başvurusunda tercih etmediği bir okula atanmasında hukuka uyarlık bulunmadığı gibi, davacının başvurusunda okul adı belirtmesinin mümkün olmaması nedeniyle, davalı idarece yer değiştirme formlarının ilgili mevzuat uyarınca ve başvuranların hizmet puanları incelenerek işlem tesis edilmesi gerektiğinden Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı : Fahrünnisa Tunca
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Davacı kendisinin atamasının yapılması gerekirken Denizli … Lisesine, Merkez Anafartalar Lisesinde, görev yapmakta olan …'ın Kimya Öğretmeni olarak atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

Denizli İdare Mahkemesinin 5.7.2001 günlü, E:2000/917, K:2001/593 sayılı kararıyla, Milli Eğitim Bakanlığının 15.6.2000 tarih ve 2000/65 sayılı genelgesine göre, görev yaptıkları hizmet alanı içindeki okul ve kurumlara yer değiştirme isteğiyle başvuruda bulunanların sıralamasının tercih ettikleri okul veya kurum bazında, görev yaptıkları hizmet alanı dışındaki hizmet alanlarına yer değiştirme isteğiyle başvuruda bulunanların sıralamasının ise, tercih ettikleri hizmet alanları bazında hizmet puanı esasına göre yapılacağının belirtildiği, dolayısıyla il içinde veya ilçelerde görev yapan öğretmenlerin aynı yerde başka bir okul için atanma isteminde bulunmaları halinde aralarında okul bazında sıralanması, il merkezine veya başka bir ilçeye atanma talebinde bulunanların ise kendi aralarında tercih ettikleri hizmet alanları bazında hizmet puanı esasına göre sıralanmalarının gerektiği, … Çok Programlı Lisesinde Kimya Öğretmeni olan, Kınıklı Eğitim Beldesini (… Lisesini) tercih eden ve yapılan ilk puanlamada birinci sırada yer alan davacının, Denizli … Lisesine atanması gerekirken, il içinde tayin talebinde bulunan ve tayin talebi okul bazında değerlendirilmesi gereken ve ... ... Lisesini tercih etmeyen ... adlı öğretmenin anılan liseye atanmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlem iptal edilmiştir.

11 Haziran 2000 günlü, 24076 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumları Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 25. maddesinde, il içinde görevli oldukları eğitim kurumunun bulunduğu hizmet alanı dışındaki bir hizmet alanında görev almak isteyen öğretmenlerin, Yer Değiştirme Formu

üzerinde gösterecekleri en fazla iki hizmet alanı için, bulundukları hizmet alanında başka bir eğitim kurumunda görev almak isteyen öğretmenlerin ise Yer Değiştirme Formu üzerinde gösterecekleri en fazla dört eğitim kurumu için her yıl Mayıs ayı içinde yer değiştirme suretiyle atama isteğinde bulunabilecekleri, bu şekilde yapılacak yer değiştirme suretiyle atamaların, Haziran ayı içinde yapılacak değerlendirme sonunda elde edilen puana göre (Ek 2) çizelge üzerinde hizmet alanları ve eğitim kurumları itibariyle il milli eğitim müdürlüklerince yapılacak sıraya göre Temmuz ayı içinde gerçekleştirileceği, sıra durumunun, puanlar da gösterilerek öğretmenlere yazılı olarak bildirileceği ve il milli eğitim müdürlüğünce ilan edileceği, bu sıralamanın takip eden yılın Mayıs ayı sonuna kadar geçerli olduğu, dönem içinde oluşacak öğretmen ihtiyacının bu sırada bulunanlardan karşılanacağı kuralı düzenlenmiştir.

Anılan Yönetmelik uyarınca çıkarılan Öğretmenlerin Yer Değiştirme Suretiyle Atama İşlemlerine İlişkin 2000/65 sayılı Genelgenin, Milli Eğitim Müdürlüklerince yapılan işlemler başlıklı bölümünün 5 ve 6. maddesinde de benzer düzenlemeye yer verilmiştir.

Belirtilen düzenlemeye göre, il içi yer değiştirme isteğinde bulunan öğretmenler, görev yaptıkları hizmet alanı içindeki en fazla 4 okul veya kurumu, görev yaptıkları hizmet alanı dışında en fazla 2 hizmet alanını (yerleşim merkezini) tercih edebilecekler, görev yaptıkları hizmet alanı içindeki okul ve kurumlara yer değiştirme isteğiyle başvuruda bulunanların sıralaması tercih ettikleri okul veya kurum bazında, görev yaptıkları hizmet alanı dışındaki hizmet alanlarına yer değiştirme isteğiyle başvuruda bulunanların sıralaması ise tercih ettikleri hizmet alanları bazında hizmet puanı esasına göre yapılacaktır.

Dosyanın incelenmesinden, Denizli İli ... İlçesi Çok Programlı Lisesinde Kimya Öğretmeni olarak görev yapan ve 122 puanı bulunan davacının, 30.6.2000 tarihli yer değiştirme formunda, 1) Denizli - Merkez, 2) Kınıklı Eğitim Beldesi (... Lisesini) tercih ettiği, Denizli Merkez Anafartalar Lisesinde Kimya Öğretmeni olarak görev yapan ve 149 puanı bulunan ...'ın ise 27.6.2000 tarihli yer değiştirme formunda , 1) Atatürk Endüstri Meslek Lisesi (Kınıklı), 2) Denizli Lisesi, 3)Anadolu Ticaret Lisesini tercih ettiği yapılan sıralamada davacının birinci sırada yer aldığı, listede hata olduğunun belirlenmesi üzerine ...'ın birinci sıraya getirildiği ve 23.10.2000 günlü, 29006 sayılı onay ile anılan öğretmenin Merkez ... Tekin Ata Lisesine atandığı, bu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda belirtilen Yönetmelik ve genelge hükümleri ile başvuru sırasında yapılacak tercihlerin ve bu tercihler uyarınca atamaların nasıl yapılacağı düzenlenmiş olup, başvuru ve atamaların mevzuata uygun yapılması gerekmektedir.

Olayda, ... İlçesinden Denizli Merkeze atanmak isteyen davacının, tercihini hizmet alanı (yerleşim yeri) bazında yapması gerekmekte olup, yer değiştirme formunda okul belirtemeyeceği gibi, Merkez Anafartalar Lisesinde görev yapan ve il içi yer değiştirme isteğinde bulunduğundan okul adı belirtmesi gereken Nesrin Polat'ın yer değiştirme formunda ... ... Lisesini tercih etmediğinden bu Okulun sıralamasına alınması da mümkün değildir.

Bu durumda, davalı idarece yer değiştirme formlarında belirtilen tercihler gözönüne alınarak ...'ın tercih ettiği okullar sıralamasına alınması, davacının da tercih ettiği hizmet bölgesi (yerleşim yeri) sıralamasına alınması ve hizmet puanları gözetilerek yapılacak sıralama gereği atamanın yapılması gerekirken, ...'ın tercihinde yer vermemesi nedeniyle ... ... Lisesine atanmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gibi, tercihinde okul adı belirtemeyecek olan davacının Kınıklı Eğitim Beldesi (... ... Lisesini) tercih ettiğinden bahisle bu okula atanması gerektiği yönündeki Mahkeme kararında da hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Denizli İdare Mahkemesi'nce verilen 5.7.2001 günlü, E: 2000/917, K:2001/593 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b. fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da

gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 16.3.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2004/4041
Karar No : 2005/627

Özeti : Öğretmen olan davacının hakkında yapılan soruşturma sonucu yer değişikliği yapılarak atanması üzerine yer değişikliğinden itibaren üç yıl geçmeden eski görev yeri ya da hizmet alanına dönme isteğinde bulunamayacağı, üç yılın sonunda eski hizmet alanına dönme isteğinde bulunması halinde durumun inceleneceği, idarenin takdir yetkisinin bulunduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan Davalı) : Zonguldak Valiliği
Karşı Taraf : …
İsteğin Özet : Zonguldak İdare Mahkemesi'nin 3.4.2002 günlü, E:2001/1251, K:2002/425 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir
Danıştay Tetkik Hakimi : Hürriyet Micozkadıoğlu
Düşüncesi : Hakkında yapılan soruşturma sonucu bulunduğu ilçe dışında bir okula atanan davacının, tekrar Kdz. Ereğli İlçesine atanması isteminin reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, işlemin iptali yolundaki Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı : E. Nur Necef
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, Zonguldak … İlköğretim Okulunda Öğretmen olarak görev yapan davacının Kdz. Ereğli İlçesine atanması isteminin reddine ilişkin 7.11.2001 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Zonguldak İdare Mahkemesinin 3.4.2002 günlü, E:2001/1251, K:2002/425 sayılı kararıyla, Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumları Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 16. maddesi uyarınca, eski görev yeri ibaresinden görevin yapıldığı kurumun anlaşılması gerekeceği, davacının tayin talebi üzerine davalı idare tarafından ilköğretim Müfettişlerine yaptırılan inceleme sonucunda düzenlenen raporda; davacının, Kdz. Ereğli İlçe Merkezinde görev yapmasının daha verimli olacağı yolunda görüş belirtilmesi karşısında davacının Kdz. Ereğli İlçesinde bulunan eski görev yeri olan İlköğretim

Okulu dışındaki başka bir okula atamasının yapılması yolundaki talebinin reddine ilişkin işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Davalı idarece, davacının eski görev alanına üç yıl süreyle tayin isteminde bulunmasının mümkün olmadığı öne sürülerek İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 76. maddesinin 1. fıkrasında "Kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları bulundukları kadro derecelerine eşit veya 68. maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler." hükmüne yer verilmiştir.

Bu madde ile memurların naklen atanmaları konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı açık olup, bu yetkinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, sözü edilen bu durumun dava konusu idari işlemin neden ve amaç yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.

11.6.2000 günlü, 24076 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumları Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin tanımlar başlıklı 4. maddesinde, "hizmet alanının"; her hizmet bölgesinde görevin yapıldığı eğitim kurumunun da bulunduğu yerleşim yerini; "görev yerinin" ise; görevin yapıldığı kurumu ifade edeceği belirtilmiş, 16. maddesinde, bu Yönetmeliğin yer değiştirmeyle ilgili diğer koşulları aranmaksızın; haklarında yapılan soruşturma sonucunda o yerde kalması uygun görülmeyenlerin, son iki yılda olumsuz sicil almış olanların, hizmetin gereği olarak yer değiştirme suretiyle atamalarının yapılabileceği, (...) görev yerleri bu şekilde değiştirilenlerin aradan üç yıl geçtikten sonra eski görev yerlerine dönme isteğinde bulunabilecekleri, bu sürenin sonunda önceki hizmet alanına dönmeleri uygun görülenlerin isteklerinin, bu Yönetmeliğin yer değiştirmeye ilişkin hükümleri çerçevesinde değerlendirileceği kuralı düzenlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının Kdz. Ereğli … İlköğretim Okulu Müdür Yardımcısı olarak görev yaptığı sırada, Okul Müdürünün, davacı tarafından tehdit edilmesi, gece gündüz ev telefonundan rahatsız edilmesi, hizmet dışında Devlet Memurunun itibarını sarsacak davranışlarda bulunması konularında yapılan soruşturma sonucu düzenlenen 17.5.2000 günlü … sayılı soruşturma raporunda; davacının, idari yönden, idari görevini sürdürmesinin yerinde olmayacağı, Müdür Yardımcılığı görevlendirmesinin iptal edilerek, ilçe dışında bir okula öğretmen olarak atanması önerisi üzerine 26.6.2000 günlü 19843 sayılı işlemle … İlköğretim Okulu Öğretmenliğine atandığı, 5.7.2001 günlü dilekçesiyle sağlık problemlerinden bahisle Kdz. Ereğli … Okuluna veya … İlköğretim Okuluna atanmasını istediği, başvurusunun 7.11.2001 günlü işlemde reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmışdır.

Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumları Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde; "hizmet alanı"; görevin yapıldığı eğitim kurumunun da bulunduğu yerleşim yerini ifade etmekte olup, anılan Yönetmeliğin 16. maddesinin son fıkrasında, maddede belirtilen şekilde görev yerleri değiştirilenlerin aradan üç yıl geçtikten sonra eski görev yerlerine dönme isteğinde bulunabilecekleri, bu sürenin sonunda hizmet alanına dönmeleri uygun görülenlerin isteklerinin yer değiştirmeye ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirileceği hükmü karşısında; davacının yer değiştirmesinden itibaren üç yıl geçmeden eski görev yeri yada hizmet alanına dönme isteğinde bulunamayacağı, kaldı ki üç yılın sonunda eski hizmet alanına dönme isteğinde bulunması halinde de durumunun inceleneceği, idarenin eski görev yerine ya da hizmet alanına atama yapma hususunda takdir yetkisinin bulunduğu tartışmasız olup, Kdz. Ereğli İlçesinde görevli iken hakkında yapılan soruşturma sonucunda, gerçekleştiği anlaşılan olaylar nedeniyle Kozlu İlçesine (başka hizmet alanına) atanan ve eski görev yerinde yıprandığı açık olan davacının tekrar

kdz. Ereğli İlçesine bir okula atama isteminin reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, işlemin iptali yolundaki Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Zonguldak İdare Mahkemesi'nce verilen 3.4.2002 günlü, E:2001/1251, K: 2002/425 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b. fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 15.2.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2004/3266
Karar No : 2005/831

Özeti : Hiçbir somut olay ve sebebe dayanılmaksızın, mahiyeti açıklanmayan ve hangi kurum tarafından yapıldığı belli olmayan tahkikat sonucunda ulaşılan bilgilerle idarecilik görevi yürütülmesinin sakıncalı olduğundan bahisle ve mevzuat ile öngörülen gerekli ve zorunlu şartları taşıyıp taşımadığı hususu değerlendirilmeden, kişi aleyhine sonuç doğuracak şekilde tesis edilen işlemde, hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** Diyarbakır Valiliği
Vekili **:** Av. ….

İsteğin Özeti : Diyarbakır İdare Mahkemesi'nin 20.6.2001 günlü, E:2000/1025, K:2001/628 sayılı kararının, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti **:** Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : S. Sema Kabukçu

Düşüncesi **:**İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı **:** Celalettin Yüksel

Düşüncesi **:** Diyarbakır … İlköğretim Okulunda geçici müdür başyardımcısı olarak görev yapan davacının görevi yürütmesinin uygun görülmemesi üzerine aynı okula sınıf öğretmeni olarak atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.

657 sayılı DMK.nun 76. maddesi ile idarelere tanınan takdir yetkisinin kullanımı mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleriyle sınırlıdır.

Olayda, Diyarbakır İli … İlköğretim okulunda boş bulunan müdür baş yardımcısı kadrosuna asil müdür atanıncaya kadar aynı okulda müdür yardımcısı olan davacının, asil müdür atanıncaya kadar 28.10.1999 günlü valilik onayı ile geçici müdür başyardımcısı olarak görevlendirildiği davacının asaleten atanmak için yaptığı başvuru üzerine dava konusu 28.7.2000 günlü 20628 sayılı işlemle hakkında ilgili kurumlarca yapılan tahkikat neticesinde müdür yardımcılığı görevini yürütmesi valilikçe uygun görülmediği belirtilerek geçici idarecilik görevinin üzerinden alınarak, aynı okulda sınıf öğretmeni olarak görevlendirilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Dava konusu valilik onayında sadece ilgili kurumlarca yapılan tahkikat sonucundan sözedilmiş belirli bir olay, veya durum somut biçimde gösterilmemiştir.

Bu durumda, hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından biri olan idari işlemler üzerindeki yargı denetiminin maddi ve somut delillere dayandırılmasının zorunluluğu karşısında, hiçbir somut olay ve sebebe dayanılmaksızın, mahiyeti açıklanmayan ve hangi kurum tarafından yapıldığı belli olmayan tahkikat sonucunda ulaşılan yalnızca istihbarı nitelikteki bilgiye dayanılarak adı geçen hakkında tesis edilen (geçici de olsa görevlendirildiği) müdür başyardımcılığı görevinden alınma işleminde hukuka uyarlık, açılan davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan sebeplerle, davacı temyiz isteminin kabulü ile, idare mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava, Diyarbakır … İlköğretim Okulunda geçici müdür başyardımcısı olarak görev yapan ve asalaten atanmak için başvuran davacının, yapılan tahkikat sonucu görevi yürütmesinin uygun görülmemesi üzerine aynı okula sınıf öğretmeni olarak atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Diyarbakır İdare Mahkemesi'nin 20.6.2001 günlü, E:2000/1025, K:2001/628 sayılı kararıyla; 657 sayılı Yasa'nın 71. maddesinin 2. bendinde kurumlar, memurlarını meslekleri ile ilgili sınıftan genel idare hizmetleri sınıfına veya genel idare hizmetleri sınıfından meslekleri ile ilgili sınıfa, görev ve ünvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle atanabileceklerinin belirtildiği, dosyanın incelenmesinden, davacının 1.11.1999 gün ve 28181 sayılı işlemle asaleten müdür başyardımcısı atanana kadar … İlköğretim Okulu müdür başyardımıcılığı görevine geçici olarak atandığı, bilahare asaleten atanmak için başvuran davacı hakkında yapılan idari tahkikat sonucu yöneticilik görevinde bulunmasının uygun görülmemesi üzerine aynı okula sınıf öğretmeni olarak atandığı, yukarıda belirtilen yasa hükmü hususunda idarelere takdir yetkisi tanındığı, idarecilik görevlerine geçici süreli görevlendirme ve bu görevlerden alma konusunda da takdir yetkisinin varlığını kabul etmek gerekeceği, geçici görevle gelinen kadronun kişiler hakkında kazanılmış hak telakki edilmesinin de mümkün olmadığı, bu durumda davacı anılan kadroya sınırlı süre için atandığından, hakkında yapılan idari tahkikat sonucu yöneticilik görevinde kalmasının uygun görülmemesi üzerine görevlendirmenin sona erdirilerek aynı okula sınıf öğretmeni olarak atanmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı, işlemde kamu yararı bulunmadığını, talebi yönündeki kadro ihtiyacının karşılanmadığını, takdir hakkının keyfi kullanıldığını ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 76. maddesinin 1. fıkrasında "Kurumlar, görev ve ünvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları bulundukları kadro derecelerine eşit veya 68. maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler." hükmüne yer verilmiştir.

Bu madde ile memurların naklen atanmaları konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı açık olup, bu yetkinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kulanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, sözü edilen bu durumun dava konusu idari işlemin neden ve amaç yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.

Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirmelerine İlişkin Yönetmeliğin 7. maddesinde yönetici olarak atanacaklarda aranan genel koşullar, 9. maddesinde müdür yardımcısı olarak atanacaklarda aranan özel koşullar,

10. maddesinde yönetici olarak atanacaklarda dikkate alınacak tercih nedenleri hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; Diyarbakır İli … İlköğretim Okulunda boş bulunan müdür başyardımcısı kadrosuna asil müdür atanıncaya kadar aynı okulda müdür yardımcısı olan davacının, 28.10.1999 günlü Valilik onayı ile geçici müdür başyardımcısı olarak görevlendirildiği, asaleten atanmak için yaptığı başvurusu üzerine 28.7.2000 günlü, 20628 sayılı işlemle hakkında ilgili kurumlarca yapılan tahkikat neticesinde müdür yardımcılığı görevini yürütmesinin valilikçe uygun görülmediği belirtilerek geçici idarecilik görevinin üzerinden alınıp aynı okulda Sınıf Öğretmeni olarak görevlendirildiği anlaşılmıştır.

7.12.2004 günlü ara kararıyla, davacı hakkında yapılan araştırma neticesinde idarecilik görevini yürütmesinin sakıncalı olduğunun saptandığı iddia edildiğinden bu iddiayı doğrulayan ilgili kurumlarca herhangi bir soruşturma yapılıp yapılmadığının, davacının müdür başyardımcılığı görevi için mevzuat ile öngörülen gerekli ve zorunlu şartları taşıyıp taşımadığının, yöneticilik deneyiminin ve hizmetiçi eğitim durumunun olup olmadığının sorulduğu ve aday veya adaylar hakkında düzenlenen değerlendirme formlarının ve eklerinin davalı idareden istenildiği, ancak verilen cevabi yazılardan ilgili kurumlarca yapıldığı iddia edilen tahkikat ile ilgili belirli bir olay veya durum gösterilmediği gibi diğer hususlarda da cevap verilmediğinin görüldüğü, bu durumda hiçbir somut olay ve sebebe dayanılmaksızın, mahiyeti açıklanmayan ve hangi kurum tarafından yapıldığı belli olmayan tahkikat sonucunda ulaşılan bilgiye dayanılarak ve ayrıca müdür başyardımcılığı için mevzuat ile öngörülen gerekli ve zorunlu şartları taşıyıp taşımadığı hususları değerlendirilmeden ve hizmet gerekleri gözönüne alınmadan davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı anlaşıldığından davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Diyarbakır İdare Mahkemesi'nce verilen 20.6.2001 günlü, E:2000/1025, K:2001/628 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 4.3.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2004/7346
Karar No : 2005/1005

Özeti : Davacının atandığı tarihte 2 olan fen bilgisi branşı norm kadrosunun 3'e çıkarılması üzerine, bu kadroya yapılacak atamada Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumları Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği ve Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul ve Kurumların Yönetici ve Öğretmenlerinin Norm Kadrolarına İlişkin Yönetmeliğin İlgili Maddeleri uyarınca değerlendirme yapılması ve öncelikle norm kadro fazlası öğretmenlerden istekli olanların hizmet puanı esas alınarak sıralanması ve bu sıralama uyarınca atama yapılması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …
Karşı Taraf **:** Kayseri Valiliği
İsteğin Özeti **:** Kayseri İdare Mahkemesi'nin 18.6.2004 günlü, E:2003/1835, K:2004/824 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti **:** Cevap verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi **:** Hürriyet Micozkadıoğlu
Düşüncesi **:** Mahkeme kararının, davacının atama işleminin 4855 sayılı Kanuna göre yapılmasına ilişkin bölümünün süre aşımı nedeniyle reddine ilişkin kısmının onanması, davacının norm kadro fazlası bulunduğu okula diğer öğretmenin atanması işleminde hukuka uyarlık bulunmadığından bu işlemin iptali isteminin reddine yönelik kısmının ise bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** Celalettin Yüksel
Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce dosyanın tekemmül ettiği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeksizin işin gereği düşünüldü:

Dava, davacının, isteği üzerine ... İlçesi ... İlköğretim Okulu'na atanmasına ilişkin 25.7.2003 günlü, 18585 sayılı işlemin atama biçiminin 4855 sayılı Kanuna göre norm kadro fazlası olarak yapılmasına ilişkin kısmı ile aynı Okul Fen Bilgisi branşında açılan 3. norm kadroya kendisinin ilişkilendirilmesi gerekirken S.A.'un atanmasına ilişkin 24.10.2003 günlü, 30211 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Kayseri İdare Mahkemesinin 18.6.2004 günlü, E:2003/1835, K.2004/824 sayılı kararıyla, davacının isteği üzerine ... İlçesi ... İlköğretim Okulu öğretmenliğine 4855 sayılı Yasaya göre naklen atanmasına ilişkin işlemin davacıya 1.9.2003 tarihinde tebliğ edilmesine karşın davanın 30.12.2003 tarihinde açıldığı, davanın bu kısmında 2577 sayılı Kanunun 7. maddesi gereğince süre aşımı bulunduğu, S.A.'un atanmasına ilişkin işlemin ise, ilgilinin ... ... İlköğretim Okulunda norm kadro fazlası olarak bulunması ve kendi isteği de dikkate alınarak davacının görev yaptığı okuldaki boş norm kadroya atanmasında mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava; kısmen süre aşımı sebebiyle, kısmen de esastan reddedilmiştir.

Davacı, atamasının yapıldığı tarihte Okulun Fen Bilgisi Öğretmeni norm kadrosunun iki olduğunu, daha sonra norm kadronun üçe çıkarılması üzerine, norm kadro fazlası olarak okul sırasında kendisi bulunurken bir başka öğretmenin norm kadroya atanmasında hukuka uyarlık bulunmadığını öne sürerek İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkün olup, davacı tarafından ileri sürülen hususlar temyize konu Mahkeme kararının süre aşımı sebebiyle reddine ilişkin kısmı yönünden bunlardan hiçbirisine uymamaktadır.

Ancak, davacının 25.7.2003 günlü,18585 sayılı atama işleminin, atama biçiminin 4855 sayılı Kanuna göre yapılmasına ilişkin kısmının iptali isteminin süre aşımı nedeniyle reddi anılan kurumda oluşturulan 3. norm kadroya atanma istemini engellemeyeceğinden

davanın, ... İlçesi ... İlköğretim Okulu Fen Bilgisi Öğretmenliği norm kadrosuna S.A.'un atanmasına ilişkin kısmına gelince;

Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul ve Kurumların Yönetici ve Öğretmenlerinin Norm Kadrolarına İlişkin Yönetmeliğinin 18/2. maddesinin işlem tarihinde yürürlükte bulunan düzenlemesinde, okul ve kurumların norm kadro sayılarının, bu Yönetmelikte yer alan norm kadro kriterleri çerçevesinde değişmesi halinde bu değişikliğe konu olan okul ve kurumların norm kadro sayılarının Haziran ayında 16. ve 17. maddeler doğrultusunda yeniden belirleneceği, yeni okul ve kurum açılması halinde, bu okul ve kurumların norm kadrolarının yukarıdaki süreler beklenmeksizin belirleneceği, bu belirleme sonucunda okul ve kurumlarda oluşacak yönetici ve öğretmen ihtiyacının karşılanması ve fazlalığın giderilmesinde, ilgili atama ve yer değiştirme yönetmelikleri hükümlerinin uyarlanacağı; geçici 1/a maddesinin 3. fıkrasında da, bu fazlalığın giderilmesine kadar öğretmen fazlalığının bulunduğu branştan o yerleşim merkezi veya eğitim bölgesine dahil okul ve kurumlara atama yapılmayacağı kuralları yer almıştır.

Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumları Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin temel ilkeler başlıklı 5. maddesinde, bu Yönetmelik hükümlerine göre, atama ve yer değiştirme işlemlerinde eğitim kurumlarının atama yapılacak branşlarda boş norm kadrosunun bulunması, yer değiştirmelerde öğretmenin hizmet puanına göre işlem yapılmasının esas olduğu belirtilmiş; 25. maddesinde, il içinde görevli oldukları eğitim kurumunun bulunduğu hizmet alanı dışındaki bir hizmet alanında görev almak isteyen öğretmenlerin, Yer Değiştirme Formu üzerinde gösterecekleri en fazla iki hizmet alanı için, bulundukları hizmet alanında başka bir eğitim kurumunda görev almak isteyen öğretmenlerin ise; Yer Değiştirme Formu üzerinde gösterecekleri en fazla dört eğitim kurumu için her yıl Mayıs ayı içinde yer değiştirme suretiyle atama isteğinde bulunabilecekleri, bu şekilde yapılacak yer değiştirme suretiyle atamaların, Haziran ayı içinde yapılacak değerlendirme sonunda elde edilen puana göre (Ek-2) çizelge üzerinde hizmet alanları ve eğitim kurumları itibariyle İl Milli Eğitim Müdürlüklerince yapılacak sıraya göre Temmuz ayı içinde gerçekleştirileceği, sıra durumunun, puanlar da gösterilerek öğretmenlere yazılı olarak bildirileceği ve İl Milli Eğitim Müdürlüğünce ilan edileceği, bu sıralamanın takip eden yılın Mayıs ayı sonuna kadar geçerli olup, dönem içinde oluşacak öğretmen ihtiyacının bu sırada bulunanlardan karşılanacağı kuralı düzenlenmiş, geçici 1. maddesinde de, 10.8.1999 tarihli ve 23782 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul ve Kurumların Norm Kadrolarına İlişkin Yönetmelik hükümleri doğrultusunda eğitim kurumlarında veya koordinatör okullarda norm kadro fazlası konumundaki öğretmenler norm kadrolarla ilişkilendirilinceye kadar fazla konumdaki öğretmenlerin braşlarından o hizmet alanında bulunan eğitim kurumlarına diğer hizmet alanlarından hiçbir şekilde yer değiştirme suretiyle atama yapılmayacağı kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, ... İlçesi Necip Fazıl Kısakürek İlköğretim Okulunda Fen Bilgisi Öğretmeni olarak görev yapan ve 133 hizmet puanı bulunan davacının isteği üzerine 25.7.2003 gün ve 18585 sayılı işlemle ... İlçesi ... İlköğretim Okuluna 4855 sayılı Kanun uyarınca norm kadro fazlası olarak atandığı, davacının atandığı tarihte Fen Bilgisi branşında 2 norm kadrosu bulunan okulun norm kadro sayısının daha sonra 3'e çıkarıldığı, bu arada ... … İlköğretim Okulu Öğretmeni olan, 71 hizmet puanı bulunan ve bulunduğu okulda norm kadro fazlası olması nedeniyle 7.10.2003 günlü onayla ... İlköğretim Okuluna atanan S.A.'un 17.10.2003 tarihli başvurusu üzerine 24.10.2003 günlü, 30211 sayılı onay ile davacının görev yaptığı ... ... İlköğretim Okuluna Fen Bilgisi Öğretmeni olarak atandığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, davacının ... İlköğretim Okuluna atandığı tarihte 2 olan Fen Bilgisi branşı norm kadrosunun 3'e çıkarılması üzerine bu kadroya yapılacak atamada, Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Eğitim Kurumları Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği ile Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul ve Kurumların Yönetici ve Öğretmenlerinin Norm Kadrolarına İlişkin Yönetmeliğin anılan maddeleri uyarınca değerlendirme yapılması ve

öncelikle norm kadro fazlası öğretmenlerden istekli olanların hizmet puanı esas alınarak sıralanması ve bu sıralama uyarınca atama yapılması gerekirken, davacının 4855 sayılı Yasa uyarınca atandığı ve sıralama dışı olduğu gerekçesiyle Okulun Fen Bilgisi branşında oluşan boş norm kadroya aynı hizmet alanı içinde ancak, başka görev yerinde çalışan S.A.'un istek dilekçesine dayalı olarak atanması işleminde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Kayseri İdare Mahkemesi'nce verilen 18.6.2004 günlü, E:2003/1835, K:2004/824 sayılı kararın, süre aşımı nedeniyle redde ilişkin kısmının, davacının temyiz isteminin reddi ile onanmasına; ... ilçesi ... İlköğretim Okulu Fen Bilgisi Öğretmenliği norm kadrosuna yapılan atamaya ilişkin kısmı yönünden ise temyiz isteminin kabulü ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bu kısmın bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar gözetilerek bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adıgeçen Mahkemeye gönderilmesine, kullanılmayan 16.4 YTL yürütmenin durdurulması harcının isteği halinde davacıya iadesine 16.3.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2004/1493
Karar No : 2005/1253

Özeti : İlköğretim müfettişi yardımcısı iken, bakanlığın açtığı yurtdışı sınavını kazanarak kendi isteği ile öğretmenliğe geçen davacının, yurtdışı görevinden önceki dönemde yaptığı bir yıl üç aylık müfettiş yardımcılığı süresinin müfettiş yardımcılığı süresinden sayılmasına imkan bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Milli Eğitim Bakanlığı /ANKARA
Karşı Taraf : ...
İsteğin Özeti : Erzurum İdare Mahkemesinin 12.12.2000 günlü, E:2000/1116, K:2000/1430 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti : Temyizi istenen kararın yöntem ve yasaya uygun olduğu bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Serpil Tunç
Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı : Mehmet Akkaya
Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp İdare Mahkemesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulması gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenler temyiz isteminin reddiyle İdare Mahkemesi kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

15.2.2000 tarihinde Iğdır İlköğretim Müfettiş Yardımcılığına yeniden atanan davacı, 3.6.1997-25.8.1998 tarihleri arasındaki müfettiş yardımcılığı hizmetinde geçirdiği sürenin kazanılmış hak aylık olarak üç yıllık müfettiş yardımcılığı süresinden sayılması için yaptığı 4.4.2000 günlü başvurusunun zımnen reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

Erzurum İdare Mahkemesinin 12.12.2000 günlü, E:2000/1116, K:2000/1430 sayılı kararıyla; 4359 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinde, bu Kanunun yürürlüğe konulduğu tarihte İlköğretim müfettişi yardımcısı olarak görev yapmakta olanların bu görevde geçirdikleri sürelerin dikkate alınarak hesaplanacak üç yılın sonunda yeterlik sınavına tabi tutulacaklarının kurala bağlandığı, anılan Yasa hükmü uyarınca davacının müfettiş yardımcısı olarak görev yaptığı, 3.6.1997-25.8.1998 tarihleri arasında geçen dönemin, müfettiş yardımcılığı süresinin üç yıla çıkarılmasına ilişkin Kanunun değiştiği tarihte fiilen müfettiş yardımcısı olduğu göz önünde bulundurulmaksızın üç yılın hesabında dikkate alınmamasında hukuka uyarlılık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Davalı idare, işlemin hukuka uygun olduğunu öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

13.8.1999 gün ve 23785 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı İlköğretim Müfettişleri Başkanlıkları Yönetmeliğinin geçici 2. maddesinde; 4359 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra müfettiş yardımcılığına atananlar hakkında bu Yönetmelik hükümleri uygulanır, hükmüne yer verilmiştir.

Aynı Yönetmeliğin 74. maddesinde de, müfettiş yardımcılarının üç yıllık yetiştirme döneminin herhangi bir aşamasında çeşitli nedenlerle bu görevlerinden ayrılmaları durumunda, yarışma sınavı sonuçları ile müfettiş yardımcılığında geçen sürelerin yeniden başvurularında kazanılmış hak sayılmayacağı kurala bağlanmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacının 3.6.1997 tarihinde Tokat İlinde İlköğretim Müfettiş Yardımcısı olarak göreve başladığı, sağlık sorunları nedeniyle 28.10.1997 günlü makam oluru ile Yozgat İli'ne atandığı, 25.8.1998 tarihinde Milli Eğitim Bakanlığı Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün açtığı yurtdışı sınavını kazanarak sınıf öğretmenliğine geçtiği ve 14.9.1998 tarihinde Almanya- Stuttgart'ta öğretmenlik görevine başladığı, bir yıl sonra 29.7.1999 tarihinde Türkiye'ye döndüğü ve 2.8.1999 tarihinde kadrosunun bulunduğu Yozgat ... İlköğretim Okulunda öğretmen olarak görevlendirildiği, 12.8.1999 tarihinde yeniden müfettiş yardımcısı olarak başlatılması için Milli Eğitim Bakanlığına başvurması üzerine 15.2.2000 tarihinde Iğdır İline İlköğretim Müfettiş Yardımcısı olarak atandığı, bilahare 4.4.2000 tarihinde davalı idareye başvurarak 4359 sayılı Kanunun geçici 4. maddesi uyarınca ilköğretim müfettiş yardımcılığında geçirdiği bir yıl üç aylık sürenin kazanılmış hak olarak kabul edilmesi ve üç yıllık müfettiş yardımcılığı süresinden sayılmasını talep ettiği, idarenin bu başvuruya cevap vermeyerek istemi reddetmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Olayda, davacının 4359 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu tarihte ilköğretim müfettiş yardımcısı olarak görev yapmakta olduğu, ancak Bakanlığın açtığı yurtdışı sınavını kazanarak kendi isteği ile öğretmenliğe geçtiği ve yurtdışından Türkiye'ye döndüğü tarihte de eski görev yeri olan Yozgat ... İlköğretim Okulunda öğretmen olarak görevlendirildiği, bilahare talebi doğrultusunda 15.2.2000 tarihinde müfettiş yardımcısı olarak atandığı, atandığı tarihte yürürlükte bulunan Milli Eğitim Bakanlığı İlköğretim Müfettişleri Başkanlıkları Yönetmeliğinin geçici 2. maddesi hükmü uyarınca 4359 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 4.4.1998 tarihinden sonra müfettiş yardımcısı olarak atandığından hakkında bu yönetmelik hükümlerinin uygulanması gerektiği kuşkusuz olup, anılan Yönetmeliğin yukarıda yer alan 74. maddesi hükmü uyarınca da yurtdışı görevinden önceki dönemde yaptığı bir yıl üç aylık müfettiş yardımcılığında geçen hizmet süresinin meslekte yetişme şekli bütünlük arzeden bir süreç olarak değerlendirildiğinde ve kendi isteği ile müfettiş yardımcılığından ayrılıp öğretmenliğe geçtiği dikkate alındığında üç yıllık müfettiş yardımcılığı süresinden sayılmasına olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda, davacının 3.6.1997-25.8.1998 tarihleri arasında müfettiş yardımcısı olarak geçirdiği sürenin, üç yıl olan müfettiş yardımcılığı süresinden sayılmamasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Erzurum İdare Mahkemesince verilen 12.12.2000 günlü, E:2000/1116, K:2000/1430 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanunla değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 11.4.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2004/7863
Karar No : 2005/1552

Özeti : Yargı kararının uygulanması amacıyla düzenlenen sicil raporunda, Devlet Memurları Sicil Yönetmeliğinin 20/3 maddesi uyarınca, son üç yılın aritmetik ortalaması alınarak işlem yapılması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : ESKİ Genel Müdürlüğü / ERZURUM
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** ...
Vekili **:** Av. ...

İsteğin Özeti **:** Davalı idarede Teftiş Kurulu Başkanı olarak görev yapan davacının, olumsuz düzenlenen 2001 yılı sicil raporunun Erzurum İdare Mahkemesinin 13.4.2002 gün ve E:2002/285, K:2002/756 sayılı kararı ile iptali üzerine yeniden 60 puan olarak düzenlenen 2001 yılı sicil raporunun düşük düzenlenmesi işleminin iptali istemiyle açılan davada, Devlet memurları hakkında düzenlenen sicil raporlarının memurların o yılki çalışmalarının ve davranışlarının sicil amirlerince değerlendirilmesi sonucu objektif esaslara ve hukuk kurallarına uygun olarak düzenlenmesi, menfi kısımlara ilişkin görüş ve kanaatlerin ise somut bilgi ve belgelerle kanıtlanması gerektiğinin memur hukukunun bilinen ilkelerinden olduğu, Devlet Memurları Sicil Yönetmeliğinin 20. maddesinin 3. fıkrasının ilk cümlesinde; garez veya özel maksatla memur hakkında gerçeğe aykırı değerlendirme yaptığı anlaşılan sicil amirinin değerlendirmesi geçersiz sayılarak memur hakkında varsa diğer sicil amir veya amirlerinin değerlendirmesine göre, yoksa o sicil döneminde son üç yılın aritmetik ortalaması esas alınarak buna göre işlem yapılacağının belirtildiği, olayda önceden olumsuz olarak düzenlenen 2001 yılı sicil raporunun Mahkemelerince iptal edildiği, bu kez Mahkeme kararı uygulanarak 60 olarak düzenlenen 2001 yılı sicil raporunun sıralı sicil amirlerinden sadece biri tarafından imzalandığı, gözlem ve kanaatlerin belirtilmediği, sadece "Mahkeme kararına istinaden yeniden düzenlenmiştir." şerhinin düşüldüğü, ancak yargı kararının uygulanması amacıyla düzenlenen bu raporda Yönetmeliğin açıklanan hükmü uyarınca son üç yılın aritmetik ortalaması alınarak işlem yapılması gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda Erzurum İdare Mahkemesi'nce verilen 23.6.2004 günlü, E:2003/1323, K:2004/733 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti **:** Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Hürriyet Micozkadıoğlu

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Celalettin Yüksel

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin varlığına bağlıdır. Erzurum İdare Mahkemesi'nce verilen 23.6.2004 günlü, E:2003/1323, K:2004/733 sayılı karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı üzerinde bırakılmasına, 2.5.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2004/5878
Karar No : 2005/328

Özeti : Sicil ve başarı değerleme raporların düzenlenirken, bu raporların doğuracağı hukuki sonuçların ağırlığı dikkate alınarak "Sicillerin objektifliği" ilkesi çerçevesinde yetkili sicil amirlerinin kararların oluşmasına etki eden hususlararın somut bilgi ve belgeye dayandırılması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …

Karşı Taraf : PTT Genel Müdürlüğü - ANKARA

Vekilleri : Av. …

İsteğin Özeti : Adana 2. İdare Mahkemesinin 22.5.2002 günlü, E:2002/79, K:2002/819 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyizi istenen kararın usul ve kanuna uygun olduğu, bu nedenle istemin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Vahit Kınalıtaş

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Gülen Aydınoğlu

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, … PTT Başmüdürlüğü Eğitim Ve İdari İşler Müdürlüğü Amiri olarak görev yapan davacının, 2001 yılı sicil ve başarı notunun (B) düzeyinde değerlendirilmesine ilişkin işlemin iptali ile özlük haklarının iadesi istemiyle açılmıştır.

Adana 2. İdare Mahkemesinin 22.5.2002 günlü, E:2002/79, K:2002/819 sayılı kararıyla; 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 41 inci maddesinde, "Sicil vermeye yetkili amirler, sicil ve değerlendirme dönemi, sözleşmeli personelin başarısının tespiti amacı ile sicilinde bulunacak bilgiler, ayrılış sicilinin verileceği haller, sicil raporlarının şekli, değerlemeye alınacak sorular, düzenleme zamanı, uygulanacak not usulü ve bunların değerlendirilmesi, muhafaza ile görevli makamlara dair esaslar ile itiraz ve bunu inceleyecek merciler ve diğer hususlar Devlet Personel Başkanlığınca hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacak bir yönetmelikle belirlenir." hükmüne yer verildiği; 15.11.1990 günlü, 20696 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Kamu İktisadi Teşebbüsleri Sözleşmeli Personel Sicil ve Başarı Değerlemesi Hakkında Yönetmeliğin 12 nci maddesinde, sicil ve başarı değerleme raporlarının formlarda yer alan bölümlerden sözleşmeli personelin genel durumu ve davranışlarının değerlendirilmesi bölümünün sicil amirinin kanaatine göre olumsuz, olumlu veya çok iyi şekilde doldurulacağı, sicil ve başarı düzeyinin tespitine esas alınacak notu göstereceği, 59 ve daha aşağı puan alanlar (D), 60-75 arası puan alanlar (C), 76-89 arası puan alanlar (B), 90 ve daha yukarı alanlar (A) olmak üzere dört başarı düzeyine ayrılacağı; 13 üncü maddesinde ise, sicil ve başarı düzeyleri (C), (B) ve (A) olanların bulundukları görevlerin temel ücretlerine 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 43 üncü maddesinde belirtilen oranlarda başarı ücreti ilave edilmek suretiyle sözleşmenin yenileneceğinin hükme bağlandığı; Sicil ve Başarı Değerlemesi Raporlarının objektif esaslar göre düzenlemesi, her yıl için yeniden düzenlenen ve ilgili kamu görevlisinin o yıl içindeki kişisel yapısı ile hizmete ilişkin bilgi, beceri ve çalışmalarının yetkili amirlerce değerlendirilmesini içeren sicil raporlarında yer alan kimi soruların nitelikleri itibariyle gözlem ve kanaate dayalı cevapları gerektirmesine ve dolayısıyla idareye bu sorulara verilen yanıtların gerçekleştiğini somut bilgi ve belgelerle kanıtlama zorunluluğu yükletilmemesine karşılık, başarı değerlendirme ve sicil raporlarının özellikle ilgilinin yürüttüğü görevdeki bilgi ve başarı düzeyi, iş disiplini ve verimliliği gibi konularla ilgili sorularına verilen yanıtların olumsuz veya davacının geçmiş sicil notları ortalamasından düşük olması halinde, bu değerlendirmeye yol açan nedenlerin ve bu olumsuzluğun hizmete etkisinin somut olarak ortaya konulması gerektiği memur hukukunun önemli ilkelerinden olduğu; dava dosyasının incelenmesinden, davacının Hatay PTT Başmüdürlüğü Personel ve İdari İşler Müdürlüğü Amiri olarak görev yaptığı sırada, mesai saatlerinin Bakanlar Kurulu kararı ile sabah 8.30-12.30, öğleden sonra 13.30-17.30 olarak düzenlenmesi ve bu mesai saatlerine uyulması gerektiğinin bütün personele bildirilmesine rağmen, davacının 31.5.2001 tarihinde öğleden sonraki mesaiye saat 13.30'da gelmesi gerekirken görevinin başında bulunmadığı, görevine geç geldiği, bu tutum ve davranışı nedeniyle görevinde gerekli dikkat ve özeni göstermediği, görevine kayıtsız kaldığı belirtilerek 1.6.2001 günlü, 4273 sayılı yazı ile ikaz edildiği; davacıya ait Sözleşmeli Personel Sicil Bilgi Formunun Sicil ve Başarı Değerlemesinde Esas Alınan Hususlara Ait Açıklamalar Bölümünde de, ilgilinin mesaisine zaman zaman geç geldiği, bu konuda ikaz edildiği, sürekli saatlik izin talebinde bulunduğu, servisteki mesai arkadaşlarının tamamına yakını ile konuşmadığı, Adana İline ataması nedeniyle ilişiğini kesip ayrılırken mesai arkadaşlarıyla ve makamla vedalaşmadığı hususlarına yer verildiği; bütün bunların birlikte değerlendirilmesinden, davacının 2001 yılı sicil ve başarı değerlemesi raporunun

yukarıda alıntısı yapılan yönetmelik hükümleri çerçevesinde objektif olarak düzenlendiği sonucuna varıldığından, dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 41 inci maddesinde, "Sicil vermeye yetkili amirler, sicil ve değerlendirme dönemi, sözleşmeli personelin başarısının tespiti amacı ile sicilinde bulunacak bilgiler, ayrılış sicilinin verileceği haller, sicil raporlarının şekli, değerlemeye alınacak sorular, düzenleme zamanı, uygulanacak not usulü ve bunların değerlendirilmesi, muhafaza ile görevli makamlara dair esaslar ile itiraz ve bunu inceleyecek merciler ve diğer hususlar Devlet Personel Başkanlığınca hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacak bir yönetmelikle belirlenir." hükmüne yer verilmiştir.

Anılan hüküm esas alınarak hazırlanan ve 15.11.1990 günlü, 20696 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren Kamu İktisadi Teşebbüsleri Sözleşmeli Personel Sicil ve Başarı Değerlemesi Hakkında Yönetmeliğin 12 nci maddesinde, sicil ve başarı değerleme raporlarının formlarda yer alan bölümlerden sözleşmeli personelin genel durumu ve davranışlarının değerlendirilmesi bölümünün sicil amirinin kanaatine göre olumsuz, olumlu veya çok iyi şekilde doldurulacağı, sicil ve başarı düzeyinin tespitine esas alınacak notu göstereceği, 59 ve daha aşağı puan alanlar (D), 60-75 arası puan alanlar (C), 76-89 arası puan alanlar (B), 90 ve daha yukarı alanlar (A) olmak üzere dört başarı düzeyine ayrılacağı; 13 üncü maddesinde ise, sicil ve başarı düzeyleri (C), (B) ve (A) olanların bulundukları görevlerin temel ücretlerine 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 43 üncü maddesinde belirtilen oranlarda başarı ücreti ilave edilmek suretiyle sözleşmenin yenileneceği hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının ... PTT Başmüdürlüğü Personel ve İdari İşler Müdürlüğü Amiri olarak görev yaptığı sırada, mesai saatlerinin Bakanlar Kurulu kararı ile sabah 8.30-12.30, öğleden sonra 13.30-17.30 olarak düzenlenmesi ve bu mesai saatlerine uyulması gerektiğinin bütün personele bildirilmesine rağmen, davacının 31.5.2001 tarihinde öğleden sonraki mesaiye saat 13.30'da gelmesi gerekirken görevinin başında bulunmadığı, görevine geç geldiği, bu tutum ve davranışı nedeniyle görevinde gerekli dikkat ve özeni göstermediği, görevine kayıtsız kaldığı belirtilerek 1.6.2001 günlü, 4273 sayılı yazı ile ikaz edildiği; davacıya ait Sözleşmeli Personel Sicil Bilgi Formunun Sicil ve Başarı Değerlemesinde Esas Alınan Hususlara Ait Açıklamalar Bölümünde de, ilgilinin mesaisine zaman zaman geç geldiği, bu konuda ikaz edildiği, sürekli saatlik izin talebinde bulunduğu, servisteki mesai arkadaşlarının tamamına yakını ile konuşmadığı, Adana İline atanması nedeniyle ilişiğini kesip ayrılırken mesai arkadaşlarıyla ve makamla vedalaşmadığı hususlarına yer verilerek 2001 yılı sicil ve başarı değerlemesi raporu (B) düzeyinde doldurulduğu anlaşılmıştır.

Değerlendirme bir sistem olarak, personele ilişkin uygulamaların dayanağını oluşturmakta olup, personelin değerlendirilmesi ise; personelin yükseltilmesi, gelecekte göstereceği gelişme potansiyeli, eğitim ihtiyaçlarının belirlenmesi, başarı durumunun ortaya çıkması, ödüllendirilmesi, ücretinin artırılması, görev yerinin değiştirilmesi, görevine son verilmesi, emekliye ayrılması gibi amaçlara hizmet etmektedir.

Yukarıda belirtildiği şekilde yetkili sicil amirlerince düzenlenen sicil ve başarı değerleme raporlarının doğurduğu hukuki sonuçların ağırlığı dikkate alındığında; her yıl için yeniden düzenlenmek suretiyle ilgili memurun o yıl içindeki mesleki bilgisini, deneyimini, tutum ve davranışlarını ortaya koyan ve tüm bu hususların değerlendirilmesinden sonra oluşan hukuki bir belge niteliği taşıyan sicil ve başarı değerleme raporlarında, "Sicillerin Objektifliği" ilkesi çerçevesinde yetkili sicil amirlerinin kanaatinin oluşmasına etki eden hususların somut bilgi ve belgeye dayandırılmasının bir zorunluluk arzedeceği tartışmasızdır.

Olayda, davacının 2001 yılı sicil ve başarı değerlemesi raporunun (B) düzeyinde değerlendirilmesine neden olarak mesai saatlerinin Bakanlar Kurulu kararı ile sabah 8.30-12.30, öğleden sonra 13.30-17.30 olarak düzenlenmesi ve bu mesai saatlerine uyulması

gerektiğinin bütün personele bildirilmesine rağmen, davacının 31.5.2001 tarihinde öğleden sonraki mesaiye saat 13.30'da gelmesi gerekirken görevinin başında bulunmadığı, görevine geç geldiği, bu tutum ve davranışı nedeniyle görevinde gerekli dikkat ve özeni göstermediği, görevine kayıtsız kaldığı belirtilerek 1.6.2001 günlü, 4273 sayılı yazı ile ikaz edildiği; davacıya ait Sözleşmeli Personel Sicil Bilgi Formunun Sicil ve Başarı Değerlemesinde Esas Alınan Hususlara Ait Açıklamalar Bölümünde de, ilgilinin mesaisine zaman zaman geç geldiği, bu konuda ikaz edildiği, sürekli saatlik izin talebinde bulunduğu, servisteki mesai arkadaşlarının tamamına yakını ile konuşmadığı, Adana İline atanması nedeniyle ilişiğini kesip ayrılırken mesai arkadaşlarıyla ve makamla vedalaşmadığı hususları gösterilmiş ise de; davacının mesaiye geç gelmesinin sadece bir günlük olaya ilişkin olması, bunun dışında herhangi bir bilgi ve belge sunulamamasının yanında, mesai arkadaşları ve makamla ilişkilerinin olumsuz olduğunun da somut olarak ortaya konulamadığı gibi, bütün bu hususların ise, söz konusu Sicil ve Başarı Değerlemesi Raporunun Sicil ve Başarı Değerlemesinde Esas Alınacak Hususlar kısmının sadece 1 ve 4 üncü maddelerine esas teşkil edebileceği, diğer maddelerde yer alan hususları ise etkilemeyeceği; öte yandan, davacının 2001 yılından önceki sicil ve başarı değerlemesi raporlarının 91-97 arasında puanla değerlendirilmek suretiyle çok iyi olarak düzenlenmiş olduğu da gözönünde bulundurulduğunda, dava konusu 2001 yılı sicil ve başarı değerlemesi raporunun (B) düzeyinde değerlendirilmesinde objektif ölçütlere göre hareket edilmediği sonucuna varılmıştır.

Bu durumda, … PTT Başmüdürlüğü Personel ve İdari İşler Müdürlüğü Amiri olarak görev yapan davacının 2001 yılı sicil ve başarı değerlemesi raporunun (B) düzeyinde değerlendirilmesinde "Sicillerin Objektifliği" ilkesine aykırı hareket edildiği anlaşıldığından, anılan İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Adana 2. İdare Mahkemesince verilen 22.5.2002 günlü, E:2002/79, K:2002/819 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun, 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca buzulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 31.1.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2004/6213
Karar No : 2005/329

Özeti : Düşük not takdir edilmek suretiyle olumlu olarak düzenlenen sicillerin de hukuka uygun bir sebebe dayandırılması gerektiği ve yargılama yerlerince uyuşmazlığın gözönünde resen araştırma yönteminin uygulanacağı, ispat külfetinin sadece taraflardan birine yüklenmesi suretiyle hüküm kurulamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** Malatya Valiliği
İsteğin Özeti **:** Malatya İdare Mahkemesi'nin 9.5.2002 günlü, E:2001/1271, K:2002/656 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyizi istenen kararın usul ve kanuna uygun olduğu, bu nedenle istemin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Vahit Kınalıtaş

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Celalettin Yüksel

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, Malatya ... İlçesi ... İlköğretim Okulu Sosyal Bilgiler Öğretmeni olan davacının, orta olarak düzenlenen 1998 yılı sicil raporunun iptali istemiyle açılmıştır.

Malatya İdare Mahkemesi'nin 9.5.2002 günlü, E:2001/1271, K:2002/656 sayılı kararıyla; "davacının 1998 yılı sicilinin dava dilekçesinde iddia edildiği gibi olumsuz düzenlenmediği, dava konusu sicil raporunun 1. sicil amirince 61, 2. sicil amirince 70 puan verilmek suretiyle 66 sicil notu ortalamasıyla orta düzeyde ve olumlu düzenlendiği; değerlendirmeye etki eden hususların nitelikleri itibariyle gözlem ve kanaate dayalı oluşu ve zaman içinde değişkenlik arzedebilecek özellikler taşıması nedeniyle başarı düzeyinin de yıllar itibariyle farklılık gösterebileceğinin muhakkak olduğu: bu durumda, olumlu düzeyde olmakla birlikte not olarak düşük takdir edilen sicil ve başarı notları denetlenirken, sicil amirlerinin memura karşı şahsi maksatlarla düşük not takdiri yoluna gittiklerinin kanıtlanması gerekmekte olup, davacının ortalama 66 puan verilerek düzenlenen 1998 sicilinin kasıtlı olarak düşük takdir edildiği yönünde hukuken geçerli objektif bilgi ve belge bulunmadığından, mevzuat hükümlerine uygun olarak doldurulduğu sonucuna ulaşılan dava konusu 1998 yılı sicil raporunda hukuka aykırılık bulunmadığı" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, 1998 yılı sicil notunun orta olarak düzenlenmesinin, subjektif nedenlere dayalı olduğunu öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 111. maddesinde, Devlet memurlarının ehliyetlerinin tespitinde, kademe ilerlemelerinde, derece yükselmelerinde, emekliye çıkarma veya hizmetle ilişkilerinin kesilmesinde özlük ve sicil dosyalarının başlıca dayanak olduğu; 113. maddesinde, sicil amirlerinin belli zamanlarda düzenleyecekleri sicil raporlarında, memurların liyakat derecesini not esasına göre kıymetlendirerek tespit edecekleri; 115. maddesinde, sicil amirlerinin maiyetlerindeki memurların sicil raporları ile birlikte, bunların genel durum ve davranışları bakımından da olumlu ve olumsuz nitelikleri, kusur ve eksiklikleri hakkında mütalaalarını bildirecekleri; 119. maddesinde de, sicil raporlarındaki sicil notu ortalaması 100 üzerinden 60 ve daha yukarı olanların olumlu sicil almış sayılacağı, sicil raporlarındaki sicil notu ortalaması 60'ın altında olanların olumsuz sicil almış sayılacağı belirtilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 121. maddesi hükmü uyarınca çıkarılan Devlet Memurları Sicil Yönetmeliği'nde de benzer düzenlemelere yer verilmiştir. Anılan Yönetmeliğin 17. maddesinde, sicil amirlerinin sicil raporunu doldurdukları her memuru;

a) dış görünüşü (kılık, kıyafet),

b) zeka derecesi ve kavrayış kabiliyeti,

c) azim ve sebatkarlık, dürüstlük, sır saklamada güvenirlilik ve beşeri münasebetlerdeki başarısı,

d) alkol, kumar, vb. alışkanlıkları memuriyetle bağdaşmayacak ölçüde sürdürme, dedikodu yapma, kıskançlık, kin tutma gibi kötü huy davranışları,

bakımından genel bir değerlendirmeye tabi tutacakları, sicil döneminde edinilen bilgi ve müşahadelerden yararlanılarak yapılacak değerlendirme sonuçlarına göre memurların olumlu ve olumsuz yönleri, kusur ve noksanları hakkındaki düşüncelerin sicil raporunun şahsiyet değerlendirilmesine ait bölümüne ayrı ayrı açık ve gereğine göre kısa veya teferruatlı olarak yazılacağı, sicil amirlerinin memurların genel durum ve davranışları hakkındaki düşüncelerinin, not takdirlerinde dikkate alınacağı; 19. maddesinde, sicil amirlerinin sicil raporlarını itinalı, doğru ve tarafsız bir şekilde düzenlerken, Devlete sadakat ve bağlılığı, memuriyet sıfatının gerektirdiği şeref ve itibar ile hizmetlerin süratli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesini, güvenilir ve yetenekli memurların yükselmelerini, diğerlerinin ise kamu hizmetlerinden uzaklaştırılmaları gerektiğini esas alacakları; 20. maddesinde de, her derecedeki sicil amirlerinin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve bu Yönetmelik hükümlerine uygun olarak memurlar hakkında sicil raporlarında yaptıkları değerlendirmelerin birbirinden bağımsız ve 16 ncı madde hükümlerine göre etkili ve geçerli olduğu hükme bağlanmıştır.

Değerlendirme bir sistem olarak, personele ilişkin uygulamaların dayanağını oluşturmakta olup, personelin değerlendirilmesi ise; personelin yükseltilmesi, gelecekte göstereceği gelişme potansiyeli, eğitim ihtiyaçlarının belirlenmesi, başarı durumunun ortaya çıkması, ödüllendirilmesi, ücretinin artırılması, görev yerinin değiştirilmesi, görevine son verilmesi, emekliye ayrılması gibi amaçlara hizmet etmektedir.

Yukarıda belirtildiği şekilde yetkili sicil amirlerince düzenlenen sicil raporlarının doğurduğu hukuki sonuçların ağırlığı dikkate alındığında; her yıl için yeniden düzenlenmek suretiyle ilgili memurun o yıl içindeki mesleki bilgisini, deneyimini, tutum ve davranışlarını ortaya koyan ve tüm bu hususların değerlendirilmesinden sonra oluşan hukuki bir belge niteliği taşıyan sicil raporlarında, "Sicillerin Objektifliği" ilkesi çerçevesinde yetkili sicil amirlerinin kanaatinin oluşmasına etki eden hususların somut bilgi ve belgeye dayandırılmasının bir zorunluluk arzedeceği tartışmasızdır.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "Dosyaların İncelenmesi" başlıklı 20 nci maddesinin 1 inci fıkrasında, Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar, mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu hususstaki kararların, ilgililerce süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir." hükmü yer almaktadır.

Anılan hüküm ile uyuşmazlığı çözmekle görevli yargı yerlerine, dava konusu işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırılığını saptama konusunda re'sen araştırma yetkisi verildiği görülmektedir.

Ayrıca, taraflar davalarını ispat yönünden, yargı yerleri önünde eşit seviyede olduklarından, davasını ispat külfetinin sadece bir tarafa yüklenmesi de mümkün değildir.

Olayda, davacının 1998 yılı sicil notunun orta olarak düzenlenmesine neden olarak herhangi bir somut olay bilgi veya belge gösterilmediği anlaşılmıştır.

Bu durumda, olumsuz düzenlenen sicile karşı açılan davalarda uygulanan çözüm yönteminin, düşük not takdir edilmek suretiyle olumlu olarak düzenlenen sicillere karşı açılan davalarda da uygulanması gerektiği tartışmasız olup, uyuşmazlığın çözümü uyuşmazlığa konu idari işlemin sebebinin ortaya konulmasının olduğu ve bu sebebin, davalı idarece ileri sürülmesinin yanında bilgi ve belgeyle ispatlanması gerekliliği de dikkate alındığında; somut bilgi ve belgeye dayandırılmaksızın tesis edilen dava konusu işlemde ve ispat külfeti, öncelikle olayda aktif durumda bulunan davalı idareye yükletilmesi gerekeceğinden, sicilin orta düzeyde belirlenmesi sırasında sicil amirlerince objektif davranılmadığının ortaya

konulması hususunun davacıya yükletilmesi suretiyle davanın reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle Malatya İdare Mahkemesi'nce verilen 9.5.2002 günlü, E:2001/1271, K:2002/656 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanunla değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 31.1.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2004/5882
Karar No : 2005/496

Özeti : 2000 yılı içinde üç ayrı yerde farklı sürelerde görev yapan davacının 2000 yılı sicilinin en çok süreyle (5 ay 21 gün) yanında görev yaptığı yeni görev yeri sicil amiri tarafından doldurulması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Vakıflar Genel Müdürlüğü
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** ...
İsteğin Özeti **:** DSİ Balıkesir Bölge Müdürlüğünde görev yapan davacının, 2000 yılı sicilinin 10.7.2000 tarihinden önce görev yaptığı kurum olan Vakıflar Bölge Müdürlüğü tarafından olumsuz düzenlenmesi işlemi ile olumsuz sicile yaptığı itirazın reddine ilişkin 18.12.2000 günlü işlemin iptali istemiyle açılan dava da; Devlet Memurları Sicil Yönetmeliği'nin 13. maddesinin 1. fıkrasında, haklarında sicil raporu düzenlenecek memurların, değerlendirilmelerini yapacak sicil amirlerinin yanında en az altı ay çalışmış olmalarının şart olduğu; 14. maddesinde, bir görevde altı ay veya daha fazla bir süre bulunup başka göreve atananların sicil raporlarının bunların atanmalarından önceki sicil amirlerince ayrıldıkları tarihi takip eden onbeş günde doldurulacağı ve yeni görev yerlerine gönderilmek üzere ilgili makamlara teslim edileceği hükümlerinin düzenlendiği, aynı Yönetmeliğin 3. maddesinde de, sicil raporunun, sicil amirlerinin, mesleki ehliyetin belirlenmesini sağlayan soruları not usulüyle, şahsiyetle ilgili konuları mütalaa şeklinde değerlendirerek memurların mesleki ehliyetleriyle şahsi meziyet ve kusurlarını belirledikleri form olarak tanımlandığı, sicil raporunun bu tanımı ile Sicil Yönetmeliğinin anılan hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; sicil raporunda temel olanın, görev yeri değil sicil amiri olduğu, 14. madde hükmünden de, memurların altı aydan daha az süre ile görev yapmaları halinde ilgili sicilin yeni görev yerindeki sicil amirince doldurulacağının anlaşıldığı, memurun mesleki ehliyetinin ve şahsiyetiyle ilgili değerlendirmelerin en çok süreyle birlikte çalıştığı sicil amiri tarafından düzenlenmesinin esas olduğu, dosyanın incelenmesinden, 1986 yılından itibaren Balıkesir Vakıflar Bölge Müdürlüğünde görev yapan davacının, 31.3.2000 onay tarihli işlemle Diyarbakır Bölge Müdürlüğüne atandığı ve 1.5.2000 tarihinde göreve başladığı, 10.7.2000 tarihinde de kurum değişikliği yapılarak DSİ Balıkesir Bölge Müdürlüğüne atamasının yapıldığı, davacının 2000 yılı içinde Vakıflar Genel Müdürlüğünün taşra teşkilatı olan Balıkesir'de 3 ay 16 gün, Diyarbakır'da 2 ay 23 gün, Devlet Su İşleri Balıkesir Bölge Müdürlüğünde 5 ay 21 gün görev yaptığı, 2000 yılı sicilinin eski kurumu olan davalı idare tarafından olumsuz düzenlendiği, 2000 yılı içinde üç ayrı yerde farklı sürelerde görev yapan davacının, 2000 yılı sicilinin en çok süreyle (5 ay 21 gün) yanında görev yaptığı yeni görev

yeri sicil amiri DSİ Balıkesir XXV. Bölge Müdürlüğü tarafından doldurulması gerekirken, eski kurumun taşra teşkilatında farklı illerde farklı sicil amirleriyle çalıştığı sürelerin toplamının altı aydan fazla olduğu nedeniyle davalı idare tarafından olumsuz olarak düzenlenen 2000 yılı sicilinde yetki yönünden mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemin iptali yolunda Bursa 2. İdare Mahkemesince verilen 15.2.2002 gün ve E:2000/1582, K:2002/167 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti **:** Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Hürriyet Micozkadıoğlu

Düşüncesi **:**İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı **:** Gülen Aydınoğlu

Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin varlığına bağlıdır. Bursa 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 15.2.2002 günlü, E:2000/1582, K:2002/167 sayılı karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı üzerinde bırakılmasına, 8.2.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
İkinci Daire
Esas No : 2004/4552
Karar No : 2005/1547

Özeti : Laiklik ilkesine aykırı eylemleriyle, görev yaptığı okuldaki eğitim ve öğretim faaliyetlerini olumsuz biçimde etkilediği açık olan davacının, il dışında başka bir okula naklen atanması işleminde kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Balıkesir Valiliği.

Karşı Taraf **:** ...

İsteğin Özeti : Bursa 2. İdare Mahkemesi'nin 12.12.2002 günlü, E:2002/155, K:2002/1468 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti **:** Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi: B. Ufuk Kadıgil.

Düşüncesi **:** İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Semra Şentürk

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava, Balıkesir İli Merkez İmam Hatip Lisesi ve Anadolu İmam Hatip Lisesi'nde öğretmen kadrosunda olup, Müdür Başyardımcısı olarak görev yapan davacının, bu görevden alınarak aynı İl Ayvalık İlçesi İstiklal İlköğretim Okulu'na öğretmen olarak naklen atanmasına ilişkin 6.12.2001 günlü, 27086 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Bursa 2. İdare Mahkemesi'nin 12.12.2002 günlü, E:2002/155, K:2002/1468 sayılı kararıyla; "davacının atama işlemine esas alınan 5.12.2001 günlü, 410/18.35 sayılı İnceleme Raporu incelendiğinde, sadece Okul Müdürü ile Müdür Başyardımcısının ve üç müdür yardımcısının ifadesine başvurulduğu, okulda görev yapan öğretmenler ile (özellikle davacının, Milli Eğitim Bakanlığı İle Diğer Bakanlıklara Bağlı Okullardaki Görevlilerle Öğrencilerin Kılık Kıyafetlerine İlişkin Yönetmeliğe uymaları hususunda uğraşan okul idaresine destek vermediğini belirten) kız öğrencilerin beyanlarının alınmadığı, bu hali ile soruşturmanın eksik yapıldığının anlaşıldığı, bulunduğu görevi yürütmesindeki sakıncalar somut bilgi ve belgelerle ortaya konulamayan davacının, atanmasında kamu yararı ile kamu hizmetinin gereklerine uyarlık bulunmadığı sonucuna varıldığı" gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare, dava konusu işlemin hukuka uygun olduğunu öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 7.3.1989 günlü, E:1989/1, K:1989/12 sayılı Kararı'nda yer alan belirli tespitler, "Anayasal kaynaklı eğitim ve öğretim faaliyeti"nin dayanağı olan temel ilkeler konusunda açıklayıcı bilgiler içermektedir. Buna göre, anılan Kararda yer alan;

"*Anayasa'nın 176. maddesine göre, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmı Anayasa metni kapsamındadır. Başlangıç, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri içermekle Anayasa maddelerinin amacını ve yönünü belirleyen bir kaynaktır. Anayasa'nın Başlangıcı'nda, Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O'nun inkılap ve ilkeleri doğrultusunda; Türkiye Cumhuriyeti'nin çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde; hiçbir düşünce ve görüşün Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılaplarıyla medeniyetçiliği karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesi gereği kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı; her Türk vatandaşının medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirmek hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu fikir, inanç ve kararıyla anlaşılması, sözüne ve ruhuna bu yönlerde de saygı gösterilmesi, mutlak bir sadakatle yorumlanıp uygulanması gerektiğini bildirmesi bu niteliğinin kanıtıdır.*",

"*Anayasa'nın 130. maddesinde öngörülen "çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan" düzen, laiklik ilkesinin gözardı edildiği bir ortam olamaz. Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ulusun ve ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği aleyhine davranılamayacağını da içeren bu maddenin, ulusallık, bağımsızlık ve ulusal birlik için katkılarının laikliği dışarda bırakması düşünülemez. Aklın ve gözlemin yönlendirdiği bilimsel çalışmaya katılacak kimselerin bilimsel gerekler dışında bir etkiyle karşılaşmaksızın yetiştirilmeleri gerekir. Eğitim, yalnız bilimsel istemler doğrultusunda yapılması, dogmalardan ve bilime ters düşen etkilerden uzak tutulmasıyla sağlanır.*",

"*Anayasa'nın "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Eğitim ve öğretim Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamaz." denildikten sonra, dördüncü fıkrasında "Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldıramaz." denilerek Başlangıç'taki ilkelere bağlılık pekiştirilmiştir.*",

"*Eğitim ve öğretimde, dinsel inanca devlet gücünün özel bir katkı vermesi düşünülemez. Laiklik bir bütündür. Özellikle eğitim-öğretim alanında laikliğe bağlılık ve saygı, ulusun geleceği açısından da üzerinde önemle durulacak bir konudur.*"

biçimindeki tespitlerle, eğitim ve öğretim faaliyetinin temel ilkelerinin; Atatürk ilke ve inkılaplarına bağlılık, laiklik, çağdaşlık ve bilimsellik olduğu belirtilmiştir.

Söz konusu ilkelere, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nda da yer verilmiştir. Anılan Kanun'un 2. maddesinde; "Türk Milli Eğitiminin genel amacı, Türk Milletinin bütün fertlerini,

Atatürk inkılap ve ilkelerine ve Anayasada ifadesini bulan Atatürk milliyetçiliğine bağlı; Türk Milletinin milli, ahlaki, insani, manevi ve kültürel değerlerini benimseyen, koruyan ve geliştiren; ailesini, vatanını, milletini seven ve daima yüceltmeye çalışan; insan haklarına ve Anayasanın başlangıcındaki temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyetine karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış haline getirmiş yurttaşlar olarak yetiştirmek;

Beden, zihin, ahlak, ruh ve duygu bakımlarından dengeli ve sağlıklı şekilde gelişmiş bir kişiliğe ve karaktere, hür ve bilimsel düşünme gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip, insan haklarına saygılı, kişilik ve teşebbüse değer veren, topluma karşı sorumluluk duyan; yapıcı, yaratıcı ve verimli kişiler olarak yetiştirmek;

İlgi, istidat ve kabiliyetlerini geliştirerek gerekli bilgi, beceri, davranışlar ve birlikte iş görme alışkanlığı kazandırmak suretiyle hayata hazırlamak ve onların, kendilerini mutlu kılacak ve toplumun mutluluğuna katkıda bulunacak bir meslek sahibi olmalarını sağlamak;

böylece bir yandan Türk vatandaşlarının ve Türk toplumunun refah ve mutluluğunu arttırmak; öte yandan milli birlik ve bütünlük içinde iktisadi, sosyal ve kültürel kalkınmayı desteklemek ve hızlandırmak ve nihayet Türk Milletini çağdaş uygarlığın yapıcı, yaratıcı, seçkin bir ortağı yapmaktır." hükmüne yer verilmiştir.

Anılan Kanun'un; 10. maddesinin 1. fıkrasında; "Eğitim sistemimizin her derece ve türü ile ilgili ders programlarının hazırlanıp uygulanmasında ve her türlü eğitim faaliyetlerinde Atatürk inkılap ve ilkeleri ve Anayasada ifadesini bulmuş olan Atatürk milliyetçiliği temel olarak alınır. Milli ahlak ve milli kültürün bozulup yozlaşmadan kendimize has şekli ile evrensel kültür içinde korunup geliştirilmesine ve öğretilmesine önem verilir.", 12. maddesinde; "Türk milli eğitiminde laiklik esastır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilköğretim okulları ile lise ve dengi okullarda okutulan zorunlu dersler arasında yer alır." ve 43. maddesinin 1. fıkrasında da; "Öğretmenlik, Devletin eğitim, öğretim ve bununla ilgili yönetim görevlerini üzerine alan özel bir ihtisas mesleğidir. Öğretmenler bu görevlerini Türk Milli Eğitiminin amaçlarına ve temel ilkelerine uygun olarak ifa etmekle yükümlüdürler." hükümleri yer almıştır.

Yukarıda belirtilen yargı kararı ve burada değinilme fırsatı olmamakla birlikte aynı içeriğe sahip pek çok benzer karar ile yasal düzenlemeler şu hususu açıkça ortaya koymaktadır ki; görevi gereği eğitim ve öğretim faaliyeti ile ilgili bir alanda çalışan kamu görevlisinin, bu temel ilkelere aykırılık oluşturabilecek her hangi bir tutumu; idari ve adli yönden sorumluluk doğuracaktır.

Dava dosyasının incelenmesinden; … İli Merkez İmam Hatip Lisesi ve Anadolu İmam Hatip Lisesi'nde öğretmen kadrosunda olup, Müdür Başyardımcısı olarak görev yapan davacı hakkında düzenlenen 5.12.2001 günlü, 410/18.35 sayılı İnceleme Raporu'nda; davacının, anılan Okul'da eğitim gören kız öğrencilerin kılık ve kıyafetleri ile karma eğitim

konusunda meydana gelen değişimi hazmedemediği ve bu nedenle Okul idaresine gereken desteği vermediği, Okul Müdürü ve müdür yardımcısını hedef alarak yıpratma ve yıldırma çabası içinde olduğu belirtilerek, idari yönden; Müdür Başyardımcılığı görevinin üzerinden alınması suretiyle 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 8/C maddesi uyarınca il içerisinde durumuna uygun olan bir okulda görevlendirilmesinin önerildiği, bu öneri doğrultusunda tesis edilen dava konusu işlemle aynı İl … İlçesi … İlköğretim Okulu'na öğretmen olarak naklen atandığı, söz konusu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacının üstüne atılı bulunan eylemlerin, söz konusu inceleme raporu içeriği ve ekinde yer alan tanık ifadeleri ile subuta erdiği, ve bu eylemler nedeniyle de anılan Okul'daki eğitim ve öğretim faaliyetinin olumsuz bir biçimde etkilendiği açık olduğundan, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun bir biçimde tesis edilen dava konusu işlemin iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle Bursa 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 12.12.2002 günlü, E:2002/155, K:2002/1468 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 2.5.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÜÇÜNCÜ DAİRE KARARLARI

GELİR VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2004/262
Karar No : 2005/954

Özeti : Tamamlama vizesinin süresinden sonra yapılmasının, onaylanmış süre içinde gerçekleşen yatırıma ilişkin indirim hakkını ortadan kaldırmayacağı hakkında.

Temyiz Edenler : 1-... Turizm Gıda ve Dış Tic.Ltd.Şti.
2-Vergi Dairesi Müdürlüğü-HOPA

İstemin Özeti : 31.7.1996 tarihli teşvik belgesi kapsamındaki yatırımın süresinde tamamlanmadığı ve süre uzatımı talebinde bulunulmadığından bahisle yatırım indiriminden yararlanamayacağı görüşüyle davacı adına 1996 takvim yılı için salınan ağır kusur cezalı kurumlar vergisi ve fon payı ile geçici vergi üzerinden kesilen ağır kusur cezasını; 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun Ek 2'nci maddesinin 5'inci bendi uyarınca yatırımın, tasdik edilmiş bulunan şartlar ve süreler dahilinde yapılmış olması gerektiği, tasdik edilen şartlarda meydana gelecek değişikliklerin ve sürelerde doğabilecek gecikmelerin zamanında Hazine Müsteşarlığına bildirilmemesi veya değişikliklerin kabul edilmemesi halinde, evvelce yapılan tasdikin hükümsüz addolunacağı ve yatırım indiriminden yararlanma hakkının ortadan kalkacağı, olayda yatırımın süresinde tamamlanmadığı, söz konusu yatırımla ilgili sürelerde meydana gelen gecikmenin vukuundan itibaren üç ay içinde Hazine Müsteşarlığı'na bildirilmediği açık olduğundan, yatırım indirimi hakkı kalkan davacı adına yatırım indiriminin reddi suretiyle salınan kurumlar vergisi ve fon payında hukuka aykırılık bulunmadığı, yol açılan vergi kaybı nedeniyle kurumlar vergisi ve fon payı üzerinden kusur cezası kesilmesi gerektiği, peşin bir vergi niteliği taşıyan geçici vergi üzerinden de ağır kusur cezası kesilemeyeceği gerekçesiyle ağır kusur cezalarını kusur cezasına çevirmek suretiyle değiştiren Erzurum Vergi Mahkemesinin 31.10.2003 gün ve E:2002/831, K:2003/720 sayılı kararının; davacı tarafından, Hazine Müsteşarlığı tarafından yayımlanan 2001/1 sayılı Tebliğin 46/f maddesinin, teşvik belgesindeki kayıt ve kurallara bakılmaksızın gerçekleşen değerler üzerinden tamamlama vizesi yapma imkanı tanıdığı, tamamlanan yatırımın sözü edilen Tebliğ çerçevesinde tamamlama vizesinin yapıldığından yatırım indirimi hakkının ortadan kalkmayacağı, davalı idare tarafından ise davacı adına Vergi Usul Kanununun mükerrer 347'nci maddesi uyarınca kesilen ağır kusur cezasında yasaya aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti: Davalı idare tarafından, davacı temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuş, davacı tarafından savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi : Pelin Akça

Düşüncesi : Bitiş tarihi 31.7.1998 olarak öngörülen 31.7.1996 tarihli teşvik belgeli yatırıma ilişkin tamamlama vizesi için süresinde başvurmadığı sabit olan davacının 9.7.2002 tarihli başvurusu üzerine gerçekleşen değerler üzerinden tamamlama vizesi yapılmış olup, yatırımın belgede öngörülen sürede gerçekleşmediği yolunda bir tespit bulunmadan salt tamamlama vizesi başvurusunun sonradan yapılması, yatırım indiriminin reddedilmesine dayanak yapılamayacağından, aksi yolda verilen kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Savcı **:** Eren Sonbay

Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 17.maddesinin 2.fıkrası hükmü uyarınca temyizen incelenen dosyalarda duruşma yapılması tarafların istemine ve Danıştay'ın kararına bağlı olup, temyiz isteminde bulunan davacının duruşma talebinin yerine getirilmesine gerek bulunmadığı sonucuna varıldığından dosya incelenerek işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacının 31.7.1996 tarih ve 46869 sayılı teşvik belgesi kapsamındaki yatırımını süresinde tamamlamaması ve gecikme nedenini Hazine Müsteşarlığı'na bildirmemesi nedeniyle Gelir Vergisi Kanununun Ek 5'inci maddesinin (c) bendi uyarınca 1996 yılında yararlandığı yatırım indirimi tutarı üzerinden kurumlar vergisi ve fon payı salınmış, ağır kusur cezaları kesilmiştir.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa 202 sayılı Kanunun 16'ncı maddesiyle eklenen sekizinci bölümün olay tarihinde yürürlükte bulunan Ek 1'inci maddesinde, dar mükellefiyete tabi olanlar dahil, ticari veya zirai kazançları üzerinden vergiye tabi mükelleflerin (adi ortaklıklar, kollektif ve adi komandit şirketler ile kurumlar vergisi mükellefleri dahil) yaptıkları yatırımların, söz konusu bölümde yazılı kayıt ve şartlar dahilinde, ilgili kazançlarından indirileceği hükmüne yer verilmiş ve Ek 2'nci maddesinde de yatırım indirimi uygulamasında aranacak koşullar sayılmıştır. Yatırımın, tasdik edilmiş bulunan şartlar ve süreler dahilinde yapılmış olması gerektiği, tasdik edilen şartlarda meydana gelecek değişikliklerin ve sürelerde doğabilecek gecikmelerin vukuundan itibaren üç ay içinde Hazine Müsteşarlığına bildirilmemesi veya değişikliklerin kabul edilmemesi halinde, evvelce yapılan onayın hükümsüz addolunacağı ve yatırım indiriminden yararlanma hakkının ortadan kalkacağı maddenin 5'inci bendinde öngörülmüştür. Ek 5'inci maddenin (c) bendinde de Ek 2'nci maddedeki şartlardan herhangi birinin ihlali durumunda yatırım indirimi dolayısıyla zamanında tahakkuk ettirilmemiş vergiler yönünden vergi ziyaına yol açılmış sayılacağı belirtilmiştir.

Davacının, bitiş tarihi 31.7.1998 olarak öngörülen 31.7.1996 tarihli teşvik belgeli yatırımının tamamlama vizesi için süresinde başvuruda bulunmadığı tartışmasız olmakla birlikte, Hazine Müsteşarlığının davalı idareye hitaben yazdığı 14.6.2002 gün ve 39114 sayılı yazısında; 21.2.2002 tarih ve 24678 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2002/3699 sayılı kararın geçici 2'nci maddesi uyarınca, teşvik belgesinin yatırım süresinin uzatılamayacağı, davacının başvurması halinde 2001/1 sayılı Tebliğin 46'ncı maddesi gereğince tamamlama vizesi işleminin değerlendirmeye alınabileceğinin belirtildiği ve davacının 9.7.2002 tarihli başvurusu üzerine 10.9.2002 tarihinde yatırım yerinde yapılan tamamlama ekspertizine dayanılanarak 21.12.2000 tarih ve 2000/1821 sayılı kararın geçici 1'inci maddesi ve bu kararın uygulanmasındaki usul ve esasları tespit etmek için hazırlanan Yatırımlarda Devlet Yardımları ve Yatırımları Teşvik Fonu Hakkında Kararın Uygulanmasına İlişkin 2001/1 sayılı Tebliğin 46'ncı maddesi uyarınca teşvik belgesi konusu yatırımın bütünlüğü ile belge şart ve karakteristik değerlerine bakılmaksızın gerçekleşen değerler üzerinden tamamlama vizesinin yapıldığı anlaşılmıştır.

Teşvik belgesi kapsamı yatırımların, belgede öngörülecek sürede gerçekleştirilmesi esastır. Yasa yapıcı da yatırım indirimi hakkı için bu koşulu aramıştır. Tamamlama vizesinin

süresinden sonra yapılması, onaylanmış süre içinde gerçekleşen yatırıma ilişkin indirim hakkını ortadan kaldırmayacaktır.

Tamamlama vizesi için zamanında başvurmamasına karşın teşvik belgesi iptal edilmeyen davacının gerçekleşen haliyle 2002 yılında tamamlama vizesi yapılan belge kapsamındaki yatırımını belgede öngörülen 31.7.1998 tarihine kadar gerçekleştirip gerçekleştirmediği yolunda yapılacak incelemeyle davacının yatırım indirimi hakkı bulunup bulunmadığı hususunda varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, bu yolda bir inceleme yapılmaksızın verilen kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davacı temyiz isteminin kabulü ile Erzurum Vergi Mahkemesinin 31.10.2003 gün ve E:2002/831, K:2003/720 sayılı kararının yukarıda sözü edilen hususlar dikkate alınarak yeniden bir karar verilmek üzere bozulmasına, davalı idare temyiz isteminin bu nedenle reddine, yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine 21.4.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2003/1795
Karar No : 2005/553

Özeti : Mirasçıların ölenin vergi borçlarından miras paylarına göre sorumlu tutulmalarını öngören Vergi Usul Kanununun 12'nci maddesi, borçtan sorumluluğu düzenleyen bir kural olup, ihbarnamenin düzenlendiği tarihte vefat etmiş bulunan murisin adının ihbarnamede yazılı olmasının, mirasçıların dava haklarını kullanmalarını engellemediğinden, bozma nedeni olarak görülmediği, kendiliğinden mükellefiyet tesis ettiren murisin yapının tamamlanması amacıyla gerçekleştirdiği daire satışlarının, ticari kazanç kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden **:** Kalekapı Vergi Dairesi Müdürlüğü - ANTALYA
Karşı Taraf **:** … Varisleri, …, …, , …, … (…)
İstemin Özeti **:** Varisi bulundukları …'in 2001 takvim yılına ilişkin işlemleri incelenerek 3 adet daire satışından elde edilen gelirin kayıt ve beyan dışı bırakıldığının ayrıca 28 adet dairenin ölüm tarihi itibarıyla düzenlenen bilançoda görülmediğinin tespiti üzerine murisleri adına salınan gelir vergisi ve fon payını; satın alınan veya inşa edilen gayrimenkullerin satışından doğan kazançların ticari kazanç olarak değerlendirilebilmesi için satışın devamlılık unsuru taşıdığının, gayrimenkulün başkalarına satılmak amacıyla inşa edildiğinin, işin ticari bir organizasyon içinde yapılıp yapılmadığının tespitinin önemli olduğu, dava konusu olayda da daire satışının yarım kalan inşaatın tamamlanması amacıyla yapıldığının kabulü gerektiği ve ticari kazanç olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle kaldıran Antalya Vergi Mahkemesinin 22.5.2003 gün ve E:2002/1246, K:2003/1261 sayılı kararının; mükellefin kendi serbest iradesi ile gelir vergisi mükellefiyeti tesis ettirdiği, hesaplanan matrah farkında hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.
Savunmanın Özeti **:** Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.
Tetkik Hakimi **:** M. Oğuz Ulaş

Düşüncesi **:** 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 12'nci maddesinde, ölüm halinde mükelleflerin ödevleri, mirası reddetmemiş kanuni ve mansup mirasçılarına geçeceği ancak, mirasçılardan her biri ölünün vergi borçlarından miras hisseleri nispetinde sorumlu olacakları kuralı yer almıştır. Tarhiyatın dayanağı olan vergi inceleme raporundan mükellefin öldüğünün inceleme elemanınca bilindiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda belirtilen yasa kuralı gereğince hesaplanan matrah farkı üzerinden yapılan tarhiyata ilişkin ihbarnamelerin miras hisseleri oranında düzenlenerek mirasçılara tebliği gerektiğinden, tarhiyatın kaldırılması yolunda verilen kararda hukuka aykırılık bulunmadığı düşünülmektedir.

Savcı **:** Nurten Karaçay

Düşüncesi **:** Davacıların murisin uyuşmazlık dönemine ait işlemlerinin incelenmesi sonucu düzenlenen inceleme raporuna dayanılarak muris adına yapılan tarhiyata karşı açılan davayı kabul eden mahkeme kararı temyiz edilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunun 12. maddesinde; ölüm halinde mükellefin ödevleri, mirası reddetmemiş mirascılarına geçeceği ancak mirascıların herbirinin ölünün vergi borcundan miras hisseleri nispetinde sorumlu olacakları öngörülmüştür.

İncelemenin yapıldığı sırada vergi mükellefinin öldüğü bilindiğine göre mirascıların herbirine miras hisseleri oranında vergi ihbarnamelerinin düzenlenerek tebliği gerekirken, Vergi Dairesince hiç bir hak ve borca ehil olmayan muris adına düzenlenerek mirascıya tebliğ edilen ihbarnameler hukuksal sonuç doğurmayacağından mahkemece davanın incelenmeksizin reddi gerekirken davanın kabulü yolunda verilen kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenle temyiz isteminin kabulü ile temyize konu mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Vergi ve ceza ihbarnamesi, vergi idaresince ikmalen veya re'sen tarh edilen vergi ve kesilen cezaların ilgililerine duyurulduğu bildirim aracıdır. Vergi Usul Kanununun 108'inci maddesinde, vergi ihbarı ile ilgili vesikalarda mükellefin adı, verginin türü veya miktarı ile vergi mahkemesinde dava açma süresinin hiç yazılmamış olmasının belgenin hukuki değerini yitirmesine yol açacağı kurala bağlanmıştır Vergi incelemesinin sonuçlandırıldığı tarihten önce vefat eden mükellefin işlemleri hakkında inceleme raporuna ek tutanakla kanıtlı olduğu üzere mirasçılardan biri olan kimsenin bilgisine başvurulduğu, bu kişinin sağlığında da mükellefin vergilendirmeye konu faaliyetini vekaletnameye dayanarak yürüttüğü ve ölüm nedeniyle salınması gereken vergiler üzerinden ceza kesilmemesinin inceleme raporunda önerilmesi nedeniyle bulunan fark üzerinden sadece gelir vergisi ve fon payı salınarak, tarh edilen bu vergi ve payın duyurulduğu ihbarnamenin mükellefin adı bölümüne ölen murisin adı yazılarak tebligata çıkarıldığı, bu bildirim üzerine mirasçılık belgesi eklenmek suretiyle tüm mirasçılar tarafından imzalanan dilekçe ile süresinde dava açıldığında ihtilaf yoktur.

Yazılı bildirimin amacı talep ve dava hakkının kullanılmasına olanak sağlamaktır.

Vergi ihbarnamesinde, ihbarnamenin düzenlendiği tarihte vefat etmiş bulunan murisin adının yazılı olması davacıların dava haklarının kullanılmasını engellememiştir. Bu yüzden ihbarnamenin esasa müessir bir hata ile sakatlanmadığı sonucuna varılmıştır. Mirasçıların, ölenin vergi borçlarından miras paylarına göre sorumlu tutulmalarını öngören Vergi Usul Kanununun 12'nci maddesi, borçtan sorumluluğu düzenleyen bir kural olup, asıl mükellefin ölümünden sonra salınacak vergilerin bu paylara göre her bir mirasçı adına ayrı ayrı tarhı ile sağlanmak istenen sonuç yaratıldığından, ihbarnamede murisin adı yazılmak suretiyle duyuru yapılması bozma nedeni olarak görülmemiştir.

Gelir Vergisi Kanununun 37'nci maddesinin 1'inci fıkrasında her türlü ticari ve sınai faaliyetten doğan kazanç ticari kazanç olarak tanımlanmıştır. Bu genel tanımdan sonra

maddenin ikinci fıkrasında sayılan işlerden doğan kazançlar da bu kapsama dahil edilmiş, gayrimenkullerin alım, satım, inşaı işleriyle devamlı olarak uğraşılması fıkranın (4) işaretli bendinde yer almıştır.

Arsa payı karşılığı sözleşmenin feshinden sonra yarım kalan inşaatı tamamlamak üzere 24.3.1999 tarihinde mükellefiyet tesis ettiren murisin bu işle ilgili belge bastırdığı, 3.5.1999 tarihli yoklama tutanağıyla (24) işçi çalıştırdığı, 1999 yılı için verdiği beyannamede inşaat tamamlanmadığı için ticari kazanca konu edilebilir gelir doğmadığını beyan ettiği dosyadaki belgelerden anlaşılmıştır. Para, işgücü, araç-gereç ve malzemeleri sistemli bir şekilde bir araya getirip Gelir Vergisi Kanununun 37'nci maddesinde ticari kazanç kabul edilen gayrimenkul inşaı faaliyetini Yasa gereği bildiren murisin, yapımını üstlendiği binada yer alan bağımsız bölüm satışlarından sağladığı hasılat ile bu işle ilgili yaptığı giderlerin, ticari kazancın vergilendirilmesine ilişkin kurallara tabi olması gerektiği açıktır.

Satışların, yapının tamamlanabilmesi amacıyla yapılması Gelir Vergisi Kanununun gayrimenkul alım, satım ve inşaıyla devamlı olarak uğraşanları tacir, elde edilen kazancı ise ticari kazanç kabul eden düzenlemeden dolayı vergilendirmeyi etkileyen bir durum değildir. Bu amaç ancak, tacir sıfatını tartışmalı bırakan ve faaliyetin bir ticari organizasyon içinde yürütülmediği durumlarda vergilendirmeyi etkileyebilir.

Bu durumda kendiliğinden mükellefiyet tesis ettiren murisin bu faaliyeti ticari kazanç kapsamında değerlendirilmesi ve mahkemece matrahın bulunuş biçimine yönelik iddialar incelenerek bir karar verilmesi gerekirken, tarhiyatın yazılı gerekçeyle kaldırılması yolunda karar verilmesinde hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Antalya Vergi Mahkemesinin 22.5.2003 gün ve E:2002/1246, K:2003/1261 sayılı kararının bozulmasına, 492 sayılı Harçlar Kanununun 13'üncü maddesinin (j) bendi parantez içi hükmü uyarınca alınması gereken harç dahil olmak üzere yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine, 8.3.2005 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞIOY

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 12'inci maddesinde, ölüm halinde mükelleflerin ödevlerinin, mirası reddetmemiş kanuni ve mansup mirasçılarına geçeceği, ancak, mirasçılardan herbirinin ölünün vergi borçlarından miras hisseleri oranında sorumlu olacağı kurala bağlanmıştır.

Mirasçılar, ölenin vergi borçlarından miras hisseleri oranında sorumlu olacaklarından, vergi idaresince ilgili kurumlar nezdinde araştırma yapılarak varislerin hisse oranlarının tespitinden sonra mirasçıların her birine hisselerine göre ihbarname düzenlenerek tebliğ edilmesi gerekmektedir.

Dosyada bir örneği bulunan vergi ihbarnamesinin ve tebliğ alındısının incelenmesinden; uyuşmazlığa konu verginin tamamı için ölen … adına ihbarname düzenlendiği anlaşılmıştır.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 150'nci maddesi gözönüne alındığında, vergi dairesinin 12.7.2001 tarihinde vuku bulan ölümden haberdar olması gerektiği gibi, esasen inceleme de mükellefin ölümü nedeniyle defter ve belgeleri üzerinde yapılmış bulunmaktadır.

Bu durumda muris adına ihbarname düzenlenmesinin tarh işlemini kusurlandırıcı nitelikte olması nedeniyle, mahkemece tarhiyatın kaldırılması yolunda verilen kararda sonucu itibarıyla hukuka aykırılık bulunmadığından, mahkeme kararının bozulmasına ilişkin karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2004/1554
Karar No : 2005/694

Özeti : Yarış atı antrenörü olan davacıya, kazanılan ikramiyeden Türkiye Jokey Kulubü tarafından at sahibi adına yapılan ödeme, G.V.K.'nun 61'inci maddesi hükmü uyarınca ücret sayılan ödemelerden olması karşısında, bu ödeme nedeniyle davacı adına resen salınan cezalı gelir vergisine karşı açılan davada, vergi mahkemesince; G.V.K.'nun ücretlerin vergilendirilmesine ilişkin hükümleri esas alınarak karar verilmesi gerekirken, davacıya yapılan ödemenin aynı Kanunun 23'üncü maddesinde düzenlenen gelir vergisinden müstesna tutulan ücretler kapsamında değerlendirilerek verilen kararda hukuka uygunluk bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden : Ziyapaşa Vergi Dairesi Müdürlüğü-ADANA
Karşı Taraf : ...
İstemin Özeti : Yarış atı antrenörü olan davacının Türkiye Jokey Kulubü tarafından kendisine yapılan ödemeye ilişkin olarak gelir vergisi beyannamesi vermemesi nedeniyle 2000 yılı için adına re'sen salınan vergi ziyaı cezalı gelir vergisi ve fon payını; Gelir Vergisi Kanununun 23'üncü maddesinin 2'inci bendinde, gelir vergisinden muaf ya da gerçek usulde vergilendirilmeyen çiftçilerin yanında çalışan işçilerin ücretlerinin gelir vergisinden müstesna tutulduğu, Gelir Vergisi Kanununun ilgili hükümleri uyarınca çıkarılan tebliğlerde yarış atı sahiplerinin çiftçi sayıldığı ve bunların yasada öngörülen koşullarda gerçek usulde vergilendirileceğinin belirtildiği, uyuşmazlık konusu olayda yarış atı sahibi gerçek usulde vergilendirilen bir çiftçi olmadığından yanında at antrenörü olarak çalışan davacının ücretinin de vergiden müstesna olduğu gerekçesiyle kaldıran Adana 1. Vergi Mahkemesinin 18.5.2004 gün ve E:2003/1353, K:2004/763 sayılı kararının; beyan edilmeyen ücret gelirine ilişkin olarak yapılan vergilendirmede hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istemidir.
Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.
Tetkik Hakimi : Cennet Oksal
Düşüncesi : Yarış atı antrenörü olan davacıya Türkiye Jokey Kulubü tarafından yapılan ödemenin Gelir Vergisi Kanununun 61'inci maddesinde ücret sayılan ödemelerden olması ve ödemeyi yapan Türkiye Jokey Kulübünün de aynı Kanunun 94'üncü maddesinde vergi tevkifatı yapmakla sorumlu tutulan kurumlar arasında değerlendirilmesi gerektiği hususları dikkate alındığında, davacıya antrenör primi adı altında yaptığı ödemeden vergi tevkifatı yapma yükümlülüğünü yerine getirmeyen Jokey Kulübünün ödenmeyen vergilerden sorumlu tutulması gerekirken, verginin tarh ve tahakkukundan asıl mükellef olan davacı sorumlu tutularak adına re'sen cezalı vergi salınmasında hukuka uygunluk bulunmadığı, bu nedenle, sonucu itibarıyla yerinde görülen mahkeme kararına karşı yapılan temyiz başvurusunun reddi gerektiği düşünülmektedir.
Savcı : Sefer Yıldırım
Düşüncesi : Davacı adına 2000 takvim yılında at yarışlarından elde ettiği ücret gelirini yıllık gelir vergisi beyannamesi ile beyan etmediği nedeniyle vergi inceleme

raporuna istinaden belirlenen matrah farkı üzerinden yapılan cezalı tarhiyata karşı açılan davayı kabul eden Vergi Mahkemesi kararı temyiz edilmektedir.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 61. maddesinde, ücret, işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilen menfaatler olarak tanımlandığı, ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı (Mali sorumluluk tazminatı), tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunmasının onun mahiyetini değiştirmeyeceği belirtilmiştir.

Öte yandan yine aynı Kanunun vergi tevkifatı ve muhtasar beyanname başlıklı 94. maddesinde, tavkifat yapacakları maddeler halinde sıralanmış olup, vergi tevkifatı, 94 üncü madde kapsamına giren nakden veya hesaben yapılan ödemelere uygulanacağı, bu maddede geçen hesaba ödeme deyiminin, vergi tevkifatına tabi kazanç ve iratları ödeyenlerin istihkak sahiplerine karşı borçlu durumunda gösteren her türlü kayıt ve işlemleri ifade edeceği hükme bağlanmıştır.

Anılan hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, antrenör, jokey ve jokey yamakları ile seyislere yapılacak ücret ve ikramiye ödemelerinden tevkifat yapmak durumunda olan at sahibi veya bunlar adına Türkiye Jokey Kulübü tarafından yapılması halinde gelir vergisi tevkifatına tabi tutulması ve tevkif edilen verilerinde sorumluların bağlı bulunduğu vergi dairesine beyan edilmesi gerekmektedir.

Dava konusu olayda, davacının at sahibi ile aralarında sözleşme olmadan yarışa katılmak suretiyle yarışa giren atın dereceye girmesi sonucunda at sahibine ödenen ikramiyeden belli bir miktarda (mont) aldığı, alınan bu paydan vergi tevkifatı yapılmadığı anlaşıldığından elde edilen ücret gelirinin yıllık gelir vergisi beyannamesi ile beyan edilmesi gerekmekte olup yazılı gerekçe ile aksi yolda verilen mahkeme kararında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Gelir Vergisi Kanununun 61'inci maddesinde, ücret, işverene tabi ve belirli bir iş yerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatler olarak tanımlandıktan sonra, ücretin, ödenek, tazminat, kasa tazminatı, tahsisat zam ve avans, aidat huzur hakkı, pirim ikramiye gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş olmasının onun mahiyetini değiştirmeyeceği hükmüne yer verilmiş olup, beyanname verilmeyen hallerin düzenlendiği aynı Kanunun 86'ncı maddesinin, (a) bendinin olay tarihinde yürürlükte olan şeklinde, tevkif suretiyle vergilendirilmiş ücretler, yıllık beyanname ile beyan edilmeyecek gelirler arasında sayılmıştır.

Aynı Kanunun "Vergi Tevkifatı"nı düzenleyen 94'üncü maddesinde, kamu idare ve müesseseleri, iktisadi kamu müesseseleri, sair kurumlar ticaret şirketleri, iş ortaklıkları, dernekler, vakıflar, dernek ve vakıfların iktisadi işletmeleri, kooperatifler, yatırım fonu yönetenler, gerçek gelirini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbabı, zirai kazançlarını bilanço veya zirai işletme hesabı esasına göre tespit eden çiftçiler, maddede sayılan ödemeleri nakden veya hesaben yaptıkları sırada istihkak sahiplerinin gelir vergilerine mahsuben tevkifat yapmakla yükümlü tutularak, maddenin 1'inci bendinde hizmet erbabına ödenen ücretler ile 61'inci maddede yazılı olup ücret sayılan ödemelerden 103 ve 104'üncü maddelere göre tevkifat yapılacağı öngörülmüştür.

Dosyanın incelenmesinden, yarış atı antrenörü olan davacıya kazanılan ikramiyeden Türkiye Jokey Kulübü tarafından at sahibi adına yapılan ve tevkif suretiyle vergilendirilmeyen

ödemenin beyan edilmemesi nedeniyle düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak davacı adına re'sen salınan vergi ziyaı cezalı gelir vergisinin vergi mahkemesince, yarış atına sahip olan kişinin faaliyeti zirai faaliyet olarak kabul edilip, bu faaliyetine ilişkin olarak gerçek usulde vergilendirilmediği, dolayısıyla yanında çalışan antrenöre ödediği ücretin de Gelir Vergisi Kanununun 23'üncü maddesinde düzenlenen istisna kapsamında olduğu ve vergilendirilmeyeceği gerekçesiyle kaldırılmasına karar verildiği anlaşılmıştır.

9 Aralık 1999 günlü ve 21783 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 93/5043 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Ankara, İstanbul, İzmir, Adana ve Konya'da at yarışları yapmak ve bu yarışlar üzerinden müşterek bahisler tertip etmek yetkisi 20 yıl süreyle Türkiye Jokey Kulübüne devredilmiştir. Bu karar uyarınca at yarışlarıyla ilgili organizasyonun Türkiye Jokey Kulübü tarafından yapılıp yarışlar onun idaresi altında gerçekleşmektedir.

6132 sayılı At Yarışları Hakkındaki Kanun hükümlerine göre yapılan at yarışlarının tertip tanzim ve idaresine ilişkin olarak çıkarılan ve 23.8.1955 gün ve 9085 sayılı Resmi Gazetede Yayımlanan At Yarışları Tüzüğünün 94 ve devamı maddelerinde Türkiye Jokey Kulubü tarafından, atların kazandıkları ikramiyelerden, jokeylere, seyislere ve antrenörlere belli oranlarda pirim ücret ve ikramiye adı altında at sahipleri adına ödeme yapılacağı öngörülmüştür.

Adı geçen kulüp tarafından yasal düzenlemeler dahilinde organize edilip, büyük bir kitlenin katılımıyla gerçekleştirilen at yarışlarında, bu kulübün kuralları ve otoritesi altında yarış atı antrenörü olarak faaliyette bulunan davacının, gelir vergisinden muaf çiftçinin yanında ücretli çalışan bir işçi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Yapılan bu açıklamalar dikkate alındığında, Türkiye Jokey Kulübü tarafından davacıya antrenör primi adı altında yapılan ödemenin, Gelir Vergisi Kanununun 61'inci maddesinde ücret sayılan ödemelerden olduğu ve Gelir Vergisi Kanununun ücretlerin vergilendirilmesine ilişkin hükümlerine göre vergilendirilmesi gerektiği sonucuna varıldığından, uyuşmazlık konusu ödemenin vergiden müstesna tutulan ücretlerden olduğu yönünde verilen mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, Adana 1. Vergi Mahkemesinin 18.5.2004 gün ve E:2003/1353, K:2004/763 sayılı kararının bozulmasına, 492 sayılı Harçlar Kanununun 13'üncü maddesinin (j) bendi parantez içi hükmü uyarınca alınması gereken harç dahil olmak üzere yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine, 22.3.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2003/2042
Karar No : 2005/772

Özeti : Davacı kurum bünyesinde çalışmakta iken iş akitleri 31.1.2002 tarihinde sona eren 180 işçinin, 2001 takvim yılına ait özel gider indirimi kapsamındaki harcama belgelerini davacı kuruma vermelerinin yasal bir zorunluluk olması karşısında, bu harcama belgelerinden doğan vergi farkının hak sahiplerine dağıtılması amacıyla davacıya yasal faiziyle birlikte nakten iadesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden **:** Konak Vergi Dairesi Müdürlüğü-İZMİR
Karşı Taraf **:** … Üniversitesi Vakfı İktisadi İşletmeleri

Vekili **:** Av. ...

İstemin Özeti **:** Özel gider indiriminden doğan 6.501.720.000.-lira vergi farkının iadesi istemiyle yapılan başvurunun reddi işleminin iptali ve söz konusu tutarın yasal faiziyle beraber iadesi istemiyle açılan davada; 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun vergilendirme dönemindeki 63'üncü maddesinin birinci fıkrasının 5'inci bendinde; mükellefin kendisi, eşi ve çocukları ile ilgili eğitim, sağlık, gıda, giyim ve kira harcamalarının yıllık toplam tutarının 1/3'ünün, ücretin safi değerinin tespitinde indirileceği, ücretlilerin harcama belgelerinin işverene ibrazı, beyanı ve verginin iadesine ilişkin süreleri tespite, iadeyi nakden veya mahsuben yaptırmaya, bu uygulamanın usul ve esaslarını tayin ve tespite Maliye Bakanlığının yetkili olduğunun kurala bağlandığı, davacı tarafından istihdam edilen 180 işçinin, harcama belgelerini davacıya teslim ettikten sonra 31.1.2002 tarihi itibariyla başka bir işverenin yanında çalışmaya başladıkları, Şubat/2002 dönemi muhtasar beyannamesinde ayrılan 180 işçi ile halen çalışmakta olan işçilere ait toplam 17.745.530.000.-lira özel gider indiriminden doğan vergi farkının, çalışan işçilerin ücretinden tevkif edilen 11.243.810.000.-lira gelir vergisine mahsubundan sonra kalan farkın iadesi yolunda yapılan başvurunun reddi işleminin dava konusu edildiği olayda, 2001 yılı harcama belgelerinin teslimi gereken 20.1.2002 tarihinde davacı tarafından istihdam edilen 180 işçinin söz konusu harcama belgelerini davacıya vermelerinin yasal bir zorunluluk olması karşısında, bu harcama belgelerinden doğan vergi farkının hak sahiplerine dağıtılması amacıyla davacıya iadesi gerektiği, her ne kadar 180 işçinin aynı vakfa bağlı başka bir iktisadi işletme bünyesinde çalışmaya devam ettiği bu nedenle nakden iade yapılamayacağı ileri sürülmüş ise de her iki iktisadi işletmenin ayrı mükellefiyetleri bulunduğundan 180 işçinin halen davacı işletme bünyesinde çalışmaya devam ettiğinden söz edilemeyeceği, gider indiriminden doğan farkın, kendisine bildirim yapılan davacı tarafından hak sahiplerine ödenmesi gerektiğinden aksi yönde tesis edilen işlemde hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle işlemi iptal ederek 6.501.720.000.-liranın yasal faiziyle birlikte iadesine karar veren İzmir 2. Vergi mahkemesinin 23.10.2003 gün ve E:2003/351, K:2003/1699 sayılı kararının; 176 No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliğine göre işverenin değiştirildiği takvim yılına ait harcama belgelerinin en son çalışan işverene verilmesi gerektiği, vergi farkının takip eden aylara ait ücret gelirleri üzerinden tevkif edilen vergilere mahsubundan sonra yıl sonunda indirilemeyen tutarın nakden iadesi gerekmekte olup nakden iade şartlarının henüz gerçekleşmediği ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi **:** Birgül Öğülmüş

Düşüncesi **:** Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Savcı **:** Nurten Karaçay

Düşüncesi **:** Özel Gider indiriminden doğan gelir vergisi farkının yasal faiziyle birlikte iadesi istemini kabul eden Vergi mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

193 Sayılı Gelir Vergisi Kanununun 63. maddesinin 3946 sayılı Kanunla eklenen 5. bendinde; ücretlinin kendisi ve aile bireyleri için yaptığı eğitim, sağlık, gıda ve kira giderinin üçte birinin, yıllık ücretin %35 ini geçmemek üzere bir sonraki yılda yapılacak vergilemede, matrahtan indirilebileceği ve buna karşı gelen verginin ücretliye işverenler aracılığıyla mahsuben yada nakten ödeneceği kurala bağlanmıştır. Aynı bendin 2. fıkrasında ise, ücretlilerin harcama belgelerini, ibraz, beyan ve verginin iadesine ilişkin süreleri tesbite, iadeyi nakten veya mahsuben yaptırmaya, bu uygulamanın usul ve esaslarını tayin ve tesbite Maliye Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Kanun maddesi hükümlerinde, işveren ve sorumluya vergi farkının ödenmesinin nakten yada mahsuben yapılması arasında bir ayırım gözetmemiş, vergi farkının ödenmesi yönünden Maliye Bakanlığına tanınan tayin ve tesbit yetkisinin

mahsuben ve nakten ödemenin usul ve koşulları yönünden geçerli olduğu sonucuna varılmaktadır.

Maliye Bakanlığı, yasa maddesinden aldığı bu yetkiyi 176-178-182 Seri Sayılı Genel Tebliğlerle kullanmıştır. 178 Seri Sayılı Genel Tebliğin D Bölümünde; muhtasar beyanname veren kamu kurum ve kuruluşları ile diğer işverenler yanında çalışmakta iken yıl içinde emekli olan, işten ayrılan ve ölenlerin özel gider indiriminden doğan gelir vergisi farkının, Ocak ayına ait olup, 20 şubat akşamına kadar muhtasar beyanname ile beyan edilen tevkif suretiyle kesilen vergilerden mahsup edileceği, bu mahsuba rağmen arta kalan özel gider indiriminden doğan vergi farkının bulunması halinde bu farkın, muhtasar beyanname veren işverene vergi dairesince nakten iade edileceği öngörülmüştür.

Davacı kurumun bünyesinde çalışmakta iken iş akitleri 31.1.2002 tarihinde fesh edilen yüzseksen işçinin, 1.1.2001-31.12.2001 dönemine ait özel gider kapsamındaki belgelerini yukarıda sözü edilen yasal düzenlemeler uyarınca 2002 Ocak ayı içerisinde davacı kuruma vermeleri zorunlu olduğuna göre bu işçilere ait özel gider indiriminden doğan ve Şubat 2002 muhtasar beyannamesi ile beyan edilen tevkif yoluyla kesilen gelir vergisinden mahsup sonrası kalan vergi farkının davacı işveren kuruma nakten iadesi gerekeceğinden nakten iade talebinin reddi yolundaki işlemde hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenle temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına, 30.3.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KURUMLAR VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2004/2495
Karar No : 2005/1222

Özeti : Kurumlar Vergisi Kanununun Geçici 24'üncü maddesi gereğince, kurumlar vergisinden istisna tutulan yurt dışı proje, inşaat ve onarım geliri nedeniyle tevkifat yapılması kar dağıtımı yapılması şartına bağlı olup; kar dağıtımı yapmayan şirket adına ihtirazi kayıtla verdiği beyanname üzerinden yapılan tahakkukda yasaya uygunluk bulunmadığı hakkında.

Temyiz Eden **:** Uluçınar Vergi Dairesi Müdürlüğü-GEBZE
Karşı Taraf **:** … Uzay Sistem Konstrüksiyonları Sanayi ve Ticaret A.Ş.
İstemin Özeti **:** Yurt dışı proje ve inşaat onarım gelirinin tevkifata tabi tutulmaması gerektiği ihtirazi kaydıyla verilen Nisan/2003 dönemi muhtasar beyannamesi üzerinden bu istemi kabul edilmeyerek davacı adına tahakkuk ettirilen gelir (stopaj) vergisi

ve fon payını; ara kararı üzerine mahkemelerine ibraz edilen belgelerden yurt dışı onarım, inşaat, montaj işleri ile teknik hizmetlerden sağlanan kazancın % 69' unun yurda getirildiğinin saptandığı, Kurumlar Vergisi Kanununun geçici 24'üncü maddesi gereği kurumlar vergisinden istisna olan bu kazanç nedeniyle gelir vergisi tevkifatı yapılması kar dağıtımı yapılması şartına bağlı olduğundan, kar dağıtımı yapmayan şirket adına yapılan tahakkukta yasaya uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle kaldıran Kocaeli Vergi Mahkemesinin 23.9.2004 gün ve E:2004/626, K:2004/645 sayılı kararının; yapılan tahakkukun yasaya uygun olduğu ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti: Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi : Birgül Öğülmüş

Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Nurten Karaçay

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına, 13.5.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÖZEL İLETİŞİM VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2004/1923
Karar No : 2004/2911

Özeti : Cep telefonu işletmeciliği nedeniyle özel iletişim vergisi yükümlüsü olan davacı kurum tarafından Türk Telekomünikasyon A.Ş'ne verilen çağrı sonlandırma hizmetinin bir haberleşme hizmeti olduğu ve özel iletişim vergisinde de vergiyi doğuran olayın, haberleşme hizmetinin yerine getirilmesiyle gerçekleşmesi karşısında, davacı şirket tarafından Türk Telekomünikasyon A.Ş. abonelerine verilen çağrı sonlandırma hizmetinin, özel iletişim vergisine tabi tutulacağı hakkında.

Temyiz Eden : Boğaziçi Kurumlar Vergi Dairesi Başkanlığı-İSTANBUL
Karşı Taraf : … İletişim Hizmetleri A.Ş.
Vekili : Av. …

İstemin Özeti : Davacı tarafından Türk Telekomünikasyon A.Ş'ne verilen çağrı sonlandırma (ara bağlantı) hizmetine özel iletişim vergisi hesaplanmaması nedeniyle elde edilen hizmet bedeli üzerinden Nisan 2001 dönemi için adına ikmalen salınan vergi ziyaı cezalı özel iletişim vergisini; 4481 sayılı Kanunun vergisi ihtilaflı dönemde yürürlükte bulunan 8'inci maddesinde her nev'i cep telefonu işletmeleri tarafından verilen tesis, devir, nakil ve haberleşme hizmetlerinin bu vergiye tabi olduğuna işaret edilmiş olup, davacı kurum tarafından Türk Telekom A.Ş. abonelerine karşı verilen çağrı sonlandırma hizmetinden dolayı anılan kurumdan özel iletişim vergisi alacağına dair kanunda bir düzenleme bulunmadığı, kanunun lafzının açık olduğu, esasen katma değer vergisinde olduğu gibi yansımalı vergi olan özel iletişim vergisini sonuçta cep telefonu sahiplerinin ödediği, ancak mükellef 8'inci maddede öngörülen cep telefonu işletmecileri olduğu için, işletmeler idareye karşı mükellef kılınmış olmakla beraber, çağrı sonlandırma hizmeti olarak cep telefonu işletmeleri arasındaki özel iletişim vergisi ödemelerinin nihai tüketiciye fatura edildiği, Türk Telekom A.Ş. abonelerinin sabit telefonlarından arama yaptıkları cep telefonları için bu vergiyi ödeyeceklerine dair yasada bir düzenleme yapılmamış olması karşısında yapılan cezalı tarhiyatta mevzuata uyarlık görülmediği gerekçesiyle kaldıran İstanbul Beşinci Vergi Mahkemesinin 23.6.2004 gün ve E:2003/1825, K:2004/1435 sayılı kararının; yapılan tarhiyatın yasal düzenlemeye uygun olduğu ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti: GSM işletmecisi veya abonesi olmayan Türk Telekom'a düzenlenen faturalarda özel iletişim vergisi hesaplanmasının yasal olarak mümkün olmadığı ileri sürülerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi : Nagihan Altekin

Düşüncesi : Cep telefonu işletmeciliği nedeniyle özel iletişim vergisi yükümlüsü olan davacı kurum tarafından Türk Telekomünikasyon A.Ş.'ne verilen çağrı sonlandırma hizmetinin bir haberleşme hizmeti olması ve 4481 sayılı Kanunun 8'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca da haberleşme hizmetinin de özel iletişim vergisine tabi olması ve Türk Telekomünikasyan A.Ş. Muhasebe ve Finansman Dairesi Başkanlığının 4.2.2002 tarihli yazılarında şirketlerinden PSTN şebekesinden … GSM şebekesine doğru olan aramalarda konuşma ücretine %25 Ö.İ.V.'ninde dahil olduğunun bildirilmesi karşısında beyan edilmediği anlaşılan özel iletişim vergisi nedeniyle yapılan tarhiyatı kaldıran vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Savcı : Eren Sonbay

Düşüncesi : Davacı kurumun uyuşmazlık dönemine ait işlemlerinin özel iletişim vergisi yönünden incelenmesi sonucu düzenlenen inceleme raporuna dayanılarak adına ikmalen yapılan cezalı tarhiyata karşı açılan davayı kabul eden vergi mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

4481 sayılı Kanunun 8.maddesinin 1. fıkrasında; her nevi cep telefonu işletmecileri tarafından verilen (ön ödemeli kart satışları dahil) tesis, devir, nakil ve haberleşme hizmetlerinin özel iletişim vergisine tabi olduğu hükme bağlanmıştır.

Cep telefonu işletmeciliği nedeniyle özel iletişim vergisi yükümlüsü olan davacı kurum tarafından Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketine verilen çağrı sonlandırma hizmetinin bir haberleşme hizmeti olduğu kuşkusuzdur.

Özel iletişim vergisinde, vergiyi doğuran olay, tesis, devir, nakil ve haberleşme hizmetinin yerine getirilmesiyle gerçekleştiğine göre, davacı tarafından Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketinin abonelerine verilen çağrı sonlandırma hizmetinin de iletişim vergisine tabi tutulacağının yasa maddesi metninde açıkça belirtilmesine gerek bulunmadığı gibi vergiden istisna yada muafiyetin yasada gösterilmesiyle olanaklı olması

karşısında aksi düşünce ile davanın kabulü yolunda verilen kararda hukuka uygunluk bulunmamıştır.

Açıklanan nedenle temyiz isteminin kabulü ile temyize konu mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

21 Mart 2001 tarihinde haberleşme hizmeti vermeye başlayan davacı şirketin Mart-Aralık 2001 vergilendirme dönemlerinde Türk Telekomünikasyon A.Ş.'ne vermiş olduğu haberleşme hizmeti karşılığı düzenlemiş olduğu faturalarda özel iletişim vergisi hesaplamadığının tespiti ile Nisan 2001 dönemi için adına ikmalen salınan vergi ziyaı cezalı özel iletişim vergisini kaldıran vergi mahkemesi kararı temyiz edilmiştir.

4481 sayılı Kanunun 8'inci maddesinin 1'inci fıkrasında; her nevi cep telefonu işletmecileri tarafından verilen tesis, devir, nakil ve haberleşme hizmetlerinin %25 oranında özel iletişim vergisine tabi olduğu, 2'nci fıkrasında ise verginin mükellefinin cep telefonu işletmecileri olduğu kurala bağlanmıştır.

Cep telefonu işletmeciliği nedeniyle özel iletişim vergisi yükümlüsü olan davacı kurum tarafından Türk Telekomünikasyon A.Ş.'ne verilen çağrı sonlandırma hizmetinin bir haberleşme hizmeti olduğu ve özel iletişim vergisinde de vergiyi doğuran olayın; tesis, devir, nakil ve haberleşme hizmetinin yerine getirilmesiyle gerçekleşmesi karşısında davacı şirket tarafından Türk Telekomünikasyon A.Ş. abonelerine verilen çağrı sonlandırma hizmetinin özel iletişim vergisine tabi tutulacağı açıktır.

Bununla birlikte, Türk Telekomünikasyon A.Ş. ile … Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. arasında düzenlenen Şebekelerarası İrtibat ve İşbirliği Sözleşmesi uyarınca alınan çağrı sonlandırma ücreti, bu sözleşmenin EK D/4 ve ilave 1.A.1 kısmında vergiler dahil tutar olarak tespit edilmiş olup, 2001 yılında Türk Telekomünikasyon A.Ş. şebekesinden işletmeci şebekesine giden trafik için hesaplamaya esas alınan birim dakika ücretinin tespitinde herhangi bir verginin dikkate alınıp alınmadığının, eğer varsa sözleşme gereği esas alınan birim dakika ücretine hangi vergi ve vergilerin dahil edilmiş olduğunun ve ayrıca birim dakika ücretinin nasıl tespit edildiğinin bildirilmesinin Gelirler Kontrolörü … tarafından istenmesi üzerine Türk Telekomünikasyon A.Ş. Muhasebe ve Finansman Dairesi Başkanlığının 4.2.2002 tarihli cevap yazılarında; şirketlerinden PSTN şebekesinden … GSM şebekesine doğru olan aramalarda 6 saniyede 1 kontör esas alınarak bir dakikalık konuşma ücretinin tespit edildiği ve söz konusu ücrete %18 K.D.V. ve %25 Ö.İ.V.'nin dahil olduğunun bildirilmesi karşısında beyan edilmeyen özel iletişim vergisi nedeniyle davacı adına yapılan tarhiyatın kaldırılması yolundaki vergi mahkemesi kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile İstanbul Beşinci Vergi Mahkemesinin 23.6.2004 gün ve E:2003/1825, K:2004/1435 sayılı kararının bozulmasına, 492 sayılı Harçlar Kanununun 13'üncü maddesinin (j) bendi parantez içi hükmü uyarınca alınması gereken harç dahil olmak üzere yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine 24.11.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2004/2395
Karar No : 2005/1244

Özeti : Noksan beyanın, yasal defterlere kaydı gereken hasılatların el defterine kaydedilmesinden doğması durumunda, Vergi Usul Kanununun 359'uncu maddesi kapsamında bulunan bu eylem nedeniyle vergi ziyaı cezasının üç kat kesilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Edenler **:** 1- Vergi Dairesi Müdürlüğü-FETHİYE
2- ...
Vekili **:** Av. ...
İstemin Özeti **:** Kuaför ve güzellik salonu işleten, bir kısım hasılatını kayıt ve beyan dışı bıraktığı, hesap ve işlemlerini takip ettiği ajandanın incelenmesi sonucu saptanan davacı adına 2002 takvim yılı için re'sen salınan üç kat vergi ziyaı cezalı gelir vergisi ve fon payı ile geçici vergiler üzerinden kesilen üç kat vergi ziyaı cezalarını; hesap ve işlemlerini yasal defterleri dışında ajanda da izlemek suretiyle bir kısım hasılatını kayıt ve beyan dışı bıraktığı anlaşılan ve ajandadaki bilgileri doğrulayan tutanağı ihtirazi kayıt koymadan imzalayan davacının, defter kayıtları ve bunlarla ilgili vesikaların ihticaca salih bulunmadığı ve beyannamesinin gerçek durumu yansıtmadığına dair delil bulunduğu sonucuna varıldığından, olayda re'sen takdir nedeninin varlığının açık olduğu, ajandada yer alan hizmet bedelleri ile kayıtlarındaki hasılatların günler itibarıyla karşılaştırılması sonucu saptanan kayıt ve beyan dışı bırakılan hasılata göre belirlenen matrah farkı üzerinden salınan gelir vergisi ve fon payında hukuka aykırılık bulunmadığı, davacının işe yeni başlaması, incelemenin başladığı tarihte beyan döneminin geçmemiş olması ve matrah farkının bulunuş biçimi karşısında vergi ziyaı cezalarının tek kat uygulanmasının hakkaniyete uygun olacağı gerekçesiyle üç kat kesilen vergi ziyaı cezalarını bir kata indirmek suretiyle değiştiren Aydın Vergi Mahkemesinin 26.5.2004 gün ve E:2003/890, K:2004/269 sayılı kararının; davalı idare tarafından, davacı adına Vergi Usul Kanununun 344'üncü maddesi uyarınca üç kat vergi ziyaı cezası kesilmesinde yasaya aykırılık bulunmadığı, davacı tarafından ise ajandanın, radevuların takibi için tutulan bir defter olduğu, defterde belirtilen hizmetlerin gerçekleştiğini gösteren hiç bir ibare bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.
Savunmanın Özeti **:** Taraflarca savunma verilmemiştir.
Tetkik Hakimi **:** Pelin Akça
Düşüncesi **:** Vergi Usul Kanununun 344'üncü maddesi uyarınca vergi kaybına Vergi Usul Kanununun 359'uncu maddesindeki eylemler yol açmışsa yükümlü adına üç kat, diğer eylemler yol açmışsa bir kat ceza kesilmesi gerektiğinden, yasal defterlerine kaydetmesi gereken hasılatları el defterine kaydetmek suretiyle vergi matrahının azaltılmasına yol açan davacı adına gelir vergisi ve fon payı üzerinden vergi ziyaı cezasının üç kat kesilmesinde yasaya aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle mahkeme kararının, gelir vergisi ve fon payı üzerinden kesilen cezaya yönelik hüküm fıkrasının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Savcı **:** Nurten Karaçay

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçelerinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemlerinin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Temyiz dilekçelerinde ileri sürülen iddialar, temyize konu mahkeme kararının gelir vergisi ve fon payı ile geçici vergiler üzerinden kesilen cezalara ilişkin hüküm fıkralarının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 4369 sayılı Kanunla değişik 344'üncü maddesinin ilk fıkrasında vergi ziyaı suçu; mükellef veya sorumlu tarafından 341'inci maddede yazılı hallerle vergi ziyaına sebebiyet verilmesi olarak tanımlanmış, ikinci fıkrasında; vergi ziyaı cezasının, ziyaa uğratılan verginin bir katına, bu verginin kendi kanununda belirtilen normal vade tarihinden, cezaya ilişkin ihbarnamenin düzenlendiği tarihe kadar geçen süre için, bu Kanunun 112'nci maddesine göre ziyaa uğratılan vergi tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinin yarısının eklenmesi suretiyle bulunacağı, üçüncü fıkrasında da, vergi ziyaına 359'uncu maddede yazılı fiillerle sebebiyet verilmesi halinde bu cezanın üç kat olarak uygulanacağı kurala bağlanmıştır. Sözü edilen 359'uncu maddenin (a) fıkrasının 1'inci bendinde, vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan defterlere kaydı gereken hesap ve işlemlerin, vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedilmesi kaçakçılık suçu olarak sayılmıştır.

Vergilendirme, bir tatil köyünde kuaför ve güzellik salonu işleten davacının, 27.7.2002 tarihinde yapılan yaygın ve yoğun vergi denetiminde ele geçirilen ve müşterilerine verdiği hizmetleri takip etmek için kullandığı ajanda ile yasal kayıtlarının karşılaştırılması sonucu bir kısım hasılatını kayıt ve beyan dışı bıraktığının saptanması nedeniyle yapılmıştır. Noksan beyan, yasal defterlere kaydı gereken hasılatların el defterine kaydedilmesinden doğduğuna göre, 359'uncu madde kapsamında bulunan bu eylem nedeniyle vergi ziyaı cezasının üç kat kesilmesinde yasaya aykırılık görülmemiştir.

Vergi Usul Kanununun 344'üncü maddesinde vergi ziyaı cezasının ziyaa uğratılan verginin kaç katına göre hesaplanacağı, eylemin niteliğine göre tayin edilmiş olup, eylemin niteliğini değiştirmeyen matrahın bulunuşunda davacının ifadesinden de faydalanılması, davacının işe başlama tarihi ve benzeri sebepler, cezanın üç kattan bir kata indirilmesini hukuka uygun kılmayacağından, vergi mahkemesi kararının gelir vergisi ve fon payı üzerinden kesilen cezayı bir kat üzerinden değiştiren hüküm fıkrası hukuka uygun düşmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davalı idare temyiz isteminin kısmen kabulü ile Aydın Vergi Mahkemesinin 26.5.2004 gün ve E:2003/890, K:2004/269 sayılı kararının, gelir vergisi ve fon payı üzerinden kesilen cezaya ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasına, tarafların diğer hüküm fıkralarına yönelik temyiz istemlerinin reddine ve kararın söz konusu hüküm fıkralarının onanmasına, davacıdan 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (3) sayılı Tarife uyarınca nisbi harç alınmasına, yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine 16.5.2005 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Davalı idarenin temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar kararın fon payı üzerinden kesilen üç kat vergi ziyaı cezasının bir kata çevrilmesine ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden kararın bu kısmına katılmıyorum.

XX- Vergi ziyaı cezasını düzenleyen Vergi Usul Kanununun 344'üncü maddesi bu cezanın, ziyaa uğratılan verginin bir ya da üç katına göre hesaplanmasını; eylemin 359'uncu maddesinde yer alan eylemlerden olup olmamasına göre belirlenmesini öngörmüştür.

Yargı yerlerince unsurları yasada gösterilen bu cezanın ziyaa uğratılan verginin kaç katına göre hesaplanması gerektiği ancak, 359'uncu maddedeki eylemlerle vergi kaybına yol açıp açılmadığının denetlenmesinden sonra karar verilmesi olanaklıdır.

Davacının noksan beyanı vergi kanunlarına göre tutulması gereken defterlere kaydı gereken hasılatları başka deftere kaydedilmesinden doğduğuna göre vergi ziyaı cezasının üç kat kesilmesinde de hukuka aykırılık yoktur.

Geçici verginin zamanında tahakkukunu engelleyen eylemle bağ kurulmaksızın ve aynı eylemle yol açılan vergi kaybı nedeniyle gelir vergisi üzerinden üç kat oranında kesilen vergi ziyaı cezasında yasaya aykırılık görülmemişken, geçici vergi üzerinden kesilen cezanın bir kata indirilmesine ilişkin hüküm fıkrasına yönelik davalı idare temyiz isteminin kabulü, Daire kararının gelir vergisi üzerinden kesilen cezaya ilişkin bozma hükmünün de gereğidir.

Diğer yönden, Gelir Vergisi Kanununun mükerrer 120'nci maddesi tahsil edilmemiş geçici verginin kurumlar vergisine mahsubunu önleyen bir düzenleme içermektedir. İkmalen salınması gerekip, mahsup süresi geçtiği için salınmayan geçici vergi üzerinden ceza alınmasına ilişkin kural karşısında, alınmayan geçici verginin peşin bir vergi olduğu yönündeki yargının da dayanağı bulunmamaktadır.

Tüm bu nedenlerle, geçici vergi üzerinden kesilen cezanın azaltılmasına ilişkin hükmün de bozulması gerektiği görüşüyle Daire kararının bu yönden temyiz isteminin reddi yolundaki hüküm fıkrasına katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Üçüncü Daire
Esas No : 2004/2405
Karar No : 2005/241

Özeti : Ortağı bulunduğu limited şirkete yeni kanuni temsilci atamasının yapılmadığı dönemde, Türk Ticaret Kanununun 540'ıncı maddesine göre şirket işlerini idare ve temsile diğer ortaklarla birlikte müdür sıfatıyla yetkili ve zorunlu olan davacının, şirket malvarlığından alınmayan vergi borçlarından, 213 sayılı Yasanın 10'uncu maddesine göre sorumlu tutularak takibinde yasaya aykırılık bulunmadığı hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen: Gazikent Vergi Dairesi Müdürlüğü-GAZİANTEP
Karşı Taraf : ...
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Ortağı bulunduğu limited şirketin mal varlığından alınamayan 1996-1999 yıllarına ilişkin vergi borçlarının tahsili amacıyla davacı adına 213 sayılı Yasanın 10'uncu ve 6183 sayılı Yasanın mükerrer 35'inci maddelerine göre düzenlenen ödeme emirlerini; ara kararı uyarınca dosyaya sunulan belgelerden, borçlu şirketin sadece ortağı olup kanuni temsilcisi olmadığı anlaşılan davacı adına 213 sayılı Yasanın 10'uncu maddesine göre ödeme emri düzenlenemeyeceği gibi vergi borçları için 6183 sayılı Yasanın mükerrer 35'inci maddesi uyarınca ödeme emriyle takip yapılamayacağı gerekçesiyle iptal eden Gaziantep Vergi Mahkemesinin 12.10.2001 gün ve E:2001/483, K:2001/981 sayılı kararına

karşı yapılan temyiz başvurusunu aynı hukuksal nedenler ve gerekçeyle reddeden Danıştay Üçüncü ve Dokuzuncu Dairelerince oluşturulan Müşterek Kurulun 24.5.2004 günlü ve E:2002/190, K:2004/1501 sayılı kararının; Gaziantep Ticaret Sicil Müdürlüğünün 14.7.2004 tarih ve 1604 sayılı yazısı ile davacının ortağı bulunduğu limited şirketin 30.12.1995 tarihinden 29.8.1998 tarihine kadar imza yetkilisini gösteren herhangi bir tescil yapılmadığı bildirildiğinden ve Türk Ticaret Kanununun 540'ıncı maddesinde, aksi kararlaştırılmış olmadıkça ortakların hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini idareye ve şirketi temsile mezun ve mecbur oldukları kuralına yer verildiğinden sorumlu sıfatıyla davacı adına düzenlenen ödeme emirlerinde yasaya aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek düzeltilmesi istenmiştir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi : Enis Sivişoğlu

Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen sebepler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54'üncü maddesine uygun bulunduğundan, istemin kabul edilerek, Müşterek Kurul kararımızın ortadan kaldırılması ve vergi mahkemesi kararına yönelik vergi dairesi müdürlüğü temyiz isteminin kabul edilerek, limited şirkete kanuni temsilci ataması yapılmadığı dönemde Türk Ticaret Kanununun 540'ıncı maddesine göre şirket işlerini müdür sıfatıyla idare ve şirketi temsile zorunlu ve mecbur olan davacının, tüzel kişiliğin mal varlığından alınamayan vergi borçlarından 213 sayılı Yasanın 10'uncu maddesine göre sorumlu tutularak takibinde yasaya aykırılık bulunmadığından, şirketin yalnızca ortağı olan davacının, kanuni temsilci sıfatıyla Vergi Usul Kanununun sözü edilen maddesine göre takip edilemeyeceği gerekçesiyle dava konusu ödeme emirlerini iptal eden vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Nurten Karaçay

Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54.maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

2575 sayılı Danıştay Kanunu'na 3619 sayılı Kanunla eklenen Ek 1'inci madde uyarınca hüküm veren Danıştay Üçüncü ve Dokuzuncu Dairelerince oluşturulan Müşterek Kurulca işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Kararın düzeltilmesine ilişkin dilekçede ileri sürülen sebepler 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendi hükmüne uygun bulunduğundan, kararın düzeltilmesi isteminin kabulüne ve Danıştay Üçüncü ve Dokuzuncu Dairelerince oluşturulan Müşterek Kurulun 24.5.2004 günlü ve E:2002/190, K:2004/1501 sayılı kararının kaldırılmasına karar verildikten sonra vergi dairesi müdürlüğü temyiz istemi incelendi.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun "Kanuni Temsilcilerin Ödevi" başlıklı 10'uncu maddesinde, tüzel kişilerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevlerin kanuni temsilcileri tarafından yerine getirileceği, temsilcilerin bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden tüzel kişiden tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacakların kanuni ödevlerini yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınacağı öngörülmüştür.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 540'ıncı maddesinde ise limited şirketlerde aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ortakların hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini idareye ve şirketi temsile mezun ve mecbur oldukları kurala bağlanmıştır.

Sözü edilen düzenlemeler nedeniyle, limited şirketlerin tahsil olanağı bulunmayan vergi borçları, öncelikle şirket sözleşmesi veya genel kurul kararı ile şirketi temsil ve ilzama yetkili kılınmış kanuni temsilci ya da temsilcilerinden aranacak, ancak şirketi temsil ve ilzama yetkili kanuni temsilci bulunmadığı takdirde, birlikte şirket işlerini idare ve şirketi temsile mecbur ve zorunlu ortaklar kanuni temsilci sıfatıyla takip edilebilecektir.

Dava konusu ödeme emirlerinde yer alan kamu alacağı, 30.12.1993 tarihinde hükmi şahsiyet kazanan ve davacının 1/40 paylı kurucu ortağı olduğu limited şirketin 1996-1999 yıllarına ait olup şirket tüzel kişiliğinden tahsil imkanı bulunmayan vergi borçlarına ilişkindir. Davacı, şirketteki hissesini 30.12.1999 tarih ve 68186 sayılı hisse devir sözleşmesiyle devretmiş ve bu devir işlemi 5.6.2000 tarih ve 5059 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edilmiştir.

Vergi mahkemesince, sadece ortak olduğu anlaşılan davacının, 213 sayılı Yasanın 10'uncu maddesine göre şirket borçlarından kanuni temsilci sıfatıyla sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle adına düzenlenen ödeme emirleri iptal edilmişse de vergi dairesi müdürlüğünün karar düzeltme dilekçesi ekinde sunulan Gaziantep Ticaret Sicil Memurluğunun 14.7.2004 tarih ve 1604 sayılı yazısından, şirkete, hükmi şahsiyet kazandığı tarihten itibaren iki yıl için seçilen kanuni temsilcinin temsil yetkisinin sona erdiği 30.12.1995 tarihinden 29.8.1998 tarihine kadar yeni bir müdür atanmadığı anlaşılmaktadır. Bu dönemde ortaklık ilişkisi devam eden davacının, Türk Ticaret Kanununun kuralına yukarıda değinilen 540'ıncı maddesine göre şirket işlerini müdür sıfatıyla idare ve şirketi temsile zorunlu olması nedeniyle limited şirketin mal varlığından alınamayan vergi borçlarından 213 sayılı Yasanın 10'uncu maddesine göre sorumlu tutularak takibinde yasaya aykırılık bulunmadığından, sorumluluğu; dava konusu ödeme emirlerinde yer alan vergi borçları söz konusu dönemler itibarıyla değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle verilen kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle Gaziantep Vergi Mahkemesinin 12.10.2001 günlü ve E:2001/483, K:2001/981 sayılı kararının bozulmasına, 492 sayılı Harçlar Kanununun 13'üncü maddesinin (j) bendi parantez içi hükmü uyarınca alınması gereken harç dahil olmak üzere yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine, 31.1.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DÖRDÜNCÜ DAİRE KARARLARI

GELİR VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2004/1526
Karar No : 2005/515

Özeti : Ortağı olduğu limited şirketin kayıt ve beyan dışı bırakıldığı tespit edilen hasılatından kaynaklanan kazancın dağıtıldığı varsayımı ile davacı adına menkul sermaye iradı elde ettiğinden söz edilerek gelir vergisi tarhiyatı yapılamayacağı hakkında.

Temyiz Eden : Kızılbey Vergi Dairesi Müdürlüğü ANKARA
Karşı Taraf : ...
İstemin Özeti : Davacı adına, 2000 yılında tahakkuk eden kar payından dolayı elde ettiği menkul sermaye iradını beyan etmediği ileri sürülerek, inceleme raporuyla belirlenen matrah üzerinden re'sen gelir vergisi salınmış, fon payı hesaplanıp vergi ziyaı cezası kesilmiştir. Ankara 5. Vergi Mahkemesi 15.4.2004 günlü ve E:2003/486, K:2004/473 sayılı kararıyla, dosyanın incelenmesinden, davacının ortağı olduğu Limited Şirketin 1999 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu, şirketin giderlerini olduğundan çok göstermek suretiyle dönem matrahını eksik beyan ettiği ileri sürülerek bulunan kurumlar vergisi matrah farkının kurum kazancı ve ortak açısından da elde edilmiş menkul sermaye iradı olduğu kabul edilerek beyan edilmediği gerekçesiyle inceleme raporuna dayanılarak dava konusu tarhiyatın yapıldığının anlaşıldığı, olayda davacının ortağı olduğu ... İnşaat ve Ticaret Limited Şirketinin 1999 yılında Tekel Kaldırım Tuz İşletmesi ve Tekel Yavşan Tuz İşletme Müdürlükleri ile arasında yapılan Özel İdare Şartnamesi gereğince göl içi havuzlardan yığın yerine kiralık kamyonla taahhüdünü üstlendikleri tuz taşıma işi ile ilgili olarak giderlerine intikal ettirdikleri bir kısım madeni yağ faturaları ile tuz hafriyat ve nakliye faturalarının içeriği itibarıyla yanıltıcı olduğu belirtilerek bu fatura tutarlarının kurum giderlerinden tenzili suretiyle şirket hakkında beyan dışı bırakılmış matrah farkı tespit edilmiş ise de, davacının ortağı olduğu şirketin ilgili yılda faturalarda belirtilen işleri yaptıkları ve faturalar içeriği mal ve hizmeti faaliyeti ile ilgili olarak aldığının sabit olduğu, bu nedenle şirkete yapılan hizmet ve satılan mal karşılığı olarak düzenlenen faturaların gider olarak kayıtlara intikal ettirilmesinde yasaya aykırılık görülmediği, öte yandan davacının ortağı olduğu limited şirketin söz konusu faturalarda yazılı mal ve hizmeti almadığı somut olarak tespit edilemediği gibi gerek nakliye faturaları ve gerekse madeni yağ faturaları üzerinde yapılan inceleme sonucu bulunan matrah farkının varsayıma dayalı olduğu gerekçesiyle tarhiyatı kaldırmasına karar vermiştir. Davalı İdare, yapılan tarhiyatın yasal olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.
Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.
Tetkik Hakimi Abdurrahman Gençbay'ın Düşüncesi: Olayda davacının ortağı olduğu limited şirket hakkında yapılan inceleme sonucu inceleme raporu ile beyan dışı bırakıldığı tespit edilen kazancın ortaklarına örtülü olarak dağıtılmış olduğu varsayımı ile tarhiyat yapılmış ise de, davacının ihtilaflı dönemde kar payı yada Kanunda sayılan diğer her hangi bir tür ve şekilde menkul sermaye iradı elde ettiği yönünde somut bir tespit

bulunmadığından davacının menkul sermaye iradı elde ettiğinden söz edilerek yapılan tarhiyatta isabet görülmediğinden sonucu itibarıyla yerinde olan vergi mahkemesi kararına yönelik temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı A.Kemal Terlemezoğlu'nun Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, isteminin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 75 inci maddesinde menkul sermaye iradı "sahibinin ticari zirai, veya mesleki faaliyeti dışında nakdi sermaye veya para ile temsil edilen değerlerden müteşekkül sermaye dolayısıyla elde ettiği kar payı, faiz, kira ve benzeri iratlar menkul sermaye iradıdır " şeklinde tanımlanmış ve menkul sermaye iradı sayılan ödemeler bentler halinde sayılmıştır. Bu madde hükmüne göre kar paylarının menkul sermaye iradı olarak beyan edilmesi gerekmektedir.

Menkul sermaye iratlarının beyanı, iradı sağlayanlar tarafından iradın hak sahibine ödenmesine bağlıdır. Elde etme, hukuki ve ekonomik tasarruf imkanının doğduğu anda gerçekleşir. Hukuki tasarruf, gelir sahibinin talepte bulunma hakkını, ekonomik tasarruf ise gelirin sahibinin emrine amede kılınmasını ifade etmektedir. Limited Şirketlerde kar paylarının dağıtımının gerçekleşebilmesi yanı menkul sermaye iradının elde edilmiş sayılabilmesi için şirketin yetkili organlarınca karar alınması ve fiilen dağıtımın gerçekleşmiş olması gerekmektedir.Şirketin kar payını dağıttığı kesin olarak saptanmadıkça ortağın bu karı elde ettiği kabul edilemez. Zira menkul sermaye iradında tahsil esası geçerlidir.

Olayda davacının ortağı olduğu limited şirketin 1999 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu düzenlenen rapora göre beyan dışı bırakıldığı tespit edilen matraha esas kazancın ortaklara dağıtılmış olduğu kabul edilip davacı ortağın hissesine düşen payın davacı açısından elde edilmiş kar payı olduğu belirtilerek tarhiyat yapılmış ise de, şirket adına yapılan inceleme sonucu beyan dışı bırakıldığı saptanan kazancın ortaklara dağıtılmış olduğu yolundaki tespit varsayımdan öte herhangi bir somut belgeye dayanmadığı gibi, şirket ortağı olan davacınında bu kazançtan hissesine düşen kar payını elde ettiğine dair bir bulguyada rastlanılmamıştır.

Bu durumda davacının menkul sermaye iradı elde ettiğinden söz edilememesi nedeniyle davacı adına yapılan tarhiyatta isabet görülmediğinden vergi mahkemesi kararı sonucu itibarıyla yerindedir.

Bu nedenle temyiz isteminin reddine 31.3.2005 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Davacı adına yapılan tarhiyatın dayanağı davacının ortağı olduğu … İnşaat ve Ticaret Limited Şirketi hakkında yapılan inceleme sonucu tespit edilen matrah farkı esas alınarak salınan vergilere karşı, dava açılıp açılmadığı, açılmış ise sonucunun ne olduğu araştırılarak buna göre bir karar verilmesi gerekirken, mahkemece ortak tarafından açılan davada konunun esasının incelenerek karar verilmesine imkan bulunmadığından belirtilen hususlarda bir araştırma yapılarak yeniden bir karar verilmek üzere vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği görüşüyle karara karşıyım.

XX- Dosyanın incelenmesinden, davacının ortağı olduğu … İnşaat ve Ticaret Limited Şirketinin 1999 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu düzenlenen rapora göre şirketin bir kısım hasılatını beyan dışı bıraktığı ileri sürülerek tespit edilen matrah farkı üzerinden şirket adına tarhiyat yapıldığı, ayrıca söz konusu hasılat farkından doğan bu kazancın ortak açısından menkul sermaye iradı olması nedeniyile beyan edilmediği belirtilerek davacı adına tarhiyat yapıldığı anlaşılmaktadır.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 86 ıncı maddesinde, stopaj yoluyla vergilendirilmiş bulunan (vergi alacağı dahil) kurumlardan elde edilen kar paylarının yıllık beyannamelerine dahil edilmesi gerektiği açıklanmıştır.

Yine aynı Yasanın 94 üncü maddesinin b-i bendinin bu yıllarda yürürlükte olan hükmü, kurumlar vergisinden müstesna kazançlara isabet eden kısım düşüldükten sonra, 75 inci maddesinin ikinci fıkrasının 1,2 ve 3 numaralı bentlerinde yazılı kar paylarından (Karın sermayeye ilavesi kar dağıtımı sayılmaz.) gelir vergisi stopajı yapılacağı şeklindedir. 75 inci maddenin ikinci fıkrasının 1 numaralı bendinde ise, her nevi hisse senetlerinin kar paylarının, 13 numaralı bendinde de mükerrer 75 inci maddede yazılı vergi alacağının menkul sermaye iradı olduğu hükme bağlanmıştır.

Davacı adına yapılan tarhiyatın dayanağı olan ve şirket adına yapılan inceleme ile beyan dışı bırakıldığı tespit edilen matrah farkının yargı kararı ile kaldırıldığına ilişkin bir bilgi dosyada bulunmadığına göre, kesinleşen bu matraha esas teşkil eden kazancın da vergi kanunlarında belirtilen biçimde yani yasaya uygun şekilde, kurumca beyan edilmiş defterlerinde ve bilançolarında yer verilmiş kazançlar için öngörülen "kar dağıtım kararı"na bağlı kalınmaksızın ortaklara gizlice dağıtıldığının da kabulü yasal zorunluluktur. Dolayısıyla, dağıtılan kazançtan davacının payına düşen miktarı, yıllık beyannamesine dahil etmemesi nedeniyle yapılan tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerekeceği görüşüyle karara karşıyım.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2003/2118
Karar No : 2004/673

Özeti : Davacı tarafından yurt dışındaki finans kuruluşlarından elde edilip, hukuken ve fiilen tasarruf edebildiği halde Türkiye'ye getirilmeyen gelirin, sırf Türkiye'deki hesaplara intikal ettirilmemesi nedeniyle vergilendirilmemesinin kabul edilemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden : …
Karşı Taraf : Beşiktaş Vergi Dairesi Müdürlüğü/İSTANBUL
İstemin Özeti : Davacı, yurt dışındaki finans kurumlarından elde ettiği gelirin Türkiye'deki hesaplara intikal ettirmediğinden vergilendirilmemesi gerektiğini belirterek 2001 dönemine ilişkin gelir vergisi beyannamesini ihtirazi kayıtla verip, tahakkuk eden vergilerin kaldırılması ve yapılan ödemelerin iadesi istemiyle dava açmıştır. İstanbul 1. Vergi Mahkemesi 3.7.2003 günlü ve E:2002/899, K:2003/1790 sayılı kararıyla; 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 85 nci maddesinde, mükelleflerin 2 nci maddede yazılı kaynaklardan bir takvim yılı içinde elde ettikleri kazanç ve iratları için bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça yıllık beyanname verecekleri, bu Kanuna göre beyanı gereken gelirlerin yıllık beyannamede toplanmasının zorunlu olduğu, yabancı memleketlerde elde edilen kazanç ve iratların; 1-

mükellefin bunları Türkiye'de hesaplarına intikal ettirdiği yılda; 2- Türkiye'de hesaplara intikal ettirilmemesinin, mükellefin iradesi dışındaki sebeplerden ileri geldiği tevsik olunan hallerde, mükellefin bunlara tasarruf edebildiği yılda elde edilmiş sayılacağının belirtildiği, bu hükme göre, yabancı memleketlerde elde edilen kazanç ve iratların elde edildiği yılda vergilendirileceği açıkça belirtilmemekle birlikte kazanç ve iratların, Türkiye'de hesaplara intikal ettirilmemesinin mükellefin iradesi dışındaki sebeplerden ileri geldiği tevsik olunan hallerde mükellefin bunlara tasarruf edebildiği yılda edilmiş sayılacağı hükmüne yer verildiğinden elde edildiği yılda hukuken ve fiilen tasarruf edilebilen gelirlerin aynı yılda Türkiye'deki hesaplara intikal ettirilmesinin gerektiği sonucuna varıldığı, 220 seri no'lu Gelir Vergisi Genel Tebliğinin 2.1.1.7 bölümünde ise, yabancı ülkede elde edilen gelirin, mükellefin iradesi dışındaki sebeplerle Türkiye'ye getirilemediğinin tevsik edilmesi halinde bu gelirin elde edildiği yılın geliri değil, mükellefin bu gelire tasarruf edebildiği yılın geliri sayılarak yıllık beyanname ile beyan edileceği, ancak yabancı ülkede elde edilen gelire hukuken ve fiilen tasarruf edilebildiği halde, iradi olarak Türkiye'ye getirilmemesi durumunda bu gelirin tasarruf edildiği yılın geliri olarak, yıllık beyanname ile beyan edileceği belirtilerek konuya açıklık getirildiğinden davacı tarafından Amerika Birleşik Devletlerindeki finans kuruluşlarından elde edilip, hukuken ve fiilen tasarruf edilebildiği halde Türkiye'ye getirilmeyen gelirin sırf Türkiye'deki hesaplara intikal ettirilmediğinden, bahisle vergilendirilmeyeceği kabul edilemeyeceğinden davacının beyanına göre tahakkuk ettirilen vergi ve fon payında yasaya aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Davacı, Kanun hükmünün açık olduğunu, gelirin yurda getirilmesine engel bir mücbir sebep olmadıkça yurda getirildiği dönemde vergilendirileceğini ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti: Vergi Dairesi Müdürlüğünce, davacı temyiz isteminin süresinde olmadığı ve usul yönünden reddi gerektiği, esas yönünden ise yapılan işlemlerin yasal olduğu ileri sürülerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Hayrettin Korucu'nun Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı A.Kemal Terlemezoğlu'nun Düşüncesi: Uyuşmazlıkta, davacının 2001 yılına ilişkin olarak itirazı kayıtla verdiği gelir vergisi beyannamesine göre tahakkuk ettirilen gelir vergisi ve fon payının, Amerika Birleşik Devletlerindeki bazı finans kuruluşlarında değerlendirilen tasarrufları nedeniyle elde edilen gelirin Türkiye' deki hesaplara intikali sağlanmadan vergilendirme yapılamayacağı, verginin gelirin tahakkuk ettiği yıl değil, Türkiye'deki hesaplara intikal ettiği yılda hesaplanabileceği öne sürülerek kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden İstanbul 1. Vergi Mahkemesi kararının yükümlü tarafından temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

İdari Yargılama hukukunda dava açma ve temyiz başvurularının kamu düzeni ile ilgili olduğu ve hak düşürücü niteliği taşıdığından evvelemirde temyizin kanuni süre içerisinde yapılıp yapılmadığının irdelenmesi, araştırılması ve tespiti gerekmektedir.

Dosyada mevcut tebliğ alındısına göre, tebliğatın Vergi Mahkemesi kararının yükümlüye tebliğ edildiğine işaret sayılacak şekilde tarih imza konulmak suretiyle Tebliğat Kanunu ve Nizamnamesine uygun biçimde düzenlendiği ve bildiriminin yapıldığı görülmektedir.

Bu noktada, tebliğ alındısındaki imzanın kendi imzası olmadığı kendisine tebliğat yapılmadığı yolundaki iddia, tebliğ alındısının hukuken içeriğine saygınlık gösterilmesi zorunlu bir belge olma niteliğini ortadan kaldırmaz.

Ancak temyiz isteğinde bulunan yükümlü ,ısrarla tebliğ evrakındaki imzanın kendisine ait olmadığını noterden düzenlenmiş imza beyannamesi ile gösterdiğinden tebliğ evrakının üzerindeki imzanın ve dosya içerisinde bulunan diğer evraklardaki imzaların

davacının kendisine ait olup olmadığının karşılaştırılmalı olarak Adli Tıp Kurumunda incelettirilmesi ve tespit ettirilmesi gerekmektedir.

Vergi Mahkemesince, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 48/6. maddesi dikkate alınarak imza istikdabı yaptırıldıktan sonra sonucuna göre temyizin kanuni süre içerisinde yapılıp yapılmadığının araştırılması ve bir karar verilmesi icap etmektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz olunan mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince davalı İdarenin süreye ilişkin iddiaları yerinde görülmeyerek işin esası incelendi:

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin reddine 6.4.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2004/1429
Karar No : 2005/498

Özeti : Yurt dışında elde edilen gelirin, elde edildiği yılda Türkiye'ye getirilerek kayıtlara intikal ettirilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden **:** Beşiktaş Vergi Dairesi Müdürlüğü/İSTANBUL
Karşı Taraf **:** ...
İstemin Özeti **:** Davacının yurtdışındaki finans kurumlarından elde ettiği geliri Türkiye'deki hesaplarına intikal ettirmemesi nedeniyle vergilendirilmemesi gerektiği ihtirazi kaydıyla verdiği 2002 yılı gelir vergisi beyannamesi üzerinden tahakkuk ettirilen vergi ve fon payının kaldırılması ve ödenen kısmın iadesi istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 2. Vergi Mahkemesi, 29.1.2004 günlü ve E:2003/770, K:2004/190 sayılı kararıyla; Gelir Vergisi Kanununun 85 inci maddesi uyarınca mükelleflerin ikinci maddede yazılı kaynaklardan bir takvim yılı içinde elde ettikleri kazanç ve iratlar için yıllık beyanname verecekleri, yabancı memleketlerde elde edilen kazancın mükellefin Türkiye'deki hesaplarına intikal ettirildiği yılda, ancak hesaplara intikalin mükelleflerin iradesi dışındaki sebeplerden kaynaklanması halinde, tasarruf edilebildiği yılda elde edilmiş sayılacağı, ilgili yıl kazancını kendi iradesi ile Türkiye'ye getirmediği açık olan davacının sözü edilen madde uyarınca yurt dışında elde ettiği faiz gelirinin vergilendirilmesinin yasal olmadığı gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiştir. Davalı İdare, gelirin tasarruf edilebildiği tarihte Türkiye'de hesaplara intikal ettirilerek vergilendirilmesi gerektiğini ileri sürmekte ve kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti: Yasal dayanaktan yoksun bulunan temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Sevil Bozkurt'un Düşüncesi: Gelir Vergisi Kanununun 85 inci maddesinin ikinci fıkrasının 1 ve 2 nci bentlerinde yer alan düzenlemeye göre yabancı ülkede elde edilen gelire hukuken ve fiilen tasarruf edilebildiği durumda, tasarruf edildiği yılın geliri sayılarak beyan edilmesi gerektiğinden iradi olarak gelirin Türkiye'deki hesaplara intikal ettirildiği tarihte vergilendirileceği gerekçesiyle tahakkuk işlemini iptal eden mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı A. Kemal Terlemezoğlu'nun Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

2002 takvim yılı gelir vergisi beyannamesini, yurtdışındaki finans kurumlarından elde ettiği faiz gelirini Türkiye'deki hesaplarına intikal ettirmediği için vergilendirilmemesi gerektiği ihtirazi kaydıyla veren davacı tarafından ihtirazi kaydı kabul edilmeyerek tahakkuk ettirilen gelir vergisi ve fon payının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 85 inci maddesinin birinci fıkrasında; mükelleflerin, ikinci maddede yazılı kaynaklardan bir takvim yılı içinde elde ettikleri kazanç ve iratları için bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça yıllık beyanname verecekleri belirtilmiş, aynı maddenin üçüncü fıkrasının 1 ve 2 numaralı bentlerinde; yabancı memleketlerde elde edilen kazanç ve iradların yükümlünün bunları Türkiye'de hesaplarına intikal ettirdiği yılda, Türkiye'de hesaplara intikal ettirilmemesinin iradesi dışındaki sebeplerden ileri geldiği tevsik olunan hallerde, mükellefin bunlara tasarruf edebildiği yılda elde edilmiş sayılacağı açıklanmıştır. Bu düzenlemeyle kanun koyucu, kazanç ve iratların Türkiye'de hesaplara intikal ettirilmemesinin iradesi dışındaki sebeplerden ileri geldiği tevsik olunan hallerde mükellefin bunlara tasarruf edebildiği yılda elde edilmiş sayılacağını kabul ettiğinden kazançların, elde edildiği tarihte Türkiye'ye getirilerek vergilendirileceği kuralının asıl kural olduğu, ancak mükellefin iradesi dışında gelişen istisnai durumlarda Türkiye'ye getirilemeyen gelirin tasarruf edilebildiği yılda vergilendirilmesi gerektiği açıktır.

Davacının, Amerika Birleşik Devletlerinde aracı kuruluşlardan elde ettiği, ancak Türkiye'deki hesaplarına intikal ettirmediği faiz ve değer artış kazançları üzerinde hukuki ve ekonomik yönden tasarruf edebileceği konusunda bir uyuşmazlık bulunmadığından yurtdışında elde ettiği geliri kendi iradesiyle Türkiye'ye getirmemesi nedeniyle adına yapılan tahakkuk işleminde yasaya aykırılık olmadığından tahakkuk ettirilen vergi ve fon payının kaldırılması yolundaki mahkeme kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin 29.1.2004 günlü ve E:2003/770, K:2004/190 sayılı kararının bozulmasına 29.3.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2004/1600
Karar No : 2005/490

Özeti : Sermaye piyasası kurulu tarafından faaliyeti geçici olarak durdurulan ve malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan davacı kuruma, haciz halinde

bulunan süre için gecikme zammı uygulanamayacağı hakkında.

Temyiz Eden **:** Küçükyalı Vergi Dairesi Müdürlüğü İSTANBUL
Karşı Taraf **:** … Menkul Kıymetler Anonim Şirketi
Vekili **:** Av. …
İstemin Özeti **:** 2002/10-12 nci dönem geçici vergi beyannamesini veren ancak tahakkuk eden vergileri ödemeyen davacı adına 217 nolu Gelir Vergisi Genel Tebliğ uyarınca vade tarihinden geçici verginin terkin edildiği tarihe kadar hesaplanan gecikme zammının tahsili için ödeme emri düzenlenip tebliğ edilmiştir. İstanbul 1. Vergi Mahkemesi 24.3.2004 günlü ve E:2003/1508, K:2004/725 sayılı kararıyla, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun "Tedbirler" başlıklı 46 ncı maddesinin 4487 sayılı Kanunun 22 nci maddesiyle değişik 1 inci fıkrasının h bendinde, sermaye piyasası kurumlarının mali durumlarının taahhütlerini karşılayamayacak kadar zayıflamış olduğunun tespiti halinde gerekli tedbirleri almaya herhangi bir süre vermeksizin kurumların faaliyetlerini geçici olarak durdurmaya Sermaye Piyasası Kurulunun yetkili olduğu, maddeye 4487 sayılı Kanunla eklenen 2 nci fıkrada, yetkileri sürekli olarak kaldırılan sermaye piyasası kurumlarının malvarlıklarının yetkinin kaldırılmasına ilişkin kurul kararının alındığı tarihden itibaren Yatırımları Koruma Fonu ve Kurul tarafından yapılacak işlemler hariç üçüncü kişilere devredilemeyeceği, rehnedilemeyeceği, teminat gösterilemeyeceği, haczedilemeyeceği, başlamış olan tüm icra takiplerinin de kendiliğinden duracağı, maddenin 1 nci fıkrasının (h) bendine göre faaliyetleri geçici olarak durdurulan sermaye piyasası kurumlarının malvarlığı hakkında da kurulun geçici durdurma kararı verdiği tarihden, tekrar faaliyete geçme izni verilmesi tarihine kadar yukarıdaki 2 nci fıkra hükmünün uygulanacağının öngörüldüğü, davacının İstanbul 6. Vergi Mahkemesinde açılan E:2001/660 sayılı davasında mahkemenin 11.12.2004 tarihli ara kararı uyarınca Sermaye Piyasası Kurulunun gönderdiği 25.1.2002 tarihli yazısında aracı kurumun müşterilerine olan yükümlülükleri tam olarak karşılanmadan vergi dairesi alacağının tahsil edilebilmesi amacıyla aracı kurumun mal varlığından ödeme yapılması imkanının bulunmadığının bildirildiği, Maliye Bakanlığından alınan bilginin de bu yönde olduğu, davacının faaliyetinin 28.4.1999 tarihinden itibaren Sermaye Piyasası Kurulu tarafından geçici olarak durdurulduğu, bu tarihten itibaren malvarlığı üzerinde kurulun tasarruf yetkisinin olduğu, Sermaye Piyasası Kurulunun ilgili hükümleri uyarınca, kurul tarafından faaliyeti geçici olarak durdurulan kurumların malvarlıklarının haczedilemeyeceği, teminat gösterilemeyeceği, rehnedilemeyeceği ve başlamış olan tüm icra takipleri kendiliğinden duracağından geçici durdurma kararından sonra davacının aciz halinde bulunduğunun kabulü gerektiği, aciz halinde bulunulan süre için gecikme zammı uygulanamayacağı gerekçesiyle ödeme emrinin iptaline karar vermiştir. Davalı İdare, davacının aciz halinde bulunduğunun kendilerine bildirilmediğini, idarece süresinde ödenmeyen amme alacağı için hesaplanan gecikme zammının yasal olduğunu ileri sürmekte, kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi H.Gül Yılmaz'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ahmet Alaybeyoğlu'nun Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, isteminin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin reddine 29.3.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KURUMLAR VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2004/532
Karar No : 2004/2094

Özeti : Yurt dışında mukim bir şirketten olan ticari alacağın tahsili için dava açılması halinde şüpheli alacak karşılığı ayrılıp, gider yazılabileceği hakkında.

Temyiz Eden **:** Ulaştırma Vergi Dairesi Başkanlığı/İSTANBUL
Karşı Taraf **:** ... İntersun Havacılık Anonim Şirketi
İflas İdare Memuru Av. ...

İstemin Özeti **:** 1997 yılı işlemleri incelenen davacı adına yurt dışında mukim United Leisure Brokers Limited firmasından olan alacağını tahsil edemediğinden söz ederek şüpheli alacak karşılığı ayırıp, gider kaydetmesinin mümkün olmadığı ileri sürülerek ikmalen kurumlar vergisi ve gelir (stopaj) vergisi salınmış, fon payı hesaplanıp, ağır kusur cezası kesilmiştir. İstanbul 6. Vergi Mahkemesi 11.11.2003 günlü ve E:2003/816, K:2003/2717 sayılı kararıyla; dosyanın incelenmesinden, davacının Merkezi İrlanda Dublin olan United Leisure Brokers Limited Şirketine verdiği hizmet karşılığı düzenlediği faturaların bedelinin tahsil edilememesi üzerine İrlanda Yüksek Mahkemesine dava açıldığı, dava ile ilgili mahkeme celbinin davalının genel sekreterine tebliğ edildiği, borçlunun tahmini tasfiye hesap durumuna göre borcunun 28.040.870 ABD doları olduğu, borcun ödenmeyerek kesinleştiği, ULB'nin aciz halinin sürmesinden dolayı tasfiyesine karar verildiği, bu süreçte alacaklılarla yazışma ve toplantılar yapıldığının anlaşıldığı inceleme elemanınca, alacağın tahsili için dava ve icra takibi yapıldığının ispat edilemediği, alacaklı ve borçlu şirketlerin ortak ve yöneticilerinin aynı kişiler olduğu, alacağın alacaklı şirket kayıtlarında olmasına karşın borçlu şirkete ait kayıt ve belgelerde görülmediği, bu şekilde ortaya konup, tevsik edilemeyen, tahsili için yasada öngörüldüğü şekilde çaba harcanmayan alacağın şüpheli alacak olarak değerlendirilip, gider yazılamayacağının iddia edildiği ancak, davacının ULB firması tarafından gönderilen turistlere vermiş olduğu hizmetler için düzenlediği faturalar karşılığı alacağının var olduğu, bu faturaların alacak ve borcu doğuran olayı tevsik edemediğine, borç ilişkisini ortaya koyamadığına dair İdarece ve inceleme elemanınca bir iddia ileri sürülemediği gibi, bu yönde yapılan tespit ve araştırmada bulunmadığı, kaldı ki, ULB firmasına verilen hizmet karşılığı ne kadar tutarda fatura düzenlenip, ödenmeyen kısmın ne kadar olduğunun davacının kayıtlarıyla sabit olduğu dolayısıyla bu kayıtlar sonucu tahsil edilemeyen ve şüpheli olarak karşılığı ayrılıp gider kaydedilen alacağın fazla olduğuna dair de bir eleştiride bulunulmadığı, vergi inceleme raporunda da belirtildiği gibi başta borçlu ULB firması olmak üzere aynı grub bünyesinde yer alan Tursem ve davacı İntersun Şirketlerinin tasfiyeye girdikleri, gerek Tursem gerekse davacının İrlanda hukuk sistemi gereği borçlu şirket hakkında takibe geçerek İrlanda Yüksek Mahkemesinde dava açtıkları, borcun ödenmeyerek

kesinleştiği, ULB firmasının tasfiye sürecinde davacının alacağının tasfiye hesap durumunda yer aldığı sabit olup, alacağın dava ve icra yoluyla tahsiline çalışıldığının açık olduğu dolayısıyla davacının ULB firmasından olan alacağının varlığı ve tahsili yönünde başta dava yolu olmak üzere takip gayreti açık olduğundan bu alacak için karşılık ayrılıp gider kaydedilmesinde yasaya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle vergi ve cezaların kaldırılmasına karar vermiştir. Davalı İdare, yapılan tarhiyatın yasal olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Hülya Z. Yıldırım'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı A.Kemal Terlemezoğlu'nun Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin reddine 27.10.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2004/1293
Karar No : 2005/529

Özeti : 193 sayılı Kanunun 40 ncı maddesinde; maddede belirtilen koşullarda hasılatın binde beşini aşmamak şartıyla götürü giderin kazançtan indirilebileceğinin herhangi bir ispat şartına bağlı kalmaksızın kabul edildiği hakkında.

Temyiz Eden **:** Dış Ticaret Vergi Dairesi Başkanlığı İSTANBUL
Karşı Taraf **:** … Lastikleri T.A.Ş.

İstemin Özeti **:** 2002 yılına ait kurumlar vergisi beyannamesi ile buna bağlı muhtasar beyannamesini ihtirazi kayıtla veren davacı, ihracat hasılatının binde beşi oranındaki tutarın götürü gider olarak indirim konusu yapılması gerektiğini ileri sürerek fazladan tahakkuk eden gelir (stopaj) vergisinin kaldırılması ve ödenen taksitlerin iadesi istemiyle dava açmıştır. İstanbul 1. Vergi Mahkemesi, 15.4.2004 günlü veE:2003/942, K:2004/1026 sayılı kararıyla; 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 40 ıncı maddesinde, safi kazancın tesbitinde indirilecek giderlerin sayıldığı, maddenin birinci bendinde, ihracat, yurt dışında inşaat, onarma, montaj ve taşımacılık faaliyetlerinde bulunan mükelleflerin bu bentte yazılı giderlere ilaveten, bu faaliyetlerden döviz olarak elde ettikleri hasılatın binde beşini aşmamak şartıyla yurt dışındaki bu işlerle ilgili giderlerine karşılık olmak üzere götürü olarak hesapladıkları giderleri de indirebileceklerinin belirtildiği, 194 seri no'lu Gelir Vergisi Genel

Tebliğinin 5 inci bölümünde, götürü gider uygulamasının, mükelleflerin yurt dışındaki işleri ile ilgili olarak yapmış oldukları giderlerden belgesi temin edilemeyenlerin anılan faaliyetlerden sağlanan hasılatın belli bir oranını aşmamak şartıyla ticari kazançtan indirilmesini öngören bir müessese olduğu, dolayısıyla götürü gider hesaplanabilmesi için harcamanın yapılmış ve işletmenin mal varlığında bir azalma meydana gelmiş olması gerekeceği, işletmenin faaliyetleri sonucu doğan tüm giderlerin, vergi yasalarınca ticari kazançtan indirilmesi kabul edilmiş olsun veya olmasın doğrudan ilgili oldukları gider hesaplarında muhasebeleştirilmesi gerektiği, belgesi temin edilemeyen giderlerin götürü gider tutarını aşan kısmının kanunen kabul edilmeyen gider olarak kara ilave edileceğinin ifade edildiği, 193 sayılı Kanunda belirtilen koşullarda hasılatın binde beşini aşmamak şartıyla götürü giderin kazançtan indirilebileceği herhangi bir ispat şartına bağlı kalmaksızın kabul edildiğinden tebliğde belirtildiği şekilde götürü gider indirimi için belgesi temin edilmeyen bir harcamanın olduğunun ve bu harcamanın muhasebe kayıtlarına intikal ettirildiğinin ispatına gerek bulunmadığından ihtirazi kayıtla verilen beyanname üzerine tahakkuk eden gelir (stopaj) vergisinda isabet görülmediği gerekçesiyle gelir (stopaj) vergisinin kaldırılmasına, ödenen kısımın iadesine karar vermiştir. Davalı İdare, Kanunda yer alan götürü giderin gerçek bir gider olması gerektiğini bu nedenle yapılan işlemlerin yasal olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti: Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Hayrettin Korucu'nun Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ahmet Alaybeyoğlu'nun Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin reddine 31.3.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2003/1680
Karar No : 2004/1270

Özeti : 3824 sayılı Kanun'un 19 uncu maddesi uyarınca, yıl içinde vadeli mevduatlardan elde edilen faiz gelirleri ve repo gelirleri üzerinden tevkif suretiyle alınan fon payının; ancak, beyanname üzerinden hesaplanan fon payına mahsup edileceği hakkında.

Temyiz Eden **:** Silivri Vergi Dairesi Müdürlüğü/SİLİVRİ
Karşı Taraf **:** ... Ambalaj Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi

İstemin Özeti : Davacı adına mevduat faizleri ile repo gelirleri üzerinden tevkif yoluyla ödenen fon payının diğer vergi borçlarına mahsubunun mümkün olmadığı haksız yere iade edildiği söz edilerek düzenlenen inceleme raporuna göre istenilen fon payına karşı dava açılmıştır. İstanbul 3. Vergi Mahkemesi 31.12.2002 günlü ve E:2001/2210, K:2002/2373 sayılı kararıyla; 3824 sayılı Yasa'nın 19 uncu maddesine göre, hernekadar beyannameye dahil kazanç ve iratlar üzerinden daha önce tevkif suretiyle alınan fon paylarının beyanname üzerinden hesaplanan fon paylarına mahsubunun yapılacağı, kurala bağlanmış ise de, olayda 1999 yılına ait kurumlar vergisi beyannamesinde dönem karı beyan edilmesine karşın yatırım indirimi nedeniyle kurumlar vergisi ve fon payının tahakkuk etmediği gözönüne alındığında aynı yıl içinde kesinti yoluyla ödediği vergi ve fonların 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 121 nci maddesinin 2 nci fıkrası çerçevesinde davacıya iadesi gerektiği açık olup, dolayısıyla fon payı iade alacağı ile yatırım indiriminden tevkif edilen ancak mahkeme kararı ile davacıya iadesi gereken gelir (stopaj) vergisinin yanısıra iadesi gereken fon payı tutarının mevcut olduğunun çekişmesiz bulunduğu ve fon payı hasılatlarının Maliye Bakanlığı Saymanlığı eliyle Merkez Bankası hesaplarına aktarılarak, idarenin uhdesinde bırakıldığı açık olduğundan, bir kısmının nakten bir kısmının da Ekim 2000 dönemi katma değer vergisi borcuna mahsuben iadesi yapılan fon payı tutarları yönünden haksız iadeye sebebiyet verilmediği sonucuna varıldığı gerekçesiyle hesaplanan fon payının kaldırılmasına karar vermiştir. Davalı İdare, stopaj yoluyla ödenen fon payının mahsubunun mümkün olmadığını ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Hülya Z. Yıldırım'ın Düşüncesi: 3824 sayılı Kanun'un 19 uncu maddesi uyarınca, yıl içinde vadeli mevduatlardan elde edilen faiz gelirleri ve repo gelirleri üzerinden tevkif suretiyle alınan fon payı ancak beyanname üzerinden hesaplanan fon payına mahsup edilebileceğinden olayda, İdarece diğer vergi borçlarına mahsup edilen ancak yapılan inceleme sonucu geri istenen fon payında yasaya aykırılık bulunmadığından mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı İbrahim Erdoğdu'nun Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp vergi mahkemesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında, anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemiştir.

Açıklanan nedenle temyiz isteminin reddi ile vergi mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık, yıl içinde elde edilen repo gelirleri ile vadeli mevduatlardan kesinti yoluyla ödenen fon payının, ilgili yıl kurumlar vergisi beyannamesinde kurumlar vergisi ve fon payı doğmaması nedeniyle mahsup edilememesi durumunda diğer vergi borçlarına mahsup edilip edilemeyeceğine ilişkindir.

3824 sayılı Kanun'un 19 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında; Yıllık, münferit ve özel beyanname veren gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin, beyannamelerinde hesaplayacakları, fon payını, ilgili gelir veya kurumlar vergilerinin ödeme süreleri içinde ödeyecekleri, ancak beyannameye dahil kazanç ve iratlar üzerinden daha önce tevkif suretiyle alınan fon payının, beyanname üzerinden hesaplanan fon payına mahsup edileceği, 4 üncü fıkrada, mükellef ve sorumlularca ödenen fon payının gelir ve kurumlar vergisi matrahının tespitinde gider yazılamayacağı, gelir ve kurumlar vergilerine mahsup edilemeyeceği belirtilmiştir. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun "Mahsuplar" başlıklı ikinci bölümünün "Vergi tevkifatının mahsubu" başlıklı 121 nci maddesinde ise, yıllık beyannamede gösterilen gelire dahil kazanç ve iratlardan bu Kanuna göre kesilmiş bulunan vergilerin,

beyanname üzerinden hesaplanan gelir vergisine mahsup edileceği, ikinci fıkrada, mahsubu yapılan miktarın Gelir Vergisinden fazla olduğu takdirde aradaki farkın vergi dairesince mükellefe bildirileceği ve mükellefin tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde müracatı üzerine kendisine ret ve iade olunacağı düzenlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden,davacının 1999 yılı işlemlerinin vadeli mevduattan elde edilen faiz gelirleri ve repo gelirleri üzerinden tevkif suretiyle alınan gelir (stopaj) vergisi ile fon payı ile ilgili olarak sınırlı incelenmesi sonucu, süresinde verilen kurumlar vergisi beyannamesi ile kar beyan ettiği ancak ilgili yılda yararlanılan yatırım indirimi nedeniyle ödenecek kurumlar vergisi doğmadığı,yıl içinde vadeli mevduat ve repo gelirleri üzerinden kesinti yoluyla ödenen gelir (stopaj) vergileri ile fon payı kesintilerinin defterlere işlendiği ancak … Bankası … Şubesinden alınan faize isabet eden vergi ve fon payının mükerrer kaydedildiği tespit edilip, davacının 22.5.2000 günlü dilekçesi ile faiz gelirlerinden kesilen gelir (stopaj) vergisi ile fon payının bir kısmının 1999 yılı için ihtirazi kayıtla verilen muhtasar beyanname üzerinden tahakkuk ettirilen gelir (stopaj) vergisi ile fon payına, 22.11.2000 günlü dilekçe ile de bir kısmının 2000/Ekim dönemine ait Katma Değer Vergisi borcuna mahsubunu talep ettiği düzeltme fişiyle mahsubun yapıldığı ancak, yatırım indirimi üzerinden yapılan tahakkuka karşı açılan dava sonucu mahkemece tahakkukun kaldırılmasına karar verilmesi üzerine bu kez 6.7.2001 günlü dilekçe ile ödenen kısmın iadesinin istendiği ve İdarece, iade işleminin yapıldığı belirtildikten sonra yıl içinde kesinti yoluyla ödenen fon paylarının beyanname üzerinde mahsubunun yapılamaması durumunda başka vergi borçlarına mahsup edilemeyeceği ileri sürülerek davacıya geri ödenen kısım ile mükerrer kayıt dikkate alınarak re'sen davacı adına fon payı hesaplandığı anlaşılmıştır.

3824 sayılı Kanun'un 19 uncu maddesinde belirtildiği gibi, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 94 üncü maddesi uyarınca, mevduat faizleri ile repo gelirleri üzerinden kesinti yoluyla ödenen fon payının sadece, beyanname üzerinden hesaplanan fon payına mahsubu mümkün olup, gelir ve kurumlar vergilerine mahsup edilemeyeceği gibi, matrah tespitinde gider de yazılamayacağından davacı tarafından diğer vergi borçlarına mahsup talebi üzerine yapılan mahsup işlemleri yasaya uygun değildir. Bu nedenle, tevkif suretiyle ödenen ve vergi borcuna mahsup edilen fon payının iadesi gerektiğinden yapılan tarhiyat yasal olup, aksi yöndeki mahkeme kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, İstanbul 3. Vergi Mahkemesinin 31.12.2002 günlü ve E:2001/2210, K:2002/2323 sayılı kararının bozulmasına 27.5.2004 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

AZLIK OYU

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında yerinde ve kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara karşıyız.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2004/1712
Karar No : 2005/666

Özeti : 4811 sayılı Kanunun 18 inci maddesine göre hesaplanan % 10 fazlanın, geç ödenen her tam ay için ayrı ayrı hesaplanacağı hakkında.

Temyiz Eden : Ulaştırma Vergi Dairesi Başkanlığı İSTANBUL
Karşı Taraf : ... Hava Yolları Anonim Şirketi
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunu'nun 2 inci maddesine göre taksitlendirdiği vergi borcunun 1 inci taksidinin üç ay geç ödendiğinden söz edilerek fazladan istenen ve ihtirazi kayıtla ödenen 62.185.600.000 liranın red ve iadesi istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 1. Vergi Mahkemesi, 15.4.2004 günlü ve E:2003/1709, K:2004/1025 sayılı kararıyla; 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunu'nun 18 inci maddesinde, bu kanuna göre ödenmesi gereken taksitlerin ödenmemesi yada eksik ödenmiş olması halinde, ödenmemiş olan tutarların son taksit ödeme süresi sonuna kadar, ödenmeyen yada eksik ödenen kısmın son takside ait olması halinde ise bu tutarın son taksidi izleyen ayın sonuna kadar ödenmeyen kısım ile birlikte her ay için % 10 fazlası ile ödenmesi şartıyla bu Kanunun hükümlerinden yararlanılacağının ifade edildiği, dosyanın incelenmesinden 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunu'nun 2 inci maddesi uyarınca aylık taksitlendirilen vergi borcunun 21.4.2003 vade tarihli 1 inci taksidinin 20.6.2003 tarihinde, 2 nci taksidinin de 30.6.2003 tarihinde % 20 fazla ile birlikte ödenmesi üzerine, idarece ilk taksidin iki ay değil üç ay geç ödendiği belirtilerek hesaplanan % 30 fazlaya göre eksik ödendiği sonucuna varılan toplam 62.185.600.000 liranın davacı tarafından ihtirazi kayıtla ödendiği ve iadesi istemiyle dava açıldığının anlaşıldığı, olayda vadesi 21.4.2003 olan 1 nci taksidin geç ödenmesi nedeniyle 21.4.2003 ile 21.5.2003 tarihleri arasında isabet eden ilk ay için % 10, 22.5.2003 ile ödemenin yapıldığı 20.6.2003 tarihleri arasında isabet eden 2 nci ay için % 10 olmak üzere toplam % 20 oranında fazla hesaplanması gerekirken ve davacı tarafından da bu şekilde hesaplama ile % 20 fazla ödemede bulunulmuş iken geçikmenin üç ay olduğundan söz edilerek davacıdan fazladan tahsil edilen dava konusu 62.185.600.000 liranın yasal olmadığı gerekçesiyle red ve iadesine karar vermiştir. Davalı İdare gecikme nedeniyle % 30 oranında tahsil edilen fazlanın yasal olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti: Yasal dayanaktan yoksun bulunan temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Abdurrahman Gençbay'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı İbrahim Erdoğdu'nun Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin reddine 18.4.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VERGİ USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2004/1378
Karar No : 2005/608

Özeti : Uzlaşılan kurumlar vergisi nedeniyle geçici vergi tutarının da uzlaşma tutanağında belirtilip, buna göre gecikme faizi hesaplanması gerektiği hakkında.

Temyiz Eden : Hayrabolu Vergi Dairesi Müdürlüğü-Hayrabolu/TEKİRDAĞ
Karşı Taraf : ... Yağlı Tohumlar Yağ ve Süt Sanayi Limited Şirketi
İstemin Özeti : Davacı şirket adına, tarhiyat öncesi uzlaşılan 2002 yılı geçici vergisi için gecikme faizi hesaplanmıştır. Tekirdağ Vergi Mahkemesinin 31.3.2004 günlü ve E:2003/489, K:2004/122 sayılı kararıyla, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun ek 11 inci maddesinde, Maliye Bakanlığının vergi incelemesine dayanılarak tarh edilecek vergilerle kesilecek cezalarda(344 üncü maddenin 3 üncü fıkrası uyarınca vergi ziyaı cezası kesilecek tarhiyata ilişkin vergi ve ceza hariç) tarhiyat öncesi uzlaşma yapılmasına izin verebileceği, tarhiyattan önce uzlaşmaya varılması halinde tutanakla tespit edilen bu husus hakkında dava açılamayacağı ve hiçbir merciye şikayette bulunulamayacağı, uzlaşılan vergi miktarı üzerinden bu Kanunun 112 inci maddesine göre gecikme faizi hesaplanacağının belirtildiği, dosyanın incelenmesinden tarhiyat öncesi uzlaşma tutanağında sadece geçici vergiye uygulanan vergi ziyaı cezası yönünden uzlaşmaya varıldığı, tutanakta geçici vergi tutarı ile ilgili bir bilgiye yer verilmediği ve davalı idarece vergi inceleme raporunda tarhı önerilen geçici vergi üzerinden dava konusu gecikme faizinin tahakkuk ettirildiğinin anlaşıldığı, olayda geçici vergi yönünden tarhiyat öncesi uzlaşma talebi olmasına karşın geçici vergi uzlaşmaya konu edilmediğinden öncelikle geçici vergi hakkında tarhiyat öncesi uzlaşmayla ilgili karar verilip sonucuna göre gecikme faizi hesaplanması gerekirken, doğrudan inceleme raporunda önerilen geçici vergi tutarı üzerinden hesaplanan gecikme faizinde isabet bulunmadığı gerekçesiyle gecikme faizinin kaldırılmasına karar verilmiştir. Davalı İdare, gecikme faizinin yasaya uygun olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Erkan Kunduracı'nın Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ahmet Alaybeyoğlu'nun Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin reddine 12.4.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2004/1415
Karar No : 2005/219

Özeti : Ticari ve ekonomik icaplara uygun olmayan tutanağa itibar edilemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden **:** Kocasinan Vergi Dairesi Müdürlüğü İSTANBUL
Karşı Taraf **:** ... Klasör Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi
İstemin Özeti **:** Davacı 2003/7-9 uncu dönemi geçici vergi beyannamesini ihtirazi kayıtla vererek tahakkuk eden geçici verginin kaldırılması istemiyle dava açmıştır. İstanbul 6. Vergi Mahkemesi 8.4.2004 günlü ve E:2003/2529,K:2004/1174 sayılı kararıyla; 10.7.2003 tarihinde yapılan denetimde davacının bir müşterisine 395.300.000.000 TL. tutarlı sümen ve klasör sattığı halde fatura düzenlemediğinin tespiti üzerine, anılan tutar için fatura düzenlenerek geçici vergi beyannamesinin ihtirazi kayıtla verildiği, satışın kime yapıldığı tespit edilmediği gibi, sayısı yüzbinleri bulan emtianın bir anlık tesbitle, defter ve belgeler üzerinde inceleme yapılmaksızın satıldığının iddia edilmesinin iktisadi ve ticari icaplara uygun olmadığı gerekçesiyle tahakkuk eden verginin kaldırılmasına karar vermiştir. Davalı İdare, yapılan tahakkukun kanuna uygun olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti: Cevap verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Mustafa Bahtiyar'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ahmet Alaybeyoğlu'nun Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, isteminin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz isteminin reddine 15.2.2005 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

AZLIK OYU

İhtirazi kayıt konulmaksızın şirket yetkililerince imzalanan tutanaktaki bilgilerin aynı günlü faturada aynen yer alması ve satılan emtianın miktarı, cinsi, birim fiyatı, toplam fiyatı ve katma değer vergisi oranının ayrı ayrı belirtildiği yasal faturada yazılı satış hasılatının kanuni defterlerde de kaydedilmesinde yasal zorunluluk olması karşısında, artık defterler üzerinde inceleme yapılmasına gerek olmadığından, bu miktarı içeren ve ihtirazi kayıtla verilen geçici vergi beyannamesi üzerinden yapılan tahakkukta yasaya aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle aksi yöndeki mahkeme kararının bozulması gerekeceği oyu ile karara katılmıyoruz.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2004/2137
Karar No : 2005/555

Özeti : Ceza ihbarnamelerinde şirket ünvanı ve vergi sicil numarası yanında, şirket ortağının adının yazılmış olması karşısında, ihbarnamenin ortak adına düzenlendiğinin kabul edilemeyeceği hakkında.

Temyiz Eden : ... Sınai Yatırım ve Metal Sanayi Anonim Şirketi
Karşı Taraf : Kozyatağı Vergi Dairesi Müdürlüğü/İSTANBUL
İstemin Özeti : Davacı şirket adına, idarece istenilen bilgilerin verilmemesi nedeniyle özel usulsüzlük cezası kesilmiştir. İstanbul 3. Vergi Mahkemesinin 25.6.2004 günlü ve E:2004/1239, K:2004/1044 sayılı kararıyla, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14 üncü maddesinde dilekçelerin ilk incelemeye tabi tutulacağı, 15 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (b) bendinde ehliyetsiz kişi tarafından açılmış davanın reddedileceği, aynı Kanunun 2 inci maddesinde de, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları muhtel olanların dava açabilecekleri hükümlerine yer verildiği,dosyanın incelenmesinden şirket ortaklarının her biri adına yazılıp tebliğ edilen bilgi isteme yazılarına yanıt verilmemesi nedeniyle Vergi Usul kanununun mükerrer 355 inci maddesinin 1 inci bendi uyarınca her ortak adına düzenlenip, tebliğ edilen ihbarnamelere karşı şirket adına dava açıldığının anlaşıldığı, ortaklar adına düzenlenen ihbarnamelere karşı bu şahıslar tarafından açılması gereken davanın şirket adına açılmış olması nedeniyle ehliyetsiz kişi tarafından açılan davanın reddine karar verilmiştir. Davacı, ihbarnamelerin şirket adına düzenlendiğini ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti: Yasal dayanaktan yoksun bulunan temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Erkan Kunduracı'nın Düşüncesi: 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 35 inci maddesinin 4 üncü bendinde, mükellefin soyadı, adı (tüzel kişilerde unvanı) nın ihbarnamede yazılı olacağı hükmüne yer verilmiş, dosyanın incelenmesinden, şirket ortakları adına idarece ayrı ayrı düzenlenip tebliğ edilen yazıyla adres değişikliği hakkında istenilen bilgilerin verilmemesi üzerine yine her ortak adına özel usulsüzlük cezası kesildiği anlaşılmış, sözüedilen düzenlemelere göre vergi ceza ihbarnamalerinde ceza kesilen ya da vergi salınan tüzel yada gerçek kişinin adı, ünvanının bulunması gerektiği, ayrıca Vergi

Usul Kanununun 148 inci maddesi uyarınca istenecek bilginin verilmemesi üzerine aynı kanunun mükerrer 355 inci maddesi hükmüne göre kesilecek cezanın da bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen mükellef adına, maddede belirtilen miktarda kesilmesi gerektiği belirtilmiş, olayda bilgi isteme yazıları ortaklar adına ayrı ayrı düzenlenip tebliğ edilmiş ve gereğinin yerine getirilmemesi üzerine kesilen özel usulsüzlük cezasına ilişkin ihbarnamelerin şirket adına ve ortağın ismi de yazılarak her ortak adına ayrı ayrı düzenlenerek ceza kesilmiş ise de; ihbarnamelerde mükellef olarak sicil numarasıyla birlikte şirket adı yazılı olduğundan ihbarnamenin ortaklar adına düzenlendiğinden sözedilemeyeceği gibi, şirket adına aynı nedenle kesilmiş beş ayrı cezanın da bulunduğu dikkate alındığında mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı A.Kemal Terlemezoğlu'nun Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığı gibi ticari faaliyetle ilgili bilgi verme görevinin yerine getirilmemesine mükellef sebep olduğuna, şirketin ise 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Mükerrer 355. madde kapsamında kesilen cezanın doğumuyla bir ilgisi bulunmadığına göre şirketi idare edenlerin vergi kanunlarına aykırı hareketlerinden doğacak cezaların tüzel kişilik adına kesileceğine ilişkin Vergi Usul Kanununun 333. maddesinin olayla ilgisi bulunmadığından cezanın, şirket adına değil ortakları adına kesildiğinin kabulü suretiyle, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden, … Sınai Yatırım ve Metal Sanayi Anonim şirketinin ortakları adına düzenlenip tebliğ edilen yazıyla şirketin adres değişikliğine ilişkin bilgi isteme yazısına cevap verilmemesi üzerine kesilen özel usulsüzlük cezasına ilişkin ihbarnamelerin, davacı şirketin vergi kimlik numarası ve şirket ünvanı yazılmak suretiyle şirket adına düzenlendiğinin görüldüğü, ihbarnamelerde şirket ünvanı yazıldıktan sonra elle ortağın adının yazılmış olması ihbarnamelerin ortak adına düzenlendiğini göstermeyeceğinden adına düzenlenen ihbarnamelere karşı dava açmakta menfaati bulunan şirketin açmış olduğu davayı, cezanın ortaklar adına kesildiği ve davanın ortaklar tarafından açılması gerektiği gerekçesiyle ehliyet yönünden reddeden mahkeme kararında isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, İstanbul 3. Vergi Mahkemesinin 25.6.2004 günlü ve E:2004/1239, K:2004/1044 sayılı kararının işin esası incelenerek karar verilmek üzere bozulmasına 5.4.2005 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmediğinden temyiz isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara karşıyım.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dördüncü Daire
Esas No : 2004/639
Karar No : 2005/578

Özeti : Tasfiye dönemi tamamlandıktan sonra tüzel kişiliği sona eren münfesih şirket adına yapılan vergilendirme işlemlerinin hukuki geçerliliği bulunmadığından, düzenlenen ödeme emirleri hakkında bir karar verilmesi gerekirken, davanın ehliyet yönünden reddinde kanuna uyarlık görülmediği hakkında.

Temyiz Eden : Halinde Eski Kuşak Muharrem Pişan Matbaacılık Limited Şirketi Varisleri ...,...,Tasfiye Memuru ...

Karşı Taraf : Süleymaniye Vergi Dairesi Müdürlüğü/İSTANBUL

İstemin Özeti : 24.10.2000 tarihinde tasfiyesi sona eren (münfesih) davacı şirketin 2000 yılı işlemleri üzerinden re'sen tarh olunan muhtelif vergi borçlarının tahsili amacıyla adına ödeme emirleri düzenlenip, tasfiye memuruna tebliğ edilmiştir. İstanbul 8. Vergi Mahkemesinin 12.12.2003 günlü ve E:2003/1349, K:2003/311 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında vergi ve buna bağlı alacakların kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınacağı, son fıkrasında tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmalarının, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını kaldırmayacağı, 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun Tasfiye memurlarının sorumluluğunu düzenleyen 34 üncü maddesinde ise tahakkuk eden vergi borçları için sorumluluğun tasfiye memurlarına geçtiğinin belirtildiği, olayda ödeme emirlerinin şirket adına düzenlendiği, şirketin 1996 yılında tasfiyeye girdiği, 24.10.2000 tarihinde tasfiyenin tamamlandığı, ödeme emirlerine karşı şirket adına tasfiye memuru olan şahıs tarafından dava açıldığı, bu tarihte tasfiyesi tamamlanan şirketin hukuken varlığından söz edilemeyeceği, gibi ödeme emirlerinin tasfiye memuru hakkında hüküm ifade etmesi, borcun ödenmesinden sorumlu tutulmasına hukuki imkan olmadığından, ödeme emirlerine karşı tasfiye memurunun dava açma ehliyetinin de bulunmadığı gerekçesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 15/1-b maddesi uyarınca davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir. Davacı dava dilekçesinde tasfiye memuruyla beraber varislerin imzalarının bulunduğunu, tasfiye memuru tarafından firmanın kapanışının yapıldığını, düzenlenen ödeme emirlerinin yasal olmadığını ileri sürerek mahkeme kararının bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti: Yasal dayanaktan yoksun bulunan temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Kumru Örnek Demirtaş'ın Düşüncesi: Davacı şirketin 21.5.1996 tarihinde tasfiyeye girdiği, 24.10.2000 tarihinden itibaren münfesih sayıldığı, bu tarih itibarıyla tüzel kişiliğinin sona erdiği açık olup münfesih şirket tüzel kişiliği adına yapılan vergilendirme işlemlerinin hukuki geçerliliği bulunmadığından düzenlenen ödeme emirleri hakkında bir karar verilmesi gerekirken davanın ehliyet yönünden reddinde kanuna uyarlık görülmediğinden mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ahmet Alaybeyoğlu'nun Düşüncesi: 24.10.2000 tarihinde tasfiyesi sona eren Limited Şirketin 2000 yılı vergi borçlarının tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan dava, tasfiye memurunun dava açma ehliyeti bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiş ise de; takibedilen vergi ve cezaların tasfiyenin sona erdiği 2000 yılına ait olması nedeniyle Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 34 ve 35 inci maddeleri

uyarınca tasfiye memurunun sorumluluğunun bulunduğu ve dava dilekçesinde Mahkeme kararındaki belirlemenin aksine şirketin müteveffa ortağı ve temsilcisinin varisinin imzasıda yer aldığı dikkate alındığında, hukuka uygun bulunmadığı sonucuna varılan temyize konu Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü ve Dokuzuncu Dairelerinin 2575 sayılı Danıştay Kanunu'na 3619 sayılı Kanunla eklenen Ek 1 inci maddesi uyarınca birlikte yaptığı toplantıda gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık, münfesih şirketin 2000 yılına ait muhtelif vergi borçlarının tahsili amacıyla düzenlenip, tasfiye memuruna tebliğ edilen ödeme emirlerinin iptali istemine ilişkindir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-a maddesinde iptal davaları, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu, maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak belirtilmiştir. İptal davasının subjektif ehliyet koşulu "menfaat ihlali" olarak öngörülmüştür.

2577 sayılı Yasa'nın 2/1-a maddesindeki düzenleme, içtihat ve doktrine göre; tek taraflı irade açıklamasıyla kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte tesis edilen idari işlemlerin, ancak bu idari işlemle meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi kurulabilenler tarafından iptal davasına konu edilebileceği kabul edilmektedir.

Öte yandan, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında, tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevlerin kanuni temsilcileri tarafından yerine getirileceği öngörülmüş, ikinci fıkrasında, yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacakların kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınacağı belirtilmiş, son fıkrada ise; tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmalarının, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını kaldırmayacağı kurala bağlanmıştır. Diğer yandan, 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun tasfiye memurunun sorumluluğunu düzenleyen 34 üncü maddesinde de tasfiye memurlarının kurumun tahakkuk etmiş vergileri ile tasfiye beyannamelerine göre hesaplanan vergilerin asıl ve zamlarından ve vergi cezalarından sorumlu olacakları hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; davacı şirketin 21.5.1996 tarihinde tasfiyeye girdiği, tasfiye işlemleri tamamlanarak 24.10.2000 tarihinde de feshedildiği ve bu hususun 19.12.2000 tarih ve 5199 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlandığı; davacı şirket adına 2000 yılı için düzenlenen vergi-ceza ihbarnamelerinin ilanen tebliğ edilerek, kesinleşen amme alacaklarının tahsili amacıyla şirket adına düzenlenen ödeme emirlerinin, tasfiye memuru …'e tebliğ edilerek şirket adına dava açıldığı anlaşılmıştır.

Davada, tasfiye dönemi tamamlandıktan sonra tüzel kişiliği sona eren şirket adına düzenlenip tasfiye memuruna tebliğ edilen ödeme emirlerinin hem tasfiye memurunun, hem de dava dilekçesinde imzası bulunan varisin kişisel menfatini etkilemesi kaçınılmaz olduğundan, yazılı gerekçeyle davanın ehliyet yönünden reddinde isabet bulunmamaktadır.

Kaldı ki, Türk ticaret Kanunu Hükümlerine göre, şirketlerin tüzel kişilikleri, ticaret sicilinden silinmeleriyle sona erer. Olayda, adına tarh ve ceza kesme işlemi tesis edilen şirketin tüzel kişiliği de ticaret sicilinden silindiği 24.10.2000 tarihinde sona ermiş bulunmaktadır. Bu tarihten sonra, adı geçen şirketin haklara sahip olması, borçlu kılınması mümkün değildir. Bunun sonucu olarak, münfesih şirket adına tarh ve ceza kesme işlemleri tesis edilemeyeceğinden düzenlenen ödeme emirlerinde hukuka uyarlık bulunmadığı da açıktır.

Bu durumda, işin esası incelenerek karar verilmesi gerekirken davayı ehliyet yönünden reddeden mahkeme kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle İstanbul 8. Vergi Mahkemesinin 12.12.2003 günlü ve E:2003/1349, K:2003/311 sayılı kararının bozulmasına, 7.4.2005 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz başvurusu, 2000 yılı işlemleri üzerinden re'sen tarh edilen vergi ve cezalara ait ihbarnamelerin ilanen tebliği üzerine kesinleşen amme alacaklarının tahsili amacıyla münfesih şirket adına düzenlenip, tasfiye memuruna tebliğ edilen ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davayı ehliyet yönünden reddeden Mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-a maddesinde iptal davasının, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacağı; aynı Kanun'un 15/1-b maddesinde ise, ehliyetsiz kişi tarafından açılan davaların reddine karar verileceği, 14/6 maddesinde de, davanın her safhasında 15 inci madde hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre, şirketlerin tüzel kişilikleri, ticaret sicilinden silinmeleriyle sona erer. Olayda, 21.5.1996 tarihinde tasfiyeye giren ve tasfiye işlemleri tamamlanarak 24.10.2000 tarihinde feshedilen şirketin tüzel kişiliği sona erdiğinden, bu tarihten sonra münfesih şirket adına tarh ve ceza kesme işlemi tesis edilemeyeceği gibi tesis edilen işlemler de, herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacaktır. Dolayısıyla, fes edilmekle tüzel kişiliği sona eren şirketin medeni haklardan yararlanma ve bu hakları kullanma ehliyeti de son bulacağından, tasfiyesi tamamlanıp ticaret sicilinden silinmek suretiyle hukuk alemindeki varlığı sona eren (münfesih) şirketin, temyiz dahil yargılamanın hiçbir aşamasında taraf olma ehliyeti bulunmadığı gerekçesiyle temyiz isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.

BEŞİNCİ DAİRE KARARLARI

KONUT İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2002/978
Karar No : 2005/2289

Özeti : Yasal süresi içinde konutu boşaltmayan davacıdan, yedi kat kira tahsil edilmesine ilişkin işlemde mevzuata uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** ...
İsteğin Özeti **:** Davacının, oturduğu konutu tahliye etmemesi nedeniyle 7 kat artırımlı lojman kira bedelinin maaşından kesilmesine ilişkin işlemin; 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu'nun 7. maddesinde öngörülen süre içerisinde kamu konutunu tahliye etmeyen davacının, aynı Kanunun 8. maddesinde belirlenen yöntem ile tahliyesinin sağlanması gerekirken, yasaya aykırı şekilde 7 kat kira tahsil edilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptali ve bu işlemden dolayı kesilen lojman kira farklarının yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine hükmedilmesi yolunda Ankara 9. İdare Mahkemesi'nce verilen 20.9.2001 günlü, E:2000/1709, K:2001/945 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti **:** Cevap verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Serap Erkan
Düşüncesi **:** İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** Zümrüt Öden
Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin varlığına bağlıdır. Ankara 9. İdare Mahkemesi'nce verilen 20.9.2001 günlü, E:2000/1709, K:2001/945 sayılı karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı üzerinde bırakılmasına, 29.4.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2002/791
Karar No : 2005/1862

Özeti : Sağlık özrü nedeniyle naklen atanan davacının kadro unvanının değiştirilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : TEDAŞ Genel Müdürlüğü
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** Yaşar Gürbüz, Üniversite Mahallesi Tuba Sokak No:5/3 - ELAZIĞ
İsteğin Özeti **:** Davacının, Malatya Elektrik Dağıtım Müessesi emrinde teknik şef olarak görev yapmakta iken, Kahramanmaraş Elektrik Dağıtım Müessesi emrine tekniker olarak naklen atanmasına ilişkin 2.5.2000 günlü, 812 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada; Malatya İdare Mahkemesi'nin 16.2.2000 gün ve E:1999/1101, K:2000/119 sayılı kararı uyarınca davalı idarece davacının sağlık özürü nedeniyle tam teşekkülü devlet hastanesinin bulunduğu yer olan Kahramanmaraş iline atandığı anlaşılmakta ise de, davacının önceki görev unvanı olan teknik şeflik kadrosundan talebi olmaksızın alt unvan olan tekniker kadrosuna atanmasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda Malatya İdare Mahkemesi'nce verilen 26.9.2001 günlü, E:2000/483, K:2001/791 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti **:** Cevap verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Zeynep Karakoç
Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** Efser Koçakoğlu
Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin varlığına bağlıdır. Malatya İdare Mahkemesi'nce verilen 26.9.2001 günlü, E:2000/483, K:2001/791 sayılı karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı üzerinde bırakılmasına, 6.4.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2002/1179
Karar No : 2005/1890

Özeti : Faaliyette olmayan sağlık istasyonuna yapılan atamada hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Ankara Valiliği
Karşı Taraf : ...
İsteğin Özeti : Davacının, Altındağ 2 Nolu Sağlık Ocağı'nda Doktorluk görevinden Acil Yardım ve Kurtarma Hizmetleri Şube Müdürlüğü Sincan (Yenikent) 24 Nolu İstasyona aynı unvanla atanmasına ilişkin 11.6.2001 günlü, 19755 sayılı işlemin; davacının atandığı 24 Nolu İstasyonun faaliyette olmaması sebebiyle doktor ihtiyacı da doğmayacağından, ihtiyaç gerekçesiyle tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptali yolunda Ankara 10 İdare Mahkemesi'nce verilen 5.12.2001 günlü, E:2001/895, K:2001/1712 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Serap Erkan
Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı : Zümrüt Öden
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin varlığına bağlıdır. Ankara 10 İdare Mahkemesi'nce verilen 5.12.2001 günlü, E:2001/895, K:2001/1712 sayılı karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı üzerinde bırakılmasına, 8.4.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2001/1048
Karar No : 2005/2062

Özeti : Davacının başlangıç derece/kademesinin memuriyete girişten önceki öğrenim durumuna göre saptanması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …

Karşı Taraf : Kültür ve Turizm Bakanlığı (Turizm Bakanlığı) - ANKARA

İsteğin Özeti : Antalya 1. İdare Mahkemesi'nin 20.9.2000 günlü, E:1999/1433, K:2000/1047 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerekeceği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Vecdi Karanfil

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Mehmet Akkaya

Düşüncesi : Davacının yüksekokul öğrenimine göre intibakının yapılması isteminin reddine ilişkin işlemin iptali için açılan davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün "A" bendinde, lise dengi mesleki veya teknik öğrenimi bitirenlerin girişinin 12. derecenin 2. kademesi olduğu, 2 yıl süreli yüksek öğrenimi bitirenlerin girişinin 10. derecenin 2. kademesi olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, meslek yüksekokulu mezunu olmasına rağmen meslek lisesi mezunları için açılan sınava meslek lisesi mezunu olduğunu beyan ederek katılan ve başarılı olması üzerine 12. derecenin 2. kademesinden göreve başlatılan davacının, meslek yüksekokulu öğrenimine göre intibakının yapılması istemiyle yaptığı başvurunun reddedildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacının meslek yüksekokulu mezunu olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmadığına göre, memuriyete giriş derece ve kademesinin yükseltilmesi gerekirken,aksi yönde tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyize konu İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Antalya İl Turizm Müdürlüğü'nde Teknisyen olarak görev yapan davacının başvurusu üzerine, lise dengi mesleki öğrenimine göre belirlenmiş olan başlangıç derece/kademesinin, memuriyete başlamadan önce yüksekokul mezunu olduğu gerekçesiyle bu hususun dikkate alınması suretiyle mevcut derece ve kademesinin yeniden belirlenmesine ilişkin Antalya Valiliği'nin 10.6.1999 günlü olurunun iptal edilmesi gerektiğine dair Turizm Bakanlığı'nın 14.7.1999 günlü, 2982-19520 sayılı işleminin iptali istemiyle dava açılmıştır.

Antalya 1. İdare Mahkemesi'nin 20.9.2000 günlü, E:1999/1433, K:2000/1047 sayılı kararıyla, Antalya İl Turizm Müdürlüğü'nde Tekniker olarak görev yapan davacının, lise muadili meslek lisesi mezunlarının katılabileceği sınava meslek lisesi mezunu olarak müracaatta bulunduğu, yüksek öğrenim mezunu olduğunun ise taraflar arasında tartışmasız olduğu, memuriyete girişte yüksekokul mezunu olduğunu gizlediği için başlangıç derecesinin beyanı doğrultusunda lise dengi mesleki öğrenimi bitirenlere göre saptanmasından sonra, yüksek öğrenim mezuniyetinin memuriyete girdikten sonra oluşmaması nedeniyle davacı hakkında 657 sayılı Yasanın 36/A-12/d maddesi hükmüne göre intibak uygulanma olanağı bulunmadığı, uyuşmazlığın davacının memuriyete başlangıç derecesinin yanlış uygulandığına ilişkin olmadığı, öğrenim değişikliğinden bahisle intibak hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olduğu, Antalya Valiliği'nce yapılan iki intibak onayının da 657 sayılı Yasa'nın 36/A-12/d maddesi hükmüne göre yapıldığı, bu duruma göre dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Davacı, yüksekokul mezunu olduğunu gizlemediğini, memuriyete öğrenim durumuna göre daha aşağı seviyede başlayanların durumuyla ilgili Maliye Bakanlığının

1997/12 sayılı genelgesinin olanak tanıdığını, intibakının yapılmamasının hakkaniyete aykırı olacağını öne sürerek İdare Mahkemesi kararının bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün "A" bendinde, lise dengi mesleki veya teknik öğrenimi bitirenlerin girişinin 12. derecenin 2. kademesi olduğu, 2 yıl süreli yüksek öğrenimi bitirenlerin girişinin 10. derecenin 2. kademesi olduğ kuralı yer almıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacının 16.10.1989 tarihli iş talep formu üzerine katıldığı sınavı kazanarak Antalya İl Turizm Müdürlüğü'nde Teknisyen olarak 7.12.1989 tarihinde göreve başladığı, yüksekokul mezunu olduğu halde memuriyeti ve hizmetlerinin lise dengi mesleki öğrenimi bitirenlere göre değerlendirildiği bu suretle terfilerinin yapıldığı, 25.12.1998 tarihli dilekçesiyle, yüksekokul mezunu olduğunu ve intibakının buna göre yapılması isteminde bulununca, Antalya Valiliği'nin 12.1.1999 günlü 137 sayılı oluruyla, 7/3 derece/kademede görev yaptığı, 657 sayılı Yasa'nın 36/A -12/d maddesi hükmünden bahsedilerek ve giriş derecesi 10/2 derece/kademe olarak değerlendirilmek suretiyle 6/6 derece/kademesine getirildiği, bu işlemin Turizm Bakanlığı'na sunulması üzerine, 12.5.1999 günlü, 12672 sayılı işlem ile yüksekokul mezunu olmasına rağmen lise mezunu olarak sınava giren ve ataması yapılan bu kişinin öğrenim değişikliği nedeniyle intibakının yapılamayacağı vurgulanarak bu yöndeki düzeltme onayının gönderilmesinin belirtildiği, bu kez davacının 9.6.1999 tarihli dilekçesi üzerine, Antalya Valiliği'nin 10.6.1999 günlü 1959 sayılı oluruyla memuriyet giriş derecesi yüksekokul giriş derecesine göre (10/2) değerlendirilmek suretiyle 6/6 derece/kademesine yeniden getirildiği, bu işlemin Turizm Bakanlığına sunulması üzerine Valiliğin terfi onayının iptal edilmesine ilişkin Turizm Bakanlığı'nca tesis edilen 14.7.1999 günlü, 19520 sayılı işlemin iptalinin istenildiği anlaşılmaktadır.

Olayda, uyuşmazlığın kaynağı davacının yüksekokul mezunu olduğu halde memuriyete girişte başlangıç derece/kademesinin lise dengi mesleki öğrenimi bitirenlere göre saptanmış olmasından kaynaklanmaktadır.

Davacının memuriyete başlangıç derece/kademesinin lise dengi mesleki öğrenimi bitirenlere göre saptanmış ise de, memuriyete girişten önce yüksekokul mezunu olduğu ve bu hususun da taraflar arasında ihtilafsız olduğu görülmektedir.

Hal böyle olunca; davacının memuriyete başlangıç derece/kademesinin yüksekokul mezuniyetine göre belirlenmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Dolayısıyla davacının terfisininde bu husus dikkate alınarak yapılması gerekmektedir. Bu nedenle, dava konusu işlemde ve davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüyle, Antalya 1. İdare Mahkemesi'nin 20.9.2000 günlü, E:1999/1433, K:2000/1047 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b. fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 19.4.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2001/4414
Karar No : 2005/2065

Özeti : Yargı kararının, ilgili kişiden boşalan kadroya atanmış olan kişinin görevden alınması suretiyle uygulanması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Sağlık Bakanlığı-ANKARA
Karşı Taraf : ...
Vekili : Av. ...
İsteğin Özeti : Sağlık Bakanlığı İdari ve Mali İşler Daire Başkanlığında Merkezi Alım Şube Müdürü olarak görev yapan davacının,aynı Daire emrine Tekniker olarak atanmasına ilişkin 12.6.2000 günlü işlemin, daha önce Genel Evrak Şube Müdürü iken bu görevden alınan F.G. hakkındaki yargı kararının bu kişiden boşalan Şube Müdürlüğü kadrosuna kim atandı ise, o kişinin görevden alınarak uygulanması gerekirken, M.Ş.'dan boşalan Şube Müdürlüğü kadrosuna atanmış olan davacının bulunduğu kadronun boşaltılarak F.G.'ın atanması ve davacının eski görevi olan Teknikerliğe iadesi şeklinde kurulan işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptali yolunda Ankara 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 22.2.2001 günlü, E:2000/1011, K:2001/205 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti : Cevap verimemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Vecdi Karanfil
Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı : Yaşar Uğurlu
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin varlığına bağlıdır. Ankara 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 22.2.2001 günlü, E:2000/1011, K:2001/205 sayılı karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı üzerinde bırakılmasına, 19.4.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2002/301
Karar No : 2005/1990

Özeti : Nüfusa kayıtlı olduğu yerde görev yapan davacının, bu ildeki görevinden alınması yerinde ise de; eşdeğer göreve atanmamasında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Başbakanlık Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü - ANKARA
Vekili : Av. ...

Karşı Taraf : ...

İsteğin Özeti : Davacının, Yozgat Gençlik ve Spor İl Müdürü olarak görev yapmakta iken, Eskişehir sportif eğitim uzmanı olarak naklen atanmasına ilişkin 11.12.2000 günlü, 14767 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada; Yozgat İli nüfusuna kayıtlı olan ve uzun yıllar Yozgat Gençlik ve Spor İl Müdürlüğü görevini yürüten davacının Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik uyarınca Yozgat İl Müdürlüğü görevinden alınması yerinde ise de, İl Müdürlüğü görevini yerine getiremediğine ilişkin olarak herhangi bir tespit bulunmadığından, eşdeğer bir göreve atanması gerekirken İl Müdürlüğü emrinde bir göreve atanmasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemin iptali yolunda Kayseri İdare Mahkemesi'nce verilen 10.9.2001 günlü, E:2001/19, K:2001/891 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti : Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Zeynep Karakoç

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Saadet Ünal

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin varlığına bağlıdır. Kayseri İdare Mahkemesi'nce verilen 10.9.2001 günlü, E:2001/19, K:2001/891 sayılı karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı üzerinde bırakılmasına, 13.4.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2002/1043
Karar No : 2005/2176

Özeti : Dava konusu işlemde sebep yönünden hukuka aykırılık bulunmamakta ise de; davacının eşinin sağlık durumunun gözetilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : İçişleri Bakanlığı - ANKARA

Karşı Taraf : ...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Davacının, Iğdır Merkez İlçe Nüfus Müdürü olarak görev yapmakta iken Afyon Kızılören İlçe Nüfus Müdürlüğü'ne naklen atanmasına ilişkin 4.12.2000 olur tarihli işlemin; davacı hakkında soruşturma açılmasına neden teşkil eden, davacının sahte ölüm ve çocuk nüfus kaydı yapıp kaydı yapılan çocuk sahiplerinden 2000

mark para aldığı iddiası sabit olmamakla birlikte soruşturma raporunda belirtilen diğer hususlar yönünden, davacının 1989 yılından bu yana görev yaptığı Iğdır İlinde yıprandığı ve görev yeri değişikliğinin hizmetin sağlıklı ve düzenli olarak işlemesi için gerekli olduğu, bu bağlamda tesis edilen işlemde sebep yönünden hukuka aykırılık bulunmadığı açık ise de, davacı eşinin kolon kanseri hastası olduğu ve onkoloji merkezine yakın tam teşeküllü hastanesi olan bir yerde yaşamasının hastalığı için zorunluluk arz ettiği sağlık kurulu raporu ile sabit olduğundan tam teşekküllü hastanesi bulunmayan Kızılören İlçesi'ne yapılan atama işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptali yolunda Denizli İdare Mahkemesi'nce verilen 14.11.2001 günlü, E:2001/74, K:2001/925 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti **:** Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nihat Bayram

Düşüncesi **:** İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı **:** Zümrüt Öden

Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin varlığına bağlıdır. Denizli İdare Mahkemesi'nce verilen 14.11.2001 günlü, E:2001/74, K:2001/925 sayılı karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı üzerinde bırakılmasına, 25.4.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2002/882
Karar No : 2005/2183

Özeti **:** Müfettişlerin, teftiş hizmetlerinin gerekleriyle bağdaşmayan ahlaki, sıhhi ve mesleki yetersizlikleri tespit edilmedikçe, istekleri dışında idari görevlere atanamayacakları hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Türk Telekomünikasyon A.Ş.
Genel Müdürlüğü

Vekili **:** Av. ...

Karşı Taraf **:** ...

İsteğin Özeti **:** Türk Telekom A.Ş. Genel Müdürlüğünde Başmüfettiş olarak görev yapan davacının, hakediş, izin, rapor gibi işlemleri APK Dairesi Başkanlığınca takip

edilmek üzere, onay tarihi itibariyle mevcut istihdam yerinde kalmak kaydıyla Teftiş Kurulu Başkanlığı dışında Genel Müdürlük makamına bağlı olarak görevlendirilmesine ilişkin 25.8.2000 tarihli işlemin kendisiyle ilgili kısmının; müfettişlerin teftiş hizmetlerinin gerekleriyle bağdaşmayan, ahlaki, mesleki ve sıhhı yetersizlikleri tespit edilmedikçe görevden alınamayacakları ve istekleri dışında idari göreve atamayacakları yolundaki genel düzenleme dikkate alındığında ve davacının asli ve sürekli görevlere ilişkin kadrolarda yer alan 1. dereceli başmüfettişlik kadrosuna atanmasının yapılmaması yönündeki işlemin Mahkemelerince iptal edilmesi nedeniyle davacının asli ve sürekli başmüfettişlik kadrosuna atanmasının zorunlu olması karşısında hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptali yolunda Ankara 6. İdare Mahkemesi'nce verilen 25.10.2001 günlü, E:2001/350, K:2001/1209 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Cevabın Özeti **:** Cevap verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nihat Bayram

Düşüncesi : İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı **:** Mehmet Akkaya

Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesince 2577 sayılı Yasanın 17/2. maddesi uyarınca duruşma yapılmasına gerek görülmeyerek işin gereği düşünüldü:

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin varlığına bağlıdır. Ankara 6. İdare Mahkemesince verilen 25.10.2001 günlü, E:2001/350, K:2001/1209 sayılı karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı üzerinde bırakılmasına, posta pulundan artan 2.500.000.- liranın isteği halinde davalıya verilmesine 25.4.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAM YARGI DAVALARI

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2000/3316
Karar No : 2004/3372

Özeti : Yargı kararlarını uygulamama kastı ile hareket ettiği açık olan idarenin, davacının uğradığı manevi zararı tazminle yükümlü olduğu hakkında.

Davacı **:** ...
Vekili **:** Av. ..., Av. ...

Davalılar : 1) Başbakanlık - ANKARA
2) Başbakanlık Vakıflar Genel Müdürlüğü - ANKARA

Vekili : Av. ...

Davanın Özeti : Davacı, Trabzon Vakıflar Bölge Müdürlüğü görevinden yargı kararına rağmen alınması, hakkında verilen yargı kararının yerine getirilmemesi nedeniyle, uğradığını öne sürdüğü 2.500.000.000.- lira maddi, 5.000.000.000.- lira manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesini istemektedir.

Savunmaların Özeti : Yargı kararların süresinde yerine getirildiği, tazminat şartlarının gerçekleşmediği öne sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi : Dr. Zuhal Bereket Baş

Düşüncesi : Anayasanın 138. ve 2577 sayılı Kanunun 28. maddesine göre, idarelerin yargı kararlarını yerine getirme zorunluluğuna uymamaları nedeniyle davacının uğradığı maddi ve manevi zararın yasal faiziyle birlikte "ağır hizmet kusuru" ilkesine göre tazminine hükmedilmesi gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Saadet Ünal

Düşüncesi : Davacı, yargı kararının yerine getirilmemesi nedeniyle uğradığı 2.500.000.-TL. maddi, 5.000.000.000.-TL. manevi zararın yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesini istemektedir.

Anayasanın 2 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin hukuk devleti olduğu vurgulanmakta ve 138 inci maddesinin son fıkrasında "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarını uygulamak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" yolunda açık, kesin ve buyurucu bir kurala yer verilmektedir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28 inci maddesinin 4001 sayılı Yasayla değişik 1 inci fıkrasının birinci tümcesi de "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye ve eylemde bulunmaya mecburdur" şeklindeki kuralıyla Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan "hukuk devleti" ilkesine uygun bir düzenleme getirmektedir. Sözkonusu ilke karşısında, idarenin maddi ve hukuki koşullara göre uygulanabilir nitelikte olan bir yargı kararını "aynen" ve "gecikmesiz" uygulamaktan başka bir seçeneği bulunmamaktadır.

Olayda, davacının başka bir göreve atanmak üzere Trabzon Vakıflar Bölge Müdürlüğü görevinden alınmasına ilişkin 14.9.1999 günlü 99/51074 sayılı müşterek kararnamenin iptali istemiyle açtığı davada, Danıştay Beşinci Dairesinin 14.2.2000 günlü, E:1999-5886 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulmasına, daha sonra da 24.9.2002 günlü E:1999-5886, K:2002-3366 sayılı kararıyla da iptal kararı verildiği halde, davacının eski görevine atanmayıp Sivas Bölge Müdürlüğüne Araştırmacı olarak atandığı anlaşılmakta olup, söz konusu yargı kararının yerine getirilmemesi nedeniyle davacının yoksun kaldığı parasal haklarının yasal faiziyle birlikte tazminine hükmedilmesi Anayasal ve yasal zorunluluktur.

Öte yandan, İdare Hukuku İlkelerine göre, manevi tazminata hükmedilebilmesi için, İdarenin işlem ve eylemi sonucunda ağır elem ve üzüntü duyulmuş olması ya da ilgilinin şeref ve onurunun zedelenmesi gerekmektedir. Uyuşmazlık konusu olayda ise, sözü edilen şartlar oluşmadığından manevi tazminata hükmedilmesine gerek görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle maddi tazminat isteminin kabulüne, manevi tazminat istemine yönelik davanın reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Davacı, Trabzon Vakıflar Bölge Müdürlüğü görevinden alınma işlemi hakkında verilen yargı kararının yerine getirilmemesi nedeniyle, uğradığını öne sürdüğü 2.500.000.000.- lira maddi, 5.000.000.000.- lira manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesini istemektedir.

Anayasanın 138. maddesinin son fıkrası, "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" kuralını koymakta, 2577 sayılı Kanunun 4001 sayılı Kanunla değişik 28. maddesinin 1. fıkrasında da "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez." hükmüne yer verilmektedir.

İdarenin yargı kararlarına uyması ve bu kararların gereklerine göre işlem ya da eylemde bulunmak zorunda olması aynı zamanda "hukuk devleti" ilkesinin de bir gereğidir. Anayasanın 2. maddesinde yer alan bu ilke karşısında idarenin mahkeme kararlarını "aynen" ve "gecikmeksizin" uygulamaktan başka bir seçeneği bulunmamaktadır.

Dava konusu olayda; davacının başka bir göreve atanmak üzere Trabzon Vakıflar Bölge Müdürlüğü görevinden alınmasına ilişkin 14.9.1999 günlü 99/51074 sayılı müşterek kararnamenin iptali istemiyle açtığı davada, Danıştay Beşinci Dairesinin 14.2.2000 günlü, E:1999/5886 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulmasına, 24.9.2002 günlü E:1999/5886, K:2002/3366 sayılı kararıyla da iptaline kararı verildiği halde, yargı kararını yerine getirmek amacıyla kurulan 5.4.2000 günlü ve 283 sayılı işlemle davacının eski görevine atanmayıp Sivas Bölge Müdürlüğüne Araştırmacı olarak atandığı, bu işlemin de Danıştay Beşinci Dairesinin 24.9.2002 günlü, E:2000/2315, K. 2002/3367 sayılı kararıyla iptal edildiği dava dosyasının incelenmesinden anlaşılmaktadır.

Anayasada ve Yasada yer alan emredici kurallar karşısında, idarenin maddi ve hukuki koşullara göre uygulanabilir nitelikte olan bir yargı kararını aynen ve gecikmeksizin uygulamaktan kaçınmasının "ağır hizmet kusuru" oluşturacağı açık bulunduğundan, kişinin hizmet kusuru nedeniyle mal varlığında, meydana gelen eksilmenin ve bu nedenle duyduğu her türlü sıkıntı ve üzüntüden kaynaklanan manevi zararın giderilmesi gerekir.

Olayda, davacıya Trabzon Vakıflar Bölge Müdürlüğü görevinden ayrıldığı tarih ile dava açma tarihi arasındaki süreye ilişkin parasal haklarının ödenmesi gerekmektedir.

Davacı tarafından hakkında verilen yargı kararının yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan maddi zarar miktarı 2.500.000.000.- lira olarak istenmiş olduğundan; Dairemizin 29.3.2004 günlü ve E:2000/3316 sayılı ara kararıyla; davacının Trabzon Vakıflar Bölge Müdürlüğü görevinden alınmasına ilişkin 14.9.1999 günlü kararname ile bakılan davanın açıldığı 12.6.2002 tarihleri arasında Bölge Müdürü olarak alması gereken (sözleşme ve ikramiye farkları dahil) parasal haklarıyla fiilen aldığı parasal hakları arasındaki net farkın ne kadar olduğu davalı idarelerden sorulmuş ise de; davalı idarelerce ara kararına verilen yanıtta açık ve net ortaya konmadığı görülmüştür.

Bu durumda davacının, Vakıflar Bölge Müdürlüğü görevinden alındığı 14.9.1999 günü ile sözleşmeli çalıştığı dönemin sonu olan (davacı tarafından sözleşmenin sona erdirilmesi işlemine karşı açılmış bir dava ve verilmiş bir iptal kararı olmadığı dikkate alınarak) 5.4.2000 tarihi arasında alması gereken parasal hakları sözleşme ve ikramiye farkları dahil olarak; 5.4.2000 tarihinden dava açma tarihi olan 12.6.2000 tarihine kadar olan dönem için alması gereken parasal haklarının ikramiye farkları hariç olarak hesaplanarak belirlenmesi suretiyle bulunacak miktarın, davacının istediği maddi zarardan daha az olduğu yolunda davalı idarece ileri sürülmüş bir husus olmaması ve bu konuda aksi yönde bir belirlemenin bulunmaması nedeniyle, davacının isteği doğrultusunda 2.500.000.000.- lira maddi zararın davalı idarelerce davacıya ödenmesi gerekmektedir.

Davalı idarelerin, yukarıda da açıkça belirtildiği üzere Anayasa hükümlerini hiçe sayarak yargı kararlarını uygulamama kastı ile hareket ettiği ve bu şekilde ağır bir hizmet kusuru işlediği açık olup, ağır hizmet kusuru nedeniyle davacının uğradığı manevi zararın idarece tazmini gerekmektedir.

Öğretide de kabul edildiği üzere manevi tazminat, patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir. Olayın gelişimi ve sonucu, ilgilinin durumu itibariyle uğradığı manevi zarara karşılık takdir edilecek manevi tazminatın, manevi tatmin aracı olmasından dolayı zenginleşmeye yol açmayacak miktarda, fakat idarenin olaydaki kusurunun niteliğini ve ağırlığını ifade edecek ölçüde saptanması zorunlu bulunmaktadır.

Diğer taraftan, tazminat sadece maddi değerlerde meydana gelen eksilmelerle sınırlı bir giderim yolu değildir. Aynı zamanda kişinin, yaşamında ortaya çıkan olumsuzluklar nedeniyle duyduğu her türlü sıkıntı ve üzüntüden kaynaklanan manevi zararların da manevi tazminat ödenerek tazmini Anayasal ve yasal düzenlemelerin gereği olduğundan, Trabzon Vakıflar Bölge Müdürlüğü görevinden alınmasına ilişkin işlemin iptali yolundaki 24.9.2002 tarihli yargı kararının uygulanmaması nedeniyle davacının, idarenin bu hukuk dışı tutum ve davranışı nedeniyle üzüntü ve sıkıntı çektiği, böylece, manevi zarara uğradığı açık olup; olayın oluşumu ve niteliği dikkate alınarak, manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıktır.

Olayın yukarıda özetlenen gelişimi dikkate alınarak, davacı hakkında verilen yargı kararının uygulanmaması nedeniyle takdiren 5.000.000.000.- lira manevi tazminatın davalı idare tarafından davacıya ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Davacı tarafından maddi ve manevi zararın yasal faiziyle birlikte ödenmesi isteminde bulunulmuştur.

İdari yargıda tam yargı davası kapsamına giren, idare hukukuna özgü tazmin telafi ve geri alma davalarından oluşan tazminat davaları, idari faaliyetlerin hukuka uygunluk denetimi sonucu, ilgililerin subjektif hukuki durumlarında ortaya çıkan hak ihlallerinin giderilmesini amaçlayan, idarenin hukuk kuralları içinde kalmasını sağlayan etkin bir denetim ve yaptırım aracıdır.

Tazminat davalarının yargı denetimiyle amaçlanan sonuca ulaşabilmesi ilgililerin subjektif hukuki durumlarında ortaya çıkan hak ihlallerinin tam olarak giderilmesi, "adil bir doyum" sağlanabilmesi, zararın gerçekçi biçimde tazminiyle mümkündür.

Zararın gerçekçi bir biçimde tazmini ise; bulunulan somut duruma ekonomik koşullara göre belirlenir. Ülkemizde yaşanan enflasyon olgusu toplum yaşamını etkilemekte, yargının iş yükünün fazlalığı nedeniyle uzayan dava süreci içerisinde dava açma tarihinde istenilen zarar miktarı, karar verildiği ve bunun üzerine ödeme yapıldığı tarih itibariyle gerçek zarar miktarından uzaklaşmaktadır. Bu ise, paranın elde bulundurulmaması nedeniyle yoksun kalınan gelir olarak nitelendirildiğinden bunun karşılanması amacıyla 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun gereğince yasal faiz uygulanması suretiyle Türk Lirasında enflasyon olgusu nedeniyle oluşan değer kaybı karşılanmalıdır. Bu nedenle hükmedilen maddi ve manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı idarelerce davacıya ödenmesi gerekmektedir.

Ancak, idare adına verilen kararlarla ortaya çıkan ve yukarıda idarenin ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilen "yargı kararını uygulamama" eyleminin, gerçekte bu konuda idare adına yetki kullanan kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından doğduğu açıktır. Çünkü bir hukuk devletinde Anayasa'nın ve yasaların açık hükmüne karşın, (hukuka aykırılığı yargı kararlarıyla saptanan işlemlerin iptali üzerine) bilinçli olarak sergilenen keyfi bir davranışın idareden kaynaklandığını kabul etmek olanaksızdır.

Öte yandan, Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabileceği şeklinde emredici bir kurala yer verilmiştir.

Anayasanın sözü edilen maddesindeki "kendilerine rücu edilmek kaydıyla" ibaresinin; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idareye karşı açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde idarenin ödemek zorunda kaldığı

tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etmeyi ifade ettiğinde kuşkuya yer bulunmamaktadır.

Bu hüküm karşısında, yargı kararını uygulamamak amacıyla davacı hakkında bir işlem kuran ve sorumluluğu bulunan ilgililerin kişisel kusuru bulunduğu açık olduğundan, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa hükmü gereği bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının isteminin kabulüyle 2.500.000.000.- lira maddi, 5.000.000.000.- lira manevi tazminatın dava tarihinden itibaren yürütülecek yasal faiziyle birlikte adı geçene davalı idarelerce ödenmesine, aşağıda dökümü yapılan 372.160.000.- lira yargılama giderinin davalı idarelerden alınarak davacıya verilmesine, noksan yatırılan 253.125.000.- lira nisbi karar harcının davacıya tamamlattırılmasına, Avukatlık Kanununda değişiklik yapan 4667 sayılı Kanunun 81. maddesine göre karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 900.000.000.- lira nisbi avukatlık ücretinin davalı idarelerden alınarak davacıya verilmesine, eksik yatırılan 10.500.000.- lira posta pulunun davacıya tamamlattırılmasına, kararın bir örneğinin hükmedilen tazminatın olayda kişisel kusuru bulunan kişi veya kişilere rücu edilmesiyle ilgili iş ve işlemlerin tekemmülü için Maliye Bakanlığına tebliğine, 29.9.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2003/6533
Karar No : 2005/1064

Özeti : Açıklama yolu ile daha önce verilmiş olan bir kararın, değiştirilme olanağı bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …
Karşı Taraf **:** Maliye Bakanlığı - ANKARA
İsteğin Özeti **:** Davacının, 13.4.2001- 13.11.2001 dönemi için tahakkuk ettirilen toplam 5.645.530.000.- TL. mali hakları için temerrüt faizi ve kanuni faiz uygulanmamasına ilişkin davalı idare işleminin iptali ile her ayın 15. günü itibariyle ödeme tarihine kadar hesaplanacak kanuni faiz ve temerrüt faizinin maddi tazminat olarak ödenmesi ve maddi tazminata dava tarihinden ödeme tarihine kadar temerrüt faizi ve kanuni faiz uygulanması istemiyle açtığı davanın; davacı adına tahakkuk ettirilen 5.645.530.000 liraya yasal faiz tatbik edilmemesine ilişkin işlemin iptali, eksik ödemenin yapıldığı tarihte ödenmesi gereken gerçek miktarın dava tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine hükmedilmesi yolunda Ankara 3. İdare Mahkemesi'nce verilen 9.4.2003 günlü, E:2002/1185, K:2003/478 sayılı kararın ve bu kararın düzeltilmesi yoluyla açıklanması isteminin reddine ilişkin 30.5.2003 günlü, E:2002/1185 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Nihat Bayram
Düşüncesi **:** İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** Mehmet Karaoğlu

Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

2577 sayılı Yasanın 46. maddesinin 4001 sayılı Yasa ile değişik 2. fıkrasında "Özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde, Danıştay dava daireleri ile idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarına karşı tebliğ tarihini izleyen otuz gün içinde Danıştay'da temyiz yoluna başvurulabilir." hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin 9.4.2003 günlü, E:2002/1185, K:2003/478 sayılı kararının davacıya 21.5.2003 tarihinde tebliğ edildiği; davacının 22.5.2003 günlü dilekçesiyle kararın düzeltilmesi yoluyla açıklanmasını istemesi üzerine, adı geçen Mahkeme tarafından verilen 30.5.2003 günlü, E:2002/1185 sayılı kararla açıklama isteminin reddedildiği, bu kararın 4.7.2003 tarihinde davacıya tebliğinden sonra 8.9.2003 tarihinde Mahkeme kaydına geçen dilekçe ile temyiz isteminde bulunulduğu anlaşılmıştır.

2577 sayılı Yasanın 29. maddesinin 1. fıkrası hükmü gereğince açıklama istenilmesi kararın taraflara tebliği ile başlayan temyiz süresine durdurmayacağından; Tebligat Kanunu hükümlerine uygun olarak 21.5.2003 tarihinde davacıya tebliğ edilen 9.4.2003 günlü, E:2002/1185, K:2003/478 sayılı karara karşı 30 günlük yasal süre geçtikten sonra 8.9.2003 tarihinde Mahkeme kaydına giren dilekçe ile yapılan temyiz başvurusunun süre aşımı nedeniyle incelenme olanağı bulunmamaktadır.

Öte yandan davacının, açıklama isteminin reddi yolundaki Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin 30.5.2003 günlü, 2002/1185 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istemine gelince;

2577 sayılı Yasanın 29. maddesinin 1. fıkrasında, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerince verilen kararların yeterince açık olmaması yahut birbirine aykırı hüküm fıkralarını taşıması halinde, taraflardan her birinin kararın açıklanmasını veya aykırılığın giderilmesini isteyebileceği hükme bağlanmıştır.

Kararın açıklanması isteği ile amaçlanan, kararın belirsiz ve açık olmayan taraflarını veya birbirine aykırı görünen hüküm fıkralarını ortadan kaldırmak ve onun gerçek anlamını meydana çıkarmak suretiyle yerine getirilmesini kolaylaştırmaktır. Bu yol ile, kararın gerçek anlamından başka türlü yorumlanması ve anlamının değiştirilmesi önlenmiş olur. Yoksa açıklama yolu ile daha önce verilen bir kararın değiştirilmesi olanağı yoktur. Açıklama isteğine ilişkin olarak verilen kararların, bu nitelikleri itibariyle bir üst yargı merciinde temyize konu olabilecek nihai kararlardan olmadığı kuşkusuzdur.

Yukarıda da belirtildiği üzere, açıklama yolu ile daha önce verilen bir kararın değiştirilmesi mümkün bulunmamasına rağmen; açıklama veya aykırılığın giderilmesi isteği üzerine, idari yargı merciince daha önceki hüküm değiştirilmiş veya her ne suretle olursa olsun, yeni bir hüküm verilmiş ise, bu kararın nihai bir karar niteliğinde olduğunu ve sözkonusu karara karşı yapılacak temyiz başvurusu üzerine işin esasına girilebileceğini de ayrıca vurgulamak gerekir.

Olayda ise, davacının, 9.4.2003 günlü, E:2002/1185, K:2003/478 sayılı kararın hüküm fıkrasının açıklanması yolundaki istemi Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin 30.5.2003 günlü, E:2002/1185 sayılı kararıyla açıklanması gereken bir husus bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiş bulunduğuna göre, anılan kararın temyize konu edilmesi ve bu istemin incelenmesi mümkün bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 9.4.2003 günlü, E:2002/1185, K:2003/478 sayılı karara yönelik temyiz isteminin süre aşımı yönünden reddine; 30.5.2003 günlü, E:2002/1185 sayılı karara yönelik temyiz isteminin ise incelenmeksizin reddine, 23.2.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2001/2787
Karar No : 2005/522

Özeti : Kurumun kendi çalışma düzenini ilgilendiren konulardaki işlemlerin, kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelik taşımadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …
Karşı Taraf : T.C. Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı - ANKARA
Vekili : Av. …
İsteğin Özeti : Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin 22.3.2001 günlü, E:2000/1121, K:2001/341 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti : Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Hasan Turgut
Düşüncesi : Davacıya daha önce görev yaptığı başkanlık odası yerine başka bir oda tahsis edilmesi ve görevi gereği yürüttüğü bazı işlerin üzerinden alınması kesin ve yürütülmesi zorunlu bir nitelik taşıyan işlemler olduğundan; Devlet Bakanlığı emrinde geçici görevlendirilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı dava sonucunda Ankara 7. İdare Mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararı üzerine eski görevine döndürülmesinden kısa bir süre sonra kurulan sözkonusu işlemlerle yargı kararının etkisiz bırakılma amacı güdüldüğünden yargı kararının biçimsel olarak uygulanması suretiyle oluşan ağır hizmet kusuru nedeniyle manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğinden aksi yöndeki mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı : Saadet Ünal
Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.
Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:
Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığında Personel ve Eğitim Dairesi Başkanı olarak görev yapmakta iken Devlet Bakanlığı emrinde geçici olarak görevlendirilen ve bu işlemin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açtığı davada Ankara 7. İdare Mahkemesince 3.8.2000 tarih ve E:2000/895 sayılı yürütmenin durdurulması kararının verilmesi üzerine geçici görevi kaldırılarak kurumuna dönen, ancak çalışma odası olarak daha önce görev yaptığı oda yerine başka bir oda tahsis edilen ve daha önce yürüttüğü bazı iş ve işlemler üzerinden alınan davacı, bu yöndeki işlemlerin iptali, hakkında kurulan işlemler nedeniyle beş milyar lira manevi tazminata hükmedilmesi istemiyle dava açmıştır.

Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin 22.3.2001 günlü, E:2000/1121, K:2001/341 sayılı kararıyla; davacının daire başkanı olarak görevi gereği yürüttüğü iş ve işlemlerin üzerinden alınması ve kendisine başka bir başkanlık odası tahsis edilmesine ilişkin işlemlerin kurumun iç işleyişine ilişkin olarak Kurum Başkanı tarafından düzenleme yetkisi kapsamında yapılan işlemler niteliğinde bulunması nedeniyle idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliği taşımadığı, manevi tazminata hükmedilmesi için gerekli olan idarenin hizmet kusurunun da söz konusu olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, kurumda bütün daire başkanlarının servislerinin yanında bulunan ve daire başkanlarına tahsis edilen ofislerde hizmet verdiğini, Personel ve Eğitim Daire Başkanına tahsis edilen odanın kilitlenerek kendisine altı kat yukarıda çalışma odası verildiğini, idarelere tanınan takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmadığını, onuruyla oynanıp sindirme amacı taşıyan işlemle yargı kararının giderilmeye çalışıldığını öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının davalı idarede Personel ve Eğitim Dairesi Başkanı olarak görev yapmakta iken bu görevinden alınarak Dış İlişkiler Daire Başkanlığına uzman olarak atandığı, bu işleme karşı açtığı davada Ankara 5. İdare Mahkemesinin 21.10.1999 gün ve E:1999/261, K:1999/932 sayılı iptal kararı üzerine 21.12.1999 tarihinde görevine döndürüldüğü, 18.5.2000 tarihinde bu görevden tekrar alınarak uzmanlığa atandığı, Ankara 5. İdare Mahkemesinin 1.6.2000 gün ve E:2000/572 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulması isteminin kabul edildiği ve bu kararın 5.7.2000 tarihinde uygulandığı, ancak 11.7.2000 tarihli işlemle bu kez Devlet Bakanlığında geçici görevlendirildiği, bu işlemin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açtığı davada Ankara 7. İdare Mahkemesinin 3.8.2000 tarih ve E:2000/895 sayılı yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi üzerine geçici görevlendirilmesi kaldırılarak kurumuna döndürüldüğü, ancak çalışma odası olarak daha önce görev yaptığı oda yerine başka bir oda tahsis edildiği ve daha önce yürüttüğü işlerin bir kısmının üzerinden alındığı, davacının bu işlemlerin iptali ve beş milyar lira manevi tazminat istemiyle görülen davayı açtığı anlaşılmıştır.

İptal davası açılabilmesi için ortada idarenin kamu gücüne dayanarak tek yanlı irade beyanıyla tesis ettiği, hukuk düzeninde değişiklik yapan başka bir deyişle ilgililerin hukukunu etkileyecek nitelikte kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem bulunmalıdır.

Davacıya daha önce görev yaptığı başkanlık odası yerine başka bir oda tahsis edilmesi ve daha önce yürüttüğü bazı işlerin üzerinden alınması kurumun kendi çalışma düzenini ilgilendiren kurum başkanı tarafından düzenleme yetkisi kapsamında yapılan işlemler olup, davanın kesin ve yürütülmesi zorunlu bir nitelik taşımayan bu işlemlerin iptaline yönelik kısmının reddinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden, davanın manevi tazminat istemine ilişkin kısmının, davacının hakkında kurulan çeşitli atama ve geçici görevlendirme işlemleri nedeniyle uğradığı manevi zararın giderilmesine yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

Davacının Personel ve Eğitim Dairesi Başkanı olarak görev yapmakta iken iki kez başka görevlere atandığı ve geçici olarak görevlendirildiği, bu işlemlerin iptali istemiyle açtığı davalarda verilen kararlar üzerine eski görevine döndürüldükten sonra, hakkında gerekçesiz olarak yeni işlemler kurulduğu gözönüne alındığında, söz konusu işlemlerle yargı kararlarını etkisiz bırakma amacı güdüldüğü sonucuna varıldığından yargı kararlarının biçimsel olarak uygulanması suretiyle oluşan ağır hizmet kusuru nedeniyle manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken aksi yöndeki Mahkeme kararında hukuksal isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kısmen reddiyle Ankara 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 22.3.2001 günlü, E:2000/1121, K:2001/341 sayılı kararın; davacının daire başkanı olarak yürüttüğü görevlerin bir kısmının üzerinden alınmasıyla daha önceki odasından başka bir oda tahsisine ilişkin işlemin iptali istemi yönünden davanın reddine ilişkin kısım yönünden onanmasına, adı geçenin temyiz isteminin kısmen kabulüyle anılan

kararın manevi tazminat isteminin reddine ilişkin kısım yönünden 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b. fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 2.2.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Beşinci Daire
Esas No : 2004/6392
Karar No : 2005/2326

Özeti : Sınavda yanlış değerlendirme yapıldığı belirtilerek, yeniden değerlendirme isteğiyle yapılan başvurunun 2577 sayılı Yasanın 11. maddesi kapsamında bulunduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** PTT Genel Müdürlüğü - ANKARA
Vekilleri **:** ...
İsteğin Özeti **:** Davacının, Sirkeci PTT Müdürlüğünde şef olarak görev yapmakta iken katıldığı 4-5.7.1998 tarihlerinde gerçekleştirilen unvan yükseltme sınavında yeniden değerlendirme yapılması istemiyle 20.8.2003 tarihinde yönelttiği başvurunun reddine ilişkin 15.10.2003 günlü, 10703 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada, 4-5.7.1998 tarihlerinde unvan yükseltme sınavında yanlış değerlendirme yapıldığının sonradan ortaya çıktığı nedeniyle 20.8.2003 yapılan itiraz başvurusuna verilen 15.10.2003 günlü cevap yazısı üzerine yazılı sınavın yeniden değerlendirmesi istemiyle 9.12.2003 tarihinde dava açıldığı, bu duruma göre davacının idareye yaptığı başvurusunun söz konusu sınava yapılan bir itiraz niteliğinde olduğu, böylece İdari Yargılama Usulü Kanununun 11 inci maddesinde öngörülen süreler geçirilerek 20.8.2003 tarihinde yapılan itiraz üzerine açılan davada süre aşımı bulunduğu sonucuna varıldığı gerekçesiyle davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolunda İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nce verilen 24.3.2004 günlü, E:2003/1912, K:2004/407 sayılı kararın, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti **:** Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi **:** Vecdi Karanfil
Düşünces **:** İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** Mehmet Akkaya
Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Beşinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin varlığına bağlıdır. İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nce verilen 24.3.2004 günlü, E:2003/1912, K:2004/407 sayılı karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davacı üzerinde bırakılmasına, 2.5.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ALTINCI DAİRE KARARLARI

GECEKONDU İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2004/3883
Karar No : 2005/971

Özeti : Mera olarak tescil edilen ve İmar affı başvurusu tarihi itibariyle devletin hüküm ve tasarrufu altında bu niteliğini koruyan uyuşmazlık konusu taşınmaz, 2981 sayılı Yasa kapsamında üzerindeki gecekonduların aftan yararlanabileceği taşınmazlar arasında yeralmadığından, anılan taşınmazın belediyeye devredilemeyeceğine ilişkin işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Ankara Valiliği
Karşı Taraf : …
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Ankara 6. İdare Mahkemesinin 28.1.2004 günlü, E:2002/1460, K:2004/72 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Özlem Şimşek'in Düşüncesi: Dosyanın incelenmesinden davacının 2.6.1983 tarihinde imar affı başvurusunda bulunduğu gecekondunun üzerinde bulunduğu taşınmazın 6.11.1951 tarihinde Kusunlar Köy Merası olarak Köy Tüzel Kişiliği adına tespit edildiği, başvuru tarihi itibariyle de bu niteliğini koruduğu anlaşılmaktadır.

Olayda, 2981 sayılı Yasa'da belirlenen arsa ve araziler kapsamında bulunmayan mera vasıflı taşınmazda yapılan gecekonduların imar affından yararlanmaları mümkün olmadığından, imar affı başvurusundan sonraki bir tarihte taşınmazın parselasyon işlemine tabi tutulması sonucu hazine adına tescil edilmiş olmasının taşınmazın 2981 sayılı Yasa kapsamında devre konu yapılmasına bir neden oluşturmayacağı açıktır.

Bu itibarla, dava konusu işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığından, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı M.İclal Kutucu'nun Düşüncesi: …, … Mahallesi ….sokak No: … adresindeki gecekondunun üzerinde bulunduğu taşınmazın belediyeye devir edilmesi isteminin reddine ilişkin işlemi iptal eden idare mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.

2981 sayılı Yasanın değişik 8.maddesine göre,Hazine,Belediye,İl Özel İdaresine ait veya Vakıflar Genel Müdürlüğünün idare etmekte oluduğu arsa veya arazilerdeki yapılar bu kanun kapsamında değerlendirilmektedir.

Meralar kamu ortak malı olmaları,özel mülkiyete konu olmamaları,amacı dışında kullanılmasının ve olağan ve olağanüstü zamanaşımı yolu ile edinilmelerinin mümkün olmaması ve kendi özel sicillerine kaydolmaları nedeniyle belediyeye devri mümkün bulunmamaktadır.

Dosyanın incelenmesinden,belediyeye devri istenilen 35859 ada 2 sayılı parsel üzerinde bulunan davacıya ait gecekondunun Kusunlar Köyü Merası üzerinde bulunduğu anlaşıldığından 2981 sayılı Yasa kapsamında değerlendirilmesi söz konusu olamaz.

Bu durum gözetilmeden mahkemece verilen kararda isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz konusu mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Ankara, ..., ... Mahallesi, ...Sokak, ... numaralı gecekondunun üzerinde yer aldığı ... ada, ... sayılı parselin 2981 sayılı Yasa 'nın 10/c maddesi uyarınca Mamak Belediye Başkanlığına devri için yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, davacının imar affı başvurusunda bulunduğu gecekondunun üzerinde yer aldığı 35859 ada, 2 sayılı parselin belediyeye devrinin istenilmesi üzerine yapılan incelemede, anılan parselin geldisi olan ... sayılı parselin, 1952 yılına ait Tapulama Tutanağında mera vasfında olduğundan bahisle 2981 sayılı Yasa uyarınca devre konu olamayacağının bildirildiği, davacı tarafından yapılan başvurunun da aynı gerekçeyle reddi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı, olayda uyuşmazlık konusu taşınmaz hernekadar Tapulama Tutanağında mera olarak gösterilmiş ise de, anılan tesbitin 1952 yılına ait olduğu, meraların tesciline ilişkin özel uygulamaların yapılmadığı ve mera olarak kullanıldığına ilişkin herhangi bir bilginin bulunmadığı, imar affı başvurusunda bulunulduğu tarihte parsel üzerinde birçok gecekondunun yeraldığı, ayrıca parselin 2981 sayılı Yasa uyarınca yapılan ıslah imar uygulaması ile Maliye Hazinesi adına tescil edildiği, bu durumda mera vasfı taşımayan taşınmazın imar affı başvurusunda bulunanların hak sahipliğinin tesbiti üzerine ilgili belediye adına devredilmesi gerekirken, taşınmazın 1952 yılında mera olarak belirlendiğinden bahisle devir isteminin reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idarece temyiz edilmiştir.

2981 sayılı Yasa'nın 8.maddesinde, hazine, belediye il özel idarelerine ait veya Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün idare etmekte olduğu arsa ve arazilerin bu Kanun kapsamında olduğu değerlendirilmiştir.

Diğer taraftan, 2981 sayılı Yasanın 3290 sayılı Yasa ile değişik 10/a maddesinde, bu Kanun hükümlerine göre hazineye, belediyeye, il özel idaresine ait veya Vakıflar Genel Müdürlüğünün idare ettiği arsa veya araziler üzerinde gecekondu sahiplerince yapılmış yapıların 12.madde hükümlerine göre tesbit ettirildikten sonra kayıt maliki kuruluşça bu yerin hak sahibihe tahsis edileceği ve tahsisin yapıldığının tapu sicilinin beyanlar hanesinde gösterilerek ilgisine tapu tahsis belgesi verileceği hükmüne yer verilmiştir.

4342 sayılı Mera Kanunu'nun 4.maddesinde, Meraların, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu, özel mülkiyete geçirilemeyeceği, amacı dışında kullanılamayacağı, zamanaşımı uygulanamayacağı, sınırlarının daraltılamayacağı öngörülmüştür.

Yukarıda yer alan yasal düzenlemeler ışığında, 2981 sayılı Yasa kapsamına Hazine, belediye, il özel idaresine ait veya Vakıflar Genel Müdürlüğünce idare edilen arsa ve araziler üzerindeki gecekondular girdiğinden Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki merada yapılan gecekondu nedeniyle anılan Yasadan yararlanma olanağı bulunmamaktadır.

Dava konusu olayda da, davacıya ait gecekondunun üzerinde yer aydığı ... sayılı parselin 6.11.1951 tarihinde ... Köyü Merası olanak Köy Tüzel Kişiliği adına tespit edildiği, davacının anılan taşınmazdaki gecekondu nedeniyle 2.6.1983 tarihinde imar affı başvurusunda bulunduğu, söz konusu taşınmazın 6.9.1990 tarihinde parselasyon işlemine tabi tutulmak suretiyle çeşitli ada ve parsellere ayrılarak hazine adına tescil edildiği, davacının gecekondusunun oluşan bu parsellerden ... ada, ... sayılı parselde kalması

nedeniyle taşınmazın belediyeye devrinin talep edildiği, bu istemin reddi üzerine de bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 6.11.1951 tarihinde … Köyü merası olarak belirlenen, "imar affı başvurusu tarihi" itibariyle de Devletin hüküm ve tasarrufu altında bu niteliğini koruyan uyuşmazlık konusu taşınmazda yapılmış bulunan gecekondu nedeniyle haksahibi olunamayacağından, 2981 sayılı Yasa kapsamında bulunmayan sözkonusu taşınmazın imar affı başvurusundan sonraki bir tarihte parselasyon işlemine tabi tutulması sonucu hazine adına tescil edildiğinden bahisle işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 6. İdare Mahkemesinin 28.1.2004 günlü, E:2002/1460, K:2004/72 sayılı kararının bozulmasina, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 18.2.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İMAR İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2004/2848
Karar No : 2005/799

Özeti : 3194 sayılı Yasanın 42. maddesinde aynı Yasanın 28, 32, 33, 34, 39 ve 40. maddeleri ile 36.maddenin 3. fıkrasının ihlali halinde para cezası verileceğinin hükme bağlandığı; dava konusu işlemde sözü edilen maddelerden hangisinin ihlal edildiğinin belirtilmediği gibi yasada belirtilen usullerin de uygulanmadığı, bu nedenle 42. madde ve yasal dayanağı olmayan büyükşehir belediyesi alt yapı yönergesi uyarınca para cezası verilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı
Vekili **:** Av. …
İstemin Özeti **:** İstanbul 4. İdare Mahkemesinnin 30.10.2003 günlü, E:2001/1241, K:2003/1350 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Nejdet Bayram'ın Düşüncesi: İstanbul Büyükşehir Belediyesi Altyapı Hizmetleri Yönergesine dayanılarak verilen para cezasında hukuka uyarlık bulunmadığından, davanın reddi yolundaki temyize konu idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Tülin Özgenç'in Düşüncesi: Bakırköy, Florya mevkii Şenlikköy Caddesi üzerinde ruhsatsız olarak tranşe açıldığından bahisle Altyapı Hizmetleri Yönergesinin 20. maddesi uyarınca 14.943.825.000.-TL para cezası verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

İstanbul Büyükşehir Belediyesi Alt yapı Hizmetleri Yönergesinin 2.maddesinde, bu Yönergenin 3030 sayılı Yasanın 7.maddesine dayanılarak İçişleri Bakanlığınca çıkarılan Büyükşehir Belediyeleri Koordinasyon Merkezleri ve Fon Yönetmeliğine göre düzenlendiği belirtilmiş ise de, anılan maddede ve İçişleri Bakanlığınca yayınlanan Yönetmelikte, büyükşehir belediyesinin bu konuda yönerge çıkaracağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.

Bu durumda, anılan Yönergeye dayalı olarak tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıkanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile temyize konu Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Bakırköy, Florya mevkii, Şenlikköy Caddesi üzerinde ruhsatsız tranşe açıldığından bahisle para cezası verilmesine ilişkin 27.4.2000 günlü, 720 sayılı belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince yerinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporun ve dosyanın birlikte değerlendirilmesinden, davacının ruhsatsız olarak tranşe açmak suretiyle yola hasar verdiğinin sabit olduğu sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, dava konusu işlemle ruhsatsız tranşe açıldığından bahisle 3194 sayılı Yasanın 42. maddesi ve Altyapı Hizmetleri Yönergesi uyarınca para cezası verildiği anlaşılmaktadır.

İstanbul Büyükşehir Belediyesi Altyapı Hizmetleri Yönergesinin 2.maddesinde, bu yönergenin 3030 sayılı Yasanın 7.maddesine dayanılarak İçişleri Bakanlığınca çıkarılan Büyükşehir Belediyeleri Koordinasyon Merkezleri ve Fon Yönetmeliğine göre düzenlendiği belirtilmiş ise de, anılan Yasanın 7.maddesindeki koordinasyon merkezlerinin çalışma esas ve usulleri ile fazladan yapılacak harcamalara ilişkin esasların ilgili bakanlıkların da görüşü alınarak İçişleri, Maliye ve Gümrük Bakanlıklarınca müştereken hazırlanacak yönetmelikle tesbit edileceği hükmünün yer aldığı, dava konusu yönergeye dayanak alınan İçişleri Bakanlığınca yayınlanan yönetmelikte ise büyükşehir belediyesinin bu konuda yönerge çıkaracağına ilişkin bir hükmün yer almadığı görülmektedir.

Diğer taraftan dava konusu işlemde 3194 sayılı Yasanın 42. maddesi belirtilmiş ise de anılan madde metninde 3194 sayılı Yasanın 28, 32, 33, 34, 39 ve 40. maddeleri ile 36.maddenin üçüncü fıkrasının ihlali halinde para cezası verileceği hükme bağlandığından olayda, sözü edilen maddelerden hangisinin ihlal edildiğinin belirtilmediği gibi, yasada belirtilen usullerin de uygulanmadığı açık olduğundan 42. madde uyarınca para cezası verilemeyeceği de açıktır.

Bu durumda, anılan yönergeye dayanılarak verilen para cezasında hukuka uyarlık bulunmadığından davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, İstanbul 4. İdare Mahkemesinin 30.10.2003 günlü, E:2001/1241, K:2003/1350 sayılı kararının bozulmasina**,** 20.600.000 -lira karar harcı ile fazladan yatırılan 15.300.000-lira harcın temyiz isteminde bulunana iadesine, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 14.2.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2004/4692
Karar No : 2005/998

Özeti : Sit alanında kalan taşınmazlardaki ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapılar için 3194 Sayılı İmar Kanununun 42. maddesinde belirlenen para cezasının iki misli uygulanamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar: …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** Antalya Valiliği
İstemin Özeti **:** Antalya 2.İdare Mahkemesinin 24.3.2004 günlü, E:2002/1017, K:2004/360 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Selçuk Topal'ın Düşüncesi: Sit alanı içerisinde ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yapılan yapılar nedeniyle İmar Kanununda belirtilen para cezasının iki katı uygulama yapılması yolunda yasal bir düzenleme bulunmadığı ve anılan yapılar için yalnızca 3621 sayılı Kıyı Kanununda para cezasının iki kat uygulanması yolunda bir düzenleme bulunduğu dikkate alındığında, davalı idarenin 3194 asayılı İmar Kanunu hükümlerini uygulayarak yapının doğal sit alanında kalması nedeniyle para cezası miktarının iki kat olarak uygulanmasında mevzuata uyarlık bulunmadığından, aksi yöndeki idare mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Münevver Demir'in Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçelerinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, tarafların isteminlerinin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Antalya, Alanya, Yeşilöz Köyü sınırları içinde davacı tarafından yapılan yapının ruhsatsız olması nedeniyle 3194 sayılı İmar Kanununun 42 inci maddesi uyarınca 23.312.367.000,- TL para cezası verilmesine ilişkin 20.2.2002 günlü, 203 sayılı olura dayalı olarak tesis edilen 15.3.2002 günlü, 2-02/139 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmış; idare mahkemesince, yerinde yapılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporla dosyada yer alan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, ruhsatsız yapının 30.10.2001 günlü tutanakla tespit edildiği, yapının sit alanı sınırları dışında olduğu; ancak, 80 metrelik sahil şeridi içerisinde kaldığı, para cezası verilmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığı; her ne kadar davalı idarece para cezası hesaplanırken yapının doğal sit alanında kalması nedeniyle 3194 sayılı Yasanın 42 inci maddesine göre belirlenen para cezası miktarının iki misli ceza miktarı hesaplanmış ise de, yapının sit alanında kalması nedeniyle iki misli para cezası uygulanması yönünde yasal bir düzenleme bulunmamakla birlikte, söz konusu yapı 3621 sayılı Kıyı Kanunu hükümlerine aykırı olarak yapıdığından 3621 sayılı Kanununun 15 inci maddesi gereğince İmar Kanununda öngörülen para cezasının iki mislinin

uygulanması gerektiğinden, dava konusu işlemde bu nedenle de sonucu itibariyle hukuka aykırılık bulunmadığının anlaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3194 sayılı İmar Kanununun 42 inci maddesinde, ruhsat alınmadan veya ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine ve müteahhidine para cezası verileceği hükmü yer almaktadır.

3621 sayılı Kıyı Kanununun 14 üncü maddesinde, bu Kanun kapsamında kalan alanlarda ruhsatsız yapılar ile ruhsat ve eklerine aykırı yapılar hakkında 3194 sayılı İmar Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanacağı; aynı Kanunun 15 inci maddesinin (b) bendinde de, bu Kanun kapsamında kalan alanlarda, Kanun hükümlerine uyulmadan ruhsatsız, ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılan yapıların sahiplerine ve müteahhidine, 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen para cezalarının iki misli para cezası verileceği hükümlerine yer verilmiştir.

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamında olan sit alanlarında ruhsat alınmadan veya ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapılara yönelik olarak 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen para cezalarının iki misli olarak uygulanması yolunda herhangi bir yasal düzenleme yer almamaktadır.

Dava konusu olayda ise, davalı idarece davacı tarafından ruhsatsız olarak yapılan yapının sit alanı içerisinde yer alması nedeniyle 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen para cezasının iki misli uygulanması sonucunda davacıya 23.312.367.000,- TL para cezası verilmiş ise de, sit alanlarında uhsat alınmadan veya ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapılara yönelik olarak 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen para cezalarının iki kat olarak uygulanması yolunda herhangi bir yasal düzenleme yer almadığından, dava konusu işlemde bu yönüyle mevzuata uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Antalya 2.İdare Mahkemesinin 24.3.2004 günlü, E:2002/1017, K:2004/360 sayılı kararının bozulmasina, 20,60 YTL karar harcı ile fazladan yatırılan 15,30 YTL harcın temyiz isteminde bulunana iadesine, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 21.2.20**05** gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2004/786
Karar No : 2005/1092

Özeti : Yıkım ve para cezasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, mahkemece yıkım işleminin kısmen iptal edilmesi üzerine, para cezası miktarının mahkeme kararının iptal gerekçeleri de göz önünde tutularak davalı idarece yeniden takdir edilmesi gerektiğinden, bu durum dikkate alınmaksızın para cezasının kısmen iptali ile davanın kısmen reddi yolunda verilen kararda isabet görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar: 1**-** ...
2- Buca Belediye Başkanlığı-İZMİR
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** 1**-** Buca Belediye Başkanlığı-İZMİR
Vekili **:** Av. ...
2**-** ...

İstemin Özeti: İzmir 2. İdare Mahkemesinin 11.12.2003 günlü, E:2003/608, K:2003/1556 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmaların Özeti: Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbiri bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi İsmet Can'ın Düşüncesi: Temyiz isteminin mahkeme kararının yıkım işlemine ilişkin olarak kısmen iptali ile davanın kısmen reddi yolundaki kısmının onanması, para cezasına yönelik olarak, idarece yıkıma ilişkin mahkeme kararı üzerine para cezasının yeniden takdir edilmesi amacıyla iptali yoluna gidilmeden para cezasının kısmen iptali davanın kısmen reddi yolundaki bölümünün bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Sedat Larlar'ın Düşüncesi: Mahkeme kararının yıkım işlemine ilişkin olarak kısmen iptali ile davanın kısmen reddi yolundaki kısmının onanması, para cezasına yönelik olarak, idarece yıkıma ilişkin mahkeme kararı üzerine para cezasının yeniden takdir edilmesi amacıyla iptali yoluna gidilmeden para cezasının kısmen iptali davanın kısmen reddi yolundaki bölümünün bozulması gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Duruşma yapılmasına gerek görülmedi.

Dava, İzmir, Buca, … pafta, … ada, … parsel sayılı taşınmazda ruhsat ve eki projeye aykırı yapının 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32.maddesi uyarınca yıkımına ve davacıya 1.150.000.000-lira para cezası verilmesine ilişkin 18.3.2003 günlü, 2003/366 sayılı belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, yerinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi üzerine düzenlenen rapor ile dosyadaki bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, 15.6.1999 günlü yapı tatil tutanağı ile ruhsat eki projesine aykırı olarak 2.bodrum kattaki 20 m2 olan kısım, yol genişliğine uygun olmayan 1 metrelik kapalı çıkma ve demiryoluna bakan kısımda 1,5 metrelik komşu yanaşması (16.8.1993 günlü, 3060 sayılı imar durumuna aykırı) ile giriş kotunun 2 metre yükseklikte olduğunun saptanarak mühürlendiği, ancak bilirkişi tarafından 2. bodrum katta 20 m2 olan kısmın mevcut olmadığı, 1 metrelik kapalı ve 1 metrelik açık çıkmanın onaylı projesine uygun olduğu, demiryoluna bakan kısmında 1,5 metrelik komşu yanaşmasının da 6.9.2000 günlü tadilat ve 4.4.2002 günlü yenileme ruhsat eki mimari projesindeki ile aynı nitelikte bulunduğu, yapının giriş kotunun 16.5.1997, 6.9.2000 ve 4.4.2002 günlü ruhsatlar ile eki onaylı mimari proje ve tadilatlarında 1 metre olarak gösterilmesine rağmen 2,45 metre yükseklikte olduğunun belirlendiği anlaşıldığından, dava konusu işlemin; 2.bodrum katta 20 m2 alanlı bölüm, yol genişliğine uygun olmayan 1 metrelik kapalı çıkma ile demir yoluna bakan bölümdeki 1,5 metrelik komşu yanaşmasındaki tadilatların yıkımı ile buna isabet eden 650.000.000.-lira para cezasına ilişkin kısmında hukuka uyarlık görülmediğinden iptaline, anılan işlemin yapının giriş kotunun mimari projesine aykırı olduğundan yıkımına ve para cezasının buna isabet eden 500.000.000.-liralık bölümünde ise hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın bu kısmının reddine karar verilmiş; bu karar taraflarca temyiz edilmiştir.

Temyize konu İzmir 2.İdare Mahkemesinin 11.12.2003 günlü, E:2003/608, K:2003/1556 sayılı kararının dava konusu işlemin yıkıma yönelik olarak kısmen iptali ile davanın kısmen reddine ilişkin bölümünde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin 1.fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmamaktadır.

Temyize konu kararın imar para cezasına ilişkin kısmına gelince;

Uyuşmazlık konusu işlemin yıkıma ilişkin bölümüne ilişkin olarak Mahkemece yapılan yargılama sonucu, işlemin kısmen iptali ile davanın kısmen reddedilmesi üzerine, para cezasının mahkeme kararının yıkıma yönelik gerekçeleri de göz önünde tutularak davalı

idarece yeniden takdir edilerek belirlenmesinin gerektiği bu durumda para cezasının kısmen iptali ile davanın kısmen reddi yolunda verilen kararda isabet görülmemiştir.

Bu itibarla, İdare Mahkemesince bu husus göz önüne alınarak para cezası yönünden yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle İzmir 2.İdare Mahkemesinin 11.12.2003 günlü, E:2003/608, K:2003/1556 sayılı kararının yıkıma ilişkin kısmının onanmasına**,** para cezasına ilişkin kısmının ise bozulmasına, karar harcının yarısı olan 14,03'şer YTL (14.030.000 -lira) ile fazladan yatırılan 15,30'şer YTL (15.300.000 -lira) temyiz isteminde bulunanlara, kullanılmayan yürütmenin durdurulması istemine ilişkin 16,40 YTL (16.400.000.-lira) harcın davacıya iadesine, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 22.2.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2003/3435
Karar No : 2004/6378

Özeti : Bir bölgede yapılaşmaya olanak veren imar planının mahkemece iptal edilmesi halinde, iptal tarihine kadar ilgilinin hilesi, hatası ya da kusuru olmadan, yapıya ruhsatına uygun olarak devam edildiğinin anlaşılması durumunda, mahkeme kararının verilmesini takiben davalı idarece inşaatın mühürlenmesi, yapının bu tarihe kadar tamamlanmış kısmının ise kazanılmış hakkın varlığı nedeniyle korunması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Çankaya Belediye Başkanlığı- ANKARA
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** ...
Vekili **:** Av. ...
İstemin Özeti **:** Ankara 3.İdare Mahkemesinin 29.1.2003 günlü, E:2002/270, K:2003/91 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi G.Filiz Ercan Aslantaş'ın Düşüncesi: Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı M.İclal Kutucu'nun Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Çankaya, Mustafa Kemal Mahallesi, … ada, … parsel sayılı taşınmaz üzerindeki inşaatın Ankara 4.İdare Mahkemesinin imar planı değişikliği ve parselasyon işleminin iptali yolundaki kararına istinaden durdurulmasına ilişkin 28.12.2001 günlü, 405 sayılı yapı tatil tutanağının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; dosyanın incelenmesinden, Ankara 4.idare mahkemesinin kararı karşısında iptal edilen imar planının bulunduğu alanda yapılmakta olan inşaatların seviyesinin tespiti bakımından idarece tespit tutanağı düzenlenmesi yerinde ise de; davacının imar planında konut alanına ayrılan bölgede yürürlükteki mevzuat uyarınca aldığı 27.8.2001 tarihli yapı ruhsatına uygun olarak inşaatını sürdürdüğü ve idarece söz konusu yapı ruhsatının iptal edilmediği anlaşıldığından, ruhsatın düzenlenmesinden sonra taşınmazın bulunduğu alanı da içine alan imar planlarının idari yargı yerinde iptal edilmesinin yürürlükteki mevzuata uygun olarak alınmış ruhsatları kendiliğinden ortadan kaldırmayacağı, diğer taraftan davacının söz konusu binaların inşasını mevcut plana ve ruhsata uygun olarak yaptığı, bu işlemler nedeni ile hatası, hilesi veya davacıya isnat edilebilecek bir kusur olmadığından mevcut yapılanma durumu ve planlara ilişkin mahkeme kararları gözetilerek planlama sürecinin işletilmesi ve davacının yapı ruhsatının da hukuki durumunun gözetilmesi gerekirken doğrudan yapı tatil tutanağı düzenlenerek yapının mühürlenmesinde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle işlemin iptaline karar verilmiş, karar davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.

3194 sayılı İmar Kanununun 32 nci maddesinde ruhsat almadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı takdirde yapının mühürlenerek inşaatın derhal durdurulacağı hüküm altına alınmıştır.

Bir bölgede yapılaşmaya olanak veren imar planı mahkemece iptal edildiği takdirde iptal tarihine kadar ilgilinin hilesi, hatası yada kusuru olmadan yapıya ruhsatına uygun olarak devam edilmesi durumunda mahkeme kararının verilmesini takiben davalı idarece inşaatın mühürlenmesi, yapının bu tarihe kadar tamamlanmış kısmının ise kazanılmış hakkın varlığı nedeniyle korunması gerekmektedir.

Öte yandan, yapının tamamlanmış olması durumunda ise kazanılmış hakkın gerçekleşmiş olması nedeniyle yapının mühürlenmesine hukuken olanak bulunmadığı açıktır.

Uyuşmazlık konusu olayda ise dosyadaki bilgi ve belgelerden yürürlükteki plana uygun olarak verilmiş ruhsata dayanılarak yapılmakta olan inşaatın, ruhsatın dayanağı imar planının iptal edilmiş olması nedeniyle durdurulduğu, ancak mühürlenen binanın bu tarihte tamamlanıp tamamlanmadığı anlaşılamamaktadır.

Bu durumda, Mahkemece, yapının hangi aşamada bulunduğu tespit edilerek eğer yapı tamamlanmamışsa, imar planının iptali halinde yapının durdurulmasının hukuka aykırı olmadığı hususu da gözönünde bulundurulmak suretiyle yapılacak inceleme sonucu ulaşılacak sonuca göre yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 3. İdare Mahkemesinin 29.1.2003 günlü, E:2002/270, K:2003/91 sayılı kararının bozulmasına,16.090.000.- lira karar harcı ile fazladan yatırılan 11.970.000.- lira harcın temyiz isteminde bulunana iadesine, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 8.12.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2003/5866
Karar No : 2005/2170

Özeti : İmar planıyla belirlenmiş yapılaşma koşullarını açıklayıcı, belirleyici ve bütünleyici nitelikte olduğu tartışmasız bulunan plan notlarını bazı yapılar için

uygulanıp bazıları için uygulanmamasının, planın bütünlüğünü ve dengesini bozacağı, şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarına aykırı olacağı açık olduğundan, aksi yöndeki idare mahkemesi kararında isabet bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı-ANKARA
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** … Konut Yapı Kooperatifi
Vekili **:** Av. …

İstemin Özeti : Ankara 9.İdare Mahkemesinin 15.5.2003 günlü, E:2002/1017, K:2003/496 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbiri bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Ömer Köroğlu'nun Düşüncesi: İmar planıyla belirlenmiş yapılaşma koşullarını açıklayıcı, belirleyici ve bütünleyici nitelikte olduğu tartışmasız bulunan dava konusu plan notunun bazı yapılar için uygulanması bazı yapılar için ise uygulanmamasının planın bütünlüğünü ve dengesini bozacağı şehircilik ilkeleri ve planlama esasları açısından kötü örnek oluşturacağı açık olduğundan aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında isabet bulunmadığından temyize konu kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Emel Cengiz'in Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Ankara, Yenimahalle, Batıkent, … ada, … sayılı parselin 72700 numaralı parselasyon planına ait 5 nolu plan notundan muaf tutulamayacağına ilişkin 19.6.2002 günlü, 2917 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, yerinde yapılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapor ve dosyada yer alan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden söz konusu plan notunun, kooperatif içi düzenlemeleri kolaylaştıracağı, çevre bütünlüğü ve plan disiplini sağlaması açılarından önerildiği, ancak aynı plan kapsamı içinde kalan bazı kooperatiflerin belirtilen plan notundan muaf tutulması, diğer bir kooperatife ise bu hükmün koşul olarak getirilmesinin plan disiplini, eşitlik ilkesi ve idarenin güvenirliği açısından doğru bir karar olarak değerlendirilemeyeceği, davacı kooperatife ait bahçelerde yapılan bölme amaçlı duvar ve korkulukların büyükşehir belediyesinin görüşleri doğrultusunda, bağımsız bölüm sahiplerinin muafakatlarının sağlanmasıyla 27.8.1999 günlü peyzaj projesinde değişiklik yapılması halinde anılan plan notundan muaf tutulabileceği, dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığının anlaşıldığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş; bu karar davalı idarece temyiz edilmiştir.

Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmeliğin 3/11.maddesinde, nazım ve uygulama imar planı olarak iki aşamadan oluşan imar planlarının pafta, rapor ve notlardan oluşan belgeler olduğu hükme bağlanmıştır.

Düzenleyici işlem niteliğindeki imar planları, plan hükümlerini açıklayıcı nitelikteki plan notları ile bir bütün olduğu gibi, bu plan notları planın ayrılmaz bir parçası konumunda bulunması nedeniyle imar plan notu ile getirilen hükümlerin de imar planı gibi kesin ve yürütülmesi zorunlu bir düzenleyici işlem olarak idari davaya konu edilebileceği açıktır.

... Toplu Konut Alanı 72700 numaralı imar planına ilişkin 5 numaralı plan notunda "Yüksek, orta ve az yoğun konut adalarında ihtiyaç duyulduğunda parsel müşterek kenarlarında bahçe duvarı ve hiç bir tesis yapılmamak, bahçe tanziminde ada çapında bütünlük sağlamak koşuluyla en fazla üç parsel yer alacak şekilde ifraz yapılabilir. Ancak, bir yapı adasına birden fazla kooperatife tahsis edilmesi halinde kooperatif sayısına göre ifraz yapılabilir." hükmü yer almaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, davacı kooperatifin belirtilen plan notundan muaf tutulmasının daha önce 31.5.2000 günlü, 129 sayılı ilçe belediye meclis kararıyla plan değişikliği önerisi olarak da gündeme getirildiği, plan notunun kooperatif kavramını destekleyici nitelikte olduğu, kaldırılması durumunda görüntü, yaya dolaşımı ve bahçe bütünlüğünü ollumsuz olarak etkileyeceği gerekçesiyle büyükşehir belediye başkanlığınca uygun görülmediği, bu kez plan notundan muaf tutulma istemiyle davacı kooperatif tarafından yapılan başvurunun dava konusu işlemle teknik açıdan uygun görülmeyerek reddedildiği, İdare Mahkemesince, yerinde yapılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda ise, 5 nolu plan notunun bazı kooperatifler için kaldırılmasının plan disiplini, eşitlik ilkesi, idarenin devamlılığı ve güvenirliğini zedeleyen bir yaklaşımı yansıttığı, dava konusu 15005 ada, 4 sayılı parselde bulunan kooperatife ait yapılarda yapılan bölme amaçlı duvar ve korkulukların bağımsız bölüm maliklerinin muvafakatlarının sağlanması ve 27.8.1999 günlü peyzaj projesinde değişiklik yapılması durumunda anılan plan notundan muaf tutulabileceğinin belirtildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, imar planıyla belirlenmiş yapılaşma koşullarını açıklayacı, belirleyici ve bütünleyici nitelikte olduğu tartışmasız bulunan dava konusu plan notunun bazı yapılar için uygulanması bazı yapılar için ise uygulanmamasının plan bütünlüğünü ve dengesini bozacağı, şehircilik ilkeleri ve planlama esasları açısından kötü örnek oluşturacağı açık olduğundan aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Ankara 9.İdare Mahkemesinin 15.5.2003 günlü, E:2002/1017, K:2003/496 sayılı kararının bozulmasina,16.090 YTL karar harcı ile fazladan yatırılan 11.97 YTL harcın temyiz isteminde bulunana iadesine, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 13.4.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2003/4450
Karar No : 2005/867

Özeti : Tüm kat malikleri tarafından kabul edilerek imzalanan yönetim planı bağlayıcı nitelikte olduğundan, daha sonra maliklerin değişmesi durumunda yeniden kat maliklerinin tamamının muvafakatının istenmesine gerek bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Gazi Belediye Başkanlığı - SAMSUN
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** ...
Vekili **:** Av. ...

İstemin Özeti : Samsun İdare Mahkemesinin 26.3.2003 günlü, E:2002/2096, K:2003/255 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Sedef Türkdoğan'ın Düşüncesi: Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Eren Sonbay'ın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Samsun, Merkez, Bahçelievler Mahallesi, … pafta, … ada, … parsel sayılı taşınmaz için verilen 24.7.2002 günlü, 46 sayılı inşaat ruhsatı ile dayanağı 2.7.2002 günlü, 511 sayılı belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; 4.11.1965 onay tarihli proje üzerine 25.4.1969 tarihli tadilat projesine göre bodrum + zemin + 2 kat mesken ve 3.katın müştemilat olarak işlendiği, fakat 3.katın yapılmadığı, 4 ve 5 numaralı bağımsız bölümlerin malikinin 5 numaralı bağımsız bölümü yapabilmek için ruhsat yenileme isteğine ilişkin 22.5.2002 günlü dilekçeyle davalı idareye başvuruda bulunması üzerine anılan şahsa 3194 sayılı Yasanın 21.maddesi uyarınca inşaat ruhsatı verilmesine ilişkin 2.7.2002 günlü, 511 sayılı dava konusu belediye encümen kararına dayanılarak 24.7.2002 günlü, 46 sayılı inşaat ruhsatının verildiği, davaya konu inşaat ruhsatının Samsun 2. Tapu Sicil Müdürlüğünde bulunan proje suretinde 3. katın mesken olarak yazılı olduğu dikkate alınarak verildiği görülmekte ise de, ana gayrimenkul 1969 tarihinde yapılmış olmasına karşın dava konusu 3. kat 3194 sayılı Yasanın 29. maddesinde öngörülen ruhsat müddetleri içinde yapılmaması nedeniyle ruhsatın bu kata yönelik kısmının hükümsüz kaldığı aradan uzun yıllar geçtikten sonra bu yerin maliki tarafından yapılan 22.5.2002 günlü ruhsat yenileme başvurusu üzerine dava konusu işlemlerin tesis edildiği, 5 numaralı bölüm için verilen ruhsatın yeni bir ruhsat olduğu dikkate alındığında yapıya ilave edilecek bölümler için 634 sayılı Yasanın 44. maddesinde öngörülen kat malikleri kurulu kararı aranması gerektiği, bu karar ibraz edilmeksizin inşaat ruhsatı verilmesi yolunda tesis olunan belediye encümen kararında ve bu karar uyarınca verilen inşaat ruhsatında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş, karar davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.

3194 sayılı İmar Kanununun 21.maddesi hükmüne göre yapı, imar planı, yönetmelik, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapılabilir, ruhsat alınmış yapılarda herhangi bir değişiklik yapılması da yeniden ruhsat alınmasına bağlıdır; 22.maddesinde de ruhsat ve tadilat ruhsatı almak içinde belediye veya valiliğe başvuru yapılırken dilekçeye tapu, mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa ebatlı krokisinin eklenmesi gerektiği öngörülmüştür.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 19. maddesinin 2. fıkrasında, kat maliklerinden birinin bütün kat maliklerinin rızası olmadıkça ana gayrımenkulün ortak yerlerinde inşaat, onarım ve tesisler, kendi bağımsız bölümünde de ana yapıya zarar verecek nitelikte onarım, tesis ve değişiklik yapamayacağı; aynı Yasanın 44.maddesinde de, ana gayrımenkule bağımsız bölüm ilavesi veya mevcut çekme kat yerine tam kat yapılması veya zemin veya bodrum katlarında veya arsanın boş kısmında 24.maddenin 2.fıkrasında yazılı yerlerin

sonradan yapımı veya ilavesi için kat malikleri kurulunun buna oybirliğiyle karar vermesinin şart olduğu hükümleri yer almaktadır.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 28.maddesinde ise, Yönetim Planının yönetim tarzını, kullanma maksat ve şeklini düzenleyen ve bütün kat maliklerini bağlayan bir sözleşme hükmünde olduğu kurala bağlanmıştır.

Yukarıdaki hükümlerin değerlendirilmesinden, 634 sayılı Yasanın 44.maddesinde belirtilen tadilatların yapılması için kat malikleri kurulunca oybirliğiyle bir karar alınmışsa maliklerin değişmesi durumunda da aynı konuda yeniden karar alınmasına gerek bulunmamaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, uyuşmazlık konusu … pafta, … ada, … sayılı parsel üzerinde yapılacak yapı için 4.11.1965 tarihli tasdikli proje üzerine 25.4.1969 tarihinde yapılan tadilat ile bodrum + zemin + 2 kat mesken ve 3. katın müştemilat olarak işlendiği, fakat 3.katın yapılmadığı, 4.4.1969 tarihli yönetim planında ana yapının, bir bodrum, bir zemin, beş katlı, beş bağımsız bölüm ve dairelerinin mesken olarak kullanılacağının, 15.4.1969 tarihinde Samsun 3. Noterliğince onaylanan uyuşmazlık konusu binaya ait listede binanın beş katlı, beş daireli ve tümünün mesken olduğunun, 5.5.1969 tarihli tapuda da, 3.katın, kat irtifakı kurularak 5 numaralı mesken olduğunun belirtildiği, …'in 5 numaralı bağımsız bölüm için inşaat ruhsatı istemiyle yaptığı başvuru üzerine davalı idarece; 4.11.1965 tarihli proje kapağında bodrum, zemin, 2.kat ve müştemilat olarak onaylandığı, ancak bu projenin katları gösteren, plan kısmında müştemilatın mesken olarak görüldüğü ve tapu kaydında çekme katın 5 numaralı mesken olması nedeniyle davacıya dava konusu belediye encümeni kararı ile inşaat ruhsatı verilmesi kabul edilerek inşaat ruhsatının da verildiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık konusu olayda, 4.4.1969 tarihli yönetim planında ana yapının, bir bodrum, bir zemin, beş katlı, beş bağımsız bölüm ve dairelerin mesken olarak kullanılacağı belirtilmiş, bu bağlamda 3.kat müştemilat tam kat mesken olarak kabul edilerek, yönetim planı o tarihte bütün katların maliki olan kişi tarafından imzalanmıştır. Yönetim planı bağlayıcı nitelikte olduğundan, dava konusu yere ruhsat verilebilmesi için yeniden kat maliklerinin tamamının muvafakatının istenmesine gerek bulunmamaktadır. Bu itibarla, İdare Mahkemesince, inşaat ruhsatı verilmesi yolunda tesis edilen dava konusu işlemlerin, 634 sayılı Yasa'nın 44. maddesinde öngörülen kat malikleri kurulu kararı alınması gerekirken bu kararın ibraz edilmediği gerekçesiyle ana yapıya ilave edilecek bölüm için iptaline karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle Samsun İdare Mahkemesinin 26.3.2003 günlü, E:2002/2096, K:2003/255 sayılı kararının bozulmasına, 16.090.000.- lira karar harcı ile fazladan yatırılan 11.970.000.- lira harcın temyiz isteminde bulunana iadesine, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 15.2.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TAM YARGI DAVALARI

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2003/5427
Karar No : 2005/1929

Özeti : Yapının eski eser olarak tescilinin kısa süre içerisinde kamulaştırılmasını gerektirmediği, bakanlığın program ve bütçesi uyarınca değerlendirme yapacağı, bu

durumda davalı idarenin taşınmazın kamulaştırılmaması nedeniyle hizmet kusurunun bulunmadığı sonucuna varıldığından, tazminat ödenmesinin koşullarının oluşmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** 1- Kültür ve Turizm Bakanlığı - ANKARA
2**-** Gümüşhane Valiliği - GÜMÜŞHANE

İstemin Özeti **:** Trabzon İdare Mahkemesinin 30.4.2003 günlü, E:2002/570, K:2003/384 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbiri bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Elif Emel Çelik'in Düşüncesi: Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Habibe Ünal'ın Düşüncesi: Davacıların paydaşı bulunduğu korunması gerekli kültür varlığı olarak tescillenen yapının davalı idarelerce uzun süre kamulaştırılmaması sonucu ortaya çıkan durumun hizmet kusurunu oluşturduğu savıyla 3.430.000.000.-TL. maddi, 16.000.000.000 TL. manevi tazminata hükmedilmesi istemiyle açılan davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.

Temyize konu kararın maddi tazminat isteminin reddine ilişkin bölümünde 2577 sayılı Yasanın 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmamaktadır.

Temyize konu kararın manevi tazminat isteminin reddine ilişkin bölümüne gelince;

Davacıların, koruma altına alınan kültür varlığı konağın gelecek kuşağa kalmasını ve kültürel hizmetlerde kullanılmasını sağlamak için sürdürdükleri çabaların sürüncemede kalmasından dolayı manevi yönden sıkıntı duydukları, elem, keder, üzüntü yaşadıkları açıktır.

Bu nedenle İdare Mahkemesince davacıların manevi yönden duydukları elem ve üzüntüyü karşılayacak ölçüde manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, buna yönelik istemin de reddedilmesinde isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyize konu kararın maddi tazminat isteminin reddine yönelik bölümünün onanması; manevi tazminat isteminin reddine yönelik bölümünün bozulması gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, davacıların hissedarı olduğu kültür varlığı olarak tescilli yapının uzun süre kamulaştırılmaması nedeniyle doğan maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; taşınmazın kültür varlığı olarak tescil edilmesinin yapının kullanımına bir sınırlama getirmediği, onarım yapılmaması nedeniyle meydana gelen yıpranma ve diğer zararların oluşumunda idarelerin kusurlu olduğundan söz edilemeyeceği, kültür varlığı olarak tescilden sonra yapıların kısa süre içerisinde kamulaştırılmalarının gerekmediği, Bakanlığın kamulaştırma programı ve bütçesi uyarınca değerlendirme yapacağı, bu durumda davalı idarelerin hizmet kusuru bulunmadığından maddi ve manevi tazminatın ödenmesini gerektirecek koşulların oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacılar vekilince temyiz edilmiştir.

Tazminat isteminin yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Trabzon İdare Mahkemesinin 30.4.2003 günlü, E:2002/570, K:2003/384 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin 1.fıkrasında sayılan bozma

nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan mahkeme kararının onanmasına, fazla yatırılan 11.97 YTL (11.970.000.-lira) harcın temyiz isteminde bulunana iadesine, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 5.4.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YIKIM İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2004/1556
Karar No : 2005/1541

Özeti : Dava konusu taşınmazların bulunduğu alanın 2000 yılında sit alanı ilan edilmiş olmasına karşın idarenin ruhsatlı inşaatı 2 yıl sonra durdurması ve aradan geçen süre de yapımı sürdürülen inşaatın ruhsat ve eklerine aykırı olduğu yolunda bir sapmada bulunulmamış olması karşısında, inşaatın tamamlanan kısmı hakkında müktesep hakkın tartışılması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: ….
Vekili : Av….Av….
Karşı Taraf : Kültür ve Turizm Bakanlığı - ANKARA
İstemin Özeti : Muğla İdare Mahkemesince verilen 11.6.2003 günlü, E:2002/277 K:2003/449 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbiri bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Şule Tataroğlu'nun Düşüncesi : Dava konusu işlemin tesis edilmesinden önce imar mevzuatına, ruhsat ve eklerine, onaylı imar planına uygun yapıldığı anlaşılan inşaatlar sit alanı ilan tarihinde subasman seviyesinde olduğundan müktesep hakkın varlığı kabul edilmelidir. Bu nedenle mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı M.İclal Kutucu'nun Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Muğla, Bodrum, Eskiçeşme, Karaburgaz'da … pafta, … ve … parsel sayılı taşınmazların yapı ruhsatlarının iskan izni almamış bölümlerinin iptaline ilişkin 30.1.2002 günlü, 1027 sayılı koruma kurulu kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; 2.

derece arkeolojik sit alanında kalan taşınmazlar için verilen yapı ruhsatlarının iskan izni almamış bölümlerinin iptaline ilişkin işleme karşı açılan davanın reddedildiği,izinsiz yapıların yıkımının hukuka uygun olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden,1987 yılında dava konusu taşınmazların bulunduğu alanın 1.derece arkeolojik sit alanı olarak belirlenen kısmı ifraz edilerek, bu alanda kalan taşınmazların bedelsiz olarak terkedildiği, 1. derece sit alanı dışında kalan kısımda 2 adet parsel oluştuğu, bu parsellerden … sayılı parsele 30.12.1988 gününde inşaat ruhsatı, 1994 gününde kısmen yapı kullanma izni,10.3.1997 gününde yenileme ruhsatı (Konut) alındığı, … sayılı parsele 12.3.1992 gününde ruhsat, 25.2.1997 gününde yenileme ruhsatı (Konut+dükkan) alındığı, bu taşınmazların bulunduğu alanın 23.11.2000 günlü ve 10 sayılı koruma kurulu kararı ile 2.derece arkeolojik sit alanı olarak tescil ilan edildiği, inşaatların 16.1.2002 günlü yapı tatil tutanağı ile durdurularak 30.1.2002 gününde ruhsatların iskan izni alınmamış kısımlarının iptal edildiği ve dava konusu işlemle izinsiz olduğundan bahisle yıkımına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Dava konusu işlemde yapıların izinsiz olduğunda bahsedilmekte ise de verildiği tarihteki plan ve mevzuata uygun olarak düzenlenmiş inşaat ruhsatlarının bulunmaktadır. Taşınmazların bulunduğu alan 2000 yılında 2.derece arkeolojik sit alanı olarak belirlenmesine karşın, inşaatlar 2 yıl sonra durdurulmuş ve dava konusu işlem tesis edilmiştir.

Bu durumda aradan geçen bu sürede yapımına devam edilen, ruhsat ve eklerine aykırı olduğu yolunda her hangi bir saptama bulunmayan inşaatın tamamlanmış kısmının korunması gerekip gerekmediği, müktesep hakkı bulunup bulunmadığının tartışılması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle Muğla İdare Mahkemesince verilen 11.6.2003 günlü, E:2002/277 K:2003/449 sayılı kararının bozulmasina, 16.090.000 lira karar harcı ile fazladan yatırılan 11.970.000 lira harcın temyiz isteminde bulunana iadesine, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 15.3.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2003/4396
Karar No : 2005/947

Özeti : 3194 Sayılı Yasanın 32.maddesi uyarınca tesis edilen yıkım işlemin belediye tarafından gerçekleştirildiği takdirde sadece yapılan masrafın yapı sahibinden istenmesi gerekirken, yapılan masrafın %20 fazlası ile davacıdan tahsil edilmesine ilişkin işlemde mevzuata uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** Selçuklu Belediye Başkanlığı-KONYA
Vekili **:** Av. …

İstemin Özeti **:** Konya İdare Mahkemesinin 20.11.2002 günlü, E: 2001/1294, K:2002/1501 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbiri bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Ahmet Berberoğlu'nun Düşüncesi: Temyize konu mahkeme kararının yıkım işlemine yönelik olarak davanın reddine ilişkin kısmında 2577 sayılı Yasanın 49.maddesinin 1.fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmamaktadır.

Dava konusu işlemin ruhsatsız yapının belediye tarafından yıkılması halinde yapılacak masrafın % 20 fazlasıyla davacıdan tahsil edilmesine ilişkin kısmına gelince;

3194 sayılı Yasanın 32.maddesi uyarınca tesis edilen yıkım işlemin belediye tarafından gerçekleştirildiği takdirde sadece yapılan masrafın yapı sahibinden istenmesi gerekirken, yapılan masrafın % 20 fazlası ile davacıdan tahsil edilmesine ilişkin işlemde mevzuata uyarlık bulunmadığından Mahkeme kararının dava konusu işlemin , yapılan masrafın % 20 fazlasıyla davacıdan tahsiline yönelik kısmının reddine ilişkin bölümünde isabet görülmemiştir.

Dava konusu işlemin 3194 sayılı İmar Kanununun 42.maddesi uyarınca 5.000.000.000-lira para cezası verilmesine ilişkin kısmına gelince,

Dava konusu işlemde ceza miktarı belirlenmesine yönelik olarak bir gerekçe gösterilmemiş olmasına rağmen İdare Mahkemesince bu hususta bir araştırma ve inceleme yapılmaksızın davanın reddine karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyize konu kararının yıkım işlemine yönelik olarak davanın reddine ilişkin kısmının onanmasına, para cezasına ve yıkım işleminin belediye tarafından gerçekleştirilmesi halinde yapılacak masrafın %20 fazlasıyla davacıdan tahsil edilmesine yönelik olarak davanın reddine ilişkin kısmının ise bozulmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Eren Sonbay'ın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Konya İli, Selçuklu İlçesi, Sille Mahallesi, Ulucami Sokak, … pafta, … parsel sayılı davacının hissedarı olduğu taşınmaz üzerinde ruhsatsız olarak yapılan inşaatın 3194 sayılı imar Kanununun 32.maddesi uyarınca yıkımına, yapının davacı tarafından yıktırılmadığı takdirde davalı belediye tarafından yıktırılarak yıkım masrafının %20 fazlayla davacıdan tahsiline, aynı Kanunun 42.maddesi uyarınca davacıya 5.000.000.000-lira para cezası verilmesine ilişkin 31.5.2001 günlü, 0214 saylı belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından ruhsatsız olarak 7.00 x 8.50 metre ebadında inşaat yaptırıldığının tespit edilmesine ilişkin 10.5.2001 günlü, 877 sayılı yapı tatil zaptının düzenlenerek inşaatın durdurulduğu, söz konusu tek katlı inşaatın duvarlarının örüldüğü, tavanının kısmen ahşapla, kısmen de beton tabliye ile kapatıldığının anlaşıldığı, inşaatın yapıldığı parselin kadastral parsel olması, nedeniyle yapının ruhsata bağlanmasının da mümkün olmadı, davacının kendisine verilen para cezasının fahiş olduğu iddiasına gelince, Yasada ceza miktarı tayin edilirken alt ve üst sınır uygulaması açısından idarelere tanınan takdir hakkının kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı olarak kullanıldığı yönünde bir kanaate de ulaşılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Temyize konu mahkeme kararının yıkım işlemine yönelik olarak davanın reddine ilişkin kısmında 2577 sayılı Yasanın 49.maddesinin 1.fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmamaktadır.

Dava konusu işlemin ruhsatsız yapının belediye tarafından yıkılması halinde yapılacak masrafın % 20 fazlasıyla davacıdan tahsil edilmesine ilişkin kısmına gelince;

3194 sayılı İmar Kanununun 32.maddesinde, ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak başlanan yapılar hakkında uygulanacak işlemler sayılmış aynı Kanunun 42.maddesinde de ceza hükümleri düzenlenmiştir. Ancak bu maddede ruhsatsız yapıların idare tarafından yıkılması durumunda yapılan masrafın %20 fazlasıyla ilgilisinden isteneceğine ilişkin bir hükme yer verilmediği gibi bu kanunun 32.maddesinin son fıkrasında da ruhsatsız yapının belediyece yıkılması durumunda sadece belediyece yapılan masrafın yapı sahibinden tahsil edileceği belirtilmiştir.

Bu nedenle, 3194 sayılı Yasanın 32.maddesi uyarınca tesis edilen yıkım işlemin belediye tarafından gerçekleştirildiği takdirde sadece yapılan masrafın yapı sahibinden istenmesi gerekirken, yapılan masrafın % 20 fazlası ile davacıdan tahsil edilmesine ilişkin işlemde mevzuata uyarlık bulunmadığından Mahkeme kararının dava konusu işlemin , yapılan masrafın % 20 fazlasıyla davacıdan tahsiline yönelik kısmının reddine ilişkin bölümünde isabet görülmemiştir.

Dava konusu işlemin 3194 sayılı İmar Kanununun 42.maddesi uyarınca 5.000.000.000-lira para cezası verilmesine ilişkin kısmına gelince,

3194 sayılı Yasanın 42.maddesinde ruhsat almadan veya ruhsat ve eklerine veya imar mevzuatına aykırı yapılan yapılar nedeniyle yasada belirlenen alt ve üst sınır arasında para cezası verileceği hüküm altına alınmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, ruhsatsız olarak yapılan inşaat nedeniyle dava konusu belediye encümeni kararıyla 2001 yılı için belirlenen alt sınırın üzerinde 5.000.000.000.lira para cezası verildiği, davacı tarafından dava dilekçesinde fahişlik iddiasında bulunulduğu halde idare mahkemesince bu hususun değerlendirilmediği anlaşılmaktadır.

İdarelerin, yasanın alt ve üst sınırlarını belirlediği bir alanda takdir yetkilerini kullanırken asgari haddin üzerinde bir karar vermeleri durumunda bu kararın nedenlerini de belirtmeleri gerekir. İdare kararında nedeni göstermesi dahi, dava açılması durumunda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesi uyarınca gerekçesini ve delillerini yargıya sunmak zorundadır.

3194 sayılı Yasanın 42.maddesi uyarınca verilecek para cezalarında da idareye Yasanın belirlediği alt ve üst sınırlar içerisinde ceza tayini olanağı tanınmıştır.

3194 sayılı Yasanın 42. maddesinde belirtilen para cezasının miktarının alt sınırın üzerinde takdir edilebilmesi için, idarenin mahallinde yapılacak tespitle, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı hususların nelerden oluştuğunu ve niteliğini saptaması önemlidir. Alt sınırın üzerinde para cezası belirlenmesi durumunda, takdir yetkisinin hangi ölçütler çerçevesinde kullanıldığının, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı hususların nelerden oluştuğunun ve niteliğinin de belirtilmesi suretiyle idarece açıklanması ve yasada yazılı alt sınırın üzerindeki miktarda para cezası verilmesinin gerekçelerinin objektif ölçütlere uygun biçimde ortaya konulması zorunludur. Belediye encümeni kararında ya da davalı idarenin savunma dilekçesinde gerekçenin gösterilmemesi durumunda ise, mahkemece kanunda yazılı alt sınırın üzerinde para cezası miktarının belirlenmesinin nedenlerinin araştırılması ve alt sınırın üzerinde para cezası miktarının belirlenmesine yönelik olarak idarece gösterilecek gerekçelerin incelenmesi suretiyle karar verilmesi gerekmektedir.

Bu durumda, dava konusu işlemin para cezasına ilişkin kısmında ceza miktarı belirlenmesine yönelik olarak bir gerekçe gösterilmemiş olmasına rağmen İdare Mahkemesince bu hususta bir araştırma ve inceleme yapılmaksızın davanın reddine karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Konya İdare Mahkemesinin 20.11.2002 günlü, E: 2001/1294, K:2002/1501 sayılı kararının yıkım işlemine yönelik olarak davanın reddine ilişkin kısmının onanmasına, para cezasına ve yıkım işleminin belediye tarafından gerçekleştirilmesi halinde

yapılacak masrafın %20 fazlasıyla davacıdan tahsil edilmesine yönelik olarak davanın reddine ilişkin kısmının ise bozulmasına, karar harcının yarısı olan 8.045.000 lira ile fazladan yatırılan 12.010.000 lira harcın temyiz isteminde bulunana iadesine, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 18.2.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2003/7673
Karar No : 2004/1740

Özeti : Madencilik işiyle iştigal eden davacının faaliyetinin durdurulması yolundaki işlemin, davacıyı bütün ekonomik kazanç sağlayan faaliyetinden men etmesi nedeniyle kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: … Madencilik Çimento İnş. San: Tic. Ltd.Şti.
Vekili : …
Karşı Taraf : Malatya Valiliği
İstemin Özeti : Malatya İdare Mahkemesinin 31.12.2002 günlü, E:2001/1610, K::2002/1660 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Malatya Valiliği Savunmasının Özeti: Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbiri bulunmadığından usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır**.**

Danıştay Tetkik Hakimi Şule Tataroğlu'nun Düşüncesi: Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ülkü Erbük'ün Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Malatya-Pütürge ilçesinde madencilik işiyle iştigal eden davacı şirketin 10.10.2001 tarihinden itibaren faaliyetinin durdurulması yolundaki Malatya Valiliği İl Çevre Müdürlüğünün 10.10.2001 günlü, 233 sayılı işleminin konusunun her türlü ekonomik kazanç sağlayan (sevkiyat dahil) bütün faaliyetleri kapsadığı, işletmede yapılacak olan her türlü faaliyetin gerekli tedbirleri alana kadar durdurulduğuna ilişkin 19.10.2001 günlü 131 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; dava konusu işlemin daha önce tesis edilen 10.10.2001 günlü 106 sayılı işlem ile 10.10.2001 günlü 233 sayılı işlemleri açıklayıcı mahiyette, uyuşmazlık konusu olaya ilişkin ne yapması gerektiği yönünde görüş belirten bir

işlem olduğu , bu aşamada davacı şirketin hukuksal durumunu etkileyen kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Bir idari işlemin iptal davasına konu olması için kesin ve yürütülmesi zorunlu olması gerekir.Kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemler hukuk düzeninde bir sonuç doğuran başka bir makamın onayına ihtiyaç göstermeden ilgilinin hukukunda değişiklik yaratan işlemlerdir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirkete madencilik alanındaki faaliyetleri nedeniyle 2872 sayılı çevre Kanunu uyarınca verilen para cezası ve faaliyetin durdurulması yolundaki 10.10.2001 günlü 233 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada Mahkemenin 31.12.2002 günlü, E:2001/156, K:2002/1654 sayılı kararı ile dava konusu işlemin para cezası verilmesine ilişkin kısmının iptaline, şirketin faaliyetinin durdurulmasına ilişkin kısmının reddine karar verildiği, davalı idarece sözkonusu işlemdeki faaliyetin durdurulması ifadesinin genel bir ifade olup işletmeye her türlü ekonomik kazanç sağlayan (sevkiyat dahil) bütün faaliyetleri kapsadığı,işletmede yapılacak olan her türlü faaliyetin gerekli tedbirler alınıncaya kadar durdurulduğu yolunda dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır.

Dava konusu işlem, davacı şirketi bütün ekonomik kazanç sağlayan faaliyetten men eden bir karar olup, bir ticari şirketin tüm ticari faaliyetlerini yasakladığından ve daha önce tesis edilen bir işlemi yorumlamaktan ziyade kapsamını genişlettiğinden, tek başına ve doğrudan hukuk düzeninde sonuç doğurabilecek bir işlem olduğu kuşkusuzdur.

Bu durumda işin esası incelenerek bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle Malatya İdare Mahkemesinin 31.12.2002 günlü, E:2001/1610, K::2002/1660 sayılı kararının bozulmasına, 16.090.000.-lira karar harcı ile fazla yatırılan 11.970.000.- lira harcın temyiz isteminde bulunana iadesine dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 22.3.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Altıncı Daire
Esas No : 2004/6309
Karar No : 2005/2411

Özeti : Taşınmazın maliki olmayan ve dava açma ehliyetini belde sakini sıfatına değil, taşınmazın zilyedi olduklarından bahisle ileride doğması ihtimali bulunan bir hak iddiasına dayandıran davacıların, beldenin arıtma tesisi yer seçimi işlemine karşı dava açma ehliyetinin bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar: 1- Gümüldür Belediye Başkanlığı
Vekili : Av. ...
2-Davalı İdare Yanında Davaya Katılan: İller Bankası Genel Müdürlüğü
ANKARA
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : ... - ...
Vekilleri : Av. ...

İstemin Özeti: İzmir 1. İdare Mahkemesinin 15.4.2004 günlü, E:2003/314, K:2004/475 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Davalı idarenin temyiz dilekçesine cevap verilmemiş, müdahilin temyiz isteminin ise reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi Leyla Kodakoğlu'nun Düşüncesi: Dava, İzmir, Gümüldür, … pafta, … parsel sayılı, mülkiyeti hazineye ait taşınmazın arıtma tesisi alanı olarak ayrılmasına ilişkin 24.10.2001 günlü, 4 sayılı belediye meclisi kararının ve bu işlemin değiştirilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddedilmesine ilişkin 7.2.2003 günlü, 117 sayılı Belediye Başkanlığı belediye başkanlığı işleminin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, taşınmazın bulunduğu yerde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi üzerine düzenlenen raporun değerlendirilmesi sonucunda, yer seçiminin uygun olmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare ve müdahil tarafından temyiz edilmiştir.

Atıksu arıtma tesisi yer seçimine ilişkin olan ve imar planın da değiştirilmesi sonucunu doğuran dava konusu belediye meclisi kararının değiştirilmesi istemiyle yapılan başvuru üzerine, usulde paralellik ilkesi gereğince belediye meclisince işlem tesis edilmesi gerekirken belediye başkanlığınca reddedilmesi yolundaki işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, davanın, arıtma tesisi yer seçimine ilişkin belediye meclisi kararına karşı açılan bölümünde süre aşımı bulunup bulunmadığı konusunun incelenmesi gerekmektedir.

Bu nedenlerle, yukarıda anılan hususların gözönünde bulundurulması suretiyle davanın karara bağlanması gerektiği sonucuna varıldığından, idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Sefer Yıldırım'ın Düşüncesi: İzmir-Gümüldür … pafta, … parselde kayıtlı taşınmazın arıtma tesisi alanı olarak ayrılmasına ilişkin 24.10.2001 gün ve 4 sayılı belediye meclis kararı ile bu işleme yapılan itirazın reddine ilişkin 7.2.2003 gün ve 2003/117 sayılı işleme karşı açılan davayı kabul eden İdare Mahkemesi kararı temyiz edilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, Belediye Meclisinin 5.6.2003 tarihli ve 2003/1 sayılı kararı ile onaylanan imar planı değişikliği işlemi dava konusu edilmediği halde 1.4.2003 tarihinde açılan davada bu planın yargısal denetimi yapılarak karar verildiği anlaşıldığından yanlış ve eksik nitelendirme sonucu verilen kararda hukuka uyarlık bulunmadığından bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten, İller Bankası Genel Müdürlüğü'nün davalı idare yanında davaya katılma istemi, uyuşmazlık konusu taşınmaz üzerine inşa edilmesi istenilen arıtma tesisinin yapılması işini üstlenmiş olması ve bu davanın sonucu ile yakından ilgili olması nedeniyle kabul edildikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, İzmir, Gümüldür, … pafta, … parsel sayılı, mülkiyeti hazineye ait taşınmazın arıtma tesisi alanı olarak ayrılmasına ilişkin 24.10.2001 günlü, 4 sayılı belediye meclisi kararının ve bu işlemin değiştirilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddedilmesine ilişkin 7.2.2003 günlü, 117 sayılı Belediye Başkanlığı işleminin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince, taşınmazın bulunduğu yerde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi üzerine düzenlenen raporun dosyada bulunan bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirilmesi sonucunda, uyuşmazlık konusu taşınmazın arıtma tesisi inşa edilmesi için uygun özellikleri taşımadığı, yer seçiminde şehircilik ve planlama ilkeleri ile kamu yararına uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare ve davalı idare yanında davaya katılan tarafından temyiz edilmiştir

Dosyanın incelenmesinden, mülkiyeti Maliye Hazinesine ait … pafta, … parsel sayılı taşınmazın ilgili kuruluşların da uygun görüşü de alınarak, Gümüldür Belediyesinin ihtiyacı olan kanalizasyon şebekesi arıtma tesisinin kurulacağı yer olarak belirlendiği ve bu amaçla taşınmazın arıtma tesisi yeri olarak ayrıldığı, davacıların ise yer seçimi işleminin değiştirilmesi

istemiyle idareye yaptıkları başvurunun reddedilmesi üzerine, mülkiyeti hazineye ait olan bu taşınmazın zilyedi olduklarından bahisle bu davayı açtıkları ve dava açma ehliyetini belde sakini sıfatına değil, bu taşınmazın zilyedi olmaları nedeniyle ileride doğması ihtimali bulunan bir hak iddiasına dayandırdıkları, davalı idarenin temyiz dilekçesinde ise, davacıların hazine arazisini kötüniyetle işgal eden kişiler oldukları iddia edilerek dava açma ehliyetlerinin bulunmadığının savunulduğu anlaşılmaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 8.6.2000 günlü, 4577 sayılı Kanunla değişik 2.maddesinde belirtildiği üzere, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar iptal davası olarak tanımlanmış olup, bu davalar idarenin hukuka uygun davranmasını sağlayan en önemli araçlardandır.

Ancak, yargısal denetim amacıyla her idari işleme karşı herkes tarafından iptal davası açılmasının idari işlemlerde istikrarsızlığa neden olmaması ve idarenin işleyişinin bu yüzden olumsuz etkilenmemesi için, dava konusu edilecek işlem ile dava açacak kişi arasında belli ölçüler içinde menfaat ilişkisi bulunması koşuluna ihtiyaç vardır. Her olay ve davada, yargı merciine başvurarak dava açan kişinin menfaatinin, iptali istenen işlemle ne ölçüde ihlal edildiğinin takdiri de yargı mercilerine bırakılmıştır.

Bu durum karşısında, taşınmazın maliki olmayan davacıların beldenin arıtma tesisinin yer seçimi işlemine karşı dava açma ehliyetlerinin bulunmadığı anlaşıldığından, uyuşmazlığın esasının incelenmesi suretiyle verilen idare mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle İzmir 1. İdare Mahkemesinin 15.4.2004 günlü, E:2003/314, K:2004/475 sayılı kararının bozulmasina, 20,60-YTL (20.600.000 lira) karar harcı ile fazladan yatırılan 15,30-YTL (15.300.000 lira) harcın temyiz isteminde bulunan davalı idareye iadesine, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 20.4.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YEDİNCİ DAİRE KARARLARI

DAMGA VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2004/4
Karar No : 2005/823

Özeti : Yurt içinde yerleşik bankanın, yurt dışındaki şubesinden kullanılan dış kredinin (0) oranında damga vergisine tabi olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Aliağa Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : … Çelik Endüstrisi Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Davacı Şirket tarafından Pamukbank Anonim Şirketinin Bahreyn Şubesinden kullanılan kredilere ilişkin olarak düzenlenen kredi sözleşmesi nedeniyle salınan damga vergisine ve kesilen vergi zıyaı cezasına ilişkin işlemi; dosyanın incelenmesinden, davacı Şirketin Pamukbank Anonim Şirketinin Bahreyn Şubesinden kullandığı kredinin dış kredi olduğunun anlaşılması sebebiyle, bu krediye ilişkin olarak düzenlenen sözleşmenin, 488 sayılı Damga Vergisi Kanununun mükerrer 30'uncu maddesinde ve (1) sayılı Tablo ile 87/12067 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında yer alan düzenleme uyarınca (0) sıfır oranında damga vergisine tabi olması nedeniyle, tesis edilen işlemde isabet görülmediği gerekçesiyle iptal eden İzmir İkinci Vergi Mahkemesinin 1.10.2003 gün ve E:2003/212; K:2003/1604 sayılı kararının; dış kaynaklı nakdi döviz kredisi kullandırılması açısından, Türkiye'de kurulu bankaların yurt dışında açmış oldukları şubeler de yurt içi banka gibi değerlendirileceğinden, bu bankalarca, Türkiye'de yerleşik kişi ve kuruluşlara kullandırılan kredilerin yurt dışından sağlanan nakdi döviz kredisi olduğundan söz edilemeyeceği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Ayşegül Şahin'in Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz istemi reddedilerek kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mukaddes Aras'ın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanmış bulunan mahkeme kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda

bulunmadığından, temyiz isteminin reddine; kararın onanmasına, 28.4.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

GİDER VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2001/4837
Karar No : 2005/492

Özeti : Sözleşme düzenlenmeden verilen borç para karşılığında senet alınmış olması halinde, ortada ticari iş veya ilişki bulunmadan, faiz karşılığı borç para verildiğinin kabulü gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Uray Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ...
İstemin Özeti : Davacının 1998 yılının Aralık döneminde faiz geliri elde ettiğinin saptandığından bahisle, adına resen banka ve sigorta muameleleri vergisi salınması ve ağır kusur cezası kesilmesi yolunda tesis edilen işlemi; olayda, borç para alan şahısların davacının yakın akrabaları olduğunun; öte yandan, faiz ödendiği hususunda, bu kişilerin ifadeleri dışında herhangi bir somut tespitin bulunmadığının anlaşıldığı; ayrıca, davacı tarafından, bu kişilerle ticari ilişkide bulunulduğu iddia edilmesine karşın, bu konuda inceleme elemanınca hiçbir araştırma yapılmadığı gibi, elde edildiği ileri sürülen faiz tutarlarının fahiş olmasının da, bu kişilerle davacı arasında husumet bulunduğunu gösterdiği gerekçesiyle iptal eden İçel İkinci Vergi Mahkemesinin 25.6.2001 gün ve E:2001/109; K:2001/467 sayılı kararının; inceleme raporu doğrultusunda yapılan işlemin yasal olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstemin reddi gerektiği yolundadır.

Tetkik Hakimi Kurtuluş Beyribey'in Düşüncesi: 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin (B) fıkrasında; vergilemede vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin esas olduğu; gerçek mahiyetin, yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği; iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat yükünün bunu iddia edene ait olduğu açıklanmıştır. Öte yandan, ticari icaplar, iş ve ticari ilişkilerin ve bunlardan kaynaklanan taahhüt ve taleplerin sözleşmeye bağlanmasını ve yapılan avans ödemelerinin belgelendirilmesini ve kayda geçirilmesini gerektirmektedir. Olayda, borç para verme işleminin ticari ilişkiye dayandığını iddia eden davacının, böyle bir sözleşme ibraz etmemiş olması karşısında, alacak-borç ilişkisini gerekçelendirmek amacıyla yapmış olduğu açıklama, dayanaksız iddiadan ibaret kaldığından, aksi yolda verilen mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Bilgin Arısan'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen husular, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 49'uncu maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlere uymayıp, Vergi Mahkemesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında, anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin reddi ile Vergi Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Temyiz başvurusu; davacı adına, ikrazatçılık yaptığından bahisle, inceleme raporuna dayanılarak, banka ve sigorta muameleleri vergisi salınmasına ve ağır kusur cezası kesilmesine ilişkin işlemin iptali yolundaki vergi mahkemesi kararının bozulması istemine ilişkindir.

6802 sayılı Gider Vergileri Kanununun 28'inci maddesinin üçüncü fıkrasında; 2279 sayılı Kanuna göre ikraz işleriyle uğraşanlarla, ikinci fıkrada belirtilen muamele ve hizmetlerden herhangi birini devamlı olarak yapanların, bu Kanunun uygulanmasında banker sayılacakları hükme bağlanmış; 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanunu ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldıran 30.9.1983 gün ve 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 3'üncü maddesinde de, devamlı ve mutat meslek halinde, faiz veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işleriyle uğraşan veya ödünç para verme işlerine aracılık eden ve kendilerine faaliyet izni verilen gerçek kişilerin ikrazatçı sayılacakları açıklanmıştır.

Her iki düzenlemenin birlikte değerlendirilmesinden anlaşılacağı üzere, 6802 sayılı Kanunun uygulanması bakımından bir kişinin banker sayılabilmesi için aranan koşul, ivaz karşılığı ödünç para verme işinin, devamlı ve mutat meslek halinde yapılmasıdır. Dairemizin süre gelen içtihadına göre ise, aynı takvim yılı içinde birden fazla kişiye ya da birden fazla olmak üzere bir kişiye veya birbirini izleyen yıllarda bir ya da birden çok kişiye ödünç para verilmesi halleri, ikraz işiyle devamlı ve mutat meslek halinde uğraşıldığını göstermektedir.

Öte yandan, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin (B) fıkrasında, vergilendirmede, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu; gerçek mahiyetin, yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği; vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan tanık ifadesinin, ispatlama vasıtası olarak kullanılamayacağı; iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutat olmayan bir durumun iddia olunması halinde, ispat külfetinin bunu iddia edene ait olduğu düzenlemesi yer almıştır.

Olayda; davacıdan faizle borç para aldıklarını söyleyen ... ve ... isimli şahıslarla davacı arasında akrabalık bağı bulunduğu anlaşılmakla birlikte; anılan şahıslara, muhtelif zamanlarda borç para verildiği hususu tartışmasız olup, davacı, bu borç verme işleminin, ... yönünden gayrimenkul satışına; ... yönünden ise araç satışına dayandığını; söz konusu alım-satım ilişkilerinin, akrabalık bağı dolayısıyla sözleşmeye bağlanmadığını ileri sürmüştür. Ticari icaplar, iş ve ticari ilişkilerin ve bunlardan kaynaklanan taahhüt ve taleplerin sözleşmeye bağlanmasını ve yapılan avans ödemelerinin belgelendirilmesini ve kayda geçirilmesini gerektirmektedir. Sözleşme düzenlenmediği halde, verilen paralar için senet alınmış olması, bu borçların faiz karşılığı verildiğini gösterdiğinden, davacının anılan yıllarda, adı geçen kişilere birden fazla borç para verdiği, dolayısıyla, yukarıda yer alan düzenlemelere göre ikrazatçılık faaliyetinde bulunduğu açık olup, inceleme raporu esas alınarak salınan vergi ve cezada hukuka aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemin, istemin özeti bölümünde yazılı gerekçeyle iptali yolundaki mahkeme kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne; mahkeme kararının bozulmasına; bozma kararı üzerine, Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 23.3.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2004/3473
Karar No : 2005/809

Özeti : Para cezalarına yedi gün içinde itiraz edilmesi gerektiği, itiraz başvurusuna ve ödeme emri düzenlenmesi için öngörülen usule ve süreye ilişkin hususların idari yargı yerince resen nazara alınması gerektiği; bu itibarla, 4458 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra tebliğ edilen ceza kararına yönelik itirazın usule uygun olup olmadığı ve ödeme emri düzenlenebilmesi için öngörülen koşulların olayda oluşup oluşmadığı irdelenmeden verilen kararda isabet bulunmadığı hakkında.

Kararın Düzeltimesini İsteyen: Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına Erenköy Gümrük Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Sağlık Hizmetleri ve Tıbbi Cihazlar Limited Şirketi
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Erenköy Gümrük Müdürlüğünde tescilli 11.11.1998 gün ve 89056 sayılı giriş beyannamesi muhteviyatı eşya nedeniyle kesilen para cezasının tahsili amacıyla düzenlenip tebliğ edilen ödeme emrini iptal eden İstanbul Sekizinci Vergi Mahkemesinin 11.4.2001 gün ve E:2000/1792; K:2001/700 sayılı kararının onanmasına ilişkin Danıştay Yedinci Dairesinin 27.5.2004 gün ve E:2001/2903; K:2004/1480 sayılı kararının; düzenlenen ödeme emrinin yerinde olduğu ileri sürülerek düzeltilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Abidin İldeş'in Düşüncesi: Dosyanın incelenmesinden; ödeme emrinin, konusu para cezası kesilmesine dair kararın tebligatı ile birlikte otuz günlük ödeme süresi verilmesi üzerine düzenlendiği anlaşılmıştır.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 232'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında, ilgilisine tebliğ edilerek kesinleşen para cezalarının, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine tabi olduğu belirtilmiş olup, sözü edilen 6183 sayılı Kanunun 37'nci maddesinin 2'nci fıkrasında, hususi kanunlarında ödeme zamanı tespit edilmemiş amme alacaklarının yapılacak tebliğden itibaren bir ay içinde ödeneceği; 55'inci maddesinin birinci fıkrasında ise, amme alacağını vadesinde ödemeyenlere ödeme emri tebliğ olunacağı hükmüne yer verilmiştir.

4458 sayılı Kanunun 232'nci maddesinin sözü edilen fıkrasının lafzından, ilgilisine tebliğ edilen para cezasının kesinleşmiş olduğu sonucuna ulaşılmakta ise de, gümrük idarelerince alınan kararlar için idari itiraz prosedürü işletilip tüketilmeden, yani, dava konusu edilebilir kesin ve yürütülebilir işlem tesis edilmeden, dava açılmasının olanaksız olması karşısında, para cezası kararının tebliği ile cezanın kesinleştiğinden söz edilemez.

Her ne kadar, sözü edilen Kanunun 234'üncü maddesi uyarınca kesilecek para cezalarına ilişkin bir düzenleme ise de, kanun koyucu, Kanunun 232'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, vergi tahakkuku açısından kesinleşmeyi, tahakkuka süresi içerisinde itiraz edilmemesi veya itirazın red kararı ile sonuçlanması şeklinde tanımlandığından; para

cezalarının kesinleşmesi de, para cezası kararına süresi içerisinde itiraz edilmemesi veya itirazın ret kararı ile sonuçlanması ile gerçekleşecektir. Esasen, Kanunun 242'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında, cezalar için, yedi gün içerisinde gümrük idaresinin bağlı olduğu gümrük başmüdürlüğü nezdinde itiraz edilebileceğinin ve anılan maddenin 7'nci fıkrasında da, gümrük başmüdürlükleri kararları için idari yargı mercilerine başvurulabileceğinin öngörülmüş olması da, bu sonucu doğrulamaktadır.

Öte yandan, ödeme emri düzenlenilebilmesi açısından, alacağın kesinleşmesi ise, alacağın vadesinde ödenmemesi ile gerçekleşecektir. 4458 sayılı Kanunda para cezasının ödenmesi için vade belirlenmemiş olması nedeniyle, 6183 sayılı Kanunun 37'nci maddesinin anılan fıkrasına uygun olarak otuz günlük ödeme süresi verilmesi ve bu sürenin ödeme yapılmadan geçirilmiş olması üzerine ödeme emri ile takibe geçilmesi gerekmektedir.

Olayda, para cezasının tebliği ile birlikte verilen otuz günlük ödeme süresi, 4458 sayılı Kanunda para cezasının ödenmesi için vade belirlenmemiş olması nedeniyle, verilen süre açısından, 6183 sayılı Kanunun 37'nci maddesinin anılan fıkrasına uygun ise de, para cezasının henüz kesinleşmemiş olması nedeniyle, vadenin belirlenmesi zamanı açısından sözü edilen hukuki duruma uygun değildir.

Bu itibarla, ceza kararına vaki itirazın reddi üzerine verilecek otuz günlük ödeme süresi içerisinde ödenmemesi ile kesinleşecek alacak için, ceza kararının tebliği ile belirlenen ödeme süresi üzerine düzenlenip tebliğ edilen ödeme emri, açıklanan hukuki duruma aykırıdır.

Açıklanan nedenle, Dairemiz kararının ortadan kaldırılmasından sonra ödeme emrini iptal eden ve sonucu itibarıyla yerinde bulunan mahkeme kararına yönelik temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mukaddes Aras'ın Düşüncesi: Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54'üncü maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince, kararın düzeltilmesi istemli dilekçede ileri sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54'üncü maddesinin (c) fıkrasına uygun görüldüğünden, Dairemizce verilen 27.5.2004 gün ve E:2001/2903; K:2004/1480 sayılı kararın ortadan kaldırılmasından sonra işin gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden; para cezasının kesilmesine ilişkin kararın 23.3.2000 tarihinde tebliğinden sonra, 30.3.2000 tarihinde davalı Gümrük Müdürlüğüne yapılan itiraz başvurusu ve ceza kesilmesi kararının tebliği ile belirlenen vadenin ödemesiz geçirilmesi üzerine tebliğ edilen ödeme emrinin; Mahkemece, 1615 sayılı mülga Gümrük Kanununun idari itiraz yollarına ilişkin hükümlerine göre, bu itirazlar sonucu gümrükler başmüdürlüğünce verilen kararların dava konusu edilebileceği, olayda, para cezası kesilmesi kararına vaki itirazın sonuçlanmaması sebebiyle alacağın tahsil edilebilir hale gelmemiş olduğu gerekçesiyle iptal edildiği anlaşılmıştır.

Olayda, beyannamenin tescil tarihinde 1615 sayılı Gümrük Kanunu yürürlükte ise de; usul hükümlerinin yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren uygulanacağı yolundaki genel hukuk ilkesi ve 4458 sayılı Kanunda, aksi yolda geçici hükme yer verilmemiş olması karşısında, 4458 sayılı Kanunun usul hükmü niteliğindeki idari itiraz yollarına ve ödeme emri düzenlenmesine ilişkin hükümlerinin olaya uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

4458 sayılı Kanunun 242'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında; kişilerin, düzeltme taleplerine ilişkin kararlara, idari kararlara, gümrük vergilerine ve cezalara karşı yedi gün içinde, kararı alan gümrük idaresinin bağlı bulunduğu gümrük başmüdürlüğü nezdinde itiraz edebilecekleri; aynı maddenin 7'nci fıkrasında da, gümrük başmüdürlükleri kararlarına karşı,

işlemin yapıldığı gümrük müdürlüğünün bulunduğu yerdeki idari yargı mercilerine başvurabilecekleri belirtilmiş; aynı Kanunun 232'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında, ilgilisine tebliğ edilerek kesinleşen para cezalarının 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine tabi olduğu; 245'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında, alınan kararlara karşı idari yargı merciine başvurulmasının, bu kararların idare tarafından uygulanmasına engel oluşturmayacağı öngörülmüş; 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 55'inci maddesinin 1'inci fıkrasında da, amme alacağını vadesinde ödemeyenlere, 7 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmalarının bir ödeme emri ile tebliğ olunacağı hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümlere göre; düzeltme başvurusu vergi tahakkukları için öngörülmüş olup, idari karar ve para cezaları için, bu işlemleri tesis etmiş olan gümrük müdürlüğünün bağlı bulunduğu gümrükler başmüdürlüğüne, tebliğlerinden itibaren yedi gün içinde itiraz edilmesi gerekmektedir. Anılan düzenlemelerde öngörülen itiraz başvurusu ve ödeme emri düzenlenmesi için öngörülen ve kamu düzeniyle ilgili olan usule ve süreye ilişkin hususların idari yargı yerlerince re'sen nazara alınması, İdari Yargılama Hukukunun gereklerindendir.

Bu itibarla; 4458 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra alınarak tebliğ edilen ceza kararına yönelik itirazın açıklanan usule uygun olup olmadığı ve ödeme emri düzenlenebilmesi koşullarının oluşup oluşmadığı irdelenmeden verilen kararda isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüne, mahkeme kararının bozulmasına, bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 27.4.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2001/3625
Karar No : 2005/245

Özeti : İthale konu eşyanın gümrük vergisinin muaf olduğu yolundaki iddianın, 6183 sayılı Kanunun 58'inci maddesinde yer alan, "böyle bir borcun olmadığı" kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden, ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davanın reddinde isabet bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: … Servis Taşımacılık Ticaret Limited Şirketi
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** …
İstemin Özeti **:** Gebze Gümrük Müdürlüğünde tescilli 23.11.1999 gün ve 1398 sayılı deniz giriş manifestosu muhteviyatı konşimentoda kayıtlı eşyanın miktarında beyan fazlalığı olduğunun tespit edildiğinden bahisle, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 237'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, gemi acentalığı işi yapan davacı Şirket adına kesilen para cezasının tahsili amacıyla düzenlenerek tebliğ edilen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden; davacı Şirket adına kesilen para cezasına ilişkin kararın 25.1.2001 tarihinde tebliği üzerine 5.2.2001 tarihinde yetkisiz makam olan davalı Gümrük

Müdürlüğüne itiraz edildiğinin anlaşıldığı; 4458 sayılı Gümrük Kanununun 242'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında öngörülen yedi günlük süre geçirildikten sonra ve usulüne uygun olmadan itiraz edilmesi nedeniyle para cezasının kesinleştiği; bu itibarla, kesinleşen alacağın ödeme emri ile istenilmesinde kanuna aykırılık bulunmadığı; öte yandan, eşyadaki fazlalığın %3'ü aşmadığı ileri sürülmekte ise de, bu iddianın, ancak, tahakkuk aşamasında açılacak davada incelenebileceği gerekçesiyle reddeden Kocaeli İkinci Vergi Mahkemesinin 19.7.2001 günlü, E:2001/164; K:2001/182 sayılı kararının; olay tarihinde yürürlükte olmayan 4458 sayılı Gümrük Kanununun uygulanmasının hukuka aykırı olduğu, kaldı ki, beyan fazlalığının %3'ü aşmadığı; öte yandan; ithale konu eşya gümrük vergisinden muaf olduğundan gümrük vergisi olmayan eşyaya ceza da uygulanamayacağı, işlem yok hükmünde olduğundan, bu tür bir işleme karşı süre şartı aranmaksızın itiraz edilebilmesinin kabulü gerektiği ileri sürülerek bozulması ve duruşma yapılması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Abidin İldeş'in Düşüncesi: Dosyanın incelenmesinden; ödeme emrinin, konusu para cezası kesilmesine dair kararın tebligatı ile birlikte on beş günlük ödeme süresi verilmesi üzerine düzenlendiği anlaşılmıştır.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 232'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında, ilgilisine tebliğ edilerek kesinleşen para cezalarının, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine tabi olduğu belirtilmiş olup, sözü edilen 6183 sayılı Kanunun 37'nci maddesinin 2'nci fıkrasında, hususi kanunlarında ödeme zamanı tespit edilmemiş amme alacaklarının yapılacak tebliğden itibaren bir ay içinde ödeneceği; 55'inci maddesinin birinci fıkrasında ise, amme alacağını vadesinde ödemeyenlere ödeme emri tebliğ olunacağı hükmüne yer verilmiştir.

4458 sayılı Kanunun 232'nci maddesinin sözü edilen 4'üncü fıkrasının lafzından, ilgilisine tebliğ edilen para cezasının kesinleşmiş olduğu sonucuna ulaşılmakta ise de, gümrük idarelerince alınan kararlar için idari itiraz presedürü işletilip tüketilmeden, yani, dava konusu edilebilir kesin ve yürütülebilir işlem tesis edilmeden, dava açılmasının olanaksız olması karşısında, para cezası kararının tebliği ile cezanın kesinleştiğinden söz edilemez.

Her ne kadar, sözü edilen Kanunun 234'üncü maddesi uyarınca kesilecek para cezalarına ilişkin bir düzenleme ise de, kanun koyucu, Kanunun 232'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, vergi tahakkuku açısından kesinleşmeyi, tahakkuka süresi içerisinde itiraz edilmemesi veya itirazın red kararı ile sonuçlanması şeklinde tamamladığından; para cezalarının kesinleşmesi de, para cezası kararına süresi içerisinde itiraz edilmemesi veya itirazın ret kararı ile sonuçlanması ile gerçekleşecektir. Esasen, Kanunun 242'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında, cezalar için, yedi gün içerisinde gümrük idaresinin bağlı olduğu gümrük başmüdürlüğü nezdinde itiraz edilebileceğinin ve anılan maddenin 7'nci fıkrasında da, gümrük başmüdürlükleri kararları için idari yargı mercilerine başvurulabileceğinin öngörülmüş olması da, bu sonucu doğrulamaktadır.

Öte yandan, ödeme emri düzenlenilebilmesi açısından, alacağın kesinleşmesi de, alacığın vadesinde ödenmemesi ile gerçekleşecektir. 4458 sayılı Kanunda para cezasının ödenmesi için vade belirlenmemiş olması nedeniyle, 6183 sayılı Kanunun 37'nci maddesinin anılan fıkrasına uygun olarak otuz günlük ödeme süresi verilmesi ve bu sürenin ödeme yapılmadan geçirilmiş olması üzerine ödeme emri ile takibe geçilmesi gerekmektedir.

Olayda, para cezası kararının tebliği ile birlikte on beş gün süre verilmiş ise de, para cezası kararına vaki itirazın reddi üzerine, yani, cezanın kesinleşmesinden sonra ödeme süresi verilip verilmediği konusunda, dosyada bilgi ve belge bulunmadığından, sözü edilen hukuki durum uyarınca otuz günlük ödeme süresi verilip verilmediği araştırılmadan verilen karar eksik incelemeye dayalı bulunmaktadır.

Bu nedenle, temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Bilgin Arısan'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp, vergi mahkemesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında, anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin reddi ile vergi mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince, duruşma yapılmasına gerek görülmeyerek işin gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden; 23.11.1999 tarihinde tescil edilen deniz giriş manifestosu muhteviyatı konşimentoda kayıtlı ve gümrük vergisinden muaf olarak ithal edilen kömürün beyan edilen miktarında fazlalık bulunduğunun tespiti üzerine, fazla olan miktar üzerinden 4458 sayılı Gümrük Kanununun 237'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca hesaplanan para cezasının 25.1.2001 tarihinde davacı Şirkete tebliği üzerine, 5.2.2001 tarihinde gümrük müdürlüğüne yapılan itirazın süre aşımı nedeniyle reddinden sonra, söz konusu cezanın tahsili amacıyla düzenlenerek tebliğ edilen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davanın, Mahkemece, yazılı gerekçe ile reddedildiği anlaşılmıştır.

Deniz giriş manifestosunun tescil edildiği dönemde yürürlükte bulunan 1615 sayılı Gümrük Kanununun 154'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında, döküm halinde nakledilen eşyanın giriş manifestosunda yazılı miktarına göre %2'yi aşan eksik ve fazlalıkların birinci fıkrada gösterilen sebeplerden ileri geldiği gümrükçe tayin edilen sürede ispat olunamadığı takdirde, bu eksik ve fazlalıklar için gümrükçe alınacak vergi kadar para cezası alınacağı; aynı maddenin beşinci fıkrasında da, bu maddede yazılı cezalardan, işletme ve taşıt sahipleriyle acenta ve kaptanların müteselsilen sorumlu oldukları belirtilmiş; 4458 sayılı Gümrük Kanununun 237'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında ise, 43 ila 45'inci madde hükümlerine göre taşıt araçlarının sabipleri, kaptanları veya acentaları tarafından gümrük idaresine verilen özet beyan veya özet beyan olarak kullanılan ticari veya resmi belgelerdeki kayıtlı miktara göre fazla çıkan kapların yanlışlıkla mahrecinden fazla olarak yüklenmiş olduğu gümrük idaresince belirlenecek süre içerisinde kanıtlanamadığı takdirde, söz konusu eşyaya el konularak müsadere olunacağı ve eşyanın CIF kıymeti kadar para cezası alınacağı; 5'inci fıkrasında da, bu maddede belirtilen para cezalarının, yapılan tespite göre taşıt araçlarının sahipleri, kaptanları veya acentalardan alınacağı hükmüne yer verilmiştir.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 38'nci maddesinin birinci fıkrasında, kimsenin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmasının olanaklı olmadığı, kimseye suçun işlendiği zamanın kanununda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği belirtilmiş; aynı maddenin üçüncü fıkrasında da, cezanın yasayla konulacağı öngörülmüştür.

Anayasanın sözü edilen maddesinde öngörülen ilkeye göre; suçun, işlendiği tarihte yürürlükte bulunan kanuna tabi olması esastır. Bu yüzden; maddi ve manevi unsurları itibarıyla gerçekleştiği tarihte suç sayılmayan bir eylemin, daha sonra yürürlüğe giren ve bu eylemi suç sayan kanunla cezalandırılması olanaklı bulunmadığı gibi; bir suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunan yasa hükmü ile belirlenen cezasını ağırlaştıran sonraki yasa hükmünün de, o suça uygulanması ve failinin daha ağır ceza ile cezalandırılması olanaklı değildir.

Olayda, gemi acentalığı işi yapan davacı Şirketin kanuna aykırı davranışının, 1615 sayılı mülga Gümrük Kanununun yürürlükte bulunduğu dönemde meydana geldiği ve bütün unsurları ile tamamlandığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmıştır. Anılan Kanunun 154'üncü maddesinin yukarıda sözü edilen üçüncü fıkrasında, kanuna aykırı davranış için öngörülen ceza, verginin miktarı kadardır. Oysa; daha sonra yürürlüğe giren 4458 sayılı

Kanunun 237'nci maddesinin yukarıda anılan 3'üncü fıkrasında aynı eylem için CIF kıymeti kadar para cezası öngörülerek ceza ağırlaştırılmıştır. Bu itibarla, suçun tüm unsurları ile meydana geldiği tarihte yürürlükte bulunmayan kanun hükmüne dayanılarak para cezası kesilmesinde açıklanan hukuki duruma uyarlık yoktur. Öte yandan; ithal edilen eşya gümrük vergisinden muaf olduğundan, olayın gerçekleştiği dönemde yürürlükte bulunan 1615 sayılı Kanunun 154'üncü maddesinin yukarıda sözü edilen üçüncü fıkrasına göre ceza kesilebilmesi için para cezasına matrah olarak alınabilecek vergi de bulunmamaktadır.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 55'inci maddesinin birinci fıkrasında, amme alacağını vadesinde ödemeyenlere, 7 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumunun bir ödeme emri ile tebliğ olunacağı, 58'inci maddesinin birinci fıkrasında da, kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahsın, böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zaman aşımına uğradığı iddialarıyla, söz konusu ödeme emrinin iptali istemiyle dava açabileceği belirtilmiştir.

Uyuşmazlık konusu olayda; her ne kadar, davacı Şirket hakkında alınan para cezası kararına vaki itirazın süre aşımı nedeniyle reddi üzerine, para cezası kesinleşerek ödeme emri ile takip edilecek bir kamu alacağı haline gelmiş ise de; gümrük vergisine tabi olmayan fazla çıkan ithale konu eşyadan dolayı, para cezası alınması yukarıda açıklanan hukuki duruma aykırıdır.

Bu duruma göre; davacı Şirket tarafından ileri sürülen muafiyet iddiasının, Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 18.11.1988 günlü, E:1988/113; K:1988/129 ve 19.6.1987 günlü, E:1987/7; K:1987/19 sayılı kararlarında da kabul edildiği üzere, 6183 sayılı Kanunun 58'inci maddesinin yukarıda sözü edilen fıkrasında yer alan "böyle bir borcun olmadığı" kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden, ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki mahkeme kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne, mahkeme kararının bozulmasına, bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 24.2.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

KATMA DEĞER VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2002/4569
Karar No : 2005/172

Özeti : Dampinge karşı verginin idari itiraza tabi olduğu, başmüdürlükçe, dampinge karşı vergi ve katma değer vergisi tahakkukuna yapılan itiraz, sadece katma değer vergisi yönünden reddedilmiş ise de, bu işlemin, dampinge karşı vergiyi de kapsadığının kabulünün gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına Ambarlı Gümrük Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Mensucat Sanayi Anonim Şirketi
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Ambarlı Gümrük Müdürlüğünde tescilli 19.3.1999 gün ve 5199 sayılı gümrük giriş beyannamesi muhteviyatı eşya nedeniyle tahakkuk ettirilen dampinge karşı verginin ve bu vergi üzerinden hesaplanan katma değer vergisinin düzeltilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işleme vaki itiraz üzerine tesis edilen işlemi; tahakkuk ettirilen dampinge karşı verginin kaldırılması istemiyle, düzeltme ve itiraz yolu tüketildikten sonra dava açılabileceği; olayda ise, düzeltme talebinin gümrük müdürlüğünce reddinden sonra, gümrükler başmüdürlüğüne yapılan itiraz üzerine verilen yanıtta, katma değer vergisine yönelik itirazın reddedildiğinin, ancak dampinge karşı vergiye ilişkin olarak herhangi bir karar verilmediğinin anlaşıldığı; bu durumda, düzeltme ve itiraz aşamalarında, hakkında herhangi bir karar verilmeyen anılan verginin ödenmesinin istenilmesine ilişkin işlemde yasal isabet bulunmadığı; anti damping vergisi hakkında henüz bir karar verilmemiş iken, katma değer vergisinin matrahının kesinleştiğinden söz edilemeyeceği, bu sebeple, itirazın, katma değer vergisi yönünden reddine dair işlemde isabet bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden İstanbul Üçüncü Vergi Mahkemesinin 18.9.2002 gün ve E:2002/708; K:2002/1395 sayılı kararının; tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Çağlar Işık'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçelerinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, taraflar temyiz istemlerinin reddedilerek kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Münevver Demir'in Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, temyiz isteminin reddi ile temyiz edilen mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

3577 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanunun 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, gümrük mevzuatının, gümrük vergisinin tahsiline, takibine ve teminata bağlanmasına ilişkin bu Kanuna aykırı olmayan usul ve şekle müteallik hükümlerinin, dampinge karşı vergi veya telafi edici verginin tahsili, takibi ve teminata bağlanması işlemlerinde de uygulanacağı, ikinci fıkrasında da, ödenmeyen bu vergilerin 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip edileceği hükme bağlanmıştır. Atıfta bulunulan 4458 sayılı Gümrük Kanununun 3'üncü maddesinin 8'inci fıkrasında, "gümrük vergileri" deyiminin, yürürlükteki hükümler uyarınca eşyaya uygulanan ithalat vergilerinin tümünü; "ithalat vergileri" deyiminin de, eşyanın ithalinde öngörülen gümrük vergileri ve eş etkili vergileri ifade ettiği belirtilmiştir.

Anılan Kanun hükümlerine göre, dampinge karşı verginin, 4458 sayılı Kanunda tanımlanan "gümrük vergileri" kapsamında değerlendirilmesi, bu vergiye karşı yapılan düzeltme ve itiraz istemlerinin kabul edilerek, bunların karara bağlanması, başka ifadeyle, idari itiraz ve idari dava sürecinin bu vergi için de işletilmesi, sözü edilen aşamalardan geçerek kesinleşen amme alacağının da 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip ve tahsili gerekmektedir.

Olayda; davacı Şirket adına tahakkuk ettirilen dampinge karşı vergi ile katma değer vergisinin düzeltilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddinden sonra, İstanbul Gümrükleri Başmüdürlüğüne yapılan itiraz başvurusu üzerine anılan Başmüdürlükçe, itirazın, sadece katma değer vergisi tahakkukuna yönelik olarak yapıldığı kabul edilerek, itiraz, söz konusu

vergi açısından reddedilmiş, Mahkemece de, bu husus karara gerekçe alınarak, istemin özeti bölümünde yazılı hüküm tesis edilmiş ise de; katma değer vergisi tahakkukunun dayanağını ve matrahını dampinge karşı verginin oluşturması; dampinge karşı vergi tahakkukunun yerinde olup olmadığı hususu irdelenmeden, katma değer vergisi tahakkukunun hukukiliği hakkında karar verilmesinin mümkün olmaması hususları dikkate alındığında, katma değer vergisi tahakkukuna vaki itirazın reddine dair İstanbul Gümrükleri Başmüdürlüğü kararının, dampinge karşı vergiye vaki itirazı da kapsadığı ve bu vergiye vaki itirazın da reddedildiğinin kabulü ile, işin esasının incelenmesi suretiyle hüküm tesisi gerekirken, istemin özeti bölümünde yazılı gerekçeyle verilen mahkeme kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne ve işin esasının incelenmesi suretiyle karar verilmek üzere mahkeme kararının bozulmasına; bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 15.2.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

ÖZEL TÜKETİM VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2004/839
Karar No : 2005/917

Özeti : 87.04 tarife istatistik pozisyonunda yer alan, eşya taşımaya mahsus araçlardan yalnızca 4760 sayılı Kanunun 2'nci maddesinde sayılan tescil kuruluşlarınca kayıt ve tescili zorunlu olanların, özel tüketim vergisine tabi olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Çubuk Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... Türkiye Anonim Şirketi
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Davacı Şirket tarafından imal edilip, Milli Savunma Bakanlığı İç Tedarik Dairesi Başkanlığı'na teslim edilen askeri taktik araçlara ilişkin olarak özel tüketim vergisi tahakkuk ettirilmesi yolunda tesis edilen işlemi; olayda, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 1'inci maddesinin (b) bendinde, Kanuna ekli (II) sayılı listedeki mallardan kayıt ve tescile tabi olanların ilk iktisabının, bir defaya mahsus olmak üzere özel tüketim vergisine tabi olduğunun hükme bağlandığından, sözü edilen (II) sayılı listede yer alan ve Karayolları Trafik Kanunu hükümleri uyarınca kayıt ve tescile tabi olan, 87.04 gümrük tarife istatistik pozisyonundaki taşıtların özel tüketim vergisine tabi olduğundan bahisle dava konusu işlem tesis edilmişse de, (II) sayılı listede, 87.04 gümrük tarife istatistik pozisyonuna tabi taşıtlardan, yalnızca kayıt ve tescile tabi olanlarına yer verilmesi; Kanunun 2'nci maddesinin (c) bendinde de, bu Kanunun uygulanmasında, kayıt ve tescilin; motorlu taşıtların, ilgili mevzuat gereğince trafik, belediye, liman ile Ulaştırma Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünce tutulan sivil hava vasıtaları siciline yapılan kayıt ve tescilini ifade ettiğinin belirtilmiş olması karşısında, Kanunda kayıt ve tescil makamları arasında sayılmayan askeri makamlarca tescil edilen askeri amaçlı motorlu taşıtların özel tüketim vergisine tabi tutulmasına olanak bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden Ankara Beşinci Vergi Mahkemesinin 29.12.2003 gün ve E:2003/653; K:2003/1065 sayılı kararının; 4760 sayılı Kanunla ilgili 1

sayılı Tebliğde, kayıt ve tescile tabi olanlar ifadesinden, Karayolları Trafik Kanunu uyarınca tescil edilmesi zorunlu araçların anlaşılması gerektiği belirtildiğinden, 87.04 tarife istatistik pozisyonunda bulunan ve Türk Silahlı Kuvvetlerince tutulan sicile kayıt ve tescil edilen araçların, (II) sayılı listede yer aldıklarının açık olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstemin reddi gerektiği yolundadır.

Tetkik Hakimi Kurtuluş Beyribey'in Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz istemi reddedilerek kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mukaddes Aras'ın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanmış bulunan mahkeme kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine; kararın onanmasına, 5.5.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

TAM YARGI DAVALARI

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2001/1208
Karar No : 2005/239

Özeti : Hukuka aykırı olarak yapılan vergi tahsilatlarında, verginin tahsil edildiği tarih ile karar tarihi arasındaki süre için, Vergi Usul Kanununun 112'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında belirlenen gecikme faizi oranında, davacı lehine faize hükmedilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan Taraflar: 1) … Hava Yolları A.O. Genel Yönetim Binası

Vekili : Av. …

2) Nakil Vasıtaları Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı kurumca, finansal kiralama yoluyla ithal edilen uçak dolayısıyla taşıt alım vergisi tahsil edilmesi yolunda tesis edilen işlemin iptali ile yasal faize hükmedilmesi istemiyle açılan davada; 1318 sayılı Finansman Kanununun 1'inci maddesi uyarınca bir aracın taşıt alım vergisine tabi olabilmesi için, her ne şekilde olursa olsun iktisap edilmesi, yurt dışında iktisap edilerek Türkiye'ye ithal edilmesi veya vekaletname ile tasarruf

hakkının devralınması gerektiği; finansal kiralamalarda, kiralanan taşıtların mülkiyeti değil, zilyetliği kiracıya devredildiğinden, olayda, 1318 sayılı Kanunun öngördüğü anlamda bir iktisaptan söz edilemeyeceği; öte yandan, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 112'nci maddesindeki koşullar olayda gerçekleşmediğinden, davacının bu yöndeki isteminde isabet görülmediği gerekçesiyle, dava konusu işlemin iptaline; yasal faize hükmedilmesi isteminin ise reddine dair İstanbul Dokuzuncu Vergi Mahkemesinin 6.11.2000 gün ve E:2000/734; K:2000/1719 sayılı kararının; davalı idare tarafından, olayda, düzenlenen finansal kiralama sözleşmesinde, kiralama müddetinin sonunda araçların satın alma hakkının tanındığı, bu aşamada taşıt alım vergisi ödenmesi durumunda, sonradan (iktisap halinde) vergi aranılmayacağı hususunda Gelirler Genel Müdürlüğünün yazısı bulunduğu; davacı tarafından da, Vergi Usul Kanununun 112'nci maddesine göre olmasa dahi genel hukuk prensiplerine göre faize hükmedilmesi gerektiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Taraflarca savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Ayşegül Şahin'in Düşüncesi: Temyiz başvurusu; davacı kurumca, finansal kiralama yoluyla ithal edilen uçağa ilişkin olarak taşıt alım vergisi tahsil edilmesi yolunda tesis edilen işlemin iptali ile yasal faize hükmedilmesi istemiyle açılan davada, dava konusu işlemin iptaline, yasal faize hükmedilmesi isteminin ise reddine ilişkin vergi mahkemesi kararının ilgili hüküm fıkralarının taraflarca bozulması istemine ilişkindir.

Davalı idarenin temyiz dilekçesinde ileri sürdüğü iddialar mahkeme kararının iptale ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Davacının temyiz istemine gelince:

Faiz, paranın sahibinden başkası tarafından kullanılmasının sahibine vermiş olduğu zararının karşılığı; yani, "tazminat" tır. Söz konusu zarar vergilendirme işlemlerinde, Devlet yönünden, vergi mükelleflerinin vergi ödevlerini zamamında ve gereği gibi yerine getirmemeleri sebebiyle verginin zamanında tahakkuk ettirilememesi; mükellefler yönünden ise, Devletin hukuka aykırı olarak yapmış olduğu vergilendirme işlemlerine dayanarak vergi tahsilatında bulunması halinde doğmaktadır.

Vergi Usul Kanununun 112'inci maddesinde, Devletin, ikmalen, re'sen ve idarece yapılan tarhiyatlara konu vergileri normal vade tarihinde tahsil edememiş olması sebebiyle uğradığı zararı karşılayan gecikme faizi altında ek ödeme öngörülmüştür. Gecikme faizinin ilgili dönemlerde miktarını belirleyen zarar, hukuka aykırı olarak yapılan vergi tahsilatlarında, aynen mükellef için de söz konusudur. O halde; hukuka aykırı olarak tahsil edilen vergiler dolayısıyla vergi idareleri tarafından mükelleflere ödenecek maddi tazminatın miktarının, hukuka aykırı olarak tahsil edilen Verginin Devlet Hazinesinde kaldığı süre için öngörülen gecikme faizinin oranı uygulanarak hesaplanacak miktar kadar olması da, Anayasada öngörülen eşitlik ve adalet ilkelerinin gereğidir. Başka anlatımla; olayda, davacıya hükmolunacak faizin oranı, verginin tahsil edildiği tarih ile karar tarihi arasındaki süre için Vergi Usul Kanununun 112'nci maddesi uyarınca belirlenen gecikme faizinin oranına eşit olmak zorundadır.

Açıklanan nedenlerle, vergi dairesinin temyiz isteminin reddedilerek, mahkeme kararının iptale ilişkin hüküm fıkrasının onanması, davacı kurumun temyiz isteminin kabul edilerek, mahkeme kararının redde ilişkin hüküm fıkrasının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Bilgin Arısan'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçelerinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp, vergi mahkemesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında, anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenle, taraflar temyiz isteminin reddi ile vergi mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Temyiz başvurusu; davacı kurumca, finansal kiralama yoluyla ithal edilen uçak dolayısıyla taşıt alım vergisi tahsil edilmesi yolunda tesis edilen işlemin iptali ile yasal faize hükmedilmesi istemiyle açılan davada, dava konusu işlemin iptaline; yasal faize hükmedilmesi isteminin ise, reddine ilişkin vergi mahkemesi kararının ilgili hüküm fıkralarının taraflarca bozulması istemine ilişkindir.

Davalı idarenin temyiz dilekçesinde ileri sürdüğü iddialar mahkeme kararının iptale ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Davacının temyiz istemine gelince:

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 112'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında, ikmalen, re'sen veya idarece yapılan tarhiyatlarda; dava konusu yapılmaksızın kesinleşen vergilere, kendi vergi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren, son yapılan tarhiyatın tahakkuk tarihine kadar; dava konusu yapılan vergilerin ödeme yapılmamış kısmına, kendi vergi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren yargı organı kararının tebliğ tarihine kadar geçen süreler için 6183 sayılı Kanuna göre tespit edilen gecikme zammı oranında ve aynı süre içinde gecikme faizi uygulanacağı; gecikme faizinin hesaplanmasında ay kesirlerinin nazara alınmayacağı; 4'üncü fıkrasında, fazla veya yersiz olarak tahsil edilen veya vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerin, ilgili mevzuatı gereğince mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemesi halinde, bu tutarlara üç aylık sürenin sonundan itibaren, düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için, aynı dönemde 6183 sayılı Kanununa göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faizin, 120'nci madde hükümlerine göre red ve iadesi gereken vergi ile birlikte mükellefe ödeneceği hükme bağlanmıştır.

Vergi Mahkemesi kararının davanın kısmen reddine ilişkin hüküm fıkrası, vergi idareleri tarafından hukuka aykırı biçimde tahsil edilen vergi alacaklarının mükellefine iadesinde faiz ödenmesinin 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 112'nci maddesinin 4'üncü fıkrasındaki şartların gerçekleşmesi halinde mümkün olduğu; olayda ise, bu şartların gerçekleşmediği gerekçesine dayalıdır.

Ekonomilerde bir değişim vasıtası olan para, çeşitli ticari, sinai, zirai v.s. faaliyetlerde kullanılmakla, sahibine , kazanç, kira, nema v.s. adları altında kimi ekonomik yararlar sağlayan ekonomik bir değerdir. Paranın, sahibi dışındaki kişi ve kuruluşlarca kullanılması, sahibinin bu ekonomik değerden mahrum bırakılması sonucunu yaratması yanında: yüksek enflasyon etkisinde olan ekonomilerde, paranın değerini, yani alım gücünü enfasyon oranı ölçüsünde yitirmesine neden olur. Anayasa Mahkemesinin 26.11.1999 gün ve 23888 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 15.12.1998 gün ve E:1997/34; K:1998/79 sayılı kararında da belirtildiği gibi; enflasyon ve buna bağlı olarak oluşan döviz kuru, mevduat faizi, Hazine bonosu ve Devlet tahvili faizi oranlarının yüksekliği, borçlunun yararlanması, alacaının ise zarara uğraması sonucunu doğurmaktadır. Hukuk sistemlerinde paranın sahibinden başkası tarafından kullanılmasının neden olduğu bu zarar, "faiz" adı altında yapılan ek ödemelerle karşılanmaktadır. Anayasa Mahkemesinin 21.9.1988 gün ve E:1988/7; K:1988/27 sayılı kararında, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 112'nci maddesinde öngörülen "gecikme faizi" ile ilgili olarak yapmış olduğu niteleme de bu yoldadır.

Bu açıklamalara göre; faiz, paranın sahibinden başkası tarafından kullanılmasının sahibine vermiş olduğu zararın karşılığı; yani, "tazminat" tır. Söz konusu zarar, vergilendirme işlemlerinde, Devlet yönünden, vergi mükelleflerinin vergi ödevlerini zamanında ve gereği gibi yerine getirmemeleri sebebiyle verginin zamanında tahakkuk ettirilememesi; mükellefler yönünden ise, Devletin hukuka aykırı olarak yapmış olduğu vergilendirme işlemlerine dayanarak vergi tahsilatında bulunması halinde doğmaktadır.

Hukuk devletlerinde, açıklanan nitelikteki bir zararın faiz ya da başka bir ad altında ödenecek tazminatla karşılanabilmesi için, açık yasa hükmü aranması düşünülemez. Aksine anlayış; Devletin ve ona bağlı idarenin eylem ve işlemlerinden doğan her türlü zararın tazmini için de, açık yasa hükmü aranması sonucuna götürür ki; böyle bir anlayış, Anayasanın 125'inci maddesinin son fıkrasında yer alan, "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" amir hükmü ile bağdaştırılamaz. 213 sayılı Vergi Usul Kanununun yukarıda sözü edilen 112'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında, ikmalen, re'sen ve idarece tarh olunan vergiler için hiçbir şarta bağlı olmaksızın gecikme faizi öngören ve amacı, vergi idaresine, normal vadesinde tahsil edemediği vergiler dolayısıyla uğramış olduğu zararını, yargı yerinin hukuki yardımını istemeye gerek olmaksızın, kamu gücü kullanarak, bizzat, giderme olanağı sağlamak olan düzenleme ile anılan maddeye 4369 sayılı Kanunla eklenen 4'üncü fıkranın, fazla veya yersiz tahsil edilen ya da vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerin, ilgili bilgi ve belgelerin mükelleflerce tamamlandığı tarihten itibaren üç ay içinde iade edilmemesi hali ve bu üç ayın bitiminden itibaren, Vergi Usul Kanununun "Vergi Hatalarını Düzeltme ve Reddiyat" başlıklı bölümünde yer alan 120'nci madde uyarınca düzenlenecek düzeltme fişinin tebliğ edileceği tarihe kadar geçen süre ile sınırlı olarak, 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında faiz öngeren hükmü de, Anayasaya ve Hukuk Devleti İlkesine aykırılığı açıklanan söz konusu anlayışa hukuki dayanak olamaz.

"İdari Rejimi" kabul eden hukuk sistemlerinde, idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden dolayı idare edilenlerin uğrayacakları her türlü zararın tazmini, "İdarenin Sorumluluğu" ile ilgili kurallarca sağlanır. Esasen; İdari Yargının varlık nedenlerinden biri de, budur. İdari Yargı, idare edilenlerin, kamu idaresinin idari nitelikteki eylem ve işlemlerinden doğan zararlarını, açık yasa hükmüne ihtiyaç duymaksızın, kusurlu veya kusursuz sorumluluk ilkelerine göre, giderme olanağına sahiptir.

İdarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinin hizmet kusuru oluşturacağı ve bu işlem ve eylemlerden doğan zararların, idare tarafından, kusurlu sorumluluk esaslarına göre tazmin edileceği, Danıştayın öteden beri istikrarlı biçimde uygulanagelen içtihadıdır. Vergi idareleri de, kuruluş, görev ve yetkilileri bakımından birer kamu idaresidir. Anılan içtihad karşısında, hizmet kusuru oluşturacak hukuka aykırı vergilendirme işlemlerinden vergi mükellefleri için doğan zararların, işlemi yapan vergi idaresi tarafından karşılanması, açıklanan anayasal kuralın ve Hukuk Devleti İlkesinin gereğidir.

Olayda; davacının ihtirazi kaydı, davalı vergi idaresince, benzer davalarda istikrarlı biçimde verilen Danıştay kararları da göz ardı edilerek, kabul edilmemiştir. Bu şekilde yapılan tahakkukun Kanuna aykırılığı, temyize konu kararın vergi aslına ilişkin hüküm fıkrasıyla kesinlik kazanmış bulunmaktadır. Vergi İdaresince bu şekilde gerçekleştirilen hukuka aykırılık, yukarıda açıklandığı üzere bir hizmet kusurudur. Dolayısıyla; davalı idarenin, hukuka aykırı vergilendirme ve tahsil işlemleriyle davacıya vermiş olduğu maddi zararı karşılaması zorunludur.

Yukarıda açıklandığı üzere; Vergi Usul Kanununun 112'inci maddesin'in 3'üncü fıkrasında, Devletin, ikmalen, re'sen ve idarece yapılan tarhiyatlara konu vergileri normal vade tarihinde tahsil edememiş olması sebebiyle uğradığı zararı karşılayan gecikme faizi altında ek ödeme öngörülmüştür. Gecikme faizinin ilgili dönemlerde miktarını belirleyen zarar, hukuka aykırı olarak yapılan vergi tahsilatlarında, aynen mükellef için de söz konusudur. O halde; hukuka aykırı olarak tahsil edilen vergiler dolayısıyla vergi idareleri tarafından mükelleflere ödenecek maddi tazminatın miktarının, hukuka aykırı olarak tahsil edilen verginin Devlet Hazinesinde kaldığı süre için öngörülen gecikme faizinin oranı uygulanarak hesaplanacak miktar kadar olması da, Anayasada öngörülen eşitlik ve adalet ilkelerinin gereğidir. Başka anlatımla; olayda, davacı lehine hükmolunacak faizin oranı, verginin tahsil edildiği tarih ile karar tarihi arasındaki süre için Vergi Usul Kanununun 112'nci maddesi uyarınca belirlenen gecikme faizinin oranına eşit olmak zorundadır.

Açıklanan nedenlerle, davacı Kurumun temyiz isteminin kabulüne, mahkeme kararının davanın reddine ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasına; bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından bu hususta hüküm tesisine gerek bulunmadığına; Vergi Dairesi Müdürlüğünün temyiz isteminin reddine, mahkeme kararının iptale ilişkin hüküm fıkrasının onanmasına, 24.2.2005 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

AZLIK OYU

Temyiz başvurusu; davacı kurumca, finansal kiralama yoluyla ithal edilen uçak dolayısıyla taşıt alım vergisi tahsil edilmesi yolunda tesis edilen işlemin iptali ile yasal faize hükmedilmesi istemiyle açılan davada, dava konusu işlemin iptaline; yasal faize hükmedilmesi isteminin ise, reddine ilişkin mahkeme kararının ilgili hüküm fıkralarının taraflarca bozulması istemine ilişkindir.

Vergi Kanunlarında, Vergi Usul Kanununun 112'nci maddesinin 4'üncü fıkrası dışında, Danıştay veya vergi mahkemeleri tarafından yükümlülere iadesine karar verilen vergilere yükümlü lehine kanuni faiz uygulanmasını öngören herhangi bir hükme yer verilmemiş olup, Vergi Usul Kanununun 112'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında aranan koşullar olayda gerçekleşmediğinden, bu hükmün de olaya uygulanma olanacağı bulunmamaktadır.

Öte yandan, Borçlar Kanununun 103 ve sonraki maddelerinde düzenlenen, Türk Ticaret Kanununda yer alan geri alma (istirdat) davalarıyla, sair alacak davalarında kanuni faize de hükmolunmasını öngören hükümlerin, kamu hukuku alanında yer alan vergilere uygulanma olanağı yoktur.

2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28'inci maddesinin 6'ncı fıkrasında yer alan tazminat ve vergi davalarında kararın idareye tebliğinden itibaren infazın gecikmesi sebebiyle, idarece kanuni gecikme faizi ödeneceğine ilişkin hüküm ise, davadan sonraki safhaya ilişkindir.

Bu itibarla, niteliği gereği bir alacak davası olmayıp, bir idari işlemin iptali istemine yönelik davada, kanuni gecikme faizinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Ayrıca, eşitlik adalet gibi kavramlar savunulurken, kanunların kamu yararının sağlanması amacının zaafa uğratılması ikmalinin bulunduğu da gözardı edilmemelidir.

Bu nedenle, tarafların temyiz istemlerinin reddedilerek, mahkeme kararının faize ilişkin hüküm fıkrasının da onanması gerektiği görüşü ile çoğunluk kararına katılmıyorum.

VERASET VE İNTİKAL VERGİSİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2002/1784
Karar No : 2005/652

Özeti : Veraset ve intikal vergisinde, nihai vergilemeye esas alınacak değerlemede, Vergi Usul Kanununun "Servetleri Değerleme" ile ilgili bölümündeki esasların uygulanacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Yamanlar Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf **:** ..., ..., ... , ...
Vekili **:** Av. ...

İstemin Özeti **:** Davacılar tarafından verilen veraset ve intikal vergisi beyannamesinde, tenzili talep olunan sermaye taahhüt borcunun, murisin hissedarı bulunduğu şirketlere ait bilançolarda yer aldığından ayrıca indirilemeyeceği gibi … İnşaat Anonim Şirketi adına kayıtlı taşınmazın bilançoda gösterilen değerinin, söz konusu taşınmazın emlak vergisine esas değerinden düşük olduğundan bahisle, davacı varisler adına veraset ve intikal vergisi salınması yolunda tesis edilen işlemi; 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanununun 1'inci maddesi uyarınca, verginin konusunu, bir şahıstan diğer bir şahsa ivazsız olarak intikal eden malların oluşturduğu; olayda, murisin sermaye taahhüt borcunun, mirası reddetmeyen varisler açısından da borç olarak kabul edilerek beyannamede gösterilmesinde isabetsizlik bulunmadığı; öte yandan, … Anonim Şirketine ait taşınmazın varislere intikal ettiğinden söz edilemeyeceğinden, emlak vergisi değerinin bilançoda gösterilmediğinden bahisle matrah farkı hesaplanmasında da hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden İzmir Üçüncü Vergi Mahkemesinin 2.11.2001 gün ve E:1999/489; K:2001/1395 sayılı kararının; takdir komisyonu kararı doğrultusunda yapılan ikmal tarhiyatın hukuka uygun olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstemin reddi gerektiği yolundadır.

Tetkik Hakimi Kurtuluş Beyribey'in Düşüncesi: 7338 sayılı Kanunun 10'uncu maddesinde, veraset ve intikal vergisinde iki aşamalı bir tarhiyat öngörülmüş olup, mükelleflere, beyanda kolaylık sağlamak amacıyla belli servet unsurları için seçimlik hak tanınmıştır. Buna göre, ilk tarhiyatta seçimlik hak kullanılarak yapılan beyandan sonra, vergi idaresi ölüm günü itibarıyla değerlemeye gidecek ve bulunacak farklara göre ikmal tarhiyat yapacaktır. Bu itibarla, olayda, idarece yapılan değerlemenin hukuka uygun olup olmadığının tespiti için, yaptırılacak bilirkişi incelemesi sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile tesis edilen mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Münevver Demir'in Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, temyiz isteminin reddi ile temyiz edilen mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Temyiz başvurusu, murise ait olduğu tartışmasız bulunan sermaye taahhüt borcunun, beyannamede tenzili talep olunan borç olarak gösterilemeyeceğinden matrahtan indiriminin kabul edilemeyeceği, ayrıca, murisin hissedarı bulunduğu … İnşaat Anonim Şirketi adına kayıtlı taşınmaz için bilançoda gösterilen değerin düşük olduğundan bahisle, hesaplanan matrah farkı üzerinden veraset ve intikal vergisi salınması yolunda tesis edilen işlemi iptal eden vergi mahkemesi kararının bozulması istemine ilişkindir.

7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanununun "Verginin Matrahı ve İlk Tarhiyat" başlıklı 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında; mükelleflerin ilk tarhiyatta nazara alınmak üzere veraset ve intikal vergisinin mevzuuna giren malları aşağıda belirtilen değerleme ölçülerinden faydalanarak değerlemek ve beyannamelerinde göstermek zorunda oldukları; aynı fıkranın (a) bendinde, bilanço esasına göre defter tutanlarda ölüm tarihine takaddüm eden takvim yılı bilançosuna göre bulunacak sermayenin ticari sermaye olduğu, mükelleflerin isterlerse ölüm günü itibarıyla çıkaracakları bilançoyu esas alarak öz sermayelerini tespit edebilecekleri ve öz sermayenin bu maddedeki esaslara göre, bu maddede hüküm olmayan hallerde Vergi Usul Kanununun iktisadi işletmelere dahil kıymetleri değerleme ile ilgili 2'nci bölümündeki esaslara göre tespit olunacağı belirtilmiş; aynı maddenin dördüncü fıkrasında, bu maddede belirtilen esaslara göre beyan edilen değerler üzerinden tarh edilen vergilerin, idarece, intikal

eden malların Vergi Usul Kanununa göre bulunacak değerlere göre ikmal edileceği hükme bağlanmıştır. Maddenin göndermede bulunduğu 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 295'inci maddesinde, ticari sermayeye dahil olsun veya olmasın senetli ve senetsiz bütün alacak ve borçların ikinci bölümdeki hükümlere göre değerleneceği kuralı yer almış; 7338 sayılı Kanunun 10'uncu maddesine ilişkin gerekçede ise; verginin tahsilinde yaşanan sıkıntıların aşılması amacıyla ilk tarhiyat müessesesinin getirildiği; buna göre, mükelleflerin, maddede belirtilen objektif ölçülerden ve Vergi Usul Kanunundan faydalanmak suretiyle kendilerine intikal eden malları değerleyecekleri; vergi dairesince, beyan üzerinde başkaca bir araştırma yapılmaksızın verginin tarhı cihetine gidileceği; ilk tarhiyatı müteakip, intikal eden malların Vergi Usul Kanununa göre bulunacak değerlerine göre mükellefler adına ikmalen ve esas itibarıyla cezasız vergi tarh olunacağı açıklanmıştır.

Öte yandan, Vergi Usul Kanununun 192'nci maddesinde, bilanço tanımlandıktan sonra, aktif toplamı ile borçların arasındaki farkın, müteşebbisin işletmeye mevzu varlığını (öz sermayeyi) teşkil edeceği, öz sermayenin pasif tablosuna kaydolunacağı ve bu suretle aktif ve pasif tabloların toplamlarının denkleşeceği, ihtiyatlar ve kar ayrı gösterilseler dahi, öz sermayenin cüzleri sayılacağı hükmü yer almıştır.

Bu düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden; Veraset ve İntikal Vergisi Kanununun 10'uncu maddesinde belirtilen değerleme ölçülerinin, ilk tarhiyatta nazara alınmak üzere mükellefler tarafından beyana esas alınacak ölçüler olduğu; ancak, değerlemeye konu kıymetin bilanço esasına göre defter tutulması gereken şirkete ait hisse olması halinde, idarece, Vergi Usul Kanununun 192'nci maddesinde düzenlenen öz sermaye hesabından hareketle ve öz sermayenin unsurlarının yine aynı Kanunun servetleri değerleme ile ilgili 3'üncü bölümündeki esaslara göre tespit olunacak değerlerle, beyan edilen değerler arasındaki fark üzerinden ikmalen vergi tarhı yoluna gidilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, 1.3.1998 tarihinde veraset yoluyla gerçekleşen intikal dolayısıyla varislerce verilen veraset ve intikal vergisi beyannamesinde, tenzili talep olunan borçlar kısmında gösterilen, murisin, hissesinin bulunduğu … İnşaat Anonim Şirketi ile … İnşaat Anonim Şirketi'ne olan sermaye taahhüt borçlarının, adı geçen Şirketlerin bilançolarında yer alması nedeniyle; özsermayelerinin hesabında dikkate alındığından, borç olarak beyan edilemeyeceği; ayrıca, …İnşaat Anonim Şirketi adına kayıtlı taşınmaz için bilançoda gösterilen değerin, söz konusu taşınmazın emlak vergisine esas değerinden düşük olduğu belirtilerek, sermaye taahhüt borcu olarak gösterilen tutarlar ile … İnşaat Anonim Şirketi'ne ait taşınmazın emlak vergisi değerinin murisin hissesine isabet eden kısmı üzerinden ikmal tarhiyat yapıldığı anlaşıldığından, uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için, bu şekilde hesaplanan matrah farkının, sözü edilen yasal düzenlemelere uygun olup olmadığının saptanması gerekmektedir.

Bir davada hukuksal sorunların davaya bakan idari yargı yerince çözüme kavuşturulması, Yargılama Hukukunun temel kuralıdır. Bununla birlikte; kimi zaman, hukuki çözüme ulaşılması, maddi olayın teknik yönünün açıklığa kavuşturulmasına bağlı olabilmektedir. Bu ise, hakimin mesleki bilgisini aşan, teknik bilgi ve uzmanlık isteyen bir uğraş niteliğindedir. Bu itibarla, Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu ile Vergi Usul Kanununun anılan hükümleri göz önünde bulundurulmak suretiyle, muristen varislere intikal eden öz sermayenin, konunun uzmanı bir bilirkişi aracılığıyla tespiti suretiyle; … İnşaat Anonim Şirketi adına kayıtlı taşınmaza ilişkin olarak da; 7338 sayılı Kanunun 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde, ilk tarhiyatta nazara alınmak üzere, gayrimenkullerin, ticari işletmeye dahil olsun veya olmasın emlak vergisine esas olan değerle değerleneceği; ikmal tarhiyat açısından geçerli olan 213 sayılı Kanunun 297'nci maddesinde de, ticari sermayeye dahil olsun olmasın, bilumum binalarla arazinin vergi değeri ile değerleneceği hükme bağlandığından,söz konusu taşınmaz için davalı idarece ikmal tarhiyata dayanak alınan emlak vergi değerinin gerçeği yansıtıp yansıtmadığının, söz konusu taşınmazın kayıtlı

bulunduğu belediye nezdinde yapılacak inceleme sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile hüküm tesisinde isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne; mahkeme kararının bozulmasına; bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 12.4.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2004/1493
Karar No : 2005/589

Özeti : Davacı hakkında, 6183 sayılı Yasa uyarınca yapılacak işlemleri bildiren yazının kesin ve yürütülebilir işlem niteliğinde olmadığı; üst makama yapılmayan başvurunun, 2577 sayılı Yasanın 11'inci maddesi kapsamında yapılan başvuru olduğunun kabulüne olanak bulunmadığı hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen: Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına Haydarpaşa Gümrük Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Denizcilik ve Ticaret Anonim Şirketi

İstemin Özeti : Haydarpaşa Gümrük Müdürlüğüne yapılan başvurunun reddine ilişkin olarak tesis edilen 16.4.2001 gün ve 6082 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada, davacı adına düzenlenen 9.1.2001 gün ve 325 sayılı ödeme emrini iptal eden İstanbul Dokuzuncu Vergi Mahkemesinin 13.9.2001 gün ve E:2001/833; K:2001/1293 sayılı kararına yönelik temyiz istemini reddeden Danıştay Yedinci Dairesinin 11.12.2003 gün ve E:2002/23; K:2003/5034 sayılı kararının; usule ve kanuna aykırı olduğu ileri sürülerek düzeltilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Abidin İldeş'in Düşüncesi: Dosyanın incelenmesinden, 16.4.2001 tarih ve 6082 sayılı davalı idare işleminin iptali istemiyle açılan davada, Mahkemece, sözü edilen işlemin, ödeme emrinin kaldırılması istemiyle 2577 sayılı Yasanın 11'inci maddesi uyarınca yapılan başvurunun reddine ilişkin işlem olduğunun kabulü suretiyle ödeme emrinin iptaline karar verildiği anlaşılmıştır.

Ödeme emrinin tebliğ tarihine ve başvurunun üst makamı bulunan davalı Gümrük Müdürlüğüne yapılmış olmasına nazaran, olayda, 2577 sayılı Yasanın 11'inci maddesinin uygulanması koşulları bulunmamaktadır. Dava konusu işlem ise, ödeme emrinden sonra yapılması gereken işlemlerin bildirimine ilişkin olması nedeniyle kesin ve yürütülebilir işlem mahiyeti taşımamaktadır.

Bu itibarla, işlemin iptali istemiyle açılan ve incelenmeksizin reddi gereken davada ödeme emrinin iptaline ilişkin olarak verilen kararda isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, Dairemiz kararının kaldırılmasından sonra mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Emel Cengiz'in Düşüncesi: Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54'üncü maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince, kararın düzeltilmesi istemli dilekçede ileri sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54'üncü maddesinin (c) fıkrasına uygun görüldüğünden, Dairemizce verilen 11.12.2003 gün ve E:2002/23; K:2003/5034 sayılı kararın ortadan kaldırılmasından sonra işin gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden; dava konusu edilen işlem, davalı Gümrük Müdürlüğüne, istisna belgesine göre işlem yapılması istemiyle yapılan başvuru üzerine tesis edilen, "Eşyanın fiili ithal tarihinden sekiz yıl sonra ibraz edilen istisna belgesinin 6183 sayılı Yasa hükümleri uyarınca takibine geçilen alacağın işlemden kaldırılmasına bir etkisinin olmayacağı, ödeme emri ile takibine geçilen alacağın yasal süresi içerisinde ödenmesi, aksi takdirde haczen takibata geçileceğinin bilinmesi tebliğ olunur." şeklindeki 16.4.2001 tarih ve 6082 sayılı işlem olmasına karşın; Mahkemece, yapılan başvurunun, 29.1.2001 tarihinde tebliğ edilen, 9.1.2001 gün ve 325 sayılı ödeme emrinin kaldırılması amacıyla 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 11'nci maddesi uyarınca yapılan başvuru ve tesis edilen işlemin de, bu başvurunun reddi olarak nitelendirilmesi suretiyle ödeme emrinin iptaline karar verildiği anlaşılmıştır.

İdari Yargılama Usulü Kanununun "Üst Makamlara Başvurma" başlıklı 11'inci maddesinde, ilgililer tarafından, idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasının üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebileceği, bu başvurmanın işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durduracağı, altmış gün içinde bir cevap verilmezse isteğin reddedilmiş sayılacağı, isteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı ve başvurma tarihine kadar geçmiş sürenin de hesaba katılacağı hüküm altına alınmıştır. Sözü edilen maddenin 4'üncü fıkrasında yer alan, "Bu madde hükümleri, vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümlerin tarh, tahakkuk ve tahsilinden ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklarda uygulanmaz." hükmü, 18.6.1994 gün ve 21964 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4001 sayılı Kanunun 6'ncı maddesi ile 18.6.1994 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır.

4001 sayılı Kanunun anılan 6'ncı maddesinin gerekçesinde, vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümlerin tarh, tahakkuk ve tahsili ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklarda, idari davaya konu olacak işlemlere karşı mevcut hükümlere göre dava açılmadan önce idari makamlara başvurulmasının mümkün bulunmadığı, başvuru yapılması dava süresini durdurmadığı için daha sonra açılan davaların süreden reddedildiği, bu sebeple çoğu zaman hak kayıplarına neden olunduğu, gerek bu gibi haksızlıkların ortadan kaldırılması ve gerekse dava yoluna başvurulmadan idareye yapılacak başvuru yoluyla uyuşmazlıkların çözümlenmesinin sağlanmasının, dava sayısını azaltma yönünden yapacağı olumlu etki göz önüne alınarak, söz konusu fıkranın yürürlükten kaldırıldığı belirtilmiştir.

Buna göre; 2577 sayılı Kanunun 11'inci maddesinin 4'üncü fıkrasının yürürlükten kaldırılmasıyla güdülen amacın, tıpkı diğer idari işlemlerde olduğu gibi, tarh, tahakkuk ve tahsil işlemleriyle karşılaşan yükümlülere, bu işlemlerin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması için dava açma süresi içinde idareye başvuru yolunun açılması bu başvuru ile dava açma süresinin durdurulması ve böylece uyuşmazlıkların, dava aşamasına gelmeden, idari süreç içerisinde yeniden incelenip halledilmesi olduğu anlaşılmaktadır.

Sözü edilen hukuki durum karşısında; 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca Gümrük Müdürlükleri tarafından düzenlenip tebliğ edilen ödeme emirlerinin iptali için doğrudan dava açılabileceği gibi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun sözü edilen 11'inci maddesi uyarınca, ödeme emirlerinin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenilmesi; belirtilen koşullara uygun olarak yapılan başvurular üzerine tesis edilen olumsuz işlemlere karşı ise, 2577 sayılı

Kanunun 11'inci maddesinde öngörülen esaslara uyulmak şartıyla, idari yargı mercilerine başvurulması gerekmektedir.

Olayda; istisna kapsamında beyan edilerek ithal edilen eşyanın bu kapsamda olmadığından bahisle tahakkuk ettirilen katma değer vergisinin tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde dava konusu edilmediği açıktır. Öte yandan; ödeme emrinin kaldırılmasına ilişkin olduğu kabul edilen söz konusu başvurunun, ödeme emrinin tebliğ edildiği tarihten itibaren işleyen yedi günlük dava açma süresi geçtikten sonra ve üst makam olan Gümrük Başmüdürlüğüne değil, ödeme emrini düzenleyen ve işlemi tesis eden gümrük müdürlüğüne yapılmış olması nedeniyle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 11'nci maddesi kapsamında yapılan başvuru olduğunun kabulüne olanak yoktur. Bu itibarla, yapılan başvuru üzerine tesis edilen işlemin ödeme emri ile ilişkilendirilmesi açıklanan hukuki duruma aykırıdır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 14'üncü maddesinin 5.4.1990 gün ve 3622 sayılı Kanunun 5'inci maddesiyle değişik 3'üncü fıkrasının (d) bendinde, dava konusu edilen işlemin, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, ilk incelemede dikkate alınması gereken yönler arasında sayılmış; aynı maddenin 6'ncı fıkrasında da, 3'üncü fıkranın bentlerinde yazılı yönlerden kanuna aykırılıkların ilk incelemeden sonra saptanması halinde de, davanın her safhasında, 15'inci madde hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir. Sözü edilen 15'inci maddenin ilk fıkrasının (b) bendinde ise, ortada, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken işlemin olmaması halinde davanın reddine karar verileceği hükme bağlanmıştır.

İdare Hukukunda, idari işlem; bir idari makam tarafından, kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla, kamu gücü kullanılarak tek yanlı iradeyle yapılan kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem olarak tanımlanmaktadır. Yine anılan Hukukun ilkelerine göre, idari işlemin kesinliği, idari prosedürün son aşamasının da bitirilmiş olmasını, yani hukuki sonuç yaratabilmesi için bir başka idari makamın onayına gereksiniminin bulunmamasını; yürütülmesinin zorunlu olması da, Hukuk Düzeninde değişiklik meydana getirecek biçimde uygulanmasının gerekli olmasını ifade etmektedir.

Bu bakmdan; esasen 6183 sayılı Yasa uyarınca yapılması gereken işlemleri gösteren davalı Gümrük Müdürlüğü işlemi, davacı Şirketin hukuki durumunda herhangi bir değişiklik yaratmadığından, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 14'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasının (d) bendinde belirtilen idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem niteliğinde değildir. Dolayısıyla, dava konusu edilemeyeceğinden, incelenmeksizin reddi gereken davada, maddi olayın yanlış nitelendirilmesi sonucu verilen mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüne, mahkeme kararının bozulmasına, bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 6.4.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2004/3164
Karar No : 2005/918

Özeti : Temyiz ve kararın düzeltilmesi aşamasında, avukat olmayan vekil tarafından imzalanan dilekçenin, eksiklik tamamlanmak üzere reddine karar

verilemeyeceği, davanın incelenmeksizin reddi gerektiği hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen: … İnşaat Asansör Turizm Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi

Karşı Taraf : Ziyapaşa Vergi Dairesi Müdürlüğü

İstemin Özeti : Davacı Şirket adına, bir kısım hasılatını kayıt ve beyan dışı bırakmak suretiyle vergi zıyaına neden olduğunun tespit edildiğinden bahisle, inceleme raporuna dayanılarak, Temmuz/1999 dönemi için katma değer vergisi salınmasına ve vergi zıyaı cezası kesilmesine ilişkin işlemin iptaline dair Adana Birinci Vergi Mahkemesinin 30.4.2001 günlü ve E:2000/926; K:2001/483 sayılı kararının bozulması yolundaki Danıştay Yedinci Dairesinin 12.4.2004 gün ve E:2001/3937; K:2004/955 sayılı kararının; kanuna aykırı olduğu ileri sürülerek düzeltilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Kurtuluş BEYRİBEY'in Düşüncesi: Kararın düzeltilmesi isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı H.Hüseyin TOK'un Düşüncesi: Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54'üncü maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden, Dairemizin 12.4.2004 gün ve E:2001/3937; K:2004/955 sayılı kararının düzeltilmesi istemini içeren ve 6.9.2004 tarihinde Mahkeme kayıtlarına giren dilekçe üzerinde yapılan ilk inceleme sırasında, dilekçede yer alan imzanın kime ait olduğu hususunda dilekçede ve ekinde ibraz edilen imza sirkülerinde açıklık bulunmadığının saptanması üzerine, dilekçeyi imzalayan şahsın Şirketi temsil yetkisini gösteren tüm belgelerin 20.10.2004 gün ve E:2004/3164 sayılı ara kararı ile istenildiği; cevaben gönderilen bilgi ve belgelerden, söz konusu dilekçenin, davacı Şirketin müdürü …'ce vekil tayin edilen … tarafından imzalandığı anlaşılmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 3'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendinde, idari davalara ilişkin dilekçelerin, taraflarca ve varsa vekilleri veya temsilcileri tarafından imzalanacağı; 48'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, temyiz dilekçelerinin 3'üncü madde esaslarına göre düzenlenmediği hallerde, eksikliklerin onbeş gün içinde tamamlatılması hususunun kararı veren Danıştay veya mahkemece ilgiliye tebliğ edileceği; bu sürede eksikliklerin tamamlanmaması halinde, temyiz isteminde bulunulmamış sayılacağına karar verileceği; aynı maddenin 4001 sayılı Kanunla eklenen 7'nci fıkrasında da, dilekçenin 3'üncü madde esaslarına göre düzenlenmediğinin dosyanın gönderildiği Danıştay'ın ilgili dairesi veya kurulunca saptanması halinde, 2'nci fıkrada sözü edilen kararların daire veya kurulca verileceği; 55'inci maddesinin son fıkrasında ise, 53 ve 54'üncü madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunun diğer hükümlerinin kararın düzeltilmesinde de uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Yargılama Hukukumuzda dava açma ve takibi hususunda zorunlu vekillik öngörülmediğinden, dava açma ehliyeti bulunan gerçek ve tüzel kişiler, bizzat kendileri dava açabilecekleri gibi, vekil aracılığıyla da bu haklarını kullanabilirler. Öte yandan, bir davada vekil olabilme hak ve yetkisi, gerek medeni yargılama, gerekse idari yargılama hukukumuzda kural olarak yalnızca avukatlara tanındığından, avukat olmayan vekil tarafından dava açılabilmesine veya takibine cevaz verilmemiştir.

Bu bakımdan, olayda, avukat olmayan şahısca imzalandığı anlaşılan dilekçeyle yapılan ve Dairemizin 12.4.2004 gün ve E:2001/3937; K:2004/955 sayılı kararının düzeltilmesi istemini içeren başvurunun incelenmesine olanak bulunmamaktadır.

Her ne kadar, 2577 sayılı Kanunun 15'inci maddesinin, 1'inci fıkrasının (d) bendinde, ehliyetli olan şahsın avukat olmayan vekili tarafından dava açılması halinde, otuz gün içerisinde bizzat veya bir avukat vasıtasıyla dava açılmak üzere dilekçenin reddine karar verileceği belirtilmişse de, temyiz ve kararın düzeltilmesi aşamasında anılan maddeye göre uygulama önceliği bulunan 48'inci maddenin 2'nci fıkrasında bu yolda bir düzenlemeye yer verilmediğinden, söz konusu eksikliğin, dilekçenin reddi suretiyle tamamlattırılması da söz konusu değildir.

Açıklanan nedenle, kararın düzeltilmesi isteminin incelenmeksizin reddine, 5.5.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2001/2357
Karar No : 2005/402

Özeti : İdarenin, haksız fiil sayılacak uygulamalarına karşı açılacak davaların görev ve çözümünün adli yargının görev alanına girdiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Gökalp Vergi Dairesi Müdürlüğü
Karşı Taraf : ... İnşaat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Davacı Şirketin, 1996 ve 1997 yıllarındaki sermaye artırımından doğan damga vergisi borçlarını vadesinde ödemediğinden bahisle, Şekerbank T.A.Ş. Diyarbakır Şubesi nezdindeki mevduat hesabına haciz konulması yolunda tesis edilen işlemi; 6183 sayılı Kanunun 55, 62 ve 64'üncü maddelerinden bahisle, haciz işleminin haciz varakasına dayanılarak yapılacağı; olayda, 1996 ve 1997 dönemlerine ait vergi borçları için ihbarname ve ödeme emri düzenlendiği halde, haciz varakası düzenlenmeden haciz işlemi uygulandığının anlaşıldığı gerekçesiyle iptal eden Diyarbakır Vergi Mahkemesinin 16.2.2001 gün ve E:2000/412; K:2001/69 sayılı kararının; 6183 sayılı Kanunun 62'nci maddesinde, tahsil dairesinin resen haciz uygulayabileceğinin hükme bağlandığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Kurtuluş Beyribey'in Düşüncesi: Olayda, dava konusu haciz işleminin haciz kararı alınmadan uygulandığı tartışmasız bulunmakla, ortada davalı idareye tanınan kamu gücünün keyfi kullanımının, bir başka deyişle haksız fiilinin söz konusu olduğu sonucuna varılmakla, adli yargının görev alanına giren söz konusu "fiil"e karşı açılan davanın esasının incelenmesi suretiyle verilen mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay H.Hüseyin Tok'un Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp vergi mahkemesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında, anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddi ile vergi mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Temyiz başvurusu, davacı Şirketin ödenmeyen vergi boçlarından dolayı, haciz varakası düzenlenmeden uygulanan haciz işleminin iptali yolundaki vergi mahkemesi kararının bozulması istemine ilişkindir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 62'inci maddesinde; borçlunun, mal bildiriminde gösterilen veya tahsil dairesince tespit edilen borçlu veya üçüncü şahıslar elindeki menkul malları ile gayrimenkullerinden, alacak ve haklarından amme alacağına yetecek miktarının tahsil dairesince haczolunacağı; 64'üncü maddesinde ise; haciz muamelelerinin, tahsil dairelerince düzenlenen ve alacaklı amme idaresinin, mahalli en büyük memuru veya tevkil edeceği memur tarafından tasdik edilen haciz varakalarına dayanılarak yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Olayda, davacı Şirketin banka mevduat hesabına konulan haczin, haciz varakasına dayanmadığı hususu tartışmasızdır.

Hukuk Devleti olmanın kaçınılmaz gereklerinden biri olarak, kamu gücünü kullanan idarenin, tek yanlı iradesiyle idari işlem tesisinden önce, bu işlemin maddi ve hukuki sebeplerini ortaya koyması zorunludur. Bu bağlamda, kamu gücünün kullanımı da, hukuksal düzenlemelerle çizilen sınırlar içerisinde ve hukuka uygun kullanıldığı ölçüde meşrudur. İdarenin, hiç bir kurala dayanmayan keyfi uygulamalarının, İdare Hukukunun konusuna giren "idari eylem" veya "idari işlem" olarak kabulü olanaklı değildir. İdarenin, açık ve ağır biçimde kanunilikten ve hukukilikten yoksun olan ve bu haliyle "haksız fiil" olarak kabul edilebilecek uygulamalarına karşı açılacak davaların görüm ve çözümü de Adli yargının görev alanı içerisinde bulunmaktadır. Bu bakımdan, Mahkemece, görev hususu gözardı edilerek, işin esasının incelenmesi suretiyle verilen kararda isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne ve mahkeme kararının bozulmasına; bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 16.3.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Yedinci Daire
Esas No : 2005/829
Karar No : 2005/340

Özeti : Temyize konu mahkeme kararının, görüşme tutanağında imzası bulunmayan üye tarafından imzalanması ve görüşmeye katılan, tutanakta imzası bulunan üyenin ad ve soyadı ile imzasının kararda bulunmaması nedeniyle, kararın bozulması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı adına Haydarpaşa Gümrük Müdürlüğü

Karşı Taraf : ... Ağaç Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi

Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacı Şirket adına düzenlenen ödeme emrini; konusu vergilerin tahakkukuna vaki itirazın redddine ilişkin işlemin, mahkemelerinin kararıyla iptal edilmesi karşısında dayanağının kalmadığı gerekçesiyle iptal eden İstanbul Üçüncü Vergi

Mahkemesinin 4.10.2004 gün ve E:2004/540; K:2004/1431 sayılı kararının; düzenlenip tebliğ edilen ödeme emrinin hukuka uygun olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Tetkik Hakimi Abidin İldeş'in Düşüncesi: 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 23'üncü maddesinde, her dava dosyası için görüşmelere katılan başkan ve üyeleri de gösteren bir tutanak düzenleneceği, bu tutanakların görüşmelere katılanlar tarafından aynı toplantıda imzalanıp dosyalarda saklanacağı belirtilmiş; 24 üncü maddesinin (h) fıkrasında da, kararlarda, kararı veren mahkeme başkan ve üyelerinin imzalarının bulunacağı hükmüne yer verilmiştir.

Sözü edilen hükümler karşısında, mahkeme kararlarının, kararın verildiği görüşmeye katılarak görüşme tutanağını imzalayan başkan ve üyelerce imzalanması zorunludur.

Dosyanın incelenmesinden, temyize konu vergi mahkemesi kararının, görüşme tutanağında imzası bulunmayan üye S. T. tarafından imzalandığı; anılan tutanakta imzası bulunan Ş. K.'ın ad soyad ve imzasının ise, kararda yer almadığı anlaşılmıştır.

Bu haliyle, temyize konu karar usule aykırı olduğundan mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mukaddes Aras'ın Düşüncesi: Temyiz başvurusu; davacı şirket adına düzenlenen ödeme emrini iptal eden Mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

Dosyanın incelenmesinden; mahkeme kararının görüşmeye katılan ve görüşme tutanağında imzası bulunan Ş. K. tarafından imzalanması gerekirken, başka bir üye tarafından imzalandığı anlaşıldığından, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 23 ve 24 üncü madde hükmünde öngörülen usule aykırı bulunan mahkeme kararındaki sözü edilen bu çelişkinin giderilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüyle, mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 23'üncü maddesinde, "Her dava dosyası için görüşmelere katılan başkan ve üyelerin, Danıştayda düşünce veren savcının, tetkik hakiminin ve tarafların ad ve soyadlarını, incelenen dosya numarasını, kısaca dava konusu ve verilen kararın neticesini, çoğunlukta ve azınlıkta bulunanları gösteren bir tutanak düzenlenir. Bu tutanaklar görüşmelere katılanlar tarafından aynı toplantıda imzalanır ve dosyalarda saklanır" hükmü yer almış; 24'üncü maddesinin (h) fıkrasında da, kararlarda, kararı veren mahkeme başkan ve üyelerinin veya hakiminin ad ve soyadları ve imzaları ve varsa karşı oylarının belirtileceği açıklanmıştır. Buna göre; mahkeme kararlarının kararın verildiği görüşmeye katılan, başka anlatımla, tutanakta isim ve imzaları bulunan başkan ve üyelerce imzalanması, kararın usulüne uygun olabilmesi için zorunludur.

Dosyanın incelenmesinden; temyize konu vergi mahkemesi kararının, görüşme tutanağında imzası bulunmayan üye S.T. tarafından imzalandığı; görüşmeye katılan ve anılan tutanakta imzası bulunan Ş. K.'ın ad, soyad ve imzasının ise, kararda yer almadığı anlaşılmıştır. Bu durumda; temyize konu kararın yukarıda sözü edilen yasa hükmünde öngörülen usule aykırılığı açıktır.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüne, mahkeme kararının bozulmasına; bozma kararı üzerine Mahkemece yeniden verilecek kararla birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından, bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 9.3.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

SEKİZİNCİ DAİRE KARARLARI

AVUKATLIK İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2004/2155
Karar No : 2005/1841

Özeti : Avukat olan davacının, vekili olduğu şirket tarafından üretilen ürün hakkında verilen gazete ilanında imzasının bulunmasının, "reklam yasağı" kapsamında olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Türkiye Barolar Birliği
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : ...
İstemin Özeti : Bursa barosu avukatlarından olan davacının, vekili olduğu şirket tarafından üretilen ürün hakkında verilen gazete ilanında imzasının bulunmasının "reklam yasağı" kapsamına girdiğinden bahisle başlatılan soruşturma sonucu, Bursa Barosu Disiplin Kurulunun 20.03.2002 gün ve 5 sayılı ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin kararını itirazen inceleyerek kınama cezası ile cezalandırılmasına karar veren Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunun 15.11.2002 gün ve 2002/344 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada, davacının kınama cezasına dayanak alınan gazete ilanının incelenmesinden, söz konusu ilanın davacının vekili olduğu şirketin haklarına aramaya ve kamuoyunu bilgilendirmeye yönelik olduğu, ilanın alt kısmında avukat unvanı ile davacının isminden başka adres veya övgü içeren reklam niteliğinde herhangi bir unsur bulunmadığı anlaşıldığından davacının reklam yasağına aykırı davrandığından bahisle kınama cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemde ilgili mevzuat ve hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden Ankara 8. İdare Mahkemesinin 9.12.2003 gün ve E:2003/436, K:2003/1415 sayılı kararının, cezaya dayanak alınan duyurunun reklam sayılacağı öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti: Yanıt verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Nihat TOKTAŞ'ın Düşüncesi: İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Eren SONBAY'ın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık, Avukat olan davacının kınama cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemden kaynaklanmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanununun "Reklam Yasağı" başlığını taşıyan 55. maddesinde; "Avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarda ve basılı kağıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır" hükmüne yer verilmiştir. Avukatlık Meslek Kurallarının 7. maddesinde ise "Avukat salt ün kazanmaya yönelen her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınmalıdır." kuralı bulunmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının vekili olduğu firma tarafından 15.07.2001 tarihli Cumhuriyet Gazetesinde yayımlanan tam sayfa duyuru başlıklı ilanın altında şirket vekili olarak davacının avukat unvanı ile birlikte adının ve imzasının bulunduğu yönünde şikayette bulunulması üzerine konuyu inceleyen Bursa Barosu Disiplin Kurulunun 20.03.2002 tarih ve 5 sayılı kararıyla, bu eyleminin Avukatlık Kanununun 55. ve Meslek Kurallarının 7. maddesine aykırılık teşkil etmediğine karar verdiği, söz konusu karara karşı Bursa Barosu Başkanı tarafından yapılan itirazı inceleyen Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunun 15.11.2002 günlü 2002-344 sayılı kararı ile itiraz haklı bulunarak, davacının söz konusu ilanla reklam yasağına aykırı davrandığından bahisle kınama cezası verildiği anlaşılmaktadır.

Olayda, davacının vekili olduğu firmaya ait bir ürün hakkında medyada açıklama yapması ve bu konudaki ilanın altına avukat unvanıyla imza atması, reklam niteliği taşıdığından, Avukatlık Kanunun 56. ve Meslek Kurallarının 7. maddesinde öngörülen uyulması zorunlu kurallara aykırı olan bu eylemi nedeniyle oluşturulan işlemde mevzuata aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddi gerekirken aksi yönde verilen Ankara 8.İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine 19.4.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2004/2087
Karar No : 2005/1702

Özeti : Adli sicilden silinmiş olsa dahi, "efrada sui muamele" suçundan dolayı alınmış mahkumiyetin, avukatlık mesleğine kabule engel oluşturduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar : 1- Adalet Bakanlığı
2-Türkiye Barolar Birliği
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : ...
İstemin Özeti : Davacının İstanbul Barosu levhasına yazılmak için yaptığı başvurunun İstanbul Barosunca kabul edilmesine karşın, Türkiye Barolar Birliği'nin "baro levhasına yazılma isteminin reddine" ilişkin kararını onayan Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün 23.5.2003 gün ve 011021 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; dava konusu işlemi iptal eden Ankara 1. İdare Mahkemesinin 31.12.2003 gün ve E:2003/1142, K:2003/1830 sayılı kararının; hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek , 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti: İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Nihat TOKTAŞ'ın Düşüncesi: İstemin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ülkü ERBÜK'ün Düşüncesi: Davacının baro levhasına yazılma isteminin reddine ilişkin işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararı temyiz edilmektedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 5/c maddesinde, avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak halinde, avukatlık mesleğine kabul isteminin reddolunacağı kuralı yeralmaktadır.

Davacının memuriyet görevi sırasında işlediği efrada sui muamele suçundan mahkum edilmiş, kesinleşen mahkumiyet kararı tecil süresinin iyi halle geçirilmiş olmasından dolayı Ağır Ceza Mahkemesi kararıyla esasen vaki olmamış sayılarak adli sicil kaydından silinmişse de, işlenen suçun niteliği avukatlık mesleğinin ilke ve amaçları ile bağdaşmamaktadır. Davacının mahkumiyetine neden olan eylemin toplumda yarattığı olumsuz etki dikkate alındığında avukatlık mesleğine katılmak için baro levhasına yazılma isteminin reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Mahkeme kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık; davacının İstanbul Barosu levhasına yazılmak için yaptığı başvurunun İstanbul Barosunca kabul edilmesine karşın, Türkiye Barolar Birliği'nin "baro levhasına yazılma isteminin reddine" ilişkin kararını onayan Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün 23.5.2003 gün ve 011021 sayılı işleminin iptali isteminden doğmuştur.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun " yönetim kurulunun görevleri " başlığını taşıyan 95. maddesinin, 21. fıkrasında , hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak baro yönetim kurullarının görevleri arasında sayılmış, 110. maddesinin 17. fıkrasında aynı yönde getirilen düzenleme, Barolar Birliğinin görevleri arasında yer almıştır.

Aynı Kanunun "avukatlığa kabule engeller " başlığını taşıyan 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde ise, " avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresinde bilinmiş olmak " fiili, avukatlığa engel fiil ve hallerden sayılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; Emniyet Müdürlüğünde görev yaptığı sırada "efrada sui muamele " suçundan dolayı yapılan yargılaması sonrasında mahkum olan ve bu cezası kesinleştikten sonra İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 11.6.2003 günlü kararıyla sabıka kaydı silinen davacının, 22.4.2003 günlü dilekçeyle İstanbul Barosu levhasına avukat olarak yazılmak için yaptığı başvurunun, İstanbul Barosu Yönetim Kurulunca kabul edilmesine karşın Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunun 10.5.2003 gün ve 7053-1 sayılı kararıyla "adı geçenin Emniyet Müdürlüğü'nde görev yaparken işkence suçundan mahkum olduğu, insan haklarını savunmak ve korumakla görevli bir kurumun insanlığa karşı suç olarak nitelenen bir eylemden mahkum olan bir kişiyi avukat olarak bünyesine kabul etmesinin mümkün olamayacağı ve ilgilinin bu davranışıyla 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5/c maddesinde ifade edilen " avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresinde bilinir hale geldiği " gerekçesiyle İstanbul Barosu'nun söz konusu kararı uygun bulunmayarak, davacının avukatlık ruhsatnamesi verilmesi yönündeki talebinin reddedildiği; Barolar Birliğinin bu kararının Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün 23.5.2003 gün ve 011021 sayılı işlemi ile onaylanarak kesinleşmesi üzerine bu işlemlerin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

İdare Mahkemesince; 1136 sayılı Kanunun 5/c maddesinde belirtilen avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmasından söz edilebilmesi için bu tutum ve davranışların, çevrece bilinmiş olmasını sağlayacak derecede süreklilik arz ettiğinin subjektif değerlendirmelerden uzak bir biçimde kanıtlanmasının gerektiği, oysa davacının mahkumiyetinin ertelenmiş olması ve erteleme süresini iyi halle geçirmesi nedeniyle adli sicil kaydının silinmesi de gözönüne alındığında, olayda anılan yasa hükmünde öngörülen tutum ve davranışlarının çevresince bilinecek şekilde süreklilik arz ettiği ve yaygınlaştığından söz edilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemler iptal edilmiş ise de; gerek ulusal, gerek ulusalüstü metinlerde "insanlığa karşı

işlenen suçlar" kapsamında değerlendirilen işkence (efrada sui muamele) suçundan mahkum olan davacının bu fiilinin hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumakla görevli avukatlık mesleğinin ilke ve amaçlarıyla bağdaşmadığı açıktır.

Şu hale göre; davacının mahkumiyetine neden olan bu eyleminin toplumda yaratacağı olumsuz etkileri dikkate alındığında, avukatlık mesleğine katılmak için baro levhasına yazılmak istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında hukuka ve mevzuata uyarlık görülmemiştir.

Öte yandan; davacının işkence suçundan dolayı almış olduğu mahkumiyetinin, mahkeme kararıyla adli sicilden silinmiş olmasının, işlenen fiilin niteliği karşısında, avukatlık mesleğine kabul edilmesi sonucunu doğurmayacağı tartışmasızdır.

Açıklanan nedenlerle; Ankara 1. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına ve dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine 12.4.2005 gününde oybirliği ile karar verilmiştir.

BELEDİYE İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2004/2595
Karar No : 2005/1730

Özeti : 3568 sayılı Yasaya tabi olan serbest muhasebeci ve mali müşavir bürolarının ayrıca belediyelerden izin almalarına gerek olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Aydın Belediye Başkanlığı - AYDIN
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Aydın Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Aydın ilinde faaliyet gösteren serbest muhasebecilerin işyeri açmaları sırasında belediyece işyeri açma ve çalışma ruhsatı uygulamasının iptali istemiyle yapılan başvurusunun reddine ilişkin Aydın Belediye Başkanlığının 4.7.2002 gün ve 1376-4149 sayılı yazısı ile tebliğ edilen Aydın Belediye Encümenin 20.6.2002 gün ve 2832 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada; 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Yasasında, meslek mensuplarının çalışma, izin ve denetimlerinin düzenlendiği, 3568 sayılı Yasaya tabi olan serbest muhasebeci ve mali müşavir bürolarının ayrıca belediyelerden izin almalarına gerek olmadığı, aksi yönde tesis olunan işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden Aydın İdare Mahkemesinin 20.2.2004 gün ve E:2003/269, K:2004/133 sayılı kararının; işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Özdal ÖZEREN'in Düşüncesi: İstemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Metin ÇETİNKAYA'nın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari

Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü :

İdare ve Vergi Mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenip bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 49. maddesinin 1. fıkrasında yazılı nedenlerin bulunmasına bağlıdır.

İdare Mahkemesince verilen kararın dayandığı gerekçe Usul ve Yasaya uygun olup, bozulmasını gerektiren bir neden bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına ve yargılama giderlerinin temyiz isteminde bulunan üzerinde bırakılmasına 13.4.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2004/5389
Karar No : 2005/1430

Özeti : Alkollü içki parekende satıcılığı yapan davacının, işyeri tabelalarında, alkollü içki üreten firmaların logo, alamet, marka ya da sembollerin bulunmasında hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** Kahramanmaraş Belediye Başkanlığı - KAHRAMANMARAŞ
Vekili **:** Av. …

İstemin Özeti **:** Kahramanmaraş İlinde alkollü içki satıcılığı işi yapan davacının, işyerine ait tabelaların Tütün Mamülleri, Alkol ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ve Satış Belgelerine İlişkin Yönetmeliğin 13. ve 14. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla söktürülmesine ilişkin Kahramanmaraş Belediye Encümeninin 25.07.2003 gün ve … sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; anılan Yönetmeliğin 13. maddesi ile alkollü içki satanların alkollü içki kullanımını teşvik edici kampanya düzenlemelerinin yasaklandığı, ayrıca bazı firmaların ürünlerine üstünlük tanıma anlamında o firmaların ürünlerinin reklamının yapılmasının yasaklandığı, ayrıca Yönetmeliğin 14. maddesi ile perakende satıcıların işyerleri dışında astıkları tabelalarda tanıtım amacıyla hangi ifadeleri kullanabileceklerinin belirlendiği, bu ifadeler dışında bir firmanın ve ürününün isminin bu tabelalarda yer almasının yasaklandığı, davacının ise, işyerinin önünde bulunan tabelada Yönetmeliğin bu hükümlerine aykırı olarak alkollü içki üreten bir firmanın adının bulunduğu, davalı idarenin davacıyı belli bir süre vererek aykırılığın giderilmesi hususunda yazılı olarak uyarısına rağmen aykırılık giderilmediğinden, bunun giderilmesi amacıyla tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden Gaziantep İdare Mahkemesinin 25.06.2004 gün ve E:2003/1767, K:2004/989 sayılı kararının, 4250 sayılı Yasada belirtilen alkollü içkilerin reklamı konusunda belirtilen sınırlamanın dışına çıkılmadığı, belediyenin bu konuda karar alma yetkisinin bulunmadığı, kaldı ki işlemin dayanağı olan Yönetmelik hükümlerinin yanlış

yorumlandığı öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti: 5680 sayılı Belediye Kanununda, reklam panoları konusunda düzenleme ve işlem yapma yetkisinin Belediyelere tanındığı, dolayısıyla yapılan işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi İbrahim ÖZDEMİR'in Düşüncesi: Dava konusu işlemin dayanağı Yönetmelik hükümlerinde, davacıya ait reklam panolarının kaldırılmasını gerektirecek açık bir hüküm bulunmadığından, İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ekrem ATICI'nın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince 2577 sayılı Yasanın 17. maddesi uyarınca davacının duruşma istemi kabul edilmeyerek işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık, Kahramanmaraş İlinde alkollü içki satıcılığı işi yapan davacının, işyerine ait tabelaların Tütün Mamülleri, Alkol ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ve Satış Belgelerine İlişkin Yönetmeliğin 13. ve 14. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla söktürülmesine ilişkin Kahramanmaraş Belediye Encümeninin 25.07.2003 gün ve … sayılı işleminin iptali isteminden kaynaklanmaktadır.

Tütün Mamülleri, Alkol ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmeliğin Satış Yerlerine Ait Şartlar başlıklı 13. maddesinde,"Tütün mamullerinin isim, marka veya alametler kullanılarak her ne surete olursa olsun reklam ve tanıtımının yapılması veya bunların kullanılmasını teşvik edici ve özendirici kampanyalar düzenlenmesi yasaktır. Alkollü içki kullanımını teşvik edici ve özendirici kampanyalar düzenlenemez.

Tütün mamüllerinin markalarını çağrıştıracak şekilde sözcükler, şekiller, resim, renk ve harfler ile her türlü işaretler, satış yerlerinin dış yüzeyi, içerisi ve vitrinlerinde bulundurulamaz. Toptan satıcılar tütün mamulleri, alkol ve alkollü içkileri ayrı depolarda veya gıda maddelerine mahsus depoların özel olarak ayrılmış bölümlerinde, ürünün kalitesini koruyacak, marka bazında sınıflandırılmasına ve denetimlerde sayılmasına imkan verecek şekilde güvenle saklanmasını ve perakende satıcıya güvenli şekilde ulaştırılmasını sağlar. İrsaliye ve faturaları üzerinde kendisinin ve ürün sattığı perakende veya açık içki satıcısının sicil numarası bulunur.

Perakende satıcılar, satışa arz ettikleri tütün mamulleri, alkol ve alkollü içkileri diğer maddelerden ayrı ve temiz bir halde bulundurmak, mamulün kalitesinin ve ambalajının bozulmaması için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar.

Perakende satıcılar, tüketici talepleri doğrultusunda her türlü ürünü bulundurur ve bunları adil bir şekilde teşhir ederler. Hiçbir firma veya ürüne üstünlük sağlayan düzenleme yapılamaz.

Açık içki satıcıları, alkollü içkilerin ürün ve sunum kalitesini korumak, insan sağlığı ve kamu güvenliğini gözetmekle sorumludurlar." kuralı bulunurken;

Tabela Düzeni başlıklı 14. maddesinde de" Perakende satıcılar işyerlerinin dışına astıkları tabelalarda "Tütün Mamulleri Satıcılığı", "Alkollü İçkiler Satıcılığı" veya "Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Satıcılığı" ibarelerinden herhangi birini kullanabilirler.

Kurum tarafından verilen perakendeci numarasının tabelalarda yazılması zorunludur." hükmü yer almıştır.

Dava konusu işlemin dayanağı olan anılan Yönetmelik hükümlerinin değerlendirilmesinden, isim, marka veya alametler kullanılarak reklam ve tanıtım yapılmasının tütün mamulleri için geçerli olduğu, alkollü içkiler için ise bunların kullanımını teşvik edici ve özendirici kampanyaların düzenlenemeyeceği ve satış yerleri içerisinde her türlü ürünün bulundurulması, adil bir şekilde teşhir edilmesi ve hiçbir firmaya veya ürüne üstünlük sağlayan düzenlemelerin yapılmasının yasaklandığı anlaşılmaktadır.

1580 sayılı Yasanın 15/19 maddesi uyarınca, anılan Yönetmelik hükümlerine aykırı olduğundan bahisle davalı idarece kaldırılması istenen tabelaların, herhangi bir kampanya niteliği taşımaması ve işyeri içindeki ürün teşhiri ile de bağının olmaması nedeniyle bu hükümler kapsamında bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, Yönetmeliğin 14. maddesinde yer alan hükümde ise, herhangi bir sınırlama ve yasaklama getirilmemiş, sadece perakende satıcıların tabelalarda kullanabilecekleri ibareler sayılmış olduğundan, bu hüküm tabelalarda herhangi bir alkollü içki üreten firmanın logo, marka ya da alametini taşıyan semboller veya firma adlarının bulunmasını yasaklar nitelikte değildir.

Bu durumda, davacıya ait tabelaların niteliğinin anılan Yönetmelik hükümlerine aykırı olduğu sonucuna ulaşan İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Gaziantep İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 28.3.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

KARA ULAŞIMI VE TRAFİK

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2004/4780
Karar No : 2005/2206

Özeti : 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasasının 48/5 maddesi uyarınca, birinci kez alkollü araç kullanmak suçundan 13.2.2003 tarihinde sürücü belgesi 6 ay süreyle geri alınan davacının, bu süre içinde 9.3.2003 tarihinde aynı suçu yeniden işlemesi nedeniyle sürücü belgesinin geri alınma süresinin iki yıl daha uzatılabileceği, aksi halde ilk geri alma müeyyidesinin infaz süresi dolmadan 2. yada 3. kez aynı ihlalin yapılması halinde, 2 ya da 3 kez alkollü araç kullanma suçundan işlem yapılmasının olanaksız hale geleceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Bursa Valiliği
Karşı Taraf : ...
İstemin Özeti : Davacıya ait sürücü belgesinin, alkollü araç kullandığının ikinci kez tespit edildiği gerekçesiyle 2 yıl süreyle geri alınmasına yönelik 09.03.2003 günlü davalı idare işleminin iptali istemiyle açılan davada, davacının 13.02.2003 tarihinde 1. kez alkollü araç kullanmak suçundan 6 ay süreyle sürücü belgesinin geri alındığı, 09.03.2003 tarihinde

ise aynı suçu yeniden işlemesi dolayısıyla sürücü belgesinin geri alınması süresinin dava konusu işlem ile iki yıl daha uzatıldığı, olayda davacının 09.03.2003 tarihinde alkollü olarak araç kullandığından, sürücü belgesi daha önce 13.02.2003 tarihinde alınmış olup, sürücü belgesinin bulunmadığı, başka bir anlatımla davacı, sürücü belgesi mevcut olmadan alkollü araç kullanma suçunu işlediğinden, eyleminin bu şekilde nitelendirilerek işlem yapılması gerekirken tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden Bursa 1. İdare Mahkemesinin 13.11.2003 gün ve E:2003/558, K:2003/2084 sayılı kararının; hukuka aykırı olduğu öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Özdal ÖZEREN'in Düşüncesi: İsteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ekrem ATICI'nın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık, davacının alkollü araç kullandığı nedeniyle sürücü belgesinin 2 yıl süreyle geri alınmasına ilişkin işlemden doğmuştur.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun olay tarihinde yürürlükte olan 48. maddesinin 5. fıkrasında, yönetmelik ile belirtilen miktarın üzerinde alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücülerin 1. defada 6 ay, 2 defada 2 yıl, 3. defada 5 yıl süre ile sürücü belgelerinin ellerinden alınacağı kuralına yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden davacının 13.02.2003 tarihinde 1. kez Karayolları Trafik Yönetmeliğinde öngörülen sınırın üzerinde alkollü olarak araç kullanmak suçundan 6 ay süreyle sürücü belgesinin geri alındığı, bu yaptırımın infaz süresi dolmadan 09.03.2003 tarihinde aynı suçu yeniden işlemesi dolayısıyla sürücü belgesinin geri alınması süresinin dava konusu işlem ile iki yıl daha uzatıldığı anlaşılmaktadır.

Olaya tatbik edilen yukarıda anılan Yasa maddesinde, alkollü araç kullanma eyleminin sürücü belgesinin geri alma süresi içinde cereyan edip etmediğine bakılmaksızın, suçun kaçıncı defa işlendiği hususu gözetilerek müeyyide getirilmiştir. Aksi halde sürücü belgesinin geri alındığı süre içinde, yani ilk geri alma müeyyidesinin infaz süresi dolmadan 2. ya da 3. kez aynı ihlalin yapılması halinde, 2 ya da 3 kez alkollü araç kullanma suçundan işlem yapılması olanaksız hale gelir.

Bu itibarla tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmamakta olup, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle Bursa 1. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına ve dosyanın yeniden karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine 12.05.2005 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

AZLIK OYU

İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanması gerekeceği oyu ile karara katılmıyorum.

ÖĞRENCİ İŞLERİ
(YÜKSEKÖĞRETİM)

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2004/1724
Karar No : 2005/1897

Özeti : Başkasının yerine ÖSS'ye giren öğrencinin eyleminin ağırlığı ve adli kovuşturmayı gerekli kılması nedeniyle yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Cumhuriyet Üniversitesi Rektörlüğü - SİVAS
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** ...
Vekili **:** Av. ...

İstemin Özeti **:** Cumhuriyet Üniversitesi Eğitim Fakültesi Matematik Öğretmenliği Bölümü öğrencisi olan davacının 2003 yılı Öğrenci Seçme Sınavına başkasının yerine girdiği nedeniyle Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 10/j maddesi uyarınca yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilmesine ilişkin Cumhuriyet Üniversitesi Yönetim Kurulunun 16.07.2003 gün ve 2003/1-4 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada; davacının eylemi sabit olmakla birlikte ifadesindeki samimi kabulü ve pişmanlık duyduğunu belirtilmesi karşısında, anılan Yönetmeliğin 30. maddesinin uygulanarak, soruşturmacı tarafından da belirtilen bir alt cezanın verilmesi hususu gözardı edilerek tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden Sivas İdare Mahkemesinin 27.02.2004 gün ve E:2003/1044, K:2004/189 sayılı kararının, davacının suçunun sabit olduğu öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti: Yanıt verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Leyla AKTAŞ'ın Düşüncesi: İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ülkü ERBÜK'ün Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü :

Uyuşmazlık, Cumhuriyet Üniversitesi Eğitim Fakültesi Matematik Öğretmenliği Bölümü öğrencisi olan davacının 2003 yılı Öğrenci Seçme Sınavına başkasının yerine girdiği nedeniyle Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 10/j maddesi uyarınca yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilmesine ilişkin işlemden doğmuştur.

Yükseköğretim Kurumları, Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 10/j maddesinde; sınavlarda tehditle kopya yapmak, kopya yapan öğrencilerin dershanelerden çıkarılmasına engel olmak, kendi yerine başkasını sınava sokmak veya başkasının yerine sınava girmek fiillerinin yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasını gerektirdiği düzenlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının 2003 yılı Öğrenci Seçme Sınavında başkasının yerine sınava girdiğinin sınav gözetmeni tarafından tespit edilerek tutanak düzenlendiği, bu konuda açılan soruşturmada davacının durumu kabullendiği ve pişmanlık duyduğunun belirtildiği 7.7.2003 tarihinde düzenlenen soruşturma raporunda da soruşturmacılar tarafından davacının pişmanlık duyduğu ve hafifletici nedenlerin gözönüne alınmasının teklif edildiği, Üniversite Yönetim Kurulunda bu durum görüşülerek davacının eyleminin bir alt cezayı gerektirmeyecek kadar ağır olması nedeniyle dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerin değerlendirilmesinden, davacının öğrenci seçme sınavında başkasının yerine sınava girmesi eyleminin öncesinde sahte nüfus cüzdanı düzenlenmesi olayına karıştığı için usulsüzlükten cezai tahkikat başlatıldığı, sınav öncesinde hazırlık yapılmasına ilişkin durumun, bunun önceden planlandığını gösterdiği, davacının eyleminin adli kovuşturmayı da gerekli kılan nitelik taşımasının ve eylemin ağırlığı dikkate alındığında aynı yönetmeliğin 30/a maddesinin uygulanmasını gerektirmediği anlaşılmaktadır.

Kaldı ki davacı öğrencinin bu durumları, Üniversite Yönetim Kurulunda değerlendirilerek hafifletici nedenin bulunmadığı kanaatine varılmış olduğundan davacıya eyleminin karşılığı olan yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasının verilmesinde mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.

İdare Mahkemesince, bu hususlar dikkate alınmaksızın davacıya bir alt cezanın verilmesi gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline ilişkin verilen kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Sivas İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 20.4.2005 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

AZLIK OYU

İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanması gerektiği oyu ile çoğunluk kararına katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2004/3654
Karar No : 2005/1517

Özeti : "....Tıpta uzmanlık eğitimlerini yurt dışında tamamlayanların uzmanlık eğitimlerinin yurt içinde denkliklerinin tanınmasının ve uzmanlık denklik sınavlarına alınabilmelerinin temel koşulunun, ilgililerin yurt dışında bitirdikleri üniversitenin Yükseköğretim Kurulunca tanınması olduğu hakkında.

Kararın Düzeltilmesi İsteminde Bulunan: Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı
Vekili : Av. - (Aynı yerde)
Karşı Taraf :
Vekili : Av.

İstemin Özeti : Suriye Şam Üniversitesi Tıp Fakültesi Radyoloji Bölümünde tıpta uzmanlık eğitimini bitirmiş olan davacının, uzmanlık denklik sınavına alınmaması sonucunu doğuran işlemlerin ve denklik isteminin, bu üniversitenin Yükseköğretim Kurulunca tanınmadığı nedeniyle reddine ilişkin Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı işleminin iptali istemiyle açılan davada; davacının yurtdışındaki mezun olduğu okulun davalı idarece tanınmadığı açık olduğundan tesis edilen işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden Ankara 5. İdare Mahkemesinin 13.11.2002 gün ve E:2001/922, K:2002/1489 sayılı kararını temyizen inceleyerek; Tababet Uzmanlık Tüzüğünün 27. maddesinde, yabancı bir ülkenin yetkili kurumunda uzmanlık eğitimi alan Türk vatandaşlarının başvurusunun şekli yönden Sağlık Bakanlığınca inceleneceği, bilimsel içeriğinin ise yapılacak sınavla değerlendirileceği belirtilmiş olup, bu kurumların Yükseköğretim Kurulu nezdinde tanınıp tanınmadığının araştırılması yönünde bir düzenlemeye yer verilmediği, belirtilen durum karşısında, ilgilinin anılan hükme uygun olarak, aldığı eğitimin bilimsel düzeyinin uygunluğunun yapılacak sınavla tesbit edilmesi gerekirken, anılan tüzükte öngörülmemiş bir gerekçeyle kurumun tanınmadığı belirtilerek başvurunun reddinde mevzuata uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle bozan Dairemizin 11.12.2003 gün ve E:2003/2394, K:2003/5486 sayılı kararının; hukuka aykırı olduğu, davacının uzmanlık eğitimini aldığı kurumun tanınmadığı, Tababet Uzmanlık Tüzüğü hükümlerinin davacıya uygulanmasının mümkün olmadığı ileri sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 54. maddesi uyarınca düzeltilmesi istemidir.

Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Nihat TOKTAŞ'ın Düşüncesi : İstemin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Cem ERBÜK'ün Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54 üncü maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince, kararın düzeltilmesi istemine ilişkin dilekçede öne sürülen düzeltme nedenleri 2577 sayılı Yasanın 54. maddesine uygun

bulunduğundan, düzeltme isteminin kabulüyle Dairemizin 11.12.2003 gün ve E:2003/2394, K:2003/5486 sayılı kararı ortadan kaldırılarak işin gereği görüşüldü:

İdare ve Vergi Mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenip bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 49. maddesinin 1. fıkrasında yazılı nedenlerin bulunmasına bağlıdır.

İdare Mahkemesince verilen kararın dayandığı gerekçe usul ve yasaya uygun olup, bozulmasını gerektiren bir neden bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına ve yargılama giderlerinin temyiz isteminde bulunan üzerinde bırakılmasına 01.04.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

ÖĞRETİM İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2004/2869
Karar No : 2005/1598

Özeti : Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 19. maddesi uyarınca, disiplin cezasını gerektiren eylemin işlendiği tarihten itibaren iki yıl geçtikten sonra ceza verme yetkisinin zamanaşımına uğrayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı - Bilkent/ANKARA
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : ...
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Fırat Üniversitesi Tıp Fakültesinde öğretim üyesi olan davacının kamu görevinden çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Yükseköğretim Kurulu Yüksek Disiplin Kurulunun 11.7.2003 gün ve 2003/42 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada; dava konusu disiplin cezasına ilişkin fiilin 31.3.2001 tarihinde işlendiği, bu tarihten itibaren iki yıl içinde disiplin cezası verilmemesi nedeniyle ceza verme yetkisi zamanaşımına uğradığından, 11.7.2003 tarihinde verilen disiplin cezasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden Malatya İdare Mahkemesinin 30.12.2003 gün ve E:2003/943, K:2003/2418 sayılı kararının; dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Adnan DİKENLİ'nin Düşüncesi: İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Münevver DEMİR'in Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

İdare ve Vergi Mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenip bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 49. maddesinin 1. fıkrasında yazılı nedenlerin bulunmasına bağlıdır.

İdare Mahkemesince verilen kararın dayandığı gerekçe usul ve yasaya uygun olup, bozulmasını gerektiren bir neden bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına ve yargılama giderlerinin temyiz isteminde bulunan üzerinde bırakılmasına 5.4.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2004/4675
Karar No : 2005/1323

Özeti : Anabilim Dalı Başkanlığı seçimi için yapılan oylamada seçime katılan adaylardan herhangi biri anabilim dalı başkanı olarak seçilemezse, seçilemeyen bir kişinin anabilim dalı başkanı olarak dekan tarafından atanmasında yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** Dokuz Eylül Üniversitesi Rektörlüğü - İZMİR
Vekili **:** Av. … , Av. …
Davalı İdare Yanında Davaya Katılan: …
Vekilleri **:** Av. …, Av. …

İstemin Özeti **:** Dokuz Eylül Üniversitesi, Tıp Fakültesi, Göğüs Kalp Damar Cerrahisi Anabilim Dalı Başkanlığına yapılan seçimden sonra Prof. Dr. …'in atanmasına ilişkin Tıp Fakültesi Dekanlığının 5.11.2002 gün ve … sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada Anabilim Dalı Başkanlığı için yapılan seçim sonucunda her ne kadar adaylardan biri çoğunluk oya ulaşmamış ve her ikisi de eşit oyda kalmış ise de; hizmetin yürütülmesi ve aksamaması gerektiğinden, Dekanlıkça mevzuat uyarınca sahip olduğu atama yetkisi kullanılarak söz konusu Anabilim Dalı Başkanlığına Prof. Dr. …'in atanmasına ilişkin dava konusu işlemde kamu yararı ve hizmet gereklerine ve hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İzmir 1. İdare Mahkemesinin 20.5.2004 gün ve E:2003/110, K:2004/582 sayılı kararının, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Davalı İdarenin Savunmasının Özeti: Yanıt verilmemiştir.

Davalı İdare Yanında Davaya Katılanın Savunmasının Özeti: İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Gülşen A. PEHLİVAN'ın Düşüncesi: İsteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ülkü ERBÜK'ün Düşüncesi: Davacının, Dokuz Eylül Üniversitesi, Tıp Fakültesi, Göğüs Kalp Damar Cerrahisi Anabilim Dalı Başkanlığına yapılan seçimden sonra Prof. Dr. …'in atanmasına ilişkin Tıp Fakültesi Dekanlığı işleminin iptali istemiyle açtığı davayı reddeden Mahkeme kararı temyiz edilmektedir.

Olayda, davacının da görev yaptığı Tıp Fakültesi Göğüs Kalp Damar Cerrahisi Anabilim Dalı Başkanlığı için 22.10.2002 tarihinde, Anabilim Dalı Öğretim Üyelerinin

katılımıyla yapılan seçimde 3 tur oylama sonucunda davacı ile birlikte Prof. Dr. … arasında yapılan oylamada her ikisinin de 3'er oy aldığı, daha sonra Tıp Fakültesi Dekanlığınca Anabilim Dalı Başkanlığına 3 yıl süre ile Prof. Dr. …'in atandığı anlaşılmaktadır.

Üniversitelerde Akademik Teşkilat Yönetmeliğinin 16. maddesinin 2. fıkrasında, "Anabilim veya anasanat dalı başkanı, o anabilim veya anasanat dalının profesörleri, bulunmadığı takdirde doçentleri, bulunmadığı takdirde yardımcı doçentleri, yardımcı doçentleri bulunmadığı takdirde öğretim görevlileri arasından, o anabilim ve anasanat dalında görevli öğretim üyeleri ve öğretim görevlilerince seçilir ve bir hafta içinde yüksekokul müdürü, konservatuvar müdürü veya dekan tarafından atanır. Anabilim ve anasanat dalı başkanı olarak atanabilecek öğretime üyesi veya öğretim görevlisi sayısının en çok iki olması halinde, başkan, yüksekokul müdürü, konservatuvar müdürü veya dekan tarafından doğrudan atanır, Atamalar rektörlüğe bildirilir. "kuralı yer almaktadır.

Yukarıda anılan hükme göre, anabilim veya anasanat dalı başkanlarının, o anabilim veya anasanat dalında görevli öğretim üyeleri ve öğretim görevlileri tarafından yapılacak seçim sonucu atanmaları gerekmektedir.

Göğüs kalp damar cerrahisi anabilim dalı başkanlığı seçimi için yapılan üç tur oylamada davacı ile Prof. Dr. …'in eşit sayıda oy aldığı ve herhangi birinin anabilim dalı başkanı olarak seçilemediği açık olduğuna göre, Tıp Fakültesi Dekanı tarafından eşit oy alanlardan birinin resen atanmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Mahkeme kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü :

Uyuşmazlık; Dokuz Eylül Üniversitesi, Tıp Fakültesi, Göğüs Kalp Damar Cerrahisi Anabilim Dalı Başkanlığına yapılan seçimden sonra Prof. Dr. …'in atanmasına ilişkin Dekanlık işleminden kaynaklanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının da görev yaptığı Tıp Fakültesi Göğüs Kalp Damar Cerrahisi Anabilim Dalı Başkanlığı için 22.10.2002 tarihinde Anabilim Dalı Öğretim Üyelerinin katılımıyla yapılan seçimde, 3. tur oylama sonucunda davacı Prof. Dr. … ile davaya katılan Prof. Dr. … arasında yapılan oylamada her ikisinin de 3'er oy aldığı, oylama sonucunda Tıp Fakültesi Dekanlığınca söz konusu Anabilim Dalı Başkanlığına 3 yıl süre ile Prof. Dr…'in atandığı anlaşılmaktadır.

Üniversitelerde Akademik Teşkilat Yönetmeliğinin 18/5. maddesinde, Anabilim veya anasanat dalı, bilim veya sanat dalı başkanlıklarının boşaldığında, yüksekokul müdürü, konservatuvar müdürü veya dekanın o anabilim veya ana sanat dalında görevli öğretim üyelerini ve öğretim görevlilerini, boşalmış olan dal başkanını seçmek üzere bir hafta içinde toplantıya çağıracağı, seçimlerin üye tam sayısının yarıdan bir fazlasının katılması ile gizli oyla yapılabcağı, Başkanın katılan üye sayısının salt çoğunluğu ile seçileceği, Anabilim veya anasanat, bilim veya sanat dalı başkanının seçiminde ikinci tur sonunda salt çoğunluğun sağlanmaması halinde, üçüncü turda en çok oy alan adayın seçilmiş olacağı, aynı Yönetmeliğin 16/2. maddesinde, Anabilim veya anasanat dalı başkanının o anabilim veya anasanat dalının profesörleri, bulunmadığı takdirde doçentleri, bulunmadığı takdirde yardımcı doçentleri, yardımcı doçent de bulunmadığı takdirde öğretim görevlileri arasından, o anabilim veya anasanat dalında görevli öğretim üyeleri ve öğretim görevlilerince seçileceği ve bir hafta içinde yüksekokul müdürü, konservatuvar müdürü veya dekan tarafından atanacağı kurala bağlanmıştır.

Akademik kuruluşlarda bulunsalar da kamu yöneticilerinin görev ve yetkilerinin hukuki düzenlemelerle belirlenmesi idarenin kanunilik ilkesinin bir gereğidir. Bu anayasal ilke kamu görevinin düzenli ve süreklilik içinde, sağlıklı bir ortamda yürütülmesini sağlamak amacına yöneliktir. Görev ve yetkinin kamu düzeniyle ilgili olması, ilkenin ayrı nedenleridir.Söz konusu ilke doğal olarak, kamu hukukunda bir organa veya birime verilen

ve yöntemi belirlenen yetkinin, tersi bir kural bulunmadıkça o birim tarafından kullanılması sonucunu doğurmaktadır.

Yukarıda belirtilen Akademik Teşkilat Yönetmeliğinin 18. maddesinde yer alan yöntem uyarınca, yapılan oylamada seçilen kişi bir hafta içinde dekan tarafından Anabilim Dalı Başkanı olarak atanacaktır. Atamanın gerçekleşebilmesinin koşulu oylamanın sonuçlanması ve bir kişinin seçilmiş olmasıdır. Seçilemeyen bir adayın Anabilim Dalı Başkanı olarak atanmasına hukuken olanak yoktur. Yönetmeliğin 16. maddesinde yazılı ".....seçilir ve bir hafta içinde .....Dekan tarafından atanır" şeklindeki kural başka bir yönelişe ve atamanın sonuçlandırılmasına olanak vermemektedir.

Dava konusu olayda, Göğüs Kalp Damar Cerrahisi Anabilim Dalı Başkanlığı seçimi için yapılan üç tur oylamada seçime katılan adaylardan herhangi biri Anabilim Dalı Başkanı olarak seçilemediğinden, seçilmeyen bir kişinin Anabilim Dalı Başkanı olarak dekan tarafından atanmasında yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; İzmir 1. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine 22.03.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

ÜNİVERSİTE MENSUPLARI

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2004/2891
Karar No : 2005/1516

Özeti : Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği"nde yer alan ve disiplin soruşturmasına başlanılması için öngörülen sürelere uyulmamış olunmasının; ceza verme yetkisini zamanaşımına uğratmayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Atatürk Üniversitesi Rektörlüğü - ERZURUM
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : ...
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Atatürk Üniversitesi, Fen-Edebiyat Fakültesinde öğretim üyesi olan davanın, alt ceza uygulanması suretiyle 1/8 oranında aylıktan kesme cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin Üniversite Disiplin Kurulunun 5.11.2002 gün ve 15 sayılı işleminin iptali ve kesilen parasal bedelin ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada; davacının disiplin cezasına konu fiilinin aynı gün (2.7.2002) davalı idarece öğrenilmesine rağmen, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 19. maddesinin (a) bendi uyarınca 2.7.2002 tarihinden itibaren en geç bir ay içinde disiplin soruşturmasına başlanılması gerekirken, bu süre geçirilmek suretiyle 20.9.2002 tarihinde disiplin soruşturmasına başlanılarak soruşturma sonucunda davacıya verilen disiplin cezasının zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal ederek davacıdan kesilen para cezası bedelinin davacıya ödenmesine karar veren Erzurum İdare Mahkemesinin 13.5.2003 gün ve E:2002/1859, K:2003/612 sayılı kararının, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Nihat TOKTAŞ'ın Düşüncesi: İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Emel CENGİZ'in Düşüncesi: Atatürk Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesinde öğretim üyesi olarak görev yapan davacıya Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin, 9/d, g/ı ve 16 ncı maddeleri uyarınca verilen 1/8 oranında aylıktan kesme cezasının kaldırılması ve kesilen cezanın tarafına ödenmesi istemiyle açılan davayı kabul ederek işlemi zamanaşımı yönünden iptal eden, kesilen ceza bedelinin davacıya ödenmesine karar veren idare mahkemesi kararı temyiz edilmektedir.

Temyize konu idare mahkemesi kararında, disiplin soruşturmasına, mevzuatta öngörülen süre içerisinde başlanılmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 19 uncu maddesinden, disiplin suçu niteliğindeki fiil ve hallerin işlenildiğinin soruşturmaya yetkili amirlerce öğrenildiği tarihten itibaren maddede belirlenen sürelerde disiplin soruşturmasına başlanılacağı, nihayetinde disiplin cezasının iki yıl içinde verilmesi gerektiği belirtilerek, disiplin cezasının verilmesinden önceki aşamalarda, soruşturmanın daha çabuk yapılması sağlanarak, disiplin suçunu işlemiş olan kişiye daha etkin ve çabuk ceza verilmesi amaçlanmıştır.

Yukarıda adı geçen yönetmelik maddesi ile soruşturmaya başlamak için öngörülen süreler, idarenin işleyişini yönlendiren ve hızlandıran nitelikte olup, bu sürelere uyulmamış olması, bu konuda görevli olanların kişisel sorumluluğu ile ilgili olduğundan, disiplin suçu işleyen kişiye ceza verilmemesi sonucunu doğurmaz.

Bu durumda, işin esasına girilerek yapılacak inceleme sonucunda bir karar verilmesi gerekirken, soruşturmanın mevzuatta öngörülen sürede başlatılmadığı gerekçesiyle işlemi iptal eden idare mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle temyiz isteminin kabulüyle, mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Danıştay Başkanlar Kurulunun 16.6.2004 gün ve 2004/13 sayılı kararı ile Danıştay Onikinci Dairesinde görülmekte olan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda belirtilen öğretim elemanları, memur ve diğer personelin disiplin işlerine ilişkin dava ve temyiz başvurularının Dairemizde görülmesine ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesi uyarınca kararın düzeltilmesi istemlerinin dosya devri yapılan dairece sonuçlandırılmasına karar verildiğinden işin esasına geçildi.

Uyuşmazlık; Atatürk Üniversitesi, Fen-Edebiyat Fakültesinde öğretim üyesi olan davanın, alt ceza uygulanması suretiyle 1/8 oranında aylıktan kesme cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali ve kesilen parasal bedelin ödenmesine karar verilmesi isteminden doğmuştur.

Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin "zamanaşımı" başlığını taşıyan 19. maddesinde, bu yönetmelikte sayılan disiplin suçu niteliğindeki fiil ve halleri işleyenler hakkında bu fiil ve hallerin işlenildiğinin soruşturmaya yetkili amirlerce öğrenildiği tarihten itibaren;

a- Uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarında bir ay içinde disiplin soruşturmasına,

b- Memurluktan çıkarma cezasında altı ay içinde disiplin kovuşturmasına,

Başlanmadığı takdirde disiplin cezası verme yetkisi zamanaşımına uğrar.

Disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin işlendiği tarihten itibaren nihayet iki yıl içinde disiplin cezası verilmediği takdirde ceza verme yetkisi zamanaşımına uğrar " hükmüne yer verilmiştir.

Yönetmeliğin yukarıda aktarılan 19. maddesinin (a) bendi ile getirilen bir aylık süre idarenin iç işleyişiyle ilgili olup, kanıtların kaybolmasını önlemek, soruşturmanın daha çabuk yapılarak disiplin suçunu işlemiş olan kişiye daha etkin ve çabuk ceza verilmesini sağlamak amacıyla konulmuştur.

Bu nedenle, disiplin cezasının verilmesinden önceki evrelerde yönetmelikle getirilen belirli sürelere uyulmaması, bu konuda görevli olanların kişisel sorumluluğu ile ilgili olup, disiplin suçu işleyen kişiye ceza verilmemesi sonucunu doğurmaz.

Bu durumda, işin esasına girilerek yapılacak incelemenin sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, soruşturmanın yönetmelikte öngörülen sürelere uyulmadan yürütüldüğü gerekçesiyle işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; Erzurum idare Mahkemesi kararının bozulmasına ve yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan İdare Mahkemesine , 1.4.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2004/4249
Karar No : 2005/2083

Özeti : Su tarifelerine ilişkin uyuşmazlığın görüm ve çözüm yeri idare mahkemesi, atık su ücreti tarifesine ilişkin uyuşmazlığın görüm ve çözüm yeri ise vergi mahkemesi olduğundan, iki ayrı mahkemenin görev alanını ilgilendiren dava konusu işlemlere karşı ayrı ayrı dilekçelerle dava açılması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar: 1- Marmaris Belediye Başkanlığı - MUĞLA
Vekili **:** Av. ...
2- ...
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** ... Lojman Yönetim Kurulu Adına Başkan ...
Vekili **:** Av. ...

İstemin Özeti **:** Marmaris Armutalan ve İçmeler Beldibi Belediyelerin 2003 yılı içerisinde uygulayacakları su ve atıksu ücret tarifelerinin belirlenmesine ilişkin Marmaris Çevre Koruma Altyapı Tesisleri Yapma ve İşletme Birliği Meclisinin 26.12.2002 gün ve 7 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada; dava konusu olayda, davalı idarelerce yüksek bir zam oranının belirlenmesinin gerekçesi olabilecek belge gönderilmediği, zammın herhangi bir ölçüye dayanmadığı objektif ölçüler içermediği, zammın kaynak teminine yönelik olduğu görülmekte olup, hiç bir ölçü ve tespite dayanmaksızın içme suyunun fiyatının yaklaşık % 80 (250.000.-liradan 700.000.-liraya çıkarılmasına) oranında artırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden Muğla İdare Mahkemesinin 10.12.2003 gün ve E:2003/99, K:2003/1088 sayılı kararının; hukuka aykırı olduğu öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti: İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi Ayşen BAL'ın Düşüncesi: İstemin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Emel CENGİZ'in Düşüncesi: 2003 yılı için su ve atıksu ücret tarifelerinin belirlenmesine ilişkin Marmaris Çevre Koruma Altyapı Tesisleri Yapma ve İşletme Birliği Meclis kararının iptali istemiyle açılan davayı kabul ederek işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararı temyiz edilmektedir.

2576 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde; genel bütçeye,il özel idarelerine,belediye ve köylere ait vergi,resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaların vergi mahkemelerinin görev alanında bulunduğu belirtilmiştir.

Öte yandan, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 97 nci maddesindeki düzenlemeye göre, belediyelerin; ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecekleri her türlü hizmet için belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre ücret almaya yetkili oldukları anlaşılmaktadır.

Buna göre, belediyelerin belirledikleri tarifelere göre aldıkları atık su ücretleri, çevre temizlik vergisi niteliğinde olduğundan,atık su tarifelerine ilişkin uyuşmazlıkların görüm ve çözümü vergi mahkemelerinin görev alanına girmekte,ücrete tabi iş niteliğinde olan ve anılan 97 nci maddeye göre alınan su ücretlerine ilişkin tarifeler ise,vergi,resim ve harç niteliğinde olmadığından,bunlara ilişkin uyuşmazlıkların idare mahkemelerinin görev alanında bulunduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda Bakanlar Kurulunca oluşturulan mahalli birlik tarafından verilen meclis kararı, dava konusu yapılan su ve atık su ücret tarifesinden kaynaklanmakta olup, tarifenin atık su ücretlerine ilişkin kısmı vergi mahkemesinin,su ücret tarifesine ilişkin kısmı ise idare mahkemesinin görev alanına girmektedir.

Buna göre, 2577 sayılı Yasanın 5 inci maddesi uyarınca, su ve atık su ücret tarifeleri hakkında ayrı ayrı verilecek dilekçelerle dava açılmak üzere, dava dilekçesinin reddi gerekirken,işin esası hakkında verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle temyiz isteminin kabulüyle, mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü :

Uyuşmazlık, Marmaris Armutalan ve İçmeler Beldibi Belediyesinin 2003 yılı içerisinde uygulayacakları su ve atıksu ücret tarifelerinin belirlenmesine ilişkin Marmaris Çevre Koruma Altyapı Tesisleri Yapma ve İşletme Birliği Meclis kararının iptali isteminden doğmuştur.

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununa 27.7.1993 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan 3914 sayılı Kanunla eklenen mükerrer 44. maddede, belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde bulunan ve belediyelerin katı atık toplama ile kanalizasyon hizmetlerinden yararlanan konut, işyeri ve diğer şekillerde kullanılan binaların çevre temizlik vergisine tabi olduğu açıklandıktan sonra, aynı maddenin devamında, belediyelerin, atıksu ile ilgili olarak katı atıklarla ilgili tarifede yer alan bina gruplarını topluca veya ayrı dikkate almak suretiyle ve su tüketim bedelini aşmamak üzere meclislerince belirlenecek miktarda çevre temizlik vergisi alınacağı, atık su ile ilgili çevre temizlik vergisinin su tüketim bedeli ile birlikte tarh ve tahakkuk etmiş sayılacağı ve bu bedel ile birlikte tahsil edileceği, su ve kanalizasyon hizmetleri ayrı bir kanunla düzenlenmiş bulunan belediyelerde ise atık su bedellerinin tahsiline ilişkin uygulamanın kendi kanunlarındaki hükümlere tabi olacağı belirtilmiş, maddenin 7. fıkrasında zikredilen çevre temizlik vergisi tarifesinde yer alan bina gruplarının tesbitine ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı 31.12.1993 günlü Resmi Gazete'de yayımlanmış ve bu kararın 8. maddesinde 01.01.1994 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yayımı tarihinden yürürlüğe gireceği açıklanarak 1.1.1994 tarihinden itibaren çevre temizlik vergisi uygulamasına başlanmıştır.Buna göre 1994 yılı başından itibaren gerek katı atık, gerekse atık

su için belediyelerce istenen meblağları yasa koyucu vergi olarak nitelendirmiş ve bu vergiyi, çevre temizlik vergisi olarak adlandırmıştır.

Öte yandan; 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 97. maddesindeki düzenlemelerden, belediyelerin; ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecekleri her türlü hizmet için belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre ücret almaya yetkili oldukları anlaşılmaktadır.

2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun 3410 sayılı Kanunla değişik 6. maddesinde,

"Vergi Mahkemeleri:

a) Genel Bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları,

b) (a) bendindeki konularda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davaları,

c) Diğer Kanunlarla verilen işleri,

Çözümler" kuralı yer almaktadır.

Bu itibarla, belediyelerin belirledikleri tarifelere göre aldıkları atık su ücretleri çevre temizlik vergisi niteliğinde olduğundan, yukarıda alıntısı yapılan 2576 sayılı Yasanın 6. maddesi kapsamında uyuşmazlığın görüm ve çözümünde görevli mahkeme vergi mahkemesi olup, ücrete tabi iş niteliğinde anılan 97. madde hükmüne göre alınan su ücretlerine ilişkin tarifeler ise, vergi, resim ve harç niteliğinde olmadığından bunlara ilişkin uyuşmazlıkların görüm ve çözümünde görevli mahkeme ise, idare mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, su tarifelerine ilişkin uyuşmazlığın görüm ve çözüm yeri idare mahkemesi, atık su ücreti tarifesine ilişkin uyuşmazlığın görüm ve çözüm yeri ise vergi mahkemesi olduğundan iki ayrı mahkemenin görev alanını ilgilendiren dava konusu işlemlerin, 2577 sayılı Yasanın 5. maddesi uyarınca, su ve atık su ücret tarifelerine ilişkin olarak yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda her iki işlem hakkında ayrı ayrı verilecek dilekçelerle dava açılması gerektiği gerekçesiyle davanın dilekçe yönünden reddedilmesi gerekirken işin esasına girilerek dava konusu işlemin iptali yönünde verilen mahkeme kararında yasal isabet bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle Muğla İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 03.05.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Sekizinci Daire
Esas No : 2004/3520
Karar No : 2005/2145

Özeti : İptal davası üzerine açılacak tam yargı davasının, mahkeme kararının tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içinde açılmasının 2577 sayılı Yasanın 12. maddesi hükmünün bir gereği olduğu, tam yargı davası açılması için belirlenen altmış günlük süre henüz dolmadan iptal davasına ilişkin kararın temyiz incelemesi için Danıştay'a gönderilmiş olunmasının, tam yargı davasını "vaktinden önce açılmış dava" konumuna getirmeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: ... Bilgisayar Eğitim ve Danışmanlık San.ve Tic.Ltd.Şti

Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** Milli Eğitim Bakanlığı
İstemin Özeti **:** Davacı şirketin işleticisi olduğu özel dershaneye ilköğretim ve ortaöğretim öğrencilerinin devam etmelerine izin verilmemesi yolundaki işlemin Bursa 1. İdare Mahkemesince iptali üzerine, bu işlem nedeniyle oluştuğu ileri sürülen 255.329.535.000 lira maddi zararın giderimine karar verilmesi istemiyle açılan davayı vaktinden önce açıldığı gerekçesiyle reddeden Bursa 1. İdare Mahkemesinin 31.12.2003 gün ve E:2003/208, K:2003/2397 sayılı kararının, hukuka aykırı olduğu, 2577 sayılı Yasanın 12. maddesinde zorlayıcı herhangi bir kural bulunmadığı ileri sürülerek; 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti: İstemin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Nihat TOKTAŞ'ın Düşüncesi: Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ülkü ERBÜK'ün Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık; davacı şirketin işleticisi olduğu özel dershaneye ilköğretim ve ortaöğretim öğrencilerinin devam etmelerine izin verilmemesi yolundaki işlemin Bursa 1. İdare Mahkemesince iptali üzerine, bu işlem nedeniyle oluştuğu ileri sürülen 255.329.535.000 lira maddi zararın giderimine karar verilmesi isteminden doğmuştur.

2577 sayılı Yasanın 12. maddesinde, ilgililerin haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi, ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu hususta kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliğ tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilecekleri, bu halde de ilgililerin 11. madde uyarınca idareye başvurma haklarının saklı olduğu hükme bağlanmıştır.

Aktarılan yasa hükmüyle, idari işlemlerden dolayı hakları ihlal edilen ilgililerin isterlerse açacakları iptal davaları ile birlikte isterlerse iptal davasının sonuçlanması üzerine tam yargı davası açabilmelerine olanak sağlanmıştır. İlgililerin zararı doğuran işleme karşı öncelikle bir iptal davası açmaları halinde bu konudaki kararın kendilerine tebliğinden itibaren altmış gün içerisinde idareye başvurmaları veya doğrudan tam yargı davası açmaları mümkün olduğu gibi, kararlara karşı kanun yoluna gidilmiş olması halinde de bu hususta verilecek kararların kendilerine tebliğden itibaren idareye başvurmaları ya da doğrudan tam yargı davası açmaları da mümkündür.

İdare Mahkemesince; davacı şirketin, işleticisi olduğu özel dershaneye ilk ve orta öğretim öğrencilerinin devam etmelerine izin verilmemesi yolundaki 11.3.2002 günlü işlemin, Mahkemelerinin 12.12.2002 gün ve E:2002/648, K:2002/2082 sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine 7.2.2003 tarihinde bakılan davayı açtığı, ancak söz konusu iptal kararının Milli Eğitim Bakanlığınca temyiz edildiği ve dosyanın Danıştay Başkanlığına gönderildiği, 2577 sayılı Yasanın 12. maddesine göre idari işlemden kaynaklanan tam yargı davasının, ya iptal davasıyla birlikte, yada Mahkemenin iptal kararı üzerine (veya 11. madde uyarınca idareye başvurulduktan sonra) açılmasının gerektiği, davacının ise tam yargı davasını iptal davası ile birlikte açmadığı ve dolayısıyla ikinci yolu tercih ettiğinden, temyiz başvurusu hakkında Danıştay'ca bir karar verilmeden önce açılan davanın esastan incelenmesi olanağı

bulunmadığı gerekçesiyle dava incelenmeksizin reddedilmiş ise de, bir önceki davanın konusunu oluşturan işlemin iptaline ilişkin mahkeme kararının 12.12.2002 tarihinde tebliği üzerine 2577 sayılı Yasanın 12. maddesi kapsamında idari dava açmak için belirlenen süre içerisinde 07.02.2003 tarihinde bu davanın açıldığı gözönüne alındığında, bakılan tazminat davasına neden olan işlemin iptaline ilişkin Mahkemel kararının temyizen incelenmesi için Danıştay'a gönderilmiş bulunmasının, bu davanın "vaktinden önce" açılmış olduğu sonucunu doğurmayacağından aksi yönde verilen idare mahkemesi kararında usul hükümlerine ve hukuka uyarlık görülmemiştir.

Öte yandan; Mahkemece verilen iptal kararının temyizen incelenmesi için Danıştay'a gönderilmiş olmasının, bakılan tazminat davası için "bekletici bir sorun" niteliğinde bulunduğu tartışmasızdır.

Kaldı ki; davacı şirketin bu davaya dayanak yaptığı iptal kararının temyizen incelenmesi sonucunda Dairemizin 19.11.2003 gün ve E:2003/1555, K:2003/5034 sayılı kararıyla bozulduğu anlaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle; Bursa 1. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına ve işin esasına girilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine 04.05.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

DOKUZUNCU DAİRE KARARLARI

BELEDİYE GELİRLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2004/1012
Karar No : 2005/571

Özeti : İlçe Belediyelerince toplanan emlak vergilerinden büyükşehir belediyelerine ödenmesi gereken payların zamanında ve tam olarak ödenmesi yükümlülüğü belediye başkanlarına ait olduğundan, cezanın yükümlüsü olmayan davacı ilçe belediye başkanlığının alacakları üzerine konulan haciz işleminde isabet bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Adana Büyükşehir Belediye Başkanlığı- ADANA
Vekili :Av. ...
Karşı Taraf : Seyhan Belediye Başkanlığı - ADANA
Vekili : Av. ...
İstemin Özeti : Ödenmeyen emlak vergisi payından dolayı, davacı idare adına kesilen 334.025.094.130 TL cezanın tahsili amacıyla davacı idarenin İller Bankası'ndaki alacakları üzerine konulan haciz işleminin iptali istemiyle açılan davayı; 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 4736 sayılı Kanunun 4/c maddesiyle değişen ve 1.3.2002 tarihinden itibaren yürürlüğe giren mükerrer 38. maddesinin 4. fıkrasında; Belediye Başkanlarının, belediyelerin tahsil ettikleri vergilerden il özel idarelerine ve büyükşehir belediyelerine ödemeleri gereken payları, zamanında ve tam olarak ödenmesini sağlamakla yükümlü oldukları, bu yükümlülüğe uymayanlar adına , zamanında ödenmeyen payların %10'u tutarında ceza kesileceği ve bu cezanın 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca müşterek ve müteselsilen sorumluluk esasına göre tahsil edileceği hükmüne yer verildiği, ancak, bu son fıkra hükmünün 4837 sayılı Kanunun 4. maddesiyle 11.4.2003 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırıldığı, dosyanın incelenmesinden, 2002/Mart ila 2003/Nisan tarihleri arasındaki emlak vergisi payının davalı Büyükşehir Belediye Başkanlığına aktarılmaması nedeniyle aktarılmayan kısmın %10' u oranında ceza kesildiği ve bu cezanın tahsili amacıyla dava konusu haciz işleminin yapıldığının anlaşıldığı, olayda, haciz işleminin hukuki dayanağının davacı idare adına kesilen ceza olduğu ve bu cezanın da 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun mükerrer 38/4 maddesi uyarınca kesildiği hususunda ihtilaf bulunmadığı, bu durumda, bu madde uyarınca, toplanan emlak vergisinden Büyükşehir Belediyelerine ödenmesi gereken payların zamanında ve tam olarak ödenmesi yükümlülüğü belediye başkanlarına ait olduğundan ve aynı fıkranın 11.4.2003 tarihinde yürürlükten kalkan son cümlesi uyarınca da yükümlülüğe uymayanlar adına zamanında ödenmeyen payların %10'u tutarında ceza kesileceği hükme bağlandığından, cezanın yükümlüsü olmayan davacı Belediye Başkanlığının İller Bankasındaki alacakları üzerine konulan haciz işleminde isabet görülmediği gerekçesiyle kabul eden Adana 1. Vergi Mahkemesi'nin 22.1.2004 tarih ve 2004/42 sayılı kararının, 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun mükerrer 38/4 maddesi hükmü 2003/Nisan itibariyle yürürlükten kaldırıldığından 2002/Mart-2003/Nisan dönemi için tahsil edilen emlak vergisi payının %10'u tutarındaki cezanın tahsili için davacı idarenin İller Bankası nezdindeki alacaklarına haciz konulması işleminin yasal olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Savcısı Cavit Zeybek'in Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Güneş Kurtoğlu Karacık'ın Düşüncesi: İleri sürülen iddialar usule ve hukuka uygun Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar, sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına, 22.90 YTL ilam harcının temyiz isteminde bulunandan alınmasına 16.3.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2004/237
Karar No : 2005/1064

Özeti : Belediyelerin vergi ve benzeri gelirlerinin haczedilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Canik Belediye Başkanlığı/SAMSUN
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf : Samsun Büyükşehir Belediye Başkanlığı-SAMSUN
Vekili : Av. ...

İstemin Özeti : Davacı belediye başkanlığı tarafından büyükşehir belediye başkanlığına ödenmesi gereken emlak vergisi ve çevre temizlik vergisi paylarının tahsili için Halk Bankası Samsun Şubesi nezdindeki tüm alacak ve haklarına haciz konulmasına ilişkin 11.7.2003 tarih ve 808-896, 798-886, 14.7.2003 tarih ve 900-914, 910-915 sayılı haciz bildirileri ile 30.7.2003 tarih ve 1044-1047 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden, uyuşmazlık konusu emlak ve çevre temizlik vergisi paylarının tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emirlerinin davacı belediye başkanlığına tebliğ edildiği halde ödenmemesi üzerine söz konusu payların tahsili amacıyla dava konusu işlemlerin tesis edildiğinin anlaşıldığı, olayda hacze konu kamu alacağına ilişkin ödeme emirlerine karşı açılan davaların mahkemelerince reddedildiği bu nedenle usulüne uygun kesinleştiği halde ödenmeyen emlak vergisi ve çevre temizlik vergisi paylarının tahsili amacıyla tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık görülmediği, davacı vekilinin, hacze konu edilen hesapta vergi ve benzeri gelirler toplandığından bunlara haciz konulamayacağı yönündeki iddiasına da itibar edilemeyeceği gerekçesi ile reddeden Samsun Vergi Mahkemesinin

20.11.2003 tarih ve 2003/1576 sayılı kararının; hacze konu edilen hesapta vergi ve benzeri gelirler bulunduğundan bunların haczedilemeyeceği, gelecekteki haklara haciz konulamayacağı, mahalli idarelerin mallarının haciz edilebileceği yolundaki hükmün Anayasaya aykırı olduğu, bu hacizler nedeniyle personel maaşlarını ödeyemez duruma geldiklerini borçlarına karşılık gösterdikleri taşınmazın Büyükşehir Belediyelerince kabul edilmediği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Savcısı Buket Oral'ın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Aydemir Saydan'ın Düşüncesi: Dosyanın incelenmesinden hacze konu hesapta vergi ve benzeri gelirler bulunduğu anlaşılmış olup, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 70/1. ve 1580 sayılı Belediye Kanunun 19/7. maddesi uyarınca vergi ve benzeri gelirler haciz edilemeyeceğinden mahkemece hacze konu hesapta ne kadar vergi ve benzeri gelirler bulunduğu hususu araştırılarak sonuca göre bir karar verilmesi icabettiğinden yazılı gerekçe ile davayı reddeden vergi mahkemesi kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlıkta, davacı belediye başkanlığının büyükşehir belediye başkanlığına ödemesi gereken emlak vergisi ve çevre temizlik vergisi paylarının tahsili için düzenlenen haciz bildirimlerinin iptali için açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 70/1. maddesinde, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi İktisadi Devlet Teşekkülleri, Kamu İktisadi Kuruluşları, bunların müesseleri, bağlı ortaklıkları, iştirakleri ve mahalli idarelerin malların hariç olmak üzere devlet malları ve hususi kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen malların hacz edilemeyeceği hükmüne yer verilmiş, 1580 sayılı Belediye Kanununun 19/7. maddesinde, belediye daire ve şubeleri, bahçeleri, umuma ait akar olmayan açık ve kapalı mahalleri emlak vergisinden müstesna olmak, belediye vergi ve resimleri ile hidematı ammeye muhtas ve akar olmayan.emval.ve eşyası üzerine haciz konulamayacağı hükme bağlanmıştır.

Anılan yasa hükümlerinin değerlendirilmesinden belediyelerin vergi ve vergi benzeri gelirleri üzerine haciz konulamayacağı anlaşılmaktadır.

Dava konusu olayda, davacı belediye tarafından hacize konu Halk Bankası Samsun Şubesi nezdindeki hesabında vergi ve benzeri gelirlerin bulunduğu ileri sürülmüş olup, temyiz dilekçesine eklenen belgelerde de bu hesapta vergi ve benzeri gelirler bulunduğu görülmektedir.

Bu nedenle, söz konusu vergi ve benzeri gelirler anılan yasal düzenlemeler uyarınca hacze konu edilemeyeceğinden, vergi mahkemesi tarafından söz konusu banka hesabında ne kadar vergi ve benzeri gelirler bulunduğu araştırılmak suretiyle sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddedilmesinde isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne Samsun Vergi Mahkemesinin 20.11.2003 tarih 2003/1576 sayılı kararının bozulmasına 27.4.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2003/3279
Karar No : 2005/582

Özeti : 2000 yılı için herhangi bir defter tasdik ettirmeden, bu yıla ilişkin işlemlerini eski ünvanını taşıyan şirketin 1999 yılına ait yevmiye defterinde 2000 yılı için ara tasdik yaptırmadan takip eden yükümlünün, katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Ürgüp Malmüdürlüğü/NEVŞEHİR
Karşı Taraf : … Turizm Madencilik ve Tarım Ürünleri Ticaret Ltd.Şti.
İstemin Özeti : 2000/Mayıs-Aralık dönemleri için re'sen tarh edilen vergi ziyaı cezalı katma değer vergisinin kaldırılması istemiyle açılan davayı; inceleme sırasında ve inceleme raporunda yükümlü şirketin alışları ile ilgili olarak herhangi bir tespit ve eleştiri yapılmadan sadece yevmiye defterinin tasdiksiz oluşundan hareketle yapılan cezalı tarhiyatta isabet görülmediği gerekçesiyle kabul eden Kayseri Vergi Mahkemesi'nin 9.6.2003 tarih ve 2003/616 sayılı kararının; tasdiksiz deftere yapılan kayıt, yasal deftere kayıt anlamına gelmeyeceğinden, salınan verginin ve kesilen cezanın yasal olduğu, düzenlenen vergi inceleme raporu ile yükümlünün, kredi kartı hasılatını da kayıt dışı bıraktığı tespit edilerek cezalı tarhiyat yapıldığı halde Vergi Mahkemesince bu hususla ilgili olarak herhangi bir hüküm tesis edilmediği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Savcısı Cavit Zeybek'in Düşüncesi: Katma değer vergisi indiriminden faydalanabilmek için kayıtların kanuni defterde yer almasının gerekmesi, bu duruma göre yazılan karşı oyun gözönüne alınmasının icap etmesi karşısında, davanın kabulü hakkındaki vergi mahkemesi kararının bozulması gerekir.

Tetkik Hakimi Güneş Kurtoğlu Karacık'ın Düşüncesi: Dosyanın incelenmesinden, yapılan inceleme ile yükümlü şirketin 2000 yılında kullanmak üzere herhangi bir defter tasdik ettirmediği, bu yıla ilişkin işlemlerinin … Bil Turizm İnşaat Mad. ve Tar. Ür. Tic. Ltd.Şti'ne ait 1999 yılına ilişkin yevmiye defterinde 2000 yılına ilişkin olarak ara tasdik yaptırılmadan takip ettiğinin ve bu durumun da yükümlü şirket yetkilisince; "2000 yılına ilişkin işlemlerinin 1999 yılına ait şirketlerinin önceki ünvanını taşıyan yevmiye defterinde takip edildiği" belirtilerek kabul edildiğinin tespiti üzerine 2000 yılında yükümlü şirketin Vergi Usul Kanunu hükümlerine uygun şekilde yasal defter tutmadığı ve tasdik ettirmediğinden bahisle bu yılda indirim konusu yaptığı katma değer vergilerinin reddedildiği anlaşılmıştır.

Olayda, yapılan inceleme ile yükümlü şirketin 2000 yılına ilişkin olarak herhangi bir defter tasdik ettirmeden, bu yıla ilişkin işlemlerini eski ünvanını taşıyan şirketin 1999 yılına ait yevmiye defterinde 2000 yılı için ara tasdik yaptırmadan takip ettiği anlaşıldığından, bu yılda indirim konusu yapılan katma değer vergilerinin reddinde isabetsizlik görülmemiştir.

Ayrıca Vergi Mahkemesince, yükümlü şirketin kendi adına tasdik edilmemiş deftere kayıt yapması nedeniyle katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle yapılan cezalı tarhiyat haricinde kalan diğer matrah kalemleri için yapılan cezalı tarhiyat hakkında karar

verilmemesinde de isabet bulunmadığından, Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

İstem; yükümlü şirket hakkında düzenlenen vergi inceleme raporu ile 2000 yılına ilişkin olarak herhangi bir defter tasdik ettirmediği ve kayıt dışı hasılatının bulunduğunun tespiti üzerine 2000/Mayıs-Aralık dönemleri için re'sen tarh edilen vergi ziyaı cezalı katma değer vergisinin kaldırılması istemiyle açılan davayı kabul eden Vergi Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasına ilişkindir.

Olayda her ne kadar Vergi Mahkemesince uyuşmazlığın, sadece yükümlü şirketin 2000 yılına ait yevmiye defterinin tasdiksiz olması nedeniyle ilgili yılda indirim konusu yaptığı katma değer vergileri kabul edilmeyerek yapılan cezalı tarhiyata ilişkin olduğu kabul edilerek karar verilmişse de; dosyanın incelenmesinden uyuşmazlığın, kredi kartı kabul edilmek suretiyle elde edilen hasılatın beyan dışı bırakılması, 2000/Haziran dönemine ait katma değer vergisi beyannamesinde 99.450.000TL, 2000/Aralık dönemi katma değer vergisi beyannamesinde de 3.821.550.000 TL. tutarındaki hesaplanan katma değer vergilerinin indirimlerden mahsup edilmeyerek sonraki döneme devreden katma değer vergisinin artırılması ve 2000 yılına ilişkin olarak herhangi bir defter tasdik ettirilmemesi nedeniyle yapılan cezalı tarhiyata ilişkin olduğu anlaşılmıştır.

Yükümlü şirketin, kredi kartı ile yapmış olduğu satışları hasılat kaydetmeyerek noksan beyanda bulunduğu ve bazı aylarda katma değer vergilerini mahsup işlemine tabi tutmayarak sonraki döneme devretmek suretiyle o dönemlerde indirilecek katma değer vergisini yüksek gösterdiği saptandığından, bu hususlara ilişkin olarak hesaplanıp tarh edilen matrah kalemleri hakkında herhangi bir hüküm tesis etmeden tarhiyatı kaldıran temyiz konusu Mahkeme kararında bu yönden isabet bulunmamaktadır.

2000 yılına ilişkin muhasebe işlemlerinin tasdiksiz deftere kaydedilmesi nedeniyle katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesinden doğan matrah kalemine gelince;

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29. maddesinin 1/a bendinde, mükelleflerin, yaptıkları vergiye tabi işlemleri üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça faaliyetlerine ilişkin olarak kendilerine yapılan teslim ve
hizmetler dolayısıyla düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri, aynı Kanunun 34. maddesinin 1. bendinde de, yurt içinden sağlanan
mal veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin, alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar kanuni defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu hükümler karşısında, katma değer vergisinin indirim konusu yapılabilmesi için indirim konusu yapılacak verginin fatura veya benzeri belgeler ile gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmesi ve sözkonusu belgelerin kanuni defterlere kaydedilmiş olması gerekmektedir.

Bu maddede sözü edilen kanuni defterlerin neler olduğu, bu defterlerin tasdik ettirilmesinin mecburi olduğu, tasdik zamanı, tasdik makamı ve tasdik şekli 213 sayılı Vergi Usul Kanununda ayrıntılı olarak açıklanmış olup, aynı Kanunun 30/3. maddesinde de bu Kanuna göre tutulması mecburi olan defterlerin hepsi veya bir kısmının tutulmamış veya tasdik ettirilmemiş veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlara herhangi bir sebeple ibraz edilmemiş olması halinde vergi matrahının tamamen veya kısmen defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tesbitinin mümkün olmadığı kabul edilmek suretiyle bu durumun resen takdir sebebi olduğu açıklanmıştır.

Bu hükümler birlikte incelendiğinde, yükümlülerin kendi adlarına defter tasdik ettirmemeleri, kanuni defterlerin tasdiksiz olması,katma değer vergisi açısından indirimlerin kabul edilmemesi sonucunu doğurmaktadır.

Olayda, yapılan inceleme ile yükümlü şirketin 2000 yılına ilişkin olarak herhangi bir defter tasdik ettirmediği, bu yıla ilişkin işlemlerin ... Bil Turizm İnşaat Mad. ve Tarım Ür.Tic. Ltd.Şti.'ne ait 1999 yılı yevmiye defterinde 2000 yılına ilişkin olarak ara tasdik yaptırılmadan takip edildiği, bu durumun da şirket yetkilisince kabul edildiği anlaşıldığından, yükümlü şirketin ilgili yılda indirim konusu yaptığı katma değer vergilerinin kabul edilmesi mümkün olmayıp, Vergi Mahkemesince aksi yönde verilen kararda isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, Kayseri Vergi Mahkemesi'nin 9.6.2003 tarih ve 2003/616 sayılı kararının bozulmasına 16.3.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2004/2871
Karar No : 2005/836

Özeti : İnceleme elemanınca istenilen defter ve belgelerin, 15 günlük ibraz süresi geçmeden sulh hukuk mahkemesine bilirkişi incelemesi yaptırılması amacıyla sunulduğu, bu durumun da inceleme elemanına bildirildiği anlaşıldığından defter ve belgeler ibraz edilmediğinden bahisle yükümlünün katma değer vergisi indirimleri reddedilerek cezalı tarhiyat yapılmasında isabet bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: ... Nakliyat Tahmil Tahliye Ticaret Ltd.Şti.
Karşı Taraf : Gemlik Vergi Dairesi Müdürlüğü-BURSA
İstemin Özeti : Yükümlü şirketin 1999 yılına ilişkin defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmemesi nedeniyle katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle adına 1999/Ocak-Aralık dönemleri için re'sen tarh edilen vergi ziyaı cezalı katma değer vergisinin terkini istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden, yükümlü şirkete defter ve belgelerinin, ibrazına ilişkin yazının 13.11.2001 tarihinde tebliğ edildiği, yükümlü şirketin ise defter ve belgelerinin mahkemede bulunması nedeniyle ibraz edemeyeceğini 26.11.2001 tarihli dilekçesi ile davalı idareye bildirdiği, oysa dosyada mevcut 5. Sulh Hukuk Mahkemesi yazısından, yükümlü şirkete ait herhangi bir defter ve belgenin mahkemeye verilmediği, mahkemece istenilmediği, ancak açılan bir tespit davasında defter ve belgelerin 26.11.2001 tarihinde keşif zaptı ile bilirkişiye teslim edildiğinin anlaşıldığı, bu durumda, vergi incelemesi için ibrazı istenilen defter ve belgelerin 13.11.2001 tarihi ile 26.11.2001 tarihleri arasında yükümlü şirketin elinde bulunduğu, defter ve belgelerin vergi incelemesi için verilen süre içinde vergi dairesi müdürlüğüne ibrazı yerine tespit davasında bilirkişiye 26.11.2001 tarihinde ibraz edildiği, daha sonra defter ve belgelerin 24.12.2001 tarihinde bilirkişi tarafından yükümlü şirket yetkilisi Hüseyin Yener'e teslim edildiği, defterlerin bu kez de yine vergi incelemesi için ibraz edilmesi yerine Erdek Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen bir dava nedeniyle götürülürken Hüseyin Yener'in Karacabey garajında hastalanıp fenalaştığı, hastaneye götürüldüğü, defter ve belgelerin otobüs garajında kaldığı ve aramalara rağmen bulunamadığı iddiası ile Bursa Asliye 1. Ticaret Mahkemesinden zayi belgesi istenildiği, Mahkemece ise E:2002/149 K:2002/771 sayılı karar ile defter ve belgelerinin zayi olduğuna

karar verildiğinin görüldüğü, olayda, yükümlü şirket yetkilisi her ne kadar defter ve belgelerinin mücbir sebep nedeniyle ibraz edilemediğini iddia etmekte ise de; yukarıda açıklanan hususların da dikkate alınması sonucu, 13.11.2001 tarihinde defter ve belgeleri elinde bulundurduğu anlaşılan yükümlü şirketin, defter ve belgeleri vergi incelemesi için ibraz etmemesi, ayrıca defter ve belgelerin otobüs garajında kaybolması olayının inandırıcı bulunmaması nedeniyle katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle yapılan cezalı tarhiyatta hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle reddeden Bursa Vergi Mahkemesi'nin 24.6.2004 tarih ve 2004/822 sayılı kararının; inceleme elemanınca istenilen defterlerin Bursa Asliye 1. Ticaret Mahkemesince zayi olduklarına hükmedildiğinden, defter ve belgelerin mücbir sebep nedeniyle ibraz edilemediklerinin kabulü ve cezalı tarhiyatın terkini icap edeceği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Yasal dayanaktan yoksun olan temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Savcısı Zerrin Güngör'ün Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Güneş Kurtoğlu Karacık'ın Düşüncesi: İleri sürülen iddialar usule ve hukuka uygun Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Duruşma istemi, 2577 sayılı Kanunun 17. maddesi uyarınca yerinde görülmeyerek incelemeye geçildi;

İstem, 1996, 1997, 1998, 1999 ve 2000 yıllarına ilişkin defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen yükümlü şirket adına katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle düzenlenen inceleme raporuna dayanılarak 1999/Ocak-Aralık dönemleri için re'sen tarh edilen vergi ziyaı cezalı katma değer vergisinin terkini istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının bozulmasına ilişkin bulunmaktadır.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 30. maddesinde "re'sen vergi tarhı" tanımlanmış, aynı maddenin 3. bendinde, bu Kanuna göre tutulması mecburi olan defterlerin hepsi veya bir kısmının tutulmamış veya tasdik ettirilmemiş veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlara herhangi bir sebeple ibraz edilmemiş olması halinde maddi delillerin var olmadığının kabul edileceği belirtilmiştir. Madde hükmüne göre, defter ve belgelerin her ne sebeple olursa olsun ibraz edilmeme halinin , re'sen takdir sebebi sayılacağı kuşkusuzdur.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29. maddesinin 1/a bendinde, mükelleflerin, yaptıkları vergiye tabi işlemleri üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça faaliyetlerine ilişkin olarak kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri, aynı Kanunun 34. maddesinin 1. bendinde, yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar kanuni defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu hükümler karşısında katma değer vergisinin indirim konusu yapılabilmesi için, indirim konusu yapılacak verginin fatura veya benzeri belgeler ile gümrük makbuzu üzerinde

ayrıca gösterilmesi ve sözkonusu belgelerin kanuni defterlere kaydedilmiş olması gerekmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda re'sen araştırma ilkesi benimsenmiş, aynı Kanunun 31. maddesinin atıfta bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275. maddesinde, hakimin özel bilgi ve uzmanlık isteyen bir konuda bilirkişi incelemesi yaptırmaya yetkili olduğu belirtilmiştir.

Olayda, yükümlü şirketten 1996,1997,1998,1999 ve 2000 yıllarına ilişkin defter ve belgelerini 7 gün içinde incelemeye ibraz etmesi için gönderilen 13.11.2001 tarih ve 59/38 sayılı yazıya cevaben yükümlü şirket tarafından, verilen 26.11.2001 tarihli dilekçe ile sözkonusu defter ve belgelerin "şirketlerinden alacaklı olan taşeron firmalarca aleyhlerine açılan davalar nedeniyle mahkemede incelemede bulunduğu, iade olunduğu zaman denetmenliğe ibraz edileceği" nin bildirilmesi üzerine vergi denetmenince 28.11.2001 tarih ve 59/41 sayılı yazı ile sözkonusu defter ve belgelerin hangi mahkemede olduğunun 2 gün içinde bildirilmesinin istenildiği, bu yazıya cevap verilmemesi üzerine 28.12.2001 tarihli yazı ile onbeş günlük süre verilerek tekrar istenildiği, akabinde 11.2.2002 tarihinde düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak dava konusu cezalı tarhiyatın yapıldığı anlaşılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, yükümlü şirketin vergi denetmenince 13.11.2001 tarihinde ibrazı istenilen defter ve belgelerinin yasal ibraz süresi olan 15 gün geçmeden 26.11.2001 tarihinde Bursa 5.Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından E:2001/476 no'lu dava çerçevesinde teslim alındığı, bu durumun da yükümlü şirket tarafından aynı tarihte vergi denetmenine bildirildiği, Bursa 5. Sulh Hukuk Mahkemesince 21.11.2001 tarih ve E:2001/476, K.2001/449 no'lu kararla bilirkişi tayinine ve 26.11.2001 tarihinde işyerinde tespit yapılmasına karar verildiği, bu tespit işlemi sonucu aynı gün düzenlenen keşif zaptında şirketin 1996-2001 yıllarına ait defter ve faturalarının bilirkişi ...'a verilmek suretiyle tespit için teslim edildiği, bilirkişinin de incelemeyi yaparak 24.12.2001 tarihinde raporunu düzenlediği, bu raporda, yükümlü şirketin 1996-2001 yıllarına ilişkin defterlerinin noter tasdiklerinin yapıldığı, yasal defter kayıtlarının vergi beyannameleri ile uyumlu olduğu, mal ve hizmet alışlarına ilişkin belgelerin yasal süreler içinde kanuni defterlere işlendiği hususlarının tespit edildiği, kayıtların dayanağı olan alış belgelerinin koli halinde Mahkemeye sunulduğu, aylar itibarıyla toplam mal ve hizmet alımlarının katma değer vergisi dahil toplam rakamlarını gösteren listelerin rapora ek olarak düzenlendiği yönünde görüş bildirildiği, bilirkişi tarafından 24.12.2001 tarihinde yükümlü şirkete teslim edilen sözkonusu defter ve belgelerin 24.12.2001 tarihinde Erdek Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen bir dava nedeniyle delil olarak götürülürken, şirket temsilcisinin Karacabey garajında fenalaşması sonucu garajda kaybolması nedeniyle zayi oldukları yönünde Bursa Asliye 1. Ticaret Mahkemesince 18.12.2002 tarih ve E:2002/149, K:2002/771 sayılı kararın verildiği, yükümlü şirketin defter ve belgelerini ibraz etmemesi nedeniyle "Vergi Usul Kanununa Muhalefet" nedeniyle Gemlik Asliye Ceza Mahkemesi nezdinde açılan davada 26.9.2003 tarihinde beraatine hükmedildiği anlaşılmıştır.

Olayda, yükümlü şirket tarafından süresi içinde defter ve belgeler vergi incelemesine ibraz edilmemiş olduğundan re'sen takdir sebebinin varlığının kabulü zorunlu hale gelmiş ise de, 1996-2000 yıllarına ait defter ve belgelerin vergi denetmenince 13.11.2001 tarihinde ibrazının istenildiği ve vergi denetmenine sunmak için 15 günlük ibraz süresi geçmeden 26.11.2001 tarihinde Bursa 5. Sulh Hukuk Mahkemesine bilirkişi incelemesi yaptırılması amacıyla sunulduğu, bu durumun vergi denetmenine bildirildiği, anılan Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu bu defter ve belgelerin usulüne uygun olarak tutulduğu yönünde görüş bildirildiği ve 18.12.2002 tarihinde de Bursa Asliye 1. Ticaret Mahkemesince anılan defterlerin zayi olduklarına hükmedildiğinden, yukarıda sözü edilen re'sen araştırma ilkesi uyarınca Vergi Mahkemesince Bursa 5. Sulh Hukuk Mahkemesince yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapor da dikkate alınarak yükümlü şirkete emtia alışı yaptığı kişi veya kuruluşlardan ihtilaflı yılla ilgili olarak sağlayacağı belgelerin ibrazı

için uygun bir süre verilmesi, bunun sonucu ibraz edilen faturalardan vergi dairesi müdürlüğünün de haberdar edilmesi suretiyle sözkonusu faturaların gerçekten alış yaptığı emtialara ait alış faturaları olup olmadığının araştırılması ve gerçek alış faturaları göz önüne alınarak ödenmesi gereken verginin tespiti, gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılarak varılacak sonuca göre bir karar verilmesi icap etmektedir.

Açıklanan nedenlerle temiz isteminin kabulüne, Bursa Vergi Mahkemesi'nin 24.6.2004 tarih ve 2004/822 sayılı kararının bozulmasına 6.4.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2003/2605
Karar No : 2005/318

Özeti : Davacı bankanın, kredi müşterilerinden tahsil edemediği kredi borcuna karşılık gösterilen taşınmazları cebri icra yoluyla satın alması sonucu, bu taşınmazlara ait katma değer vergisi ile tapu harcının Katma Değer Vergisi Kanunu'nun geçici 10. maddesi ile Kurumlar Vergisi Kanunu'nun geçici 29/6 maddesi uyarınca istisna kapsamında olup, olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: … Bankası A.Ş.
Vekilleri : Av. …, Av. …
Karşı Taraf : Tekkeköy Malmüdürlüğü - SAMSUN
İstemin Özeti : Davacı bankaya kredi borcu olan firmanın taşınmazının icra kanalıyla satılması sonucu hesaplanan ve ihtirazi kayıtla ödenen katma değer vergisinin iadesi istemiyle açılan davayı; 4684 sayılı Yasa ile Kurumlar Vergisi Kanununa eklenen geçici 29. maddenin 1. fıkrasının 6. bendi ile Katma Değer Vergisi Kanununun Geçici 10. maddesinde yer alan düzenlemenin icra yoluyla müzayede mahallinde yapılan satışları kapsamadığı anlaşıldığından davacı bankanın icra yoluyla satın aldığı taşınmaz nedeniyle ödediği katma değer vergisinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden Samsun Vergi Mahkemesinin 23.5.2003 tarih ve 2003/1001 sayılı kararının; Kurumlar Vergisi Kanununun geçici 29. maddesinin 1/6 bendi ile Katma Değer Vergisi Kanununun Geçici 10. maddesi hükmü uyarınca katma değer vergisinden muaf oldukları ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Cevap verilmemiştir.

Danıştay Savcısı Buket Oral'ın Düşüncesi: Uyuşmazlıkta, davacı Banka tarafından ihtirazi kayıtla ödenen katma değer vergisinin iadesi istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.

Kurumlar Vergisi Kanununun geçici 29/6.maddesinde, bu bentte belirtilen istisna hükümlerinin, bu bendin yürürlük tarihi itibarıyla banka kayıtlarına göre Türkiye'de faaliyet gösteren bankalara borçlu durumda olan tam mükellef sermaye şirketlerinin ve kefillerinin, bu Kanunun yayımı tarihinde sahip oldukları ve bu borçlara karşılık bankalara devrettikleri gayrimenkul ve iştirak hisselerinden doğan kazançlar içinde uygulanacağı belirtilmiş, 3065 sayılı Kanunun geçici 10. maddesinde de bu kapsamdaki teslimler katma değer vergisinden istisna tutulmuş olup, devirlerin rızaen veya icra yoluyla yapılmış olması konusunda yasada

bir ayrım yapılmamış ve icra yoluyla yapılan satışlara istisna hükmünün uygulanamayacağına dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Bu durumda bankaya olan borcu nedeniyle şirket adına kayıtlı taşınmazın icra yolu ile bankaya satışı istisna kapsamında bulunduğundan, aksi yönde verilen Mahkeme kararında isabet görülmemiştir.

Bu nedenle temyiz isteminin kabulü ile Mahkeme kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Canan Koçyiğit'in Düşüncesi: Kurumlar Vergisi Kanununun geçici 29/1-6. maddesi ile Katma Değer Vergisi Kanununun Geçici 10. maddesi uyarınca davacı bankanın icra kanalıyla taşınmaz satın alma işlemi istisna kapsamında olduğundan mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık, davacı bankanın icra kanalıyla satın aldığı taşınmaza ait katma değer vergisinin istisna kapsamında olup olmadığına ilişkindir.

Kurumlar Vergisi Kanununa 4684 sayılı Kanunun geçici 18. maddesiyle 3.7.2001 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere eklenen geçici 29. maddesinin 1/6. bendinde; Türkiye'de faaliyette bulunan bankaların aktifinde kayıtlı olan gayrimenkuller ve iştirak hisselerinin satışından doğan kazançlar ile bu bankalara doğrudan veya dolaylı olarak iştiraki bulunan tam mükellef sermaye şirketlerinin aktifinde kayıtlı olan gayrimenkuller ve iştirak hisselerinin satışından doğan kazançların satışın yapıldığı yılda banka sermayesine ilave edilen kısmının kurumlar vergisinden müstesna olduğu, vadeli satış halinde, satışın yapıldığı hesap dönemini takip eden ikinci hesap dönemi sonuna kadar banka sermayesine ilave edilen tutarların da bu istisnadan yararlanacağı, ilk yapılan tahsilatın iştirak hissesi veya gayrimenkulün maliyet bedeline ilişkin olduğunun kabul edileceği, bu bent hükmüne göre vergiden müstesna tutulan kazançların, Gelir Vergisi Kanununun 94. maddesinin 1. fıkrasının (6) numaralı bendinin (b-ii) alt bendine göre vergi tevkifatına tabi tutulmayacağı, Türk Ticaret Kanununun 391. maddesinin bu suretle gerçekleştirilecek sermaye artırımına aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı, bu bent hükmünün yürürlüğe girdiği tarihten sonra bu bent kapsamında yapılacak işlemlerin tapu ve kadastro harcından müstesna olduğu, bu hükümden yararlanan kurumların gayrimenkul ile iştirak hisselerinin satışından doğan kazancın tespitinde Gelir Vergisi Kanununun 38. maddesinin son fıkrası hükmünün uygulanmayacağı, bu bentte belirtilen istisna hükümlerinin bu bendin yürürlük tarihi itibarıyla banka kayıtlarına göre Türkiye'de faaliyet gösteren bankalara borçlu durumda olan tam mükellef sermaye şirketlerinin ve kefillerinin, bu kanunun yayımı tarihinde sahip oldukları ve bu borçlara karşılık bankalara devrettikleri gayrimenkul ve iştirak hisselerinden doğan kazançlar için de uygulanacağı hükmü yer almaktadır.

Katma Değer Vergisi Kanununun Geçici 10. maddesinde de, 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun Geçici 28. ile geçici 29. maddesinin birinci fıkrasının (6) ve (7) numaralı bentleri kapsamındaki teslimlerin vergiden müstesna olduğu hükme bağlanmıştır.

Olayda davacı bankadan kredi alan … Çuval Sanayi A.Ş.'nin borcu ödeyememesi üzerine adına kayıtlı taşınmazın icra yolu ile satışa çıkarıldığı, davacı bankanın ihaleye katılarak bu taşınmazı satın aldığı ve satış bedeli üzerinden hesaplanarak davacı banka tarafından ihtirazi kayıtla ödenen katma değer vergisinin iadesi istemiyle işbu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Vergi mahkemesince icra kanalıyla ve ihale suretiyle yapılan satın almaların yukarıda yer alan madde hükümlerinde belirtilen istisna kapsamında değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de, anılan maddelerde borçlu şirketlerin ellerindeki taşınmazların devirlerinin rızaen veya icra kanalıyla yapılmış olması konusunda bir

ayrım yapılmadığından istisna hükümlerinin uygulanamayacağının kabulü mümkün bulunmamaktadır.

Bu durumda dava konusu katma değer vergisinin dayanağı satış işlemi istisna kapsamında bulunduğundan mahkemece aksi yönde verilen kararda yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile Samsun Vergi Mahkemesinin 23.5.2003 tarih ve 2003/1001 sayılı kararının bozulmasına 16.2.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2003/1414
Karar No : 2005/226

Özeti : Veraseten intikal eden tarla vasfındaki arazinin rızai taksimi sonucu oluşan ve diğer hissedarlara ait parselleri de satın alan davacının, bu arsaların satışından elde ettiği kazancın ticari kazanç hükümlerine göre vergilendirilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: İnegöl Vergi Dairesi Müdürlüğü -İnegöl/ BURSA
Karşı Taraf : ...
İstemin Özeti : Veraseten intikal eden tarla vasfındaki arazinin rızai taksimi sonucu oluşan ve diğer hissedarlara ait parselleri de satın alan davacının bu arsaların satışından elde ettiği ticari kazanç nedeniyle katma değer vergisi beyanında bulunmadığından bahisle Mart, Mayıs ve Haziran/1999 dönemlerine ilişkin olarak tarh edilen vergi ziyaı cezalı katma değer vergisinin kaldırılması istemiyle açılan davayı; ticari kazanca konu edilebilir bir gelirden söz edilebilmesi için, ticari işletme şeklinde ticari bir organizasyon olması gerektiği, birden çok satış yapılmasının, devamlılık unsurunun ve ticari organizasyonun varlığına karine teşkil etmeyeceği gerekçesiyle kabul eden Bursa Vergi Mahkemesinin 9.10.2002 tarih ve 2002/1304 sayılı kararının; yükümlünün bir yıl içerisinde birden fazla gayrimenkul satışı yaptığı, bir nedenle bu faaliyetinin devamlılık unsuru içerdiği ve ticari kazanç elde ettiği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Yasal dayanaktan yoksun temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Savcısı Zerrin Güngör'ün Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Ö.Faruk Ateş'in Düşüncesi: İleri sürülen iddialar usule ve hukuka uygun Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar, sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına, 9.2.2005 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Uyuşmazlık; yükümlü adına yapılan vergi ziyaı cezalı tarhiyata karşı açılan davayı kabul eden vergi mahkemesi kararının bozulması istemine ilişkin bulunmaktadır.

Yükümlü adına aynı dönem için aynı nedenle yapılan cezalı gelir vergisi tarhiyatına karşı açılan davayı aynı gerekçeyle kabul eden vergi mahkemesi kararı Danıştay 3. Dairesinin 2.6.2004 tarih ve E:2003/501, K:2004/1648 sayılı kararı ile; veraset yoluyla intikal eden tarla vasfındaki arazinin parselasyona tabi tutulması sonucu iktisap eden davacının 11 adet taşınmazı farklı tarihlerde sattığının tespit edildiği, davacının faaliyetinin gayrimenkul alım satım işiyle uğraşıldığına karine teşkil etttiği, bu satışlardan kazanç sağlama amacı taşımadığını kanıtlayamayan davacının bu faaliyeti nedeniyle elde ettiği kazancının ticari kazanç olarak vergilendirilmesine ilişkin tüm koşulların gerçekleştiği anlaşıldığından takdir olunan matrahın miktarının hukuka uygun olup olmadığının araştırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken tarhiyatın kaldırılması yolundaki vergi mahkemesi kararında hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle bozulmuş bulunmaktadır.

Gelir vergisi matrahı katma değer vergisi matrahını da oluşturduğundan katma değer vergisine ilişkin temyize konu vergi mahkemesi kararında isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle vergi dairesi müdürlüğü temyiz istemi kabul edilerek Bursa Vergi Mahkemesinin 9.10.2002 tarih ve 2002/1304 sayılı kararının bozulması gerektiği görüşüyle karara karşıyız.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2004/1017
Karar No : 2005/1154

Özeti : İçkili lokantalarda katma değer vergisi oranının %15 mi, % 23 mü olacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Silivri Vergi Dairesi Müdürlüğü-İSTANBUL
Karşı Taraf : … Meşrubat ve Gıda Sanayi Ltd. Şti.
İstemin Özeti : İçkililokanta işleten yükümlü adına 1998/Kasım-Aralık dönemleri için tarh olunan ağır kusur cezalı katma değer vergisinin kaldırılması istemiyle açılan davayı; uyuşmazlığın, yükümlüye ait içkili lokanta için % 15' mi %23' mü katma değer vergisi oranının uygulanacağına ilişkin olduğu, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 28. maddesine ekli III/B-5 listesinde; gazinolar, bar, pavyon,gece kulübü,taverna, diskotek, dansing ve benzeri eğlence yerlerinde verilen hizmetlerin %23 oranında katma değer vergisine tabi olduğunun hükme bağlandığı, ancak içkili lokantalar bu maddede sayılan eğlence yerlerinden olmadığından %23 oranında katma değer vergisine tabi tutulmasında ve dava konusu cezalı tarhiyatın yapılmasında isabet görülmediği gerekçesiyle kabul eden İstanbul 8. Vergi Mahkemesinin 8.10.2003 tarih ve 2003/2370 sayılı kararının; içkili lokantada canlı müzik hizmeti verilmesinin eğlendirici faaliyet olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Savcısı Buket Oral'ın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Güneş Kurtoğlu Karacık'ın Düşüncesi: İleri sürülen iddialar usule ve hukuka uygun Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar, sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına 4.5.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

VERGİ BARIŞI KANUNU

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2004/1361
Karar No : 2005/777

Özeti : 4811 sayılı Kanun kapsamında davadan vazgeçildiği bildirildikten sonra, artık davadan vazgeçilmesi yolundaki başvurudan vazgeçilmesinin mümkün olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Kadıköy Vergi Dairesi Müdürlüğü-İSTANBUL
Karşı Taraf : ... İthalat İhracat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş
İstemin Özeti : 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunundan yararlanmaktan vazgeçme talebinin reddine ilişkin davalı idarenin 18.4.2003 tarih ve B.07.DEF.4.34.59.30 /13220 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davayı; olayda, davacının kanuni süresi içinde 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunundan yararlanmak amacıyla başvurduktan sonra süresi içinde bu talebinden vazgeçtiği, bunu tamamiyle kendi iradesi ile gerçekleştirdiği anlaşıldığından ve Kanunda bunu da yasaklayan bir durum bulunmadığından, davalı idarece hiç bir gerekçe ileri sürülmeden vazgeçme talebinin kabul edilmemesi yönünde tesis edilen dava konusu işlemde isabet görülmediği gerekçesiyle kabul eden İstanbul 8. Vergi Mahkemesi'nin 10.11.2003 tarih ve 2003/2815 sayılı kararının; davadan vazgeçildiğine dair ibarenin de yer aldığı Vergi Barışı Kanunundan yararlanma talebine ilişkin başvuru dilekçesi idarelerine verildikten sonra bu vazgeçme talebinin geri alınmasının mümkün olmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Savcısı Buket Oral'ın Düşüncesi: 4811 sayılı Kanunun amacının, amme alacağının tahsili hızlandırmak ve açılan davalardan vazgeçmeyi sağlamak olduğu

gözönüne alındığında, anılan Kanunun 3. madde hükmü gereğince hesaplanan vergi ve gecikme zammını ödeyeceği ve davasından vazgeçtiği yönünde irade beyanında bulunan davacı şirketin, artık bu talebinden vazgeçmesi mümkün olmadığından idarece tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Tetkik Hakimi Güneş Kurtoğlu Karacık'ın Düşüncesi: Davalı idareye verdiği 10.3.2003 tarih ve 24360 sayılı dilekçe ile davasından vazgeçtiği yönünde beyanda bulunan davacının, bu dilekçesi ile artık ihtilaf sona erdiğinden, bu defa davadan vazgeçilmesi yolundaki başvurudan vazgeçilmesi mümkün bulunmadığından, davalı idarenin dava konusu işleminin onanması icap ederken kaldırılmasında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından adına 1996/Ocak-Ekim dönemlerine ilişkin olarak re'sen tarh edilen katma değer vergisinin kaldırılması istemiyle İstanbul 1. Vergi Mahkemesi'nin E:2001/131 sayılı dosyasında açılan davanın 1.7.2002 tarih ve 2002/1738 sayılı kararla reddedilmesi üzerine bu kararın 8.1.2002 tarihli dilekçe ile Danıştay Dokuzuncu Dairesi (E:2002/5583) nezdinde temyiz edildiği, bu aşamada 27.2.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunundan yararlanmak amacıyla süresi içinde Kadıköy Vergi Dairesi Müdürlüğüne 10.3.2003 tarih ve 24360 sayılı davadan vazgeçildiğini bildiren dilekçenin verildiği, akabinde de 28.3.2003 tarih ve 41898 sayılı dilekçe ile 4811 sayılı Kanundan yararlanma talebinden vazgeçildiği belirterek davadan vazgeçme talebinin geri alındığı, Danıştay nezdindeki davalarının yürümesi ve 4811 sayılı Kanuna göre şirketleri adına düzenlenen ödeme tablosunun iptalinin istenildiği, aynı taleple Danıştay Dokuzuncu Dairesine de başvurulduğu, davalı idarece de 18.4.2003 tarih ve B.07.DEF.4.34.59.30/13220 sayılı işlemle 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunundan yararlanmaktan vazgeçme talebinin reddedilmesi sonucu bu işlemin iptali istemiyle açılan bu davanın İstanbul 8. Vergi Mahkemesince kabulü üzerine de davalı idarece temyizen Danıştay'a gelindiği anlaşılmıştır.

Her ne kadar Vergi Mahkemesince; 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunundan yararlanmaktan vazgeçmenin mümkün olduğu yönünde karar verilmişse de, anılan kanundan yararlanmanın ön şartı, dava açılmaması ve açılmış davalardan vazgeçilmesi olduğundan ve 4811 sayılı Kanundan yararlanmak üzere davadan vazgeçildiği yolunda davacı tarafından 10.3.2003 tarihinde davalı idareye verilen dilekçe üzerine ihtilaf sona erdiğinden, bu defa davadan vazgeçilmesi yolundaki başvurudan vazgeçilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Bu nedenle davalı idarenin 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunundan yararlanmaktan vazgeçme talebinin reddine ilişkin dava konusu işleminin Vergi Mahkemesi'nce onanması icap ederken iptaline hükmedilmesinde isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, İstanbul 8.Vergi Mahkemesi'nin 10.11.2003 tarih ve 2003/2815 sayılı kararının bozulmasına 30.3.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2003/3829
Karar No : 2005/694

Özeti : İndirimli orana tabi teslim ve hizmetler sonucu yüklenilen ve indirim yoluyla giderilemeyen katma değer vergisinin iadesi talebinin, düzeltme hükümleri çerçevesinde yerine getirilip getirilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Bornova Vergi Dairesi Başkanlığı/İZMİR
Karşı Taraf : ... İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.
İstemin Özeti : İndirim konusu yapılamayan 64.034.460.000 TL. katma değer vergisinin iadesi isteminin reddine ilişkin 10.10.2002 tarih ve 28345 sayılı davalı idare işleminin iptali istemiyle açılan davayı; uyuşmazlığın, indirimli orana tabi teslim ve hizmetler sonucu yüklenilen ve indirim yoluyla giderilemeyen katma değer vergisinin iadesi talebinin düzeltme hükümleri çerçevesinde yerine getirilip getirilemeyeceğine ilişkin bulunduğu, dosyanın incelenmesinden, inşaat taahhüt işi yapan yükümlünün, 1999,2000 ve 2001 yıllarına ait katma değer vergisi beyannamelerini süresi içinde verdiği, iade hakkını kullanmayıp yüklendiği vergiyi indirim konusu yaptığı, daha sonra 30.1.2001 tarihli dilekçesi ile de düzeltme beyannamelerini vererek indirimli orana tabi teslim ve hizmetler sonucu yüklendiği ve indirim yoluyla gideremediği katma değer vergisinin iadesi talebinde bulunduğu, ancak bu iade talebini 74,76,82 ve 85 sayılı Katma Değer Vergisi Genel Tebliğlerinde öngörülen süreler içinde yapmadığı için iade talebinin davalı idarece reddedildiği ve bu ret işleminin iptali istemiyle iş bu davanın açıldığının anlaşıldığı, inşaat girdisi emtialarında katma değer vergisi oranının %18, 150 m2'ye kadar konut teslimleri ile konut yapı kooperatiflerine yapılan inşaat taahhüt işlerinin %1 katma değer vergisine tabi olması nedeniyle hesaplanan katma değer vergisi ile indirilebilir katma değer vergisi arasındaki farkın mükellef aleyhine orantısız derecede büyük olması, indirime tabi olmayan emtia ticareti ile uğraşan mükelleflerin ticari dengeleri gereği kısa sürede indirime konu edebilecekleri vergi yükünü uzun süre taşımaları sonucunu doğuracağından, vergide eşitlik ve adalet ilkelerine uygun olarak 3065 sayılı Kanunun 29.maddesi ile devir yerine iade mekanizmasının getirildiği, bu durumda,olayda 213 sayılı Yasanın düzeltmeye ilişkin hükümleri uyarınca verilmiş bir beyannamenin bulunması ve yasada düzeltme için tanınan sürenin aşılmaması karşısında yine tebliğ ile yasada belirlenmiş olan hakların kısıtlanması düşünülemeyeceğinden, düzeltme ve iade isteminin,"süresinde verilen beyannamelerde iade talebi bulunmadığı için indirilemeyen vergileri sonraki dönemlerde indirmek üzere devretmeyi tercih ettiği, süresinden sonra verilecek düzeltme beyannameleri ile iade talep edilemeyeceği" gerekçesiyle reddedilmesinde hukuka uyarlılık görülmediği gerekçesiyle kabul eden İzmir 2. Vergi Mahkemesinin 23.10.2003 tarih ve 2003/1702 sayılı kararının; iade talebini süresi içinde yapmayan yükümlünün bu talebinin reddinde isabetsizlik bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.
Danıştay Savcısı Cavit Zeybek'in Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü

Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Güneş Kurtoğlu Karacık'ın Düşüncesi: İleri sürülen iddialar usule ve hukuka uygun Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar, sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına 23.3.2005 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

AYRIŞIK OY

3065 sayılı Kanunun 4369 sayılı Kanunla değişik 29/2. maddesinde; bir vergilendirme döneminde indirilecek katma değer vergisi toplamı, mükellefin vergiye tabi işlemleri dolayısıyla hesaplanan katma değer vergisi toplamından fazla olduğu takdirde aradaki farkın sonraki dönemlere devir olunacağı ve iade edilmeyeceği, şu kadar ki 28. madde uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından vergi nisbeti indirilen teslim ve hizmetlerle ilgili olup teslim ve hizmetin gerçekleştiği vergilendirme döneminde indirilemeyen ve tutarı Bakanlar Kurulunca tespit edilecek sınırı aşan verginin, bu mükelleflerin vergi ve sosyal sigorta prim borçları ile genel ve katma bütçeli idareler ile belediyelere olan borçlarına ya da döner sermayeli kuruluşlar ile sermayesinin %51'i veya daha fazlası kamuya ait olan veya özelleştirme kapsamında bulunan işletmelerden temin ettikleri mal ve hizmet bedellerine ilişkin borçlarına mahsuben ödeneceği, yılı içinde mahsuben iade edilemeyen verginin nakden iade edileceği, Maliye Bakanlığ'nın bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları tespit etmeye yetkili olduğu hükme bağlanmıştır. Anılan madde uyarınca verilen yetki uyarınca da söz konusu iadelerin hangi usul ve esaslara göre yapılacağı hususunda 74,76,82 ve 85 seri nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğleri yayımlanmış bulunmaktadır.

Sözkonusu Tebliğlerden, 74 seri nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinde, indirimli orana tabi işlemlerde iade uygulamasına ilişkin esaslar belirlenmiş olup,1999 yılı için hesaplanan katma değer vergisi iade tutarının , 2000 yılının Ağustos dönemine ait olup 25 Eylül 2000 tarihine kadar verilmesi gereken beyannameler esas alınarak talep edilebileceği,76 seri nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinde ise, iade hesabını bu süreye kadar tamamlamayan mükelleflerin 2000 yılının Eylül,Ekim veya Kasım dönemine ait beyannemelere dayanarak da iade talep edebilecekleri, 82 seri nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinde de,Bakanlar Kurulunca 2000 yılı için belirlenen miktarı aşan verginin iadelerine ilişkin hesaplamaları 2001/Mart dönemi beyannamelerinde tamamlayamamış mükelleflerin Nisan,Mayıs ve Haziran 2001 dönemlerine ilişkin beyannamelerde iade talep etmelerinin mümkün olduğu açıklanmıştır.

Bu açıklamalar karşısında, mükelleflerin indirim hakkını kullanmayıp, iade hakkını kullanmaları halinde, bu hakkın tebliğde belirtilen sürelerde kullanılması gerekmektedir.

Olayda ise , yükümlü şirketin, vergi nisbeti indirilen teslim ve hizmetlerle ilgili olarak vergi iadesini ilgili Tebliğlerde belirtilen sürelerde talep etmediği,bu süreler geçirildikten sonra düzeltme yolu ile istediği görülmüştür.

Bu itibarla idarece; iade isteminin süresinde verilen beyannamelerde iade talebi bulunmadığı için indirilemeyen vergilerin sonraki dönemlerde indirmek üzere devretmeyi

tercih ettiği, süresinden sonra verilecek düzeltme beyannameleri ile iade talep edilemeyeceği görüşü ile istemin reddine ilişkin işlemde isabetsizlik bulunmamaktadır. Öte yandan , Vergi Mahkemesince olayın 213 Sayılı Kanunun düzeltmeye ilişkin hükümleri kapsamında bulunduğu belirtilmiş ise de, katma değer vergisi iadesi konusunda özel bir düzenleme mevcut olduğundan, uyuşmazlıkta 213 sayılı Kanundaki düzeltme hükümlerine göre düzeltilmesi gereken bir durum da söz konusu değildir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerektiği görüşüyle karara karşıyım.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2003/2571
Karar No : 2005/494

Özeti : Şirket adına düzenlenen vergi ceza ihbarnameleri ile ödeme emirlerinin usulüne uygun şekilde tebliğ edilmedikleri anlaşıldığından, şirket yönünden kesinleşmeyen amme alacağının ödenmesinden kanuni temsilci olan davacının sorumlu tutulmasında isabet bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Ahmet Tacer
Vekili :Av. …
Karşı Taraf : Marmara Kurumlar Vergi Dairesi Başkanlığı-İSTANBUL
İstemin Özeti : Kanuni temsilcisi olduğu … Gıda İth. İhr.Ltd.Şti'nin vergi borçlarının tahsili amacıyla 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesi ile 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesi uyarınca davacı adına düzenlenen ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden, … Gıda İth.İhr.Ltd. Şti adına 1997 yılının çeşitli dönemlerine ilişkin olarak takdir komisyonu kararı uyarınca cezalı tarhiyat yapıldığı, bu cezalı tarhiyata ilişkin ihbarnamelerin, şirketin adresini terk etmesi nedeniyle tebliğ edilememesi üzerine ilanen tebliğ edilerek kesinleştirildiği, kanuni süresi içinde herhangi bir ödeme yapılmaması nedeniyle de bu vergi ve cezaların tahsili amacıyla şirket adına ödeme emirleri düzenlendiği, bu ödeme emirlerinin de tebliğ edilememesi üzerine ilanen tebliğ edilerek kesinleştirildiği, şirket hakkında mal varlığı araştırmaları yapıldığı, bankalara ve belediyelere mal varlığının olup olmadığının sorulduğu, herhangi bir malının bulunmaması üzerine de, borcun şirketten tahsil olanağının kalmadığından bahisle şirketin 2. müdürü olan davacı adına dava konusu ödeme emirlerinin düzenlendiğinin anlaşıldığı, her ne kadar davacı, borcun ait olduğu dönemde şirkette kanuni temsilci sıfatı bulunmadığını iddia etmişse de, dosyada mevcut 9.6.4998 tarihli Ortaklar Kurulu Kararı ve 4567 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinin incelenmesinden, davacının borcun istendiği dönemlerde şirketin 2. müdürü olduğu tespit edildiğinden, 213 sayılı Vergi Usul Kanunun 10. maddesi uyarınca düzenlenen ödeme emirlerinde isabetsizlik görülmediği, davacı ikinci olarak, tarh aşamasında şirket adına çıkarılan tebligatta usulsüzlük bulunduğunu ileri sürmüşse de, bu iddianın bu aşamada incelenemeyeceği, davacı, şirkette kanuni temsilci olduğundan ve bu sıfatla 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10. maddesi uyarınca takip edildiğinden, davacının borçtan hisse miktarında sorumlu olması gerektiği yönündeki iddiasında da isabet görülmediği, bu durumda, dosyadaki bilgi ve belgelerden şirketten tahsil olanağı kalmadığı anlaşılan vergi borcunun, borcun ait olduğu dönemde şirkette 2. müdür olan davacıdan istenmesinde isabetsizlik bulunmadığı gerekçesiyle reddederek ödeme emirlerini tasdik eden İstanbul 2. Vergi

Mahkemesi'nin 7.5.2003 tarih ve 2003/1900 sayılı kararının; şirket adına düzenlenen vergi ceza ihbarnameleri ile ödeme emirlerinin, bu şirkete usulüne uygun olarak tebliğ edilmediği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Savcısı Buket Oral'ın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Güneş Kurtoğlu Karacık'ın Düşüncesi: Dosyanın incelenmesinden, şirket adına düzenlenen vergi ceza ihbarnameleri ile ödeme emirlerinin usulüne uygun şekilde tebliğ edilmedikleri anlaşıldığından, şirket yönünden kesinleşmeyen amme alacağının ödenmesinden kanuni temsilci olan davacının sorumlu tutulmasında ve bu amaçla dava konusu ödeme emirlerinin düzenlenmesinde isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Duruşma istemi, 2577 sayılı Kanunun 17. maddesi uyarınca yerinde görülmeyerek incelemeye geçildi;

Olayda, … Gıda İthalat İhracat Limited Şirketi'nin 1996/Şubat,Mart,Nisan ve 1997/Ocak-Ağustos dönemlerine ait vergi borçlarının tahsili amacıyla 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10. maddesi ile 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddeleri uyarınca bu şirketin kanuni temsilcisi (2. müdürü) olan davacı adına düzenlenen ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden,18.11.1998 tarihinde yapılan yoklamada, … Gıda İth.İhr.Ltd. Şti'nin 1997/Haziran döneminde işini terk ettiği, başka adresinin bilinmediği tespit edilerek 1997 yılına ilişkin olarak 30.12.1998 tarihinde re'sen takdire sevk edildiği, takdir komisyonu kararları uyarınca düzenlenen vergi ceza ihbarnamelerinin bilinen adreslerde tebliğ edilemediği belirtilerek ilanen tebliğ edilerek kesinleştirildiği, kanuni süresi içinde herhangi bir ödeme yapılmaması nedeniyle de bu vergi ve cezaların tahsili amacıyla şirket adına ödeme emirleri düzenlendiği, bu ödeme emirlerinin de tebliğ edilememesi üzerine ilanen tebliğ edilerek kesinleştirildiği, şirket hakkında yapılan mal varlığı araştırmalarından da sonuç
alınamaması üzerine borcun şirketten tahsil olanağının kalmadığından bahisle bu şirketin kanuni temsilcisi olan davacıdan vergi borcunun tahsili amacıyla dava konusu ödeme emirlerinin düzenlendiği anlaşılmıştır.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10. maddesinde, tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevlerin kanuni temsilcileri tarafından yerine getirileceği, yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükellef veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacakların, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınacağı hükme bağlanmıştır.

Bu çerçevede, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun yukarıda anılan 10. maddesi hükmüne göre kanuni temsilci ya da ortak sıfatıyla ilgili kişilerin takip edilebilmesi için, vergi borcunun usulüne uygun bir biçimde tarh, tahakkuk, tebliğ, safhalarından geçerek borcun

kesinleştirilmesi, vergi borçlusu hakkında tüm takip yollarının tüketilmesi ve amme alacağının vergi borçlusundan kısmen veya tamamen tahsil imkanının bulunmadığının somut bir biçimde ortaya konulması gerekmektedir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun "Tebliğ Esasları" başlıklı 93. maddesinde, tahakkuk fişinden gayri, vergilendirme ile ilgili olup, hüküm ifade eden bilimum vesikaların ve yazıların adresleri bilinen gerçek ve tüzel kişilere posta vasıtasıyla ilmühaberli taahhütlü olarak, adresleri bilinmeyenlere ilan yolu ile tebliğ edileceği, aynı Kanunun " Tebliğ Evrakının Teslimi" başlıklı 102. maddesinde de, muhatabın zarf üzerinde yazılı adresini değiştirmesinden dolayı bulunamamış olması halinde posta memurunun durumu zarf üzerine yazacağı ve mektubun posta idaresince derhal tebliği yaptıran daireye geri gönderileceği, muhatabın geçici olarak başka bir yere gittiği, bilinen adresinde bulunanlar veya komşuları tarafından bildirildiği takdirde keyfiyet ve beyanda bulunanın kimliğinin tebliğ alındısına yazılarak altının beyanı yapana imzalattırılacağı, imzadan imtina ederse tebliği yapanın bu ciheti şerh ve imza ederek tebliğ edilemeyen evrakı çıkaran mercie iade olunacağı, bunun üzerine tebliği çıkaran merci tarafından tayin olunacak münasip bir süre sonra yeniden tebliğe çıkarılacağı, ikinci defa çıkarılan tebliğ evrakı da aynı sebeble tebliğ edilemeyerek iade olunursa tebliğin ilan yoluyla yapılacağı ve son fıkrasında da, yukarıdaki fıkralarda yazılı işlemlerin komşularından bir kişi veya muhtar veya ihtiyar heyeti üyelerinden veyahut bir zabıta memuru huzurunda icra ve keyfiyeti taahhüt ilmuhaberine yazılarak tarih ve imza vazedilmek ve hazır bulunanlara da imzalattırmak suretiyle tespit olunacağı hükmü yer almıştır.

Olayda, … Gıda İth. İhr. Ltd. Şti'nin 30.12.1998 tarihinde yapılan takdire sevk işleminden önce 4.3.1998 tarihli adres tespit tutanağı ve 18.11.1998 tarihinde yapılan yoklama ile şirketin 1997/Haziran ayı itibarıyla "..." adresini terk ettiği, yeni adresinin bilinmediği hususları çevreden araştırılarak tespit edildiği ve aynı adreste … Tarım Ürünleri Gıda Limited Şirketi'nin faaliyet gösterdiği tespit edildiği halde aynı adresin 23.11.1999 ve 30.11.1999 tarihlerinde bu şirket adına düzenlenen vergi ceza ihbarnameleri ile ödeme emirlerinin tebliği için kullanılmasında isabet görülmemiştir.Ayrıca dosyada ayrıca yer alan 9.6.1998 tarihli "Ortaktan Ortağa Limited Şirket Hisse Devir Sözleşmesi " nde davacı …'in ikametgah adresi mevcut iken, bu adres, bilinen adresler arasında mütalaa edilip şirket adına düzenlenen ihbarnamelerin bu adreslere posta yoluyla tebliği yoluna gidilmediği de tespit edildiğinden, daha önce terk edildiği bilinen adreste düzenlenen adres tespit tutanağına dayanılarak ilanen tebliğ şartlarının oluştuğunu da söylemek mümkün değildir.

Bu durum karşısında, şirket adına düzenlenen vergi ceza ihbarnameleri ile ödeme emirlerinin şirkete usulüne uygun olarak tebliğ edilmediği sonucuna varıldığından, şirket yönünden kesinleşmeyen amme alacağının ödenmesinden kanuni temsilci olan davacının sorumlu tutulmasında ve bu amaçla ödeme emirleri düzenlenmesinde isabet görülmemiştir.

Öte yandan, dosyada bulunan şirket adına düzenlenen ödeme emirlerinin tebliğine ilişkin tebliğ alındısının incelenmesinden, bu tebligat yapılırken 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 102. maddesinde belirtilen şartlara da uyulmadığı, vergi ceza ihbarnamelerinin tebliğine ilişkin tebliğ alındısının da dosyada bulunmadığı anlaşıldığından, ortada şirket adına kesinleşmiş bir amme alacağının bulunduğundan da söz etmeye olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, İstanbul 2.Vergi Mahkemesi'nin 7.5.2003 tarih ve 2003/1900 sayılı kararının bozulmasına 9.3.2005 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, usule ve hukuka uygun Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını gerektirir nitelikte görülmediğinden, temyiz isteminin reddi gerekeceği oyu ile karara katılmıyoruz.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Dokuzuncu Daire
Esas No : 2003/1255
Karar No : 2005/102

Özeti : İcra Müdürlüğünce, icra yolu ile yapılan müzayede sonucu, ipotekli bulunan taşınmazın davacı banka tarafından satın alınması sırasında ödenen katma değer vergisinin iadesi istemiyle açılan davada, davacı bankanın dava açma ehliyetinin bulunduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: … Bankası A.Ş.
Vekilleri : Av. …
Karşı Taraf : Sultanahmet Vergi Dairesi Müdürlüğü - İSTANBUL
İstemin Özeti : İstanbul 10. İcra Müdürlüğünce icra yolu ile yapılan müzayede sonucu, ipotekli bulunan taşınmazın davacı banka tarafından satın alınması sırasında ödenen katma değer vergisinin, 5422 sayılı Yasanın geçici 29. maddesinin 6. fıkrasına paralel olarak düzenlenen 3065 sayılı Yasanın geçici 10. maddesiyle getirilen katma değer vergisi muafiyeti nedeniyle iadesi istemiyle açılan davayı; dava dosyasının incelenmesinden, 3065 sayılı Yasanın 40. maddesinin Maliye Bakanlığına verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan 48 seri nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinde icra yoluyla yapılan satışlarda katma değer vergisi uygulamasında, katma değer verginin mükellefinin satışı gerçekleştiren icra müdürlükleri olduğunun belirtildiği, bu nedenle davacı şirketin mükellef veya vergi sorumlusu sıfatı bulunmadığından dava açma ehliyeti olmadığı gerekçesiyle reddeden İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin 13.11.2002 tarih ve 2002/2017 sayılı kararının; her ne kadar İcra Müdürlükleri vergi mükellefi kabul edilse de olayda katma değer vergisini ödeyenin kendileri oldukları bu nedenle dava açma ehliyetinin olduğunun kabulü gerekeceği ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Yasal dayanaktan yoksun olan temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Savcısı Buket Oral'ın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Ömer Faruk Ateş'in Düşüncesi: Katma değer vergisi harcamalar üzerinden alınan bir tüketim vergisidir. Bu nedenle esas itibarıyla nihai tüketicileri vergilendirmeyi amaçlayan bir sistem üzerine oturtulmuştur. Katma Değer Vergisi Kanununun genel sistematiği dikkate alındığında davacı bankanın dava açmaya ehil olmadığı düşünülebilir. Ancak ihtilaf konusu olayda özel bir uygulama vardır. Katma Değer Vergisi Kanununun 10. maddesinin Maliye Bakanlığına verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan 48 seri nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği ile İcra Müdürlükleri, icra yoluyla yapılan satışlarda verginin mükellefi kabul edilmişlerdir. Buna karşın katma değer vergisinin yansıtmalı bir vergi olması nedeniyle vergiyi asıl ödeyen taraf taşınmazı satın alın taraf olmaktadır. Bu nedenle

bir kamu kurumu durumunda olan icra müdürlüklerinin yaptığı kamu hizmetinden dolayı mükellef sayılmasının gerek Vergi Usul, gerekse Katma Değer Kanununda getirilmek istenen "mükellefiyet" kavramı ile bağdaşmayacağı kuşkusuzdur. Satışı yapan icra müdürlüğü ile yapılan işlem arasında bir menfaat ilişkisi de olmadığına göre davacı bankanın dava ehliyetinin bulunduğunun kabulü gerekirken aksi yöndeki mahkeme kararında isabet yoktur.

Açıklanan nedenlerle mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık, ipotekli olan taşınmazın cebri icra yoluyla davacı banka tarafından satın alınması sırasında ödenen katma değer vergisinin iadesi istemine ilişkin bulunmaktadır.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 1. maddesinin 3/d bendinde; Hazinece yapılan taşınmaz mal satışları hariç müzayede mahallerinde ve gümrük depolarında yapılan satışların katma değer vergisi konusunu teşkil eden işlemlerden olduğu hükme bağlanmıştır. Aynı Yasanın 40. maddesinin 4108 sayılı Kanunla değişik 5. fıkrasında Maliye Bakanlığına bu Kanunun 17. maddesinin 1. fıkrasında sayılan kurum ve kuruluşlara, sadece vergiye tabi işlemlerin bulunduğu dönemler için beyanname verdirmeye, beyanname yerine kaim olmak üzere işleme esas belgeleri kabul etmeye, bu mükelleflere ait verginin beyan ve ödeme zamanı ile tahsiline ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetki verildiği bu yetki çerçevesinde çıkarılan 48 seri nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin D bölümünde icra yoluyla yapılan satışlarda katma değer vergisi uygulamasında verginin mükellefinin, satışı gerçekleştiren icra daireleri olduğu belirtilmiştir.

Genel olarak, cebri icra yoluyla yapılan satışlarda, satışı yapan kişi veya kuruluşun mükellef sayılması doğaldır. Ancak, olayda olduğu gibi, bir kamu kurumu durumunda olan İcra Müdürlüğünün yaptığı kamu hizmetinden dolayı mükellef tutulmasının "mükellefiyet" kavramı ile bağdaşmayacağı kuşkusuzdur. Böyle bir durumda satışı yapan icra dairesi ile kurulan işlem arasında bir menfaat ilişkisi de bulunmamaktadır.

Katma değer vergisi yansıtmalı bir vergidir. Verginin yükümlüsü başlangıçta satışı yapan icra müdürlüğü ise de, verginin "yansıtılabilirlik özelliği nedeniyle vergi yükü, açık artırma yoluyla yapılan satış sonucunda taşınmazı satın alan davacının üzerinde kalmaktadır. Bu durumda, kesin satış bedeli üzerinden tahakkuk ettirilen katma değer vergisini yüklenen davacı, mükellef durumundadır.

Bu nedenle davacı bankanın dava ehliyetinin bulunduğunun kabulü gerekirken aksi yöndeki mahkeme kararında isabet bulunmamaktadır.

Öte yandan, esas hakkında karar verilirken davacı bankanın muaf olduğu yolundaki 5422 sayılı Yasanın geçici 29. maddesinin 6 bendi ve bu bende paralel olarak ihdas edilen 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun geçici 10. maddesinin dikkate alınması gerekeceği tabiidir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin 13.11.2002 gün ve 2002/2017 sayılı kararının bozulmasına 2.2.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ONUNCU DAİRE KARARLARI

BANKALAR VE ŞİRKETLER

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2002/2504
Karar No : 2005/1366

Özeti : Faktoring şirketi olarak faaliyet gösteren davacı şirketin tefecilik yaptığının belirlenmesi üzerine faaliyet izninin usulde paralellik ilkesi gereği iptal edilebileceği hakkında.

Temyiz Eden (Davacı): … Finans ve Faktoring Hizmetleri A.Ş.
Vekili : Av. …
Karşı Taraf (Davalı): Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı-ANKARA

İstemin Özeti : 23.10.1992 tarihinde kurulan ve 545 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin geçici 3. maddesi ile Faktoring Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmeliğin geçici 1. maddesi gereğince eksikliklerini tamamlayarak Ödünç Para Verme İşleri Hakkında 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre faaliyet gösteren davacı şirketin faaliyet izninin iptaline ilişkin 27.9.2000 tarihli davalı idare işleminin iptali istemiyle bu dava açılmıştır.

Ankara 7. idare Mahkemesince, 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3. maddesinde Faktoring şirketinin tanımlandığı, 9. maddesinde ise, ikrazatçılık yapmak üzere izin alınmadan faiz veya her ne ad altında olursa olsun, bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle ödünç para verme işlemlerinin yapılması veya bu işlerin meslek ittihaz edilmesi ve Kanun Hükmünde Kararname hükmü uyarınca alınan ikrazatçılık izni iptal edildiği halde, ödünç para verme işlerine devam edilmesinin tefecilik sayılacağı, tefecilik yaptığı mahkemece sabit görülenlerin işyerlerinin Valiliklerce kapatılacağının hükme bağlandığı, ayrıca, faktoring şirketlerinin kuruluş ve çalışma esaslarını belirlemek amacıyla çıkarılan Faktoring Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmeliğin 2. maddesinde, faktoring şirketinin kurulması için Hazine Müsteşarlığından ön izin ve kuruluşu takiben faaliyet izninin alınması gerektiğinin belirtildiği, uyuşmazlıkta, davacı şirketin tefecilik yaptığı yolundaki şikayetler üzerine yapılan incelemede, mal ve hizmet satışlarından doğmuş veya doğacak alacakları temellük ederek tahsilini üstlenmesi ve bu alacaklara karşılık ödemelerde bulunması gerekirken, faiz karşılığı ve ipotek almak suretiyle sürekli olarak ödünç para verdiğinin belirlenmesi üzerine faaliyet izninin iptal edildiğinin anlaşıldığı, belirli konularda faaliyette bulunulabilmesi amacıyla idarelerce verilen ruhsat, çalışma belgesi, faaliyet izni gibi belgelerin, bu izinlerin verilme koşullarının ortadan kalkması halinde usulde paralellik ilkesi gereği her zaman geri alınabileceği, 26.7.2000 tarihli inceleme raporu ve eki belgelerden faktoring şirketi niteliğini kaybettiği anlaşılan davacı şirket hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık buluhnmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, usul ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülen anılan İdare Mahkemesince verilen 14.6.2001 tarih ve E:2000/1577, K:2001/588 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

D.Tetkik Hakimi: Yunus Çetin

Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile usul ve hukuka uygun bulunan mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Nurten Karaçay

Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp idare mahkemesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle idare mahkemesi kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

İdare ve Vergi Mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar, usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi ile Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 14.6.2001 tarih ve E:2000/1577 ,K:2001/588 sayılı kararının onanmasına 28.3.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

İŞÇİ VE İŞVEREN İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2002/1813
Karar No : 2005/1968

Özeti : Emniyet Genel Müdürlüğü hizmet binalarının temizlik işlerini yürüten davacı ortak girişimin, Eski Hükümlülerin İstihdamı Hakkında Tüzüğün Değişik 4. maddesi uyarınca eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğünden muaf tutulması gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davacı: 1-… İthalat İhracat Ltd.Şti.
2- … Sosyal Hizmetler Ltd.Şti.

Vekili : Av. …

Karşı Taraf (Davalı): Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı - ANKARA

İstemin Özeti : Emniyet Genel Müdürlüğü hizmet binaları temizlik işlerini yürüten davacı ortak girişimin, Eski Hükümlülerin İstihdamı Hakkında Tüzüğün değişik 4. maddesi uyarınca eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğünden muaf tutulmaması yönünde tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan dava sonucunda, Ankara 4. İdare Mahkemesince davanın reddi yolunda verilen 22.11.2001 tarih ve E:2001/937, K:2001/1473 sayılı kararın temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

D.Tetkik Hakimi: Yunus Çetin

Düşüncesi **:** Davacı ortak girişimin sunduğu hizmetin yurt güvenliği ile ilgisi olması nedeniyle eski hükümlü çalıştırmaktan muaf tutulması gerektiğinden temyize konu mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Bilgin Arısan

Düşüncesi **:** Davacı şirketlerin eski hükümlü çalıştırmak zorunda olduklarına ilişkin işlemin iptali talebiyle açılan davayı red eden Ankara 4 üncü İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması talep edilmektedir.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 4382 sayılı Kanun ile değişik 25 inci maddesinin (B) fıkrasında işverenlerin 50 veya daha fazla işçi çalıştırdıkları işyerinde %3 oranında eski hükümlüyü mesleklerine uygun bir işte çalıştırmakla yükümlü olduğu, çalıştırılacak eski hükümlü sayısının tespitinde daimi işçi sayısının esas alınacağı hükme bağlanmıştır.

Eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğünün istisnası, Eski Hükümlerinin İstihdamı Hakkında Tüzüğün 24.12.1996 tarihli Resmi Gazete'de neşredilen 27.11.1996 tarih ve 96/8849 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile değişik 4 üncü maddesinde düzenlenmiştir.

Eski Hükümlülerin İstihdamı Hakkında Tüzüğün değişik 4 üncü maddesinin son fıkrasında; "Ancak, yurt güvenliği ile ilgili mal ve hizmet üreten işyerleri ile öğrenci yurtları ve eğitim kurumları eski hükümlü çalıştırmakla yükümlü değildir. Bu işyerlerinin belirlenmesinde Milli Savunma ve İçişleri Bakanlıkları ile Milli Eğitim Bakanlığının görüşleri esas alınır." hükmü yer almaktadır.

1479 sayılı İş Kanunun 25. maddesi ile öngörülen sakat ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü sosyal bir soruna çözüm bulmak, bedeni ve ruhi bakımından yetersiz kişilerle çeşitli nedenlerle suç işlemiş kişilerin maddi ve manevi varlıklarının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak çalışma hak ve ödevinden herkes gibi sakat ve eski hükümlüleri de yararlandırmak amacıyla kanunla konulmuş hüküm olup, bunun istisnası kanunun 25 inci maddesi ile ilgili olarak düzenlenen Tüzük hükümlerinde yer almıştır.

Söz konusu tüzük hükmünde yurt güvenliği ile ilgili mal ve hizmet üreten işyerinin eski hükümlü çalıştırmakla yükümlü olmadıkları, bu işyerinin belirlenmesinde Milli Savunma ve İçişleri Bakanlığının görüşlerinin esas alınacağı belirtilmiştir.

Olayda ise davacı şirketlerin İçişleri Bakanlığına bağlı Emniyet Genel Müdürlüğünün genel temizlik işlerini ihale ile aldığı ve ortak girişim olarak yürüttüklerinden bahisle yukarıda bahsolunan tüzük hükmü uyarınca eski hükümlü çalıştırmak yükümlülüğünden muaf tutulması talebiyle davalı idareye başvuruda bulunulduğu; davalı idarece bu konuda Milli Savunma Bakanlığı ile İçişleri Bakanlığınından bu hususta görüş sorulduğu, söz konusu Bakanlıkların davacı şirketlerin yurt güvenliği ile ilgili mal ve hizmet üreten işyeri kapsamında olmadığı yönünde bildirdikleri görüş üzerine davalı idarece dava konusu işlemin tesis olunduğu anlaşılmıştır.

Ancak bütün Türkiyenin iç güvenliğini sağlamakla görevli olan Emniyet Genel Müdürlüğünü "yurt güvenliği ile ilgili yer" saymamak son derece sakıncalı sonuçlar meydana getirebilecek bir durum olduğu gibi böyle bir uygulama Türkiyenin iç güvenliği bakımından çok büyük tehlikeler de meydana getirebileceği cihetle davacı şirketlerin Tüzüğün değişik 4 üncü maddesinden faydalanma talebinin reddi mümkün bulunmadığından temyiz talebinin kabulü ile aksine verilen Ankara 4 üncü İdare Mahkemesi kararının bozulması gerekeceği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince, 2577 sayılı Yasanın 17. maddesi uyarınca davacının duruşma istemi kabul edilmeyerek işin esasına geçildi.

Dava; Emniyet Genel Müdürlüğü hizmet binaları temizlik işlerini yürüten davacı ortak girişimin, Eski Hükümlülerin İstihdamı Hakkında Tüzüğün değişik 4. maddesi uyarınca eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğünden muaf tutulmaması yönünde tesis edilen işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince, Eski Hükümlülerin İstihdamı Hakkında Tüzük hükümlerine göre, eski hükümlü çalıştırmaktan muaf olabilmek için bütün yurt güvenliğini ilgilendiren ve bu anlamda bir mal veya hizmet üretiminin olması gerektiği, bu işyerlerinin tespitinde de işyerinin niteliğine göre Tüzükte gösterilen Bakanlıkların görüşlerinin belirleyici olduğu, davacıların yürüttüğü hizmetin yurt güvenliği ile ilgili bir hizmet olarak değerlendirilemeyeceği, bu konuda ilgili Bakanlıkların görüşü doğrultusunda tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, usul ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülen anılan İdare Mahkemesince verilen kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Eski Hükümlülerin İstihdamı Hakkında Tüzüğün 24.12.1996 tarih ve 22857 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan değişik 4. maddesinde; "İşverenler, elli ve daha çok daimi işçi çalıştırdıkları işyerlerinde %2 oranında eski hükümlüyü, mesleklerinde uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Ancak, yurt güvenliği ile ilgili mal ve hizmet üreten işyerleri ile öğrenci yurtları ve eğitim kurumları eski hükümlü çalıştırmakla yükümlü değildir, Bu işyerlerinin belirlenmesinde Milli Savunma ve İçişleri Bakanlığının görüşleri esas alınır." kuralı getirilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Emniyet Genel Müdürlüğü hizmet binalarının genel temizlik işlerini ihale ile yüklenen davacı ortak girişimin bu işle ilgili eski hükümlü çalıştırmasının uygun olmadığının Emniyet Genel Müdürlüğünün çeşitli tarihli yazılarıyla bildirildiği, davacı ortak girişim tarafından da, eski hükümlü çalıştırmaktan muaf tutulmaları istemiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvurulduğu, ancak, İçişleri Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığının görüşleri doğrultusunda davacı ortak girişiminin eski hükümlü çalıştırmaktan muaf tutulmaması yönünde dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmıştır.

Emniyet Genel Müdürlüğü hizmet binalarında yürütülen temizlik işlerinin, yukarıda bahsedilen Tüzük hükmünde yeralan yurt güvenliği ile ilgili bir hizmet kapsamı dışında sayılmasına imkan bulunmamaktadır.

Nitekim, Emniyet Genel Müdürlüğünün çok çeşitli yazılarıyla bu işlerde eski hükümlü çalıştırılmasının uygun olmadığı bildirilmiş, İçişleri Bakanlığı Araştırma Planlama Koordinasyon Kurulu Başkanlığının 14.12.2000 tarihli yazıda belirtilen görüşünden farklı olarak 13.3.2002 tarihli yazısıyla, davacı ortak girişimin Emniyet Genel Müdürlüğü dışında diğer işyerlerinde eski hükümlü çalıştırmasının uygun olacağının değerlendirildiği belirtilmiş, bu görüş doğrultusunda da davalı idarece, davacı ortak girişimin Emniyet Genel Müdürlüğü binalarında eski hükümlü çalıştırmaktan muaf tutulması gerektiği kabul edilmiştir.

Bu duruma göre, davanın reddi yolundaki mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesine uygun bulunan davacının temyiz isteminin kabulüne, Ankara 4. İdare Mahkemesinin 22.11.2001 tarih ve E:2001/937, K:2001/1473 sayılı kararının bozulmasına, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine 19.4.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2003/4163
Karar No : 2005/1669

Özeti : 3417 sayılı Yasa kapsamındaki alacakların hak sahiplerince belirli bir süre tasarruf yapılması şartına bağlı olmadan istenebileceği, ödeme şeklinin 4853 sayılı Yasa uyarınca yapılması gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davacı): …
Karşı Taraf (Davalı): Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı- ANKARA
İstemin Özeti: Zabıt katibi olan davacının, 4447 sayılı Yasa ile 3417 sayılı Yasanın 2. ve 3. maddenin yürürlükten kaldırıldığını 1.6.2000 tarihinde itibaren bu Yasanın kapsamında çıkarılacağından bahisle 3417 sayılı Yasa kapsamındaki alacaklarının verilmesi istemiyle yaptığı başvurusunun cevap verilmeyerek reddine ilişkin işlemin iptali ile alacaklarının yasal faiziyle verilmesi istemiyle açılan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı yolunda Ankara 11. İdare Mahkemesince verilen 30.4.2003 günlü, E:2002/64, K:2003/660 sayılı kararın davacı tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti: Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.
D.Tetkik Hakimi: Birgül Kurt
Düşüncesi : Anayasa Mahkemesinin 18.11.1998 günlü, E:1997/59, K:1998/71 sayılı kararı ile 3417 sayılı Yasanın tasarruf kesintilerine ilişkin düzenleme yapan 6. maddesinin üçüncü fıkrasının "Yasanın 2. maddesi kapsamından çıkanlar" yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiş , bu karar 16.1.2000 günlü 23935 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış,.Anayasa Mahkemesinin 10.12.2001 günlü E:2000/42, K:2001/361 sayılı kararı ile ise 3417 sayılı Yasanın 6. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasının 18.11.1998 günlü, E:1997/59, K:1998/71 sayılı karar ile iptal edilen bölümü dışında kalan kısmı, eşitlik ve mülkiyet hakkını Anayasaya aykırı bulunarak, söz konusu maddenin dördüncü fıkrasının ise uygulanması olanağı kalmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş olup, bu karar da 28.3.2002 tarihli ve 24709 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 28.12.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Öte yandan; 3417 sayılı Yasanın kapsamını belirleyen 2 ve tasarruf kesintisi ve Devlet veya işveren katkısı yapılmasına ilişkin 3. maddesi ise 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 62. maddesinin c. bendi ile 1.6.2000 tarihinden geçerli olarak yürürlükten kaldırılmıştır.

29.4.2003 günlü, 25093 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4853 sayılı Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabının Tasfiyesi ve Bu Hesaptan Yapılacak Ödemelere Dair Kanunun 1. maddesinde;Kanunun amacı, 9.3.1988 tarihli ve 3417 sayılı Çalışanların Tasarrufa Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarruflarının Değerlendirilmesine Dair Kanun uyarınca açılmış bulunan Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabında biriken paraların tasfiyesi ve bu hesaptan hak sahiplerine yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esaslarını belirlenmesi olarak gösterilmiş,2.maddesinde Kanun, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar kendilerine 3417 sayılı Yasanın 6. maddesinin birinci ve iptal edilen üçüncü fıkraları gereği ödeme

yapılmamış hak sahiplerini kapsayacağı,3. maddesinin (c) bendinde"Hak sahibi" 3417 sayılı Yasanın 6. maddesi birinci ve iptal edilen üçüncü fıkraları uyarınca kendilerine ödeme yapılmayanları ifade eder şeklinde tanımlanmış, 5.maddesinde; hak sahiplerinin hesabında bulunan nemalarının değerleme yöntemi düzenlenmiş, 6.maddesinde; hak sahiplerine, anapara tutarlarının 2003 yılı Nisan ayında defaten ödeneceği, 5'nci madde uyarınca değerlendirilen tutarın ise Mart, Haziran, Eylül ve Aralık aylarında olmak üzere 2004 yılında dört taksit, 2005 yılında dört taksit ve Mart ve Haziran aylarında olmak üzere 2006 yılında iki taksit olarak toplam on taksitte ödeneceği, Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanın, ödeme tarihlerini bir ay önce veya bir ay sonra olarak belirlemeye yetkili olduğu, emeklilik veya ölüm halinde taksitlendirmenin devam etmeyeceği ve ilgililere veya kanuni mirasçılarına kalan tutarın defaten ödeneceği, bu Kanun hükümleri gereğince hak sahiplerine yapılacak ödemeler ve bu ödemeler nedeniyle düzenlenecek belgelerin hiçbir vergi ve kesintiye tabi tutulamayacağı, hükme bağlanmış Kanunun 7'inci maddesinde, 3417 sayılı Kanunun mülga 2'nci maddesi kapsamındaki hak sahipleri tarafından bu Kanun kapsamına giren alacaklarla ilgili olarak yargı mercilerine açılmış ve devam eden davalar ile icra takipleri hakkında bu Kanun hükümlerinin uygulanacağı kuralları getirilmiş,10. maddesinde ise 3417 sayılı Yasanın yürürlükten kaldırıldığı hükme bağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi kararlarından sonra, emeklilik ve ölüm halinde toptan ve tahakkuk edecek nemanın 1/3'ünün ödenmesine ilişkin hükümler dışında, 3417 sayılı Yasa kapsamındaki hak sahiplerine,alacaklarının ödenmesine ilişkin yasa kuralı kalmamıştır.

Gerekçesinde de belirtildiği üzere, 3417 sayılı Yasanın 6. maddesinin iptal edilen fıkralarından sonra ortaya çıkan hukuksal durum ve Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabının tasfiyesine ilişkin düzenleme yapmak üzere çıkarılan 4853 sayılı Yasanın amacı ve yayımından önceki aşamalar dikkate alındığında,Yasa ile konulan kuralların Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerine paralel olması gerekmektedir.

4853 sayılı Yasa ile istemleri üzerine kendilerine tasarruf kesintileri ödemiş olanlar bu Yasa kapsamında hak sahibi sayılmamış ve Yasanın yayınından önce açılan davalar ve icra takipleri hakkında uygulanacak kural açısından ayrım getirilmeden bu Yasa hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmış,böylece istemleri üzerine kendilerine tasarruf kesintileri ödemiş olanların mülkiyet hakları gözetilmeyerek ve hak sahibi sayılan diğer kişilerle aralarında haklı bir nedene dayanmaksızın farklı durum yaratılarak eşitliğe aykırı düzenleme yapıldığı sonucuna ulaşılmıştır.

Bu durumda, 4853 sayılı Yasa kapsamında sayılmayan davacının açıldığı bu davanın, 4853 sayılı Kanunun 2. maddesinin ve 3. maddesinin (c) bendinin de yer alan "iptal edilen üçüncü" ibaresinin Anayasaya aykırılığının itiraz yolu ile ileri sürülerek Anayasa Mahkemesine başvurması ile verilecek karardan sonra incelemesi gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı: Zümrüt Öden

Düşüncesi : Temyiz isteminde bulunan davacının 4853 sayılı Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabının Tasfiyesi ve Bu Hesaptan Yapılacak Ödemelere Dair Kanunun 6.maddesinin Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin iddiası ciddi bulunmamıştır.

İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

Dava, zabıt katibi olarak çalışan davacının; 3417 sayılı Yasa kapsamındaki alacaklarının verilmesi istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali ile alacaklarının yasal faiziyle verilmesi istemiyle açılmıştır.

Ankara 11. İdare Mahkemesince, Anayasa Mahkemesinin E:2000/42 esas sayılı kararı ile; 3417 sayılı Yasanın 6. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasının Anayasa Mahkemesinin E:1997/59 esas sayılı kararı ile iptal edilen bölümü dışında kalan kısmı ile anılan maddenin dördüncü fıkrasının iptal edildiği, bu kararın yürürlüğe gireceği (28.12.2002) tarihten önce idareye başvuran davacının, 3417 sayılı Yasa kapsamındaki alacaklarını istediği,ancak 4853 sayılı Yasa yürürlüğe girerek, zorunlu tasarruf hesabının ödeme planını belirlediği ve Yasanın 7. maddesinde devam eden davalar hakkında da bu Yasanın uygulanacağı hükmünün getirildiği, davanın konusu kalmadığı gerekçesiyle konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesini yer olmadığına karar verilmiştir.

Davacı; anılan kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

3417 sayılı Çalışanların Tasarrufa Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarrufların Değerlendirilmesine Dair Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasında; en az 15 yıl tasarrufta bulunanlara istedikleri takdirde biriken tasarruf kesintileri, Devlet ve işveren katkıları ile bunların nemasının toplamının 3/5'inin ödeneceği, üçüncü fıkrasında, en az 6 yıl tasarrufta bulunanlara istedikleri taktirde sadece biriken tasarruf kesintilerinin ödeneceği, 6. maddesinin dördüncü fıkrasında ise, ikinci ve üçüncü fıkralara göre ödeme yapılanların tasarruf kesintisi, Devlet veya işveren katkıları Bağ-Kur kapsamında olanlar bakımından ,tasarruf tutarları ve Devlet katkıları ile nemanın ödenmeyen kısmının, 3'üncü madde uyarınca T.C. Ziraat Bankası Ankara Merkez Şubesinde açılacak hesaba nema olarak kaydedileceği ve bunların bu Kanunda belirtilen imkanlardan, işe yeni başlayanlar gibi değerlendirilmek suretiyle yeniden yararlanabilecekleri, son fıkrasında ise; en az iki yıl tasarrufta bulunanlara istemleri halinde, tasarruf kesintileri, Devlet veya işveren katkıları toplamı üzerinden tahakkuk edecek nemasının 1/3'ünün her yıl ödeneceği belirtilmiştir.

Kamu görevlisi iken istifaen görevinden ayrılan, bu nedenle de 3417 sayılı Kanunun kapsamını belirleyen 2. maddesi dışına çıkan ve tasarruf kesinti süresi 6 yıldan az olan bir davacının açtığı davada yapılan itiraz üzerine, Anayasa Mahkemesinin 18.11.1998 günlü, E:1997/59, K:1998/71 sayılı kararı ile 3417 sayılı Yasanın tasarruf kesintilerine ilişkin düzenleme yapan 6. maddesinin üçüncü fıkrasının "Yasanın 2. maddesi kapsamından çıkanlar" yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiş olup, bu karar 16.1.2000 günlü 23935 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Tasarruf kesintisi süresi 6 yıldan fazla olan ve görevinden istifaen ayrılan bir başka davacının açtığı davada yapılan itiraz üzerine ise Anayasa Mahkemesinin 10.12.2001 günlü, E:2000/42, K:2001/361 sayılı kararı ile bu kez 3417 sayılı Kanunun 6. maddesinin;

A-İkinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline,

B-Üçüncü fıkrasının 18.11.1998 günlü, E:1997/59, K:1998/71 sayılı kararla iptal edilen bölümü dışında kalan kısmının Anayasa 'ya aykırı olduğuna ve iptaline,

C-İkinci ve üçüncü fıkralarının iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan dördüncü fıkrasının 2949 sayılı Anaya Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince iptaline,

D-İptal edilen kuralların doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükmünün kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiş, 28.3.2002 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan bu karar,28.12.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir

Öte yandan; 3417 sayılı Yasanın kapsamını belirleyen 2 ve tasarruf kesintisi ve Devlet veya işveren katkısı yapılmasına ilişkin 3. maddesi ise 4447 sayılı İşsizlik Sigortası

Kanununun 62. maddesinin c. bendi ile 1.6.2000 tarihinden geçerli olarak yürürlükten kaldırılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin ,hak sahiplerinin; tasarruf kesintisi, Devlet veya işveren katkısı ve nemasını isteyebilmelerini, belirli sürelerde tasarrufta bulunma zorunluluğuna bağlayan yasal düzenlemeleri yürürlükten kaldıran yukarıda anılan kararları sonucu,hak sahiplerinin üzerlerinde mülkiyet hakkına sahip oldukları tasarruf kesintileri,Devlet katkıları ve nemasını belirli sürelerde tasarruf etme şartına bağlı olmaksızın isteyebilme hakları doğmuştur.

Dosyanın incelenmesinden;zabıt katibi olarak çalışan ve aylığından 3417 sayılı Yasa uyarınca kesinti yapılan davacının , 3417 sayılı Yasa kapsamından 4447 sayılı Yasa ile çıkarıldığından bahisle , tasarruf kesintisi, Devlet katkısı ve nemasının faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun zımnen reddi üzerine bu işlemin iptali ile kesinti, Devlet katkısı ve nema tutarının tamamının idareye başvuru tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle dava açtığı anlaşılmıştır.

Bu davanın açılmasından sonra,29.4.2003 günlü, 25093 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ,4853 sayılı Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabının Tasfiyesi ve Bu Hesaptan Yapılacak Ödemelere Dair Kanunun 1. maddesinde;Kanunun amacı, 9.3.1988 tarihli ve 3417 sayılı Çalışanların Tasarrufa Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarruflarının Değerlendirilmesine Dair Kanun uyarınca açılmış bulunan Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabında biriken paraların tasfiyesi ve bu hesaptan hak sahiplerine yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esaslarını belirlenmesi olarak gösterilmiş,5.maddesinde;hak sahiplerinin hesabında bulunan nemalarının değerleme yöntemi düzenlenmiş, 6.maddesinde; hak sahiplerine, anapara tutarlarının 2003 yılı Nisan ayında defaten ödeneceği, 5'nci madde uyarınca değerlendirilen tutarın ise Mart, Haziran, Eylül ve Aralık aylarında olmak üzere 2004 yılında dört taksit, 2005 yılında dört taksit ve Mart ve Haziran aylarında olmak üzere 2006 yılında iki taksit olarak toplam on taksitte ödeneceği, Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanın, ödeme tarihlerini bir ay önce veya bir ay sonra olarak belirlemeye yetkili olduğu, emeklilik veya ölüm halinde taksitlendirmenin devam etmeyeceği ve ilgililere veya kanuni mirasçılarına kalan tutarın defaten ödeneceği, bu Kanun hükümleri gereğince hak sahiplerine yapılacak ödemeler ve bu ödemeler nedeniyle düzenlenecek belgelerin hiçbir vergi ve kesintiye tabi tutulamayacağı, hükme bağlanmış Kanunun 7'inci maddesinde, 3417 sayılı Kanunun mülga 2'nci maddesi kapsamındaki hak sahipleri tarafından bu Kanun kapsamına giren alacaklarla ilgili olarak yargı mercilerine açılmış ve devam eden davalar ile icra takipleri hakkında bu Kanun hükümlerinin uygulanacağı kuralları getirilmiş,10. maddesinde ise 3417 sayılı Yasanın yürürlükten kaldırıldığı hükme bağlanmıştır.

Hak sahiplerinin; tasarruf kesintisi, Devlet veya işveren katkısı ve nemalarını alabilmeleri için belirli sürelerde tasarruf etme zorunluluğu kalkmış olmakla birlikte, 3417 sayılı Yasayı yürürlükten kaldıran ve "Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabını" tasfiye eden 4853 sayılı Yasanın 6. maddesi ile anılan hesapta bulunan anaparanın ve nemasının hak sahiplerine ödeme planı belirlenmiş olup, 3417 sayılı Yasa kapsamında bulunan alacakları için dava açan hak sahiplerine de 4853 sayılı Yasanın 7.maddesi hükmü gereği anılan Yasanın 6. maddesinde belirtilen plan dahilinde ödeme yapılması gerekmektedir.

Hak sahiplerine, hesaplarında bulunan tutar ödenirken varsa daha önce yapılan ödemelerin dikkate alınması ve mükerrer ödemeye neden olunmaması gerektiği de açıktır.

Bu durumda; İdare Mahkemesince yukarıda anılan Anayasa Mahkemesi kararları ve 4853 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde ve davacının faiz talebi olduğu da gözönüne alınarak karar verilmesi gerekirken, davanın konusu kalmadığı yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile Ankara 11. İdare Mahkemesinin 30.4.2003 günlü, E:2002/64, K:2003/660 sayılı kararının 2577 sayılı Yasanın

49. maddesi uyarınca bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dava dosyasının anılan Mahkemeye gönderilmesine, 13.4.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAM YARGI DAVALARI

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2003/6104
Karar No : 2005/1347

Özeti : Davacıya ait arazinin kenarında doğal dolgu maddesi olan kayanın, yol çalışması nedeniyle dinamitle parçalanarak alınması sonucu oluşan zararda davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu hakkında.

.

Temyiz Eden (Davalı): Karayolları Genel Müdürlüğü
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davacı): ...
Vekilleri : Av. ...

İstemin Özeti : Sürmene İlçesi, Küçükdere Nahiyesi, Çimenli Köyü, Dere mevkiinde bulunan davacıya ait arazide 14.9.2002 tarihinde meydana gelen sel baskını sonrasında oluşan heyelan nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen 18.762.000.000 TL maddi zararın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan dava sonucunda Trabzon İdare Mahkemesince; davacının sel baskını sonrası Sürmene Sulh Hukuk Mahkemesinde açtığı tespit davasında teknik bilirkişilerce hazırlanan ve Mahkemece hükme esas alınacak nitelikte görülen raporda, arazinin kenarında doğal dolgu maddesi olan kayanın yol çalışması nedeniyle dinamitle parçalanarak alınmasından sonra zararın meydana geldiği, olayda gerekli tedbirleri almaması nedeniyle davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu, bu nedenle adli yargı yerinde açılan tespit davasında bilirkişilerce hesaplanan 18.762.000.000 TL maddi zararın dava açma tarihinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte davacıya ödenmesi gerektiği belirtilerek tazminat isteminin kısmen kabulü, kısmen reddi yolunda verilen 29.9.2003 tarih ve E:2002/1142, K:2003/789 sayılı kararın kabule ilişkin kısmının davalı idarece temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi: Aydın Akgül

Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile usul ve hukuka uygun bulunan mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Zümrüt Öden

Düşüncesi : İdare ve Vergi Mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulması için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, sözkonusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

İdare ve Vergi Mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar, usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi ile Trabzon İdare Mahkemesinin 29.9.2003 tarih ve E:2002/1142, K:2003/789 sayılı kararının onanmasına 25.3.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

TAŞINMAZA TECAVÜZ İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2001/4477
Karar No : 2005/477

Özeti : Hazinenin hissedar olduğu taşınmazdan 2886 sayılı Yasanın 75. maddesi uyarınca tahliyesine karar verilebileceği hakkında.

Temyiz Eden (Davalı): İstanbul Defterdarlığı Milli Emlak Daire Başkanlığı
Karşı Taraf (Davacı): …
Vekili : Av. …
İstemin Özeti : Davacının, Hazinenin hissedarı olduğu taşınmazı 2886 sayılı Yasanın 75.maddesi uyarınca tahliyesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan dava sonucu, İstanbul 6. İdare Mahkemesince verilen 30.1.2001 günlü E:2000/260, K:2001/120 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.
D.Tetkik Hakimi: Birgül Kurt
Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile usul ve hukuka uygun bulunan mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı: E.Celalettin Özkan
Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp idare mahkemesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle idare mahkemesi kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

Dava; davacının, Hazinenin hissedarı olduğu taşınmazı 2886 sayılı Yasanın 75.maddesi uyarınca tahliyesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

İstanbul 6. İdare Mahkemesince; davacının, 2886 sayılı Yasanın 75.maddesi uyarınca tahliyesine karar verilen taşınmazın 3/4'nün Hazineye, kalanının özel şirkete ait olduğu, hisseli taşınmazlarda ortaklık giderilmediği sürece, hissedarların her birinin taşınmazın her noktasında hak sahibi olduğundan, tamamı Devletin mülkiyetinde bulunan taşınmazın fuzulen işgali halinde, işgalcinin tek taraflı irade ile tahliye etme konusundaki üstün kamu gücünün, özel hukuk kişisi ortak içinde kullanılması sonucunu doğuracak şekilde

tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Davalı idare, işlemin kesin ve yürütülmesi gerekli olma niteliğini taşımadığını, diğer hissedar ile birlikte davranıldığını ileri sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 75.maddesiyle, Devletin özel mülkü veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazı işgal eden fuzuli şagilin, işgal edilen taşınmaz maldan idarenin talebi üzerine mülkiye amirince (15) gün içerisinde tahliye edilerek, taşınmazın idareye teslim edileceği kurala bağlanmıştır.

2886 sayılı Yasa ile yapılan düzenlemeyle, Devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz mallara, hukuki bakımdan özel mülkiyete tabi mallardan farklı statü getirilmiş olup, taşınmazın bir kısmının özel mülkiyete tabi olmasının, 2886 sayılı Yasa ve ilgili Yönetmeliğinin uygulaması bakımından durumu değiştirmeyeceği görülmektedir.İştirak veya müşterek mülkiyete konu taşınmazlarda paydaşlık giderilmediği sürece,paydaşların taşınmazın her noktasında payları oranında hak sahibi olduklarından,2886 sayılı Yasanın 75.maddesinde tahliye konusunda idareye tanınan yetkinin,paydaşlığın giderilmesi sonucuna bağlanamayacağı da açıktır.

Bu durumda; fuzuli şagil olduğunda tartışma bulunmayan davacıdan, 3/4 payı Devletin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazı tahliye etmesinin istenilmesi işleminde mevzuata aykırılık bulunmadığından, bu işlemin iptali yolunda verilen temyize konu kararda hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenler ile davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile İstanbul 6.İdare Mahkemesinin 30.1.2001 günlü E:2000/260, K:2001/120 sayılı kararın bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dava dosyasının anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine 14.2.2005 tarihinde karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2003/3334
Karar No : 2005/1967

Özeti : Dernek tüzüğünde gerekli düzeltmenin yapılmasının istenmesine ilişkin valilik işleminin idari yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gereken kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olduğu hakkında.

Temyiz Eden (Davacı): …
Vekili : Av. …
Karşı Taraf (Davalı): Uşak Valiliği
İstemin Özeti : Davacı derneğin tüzüğünün 12/a maddesindeki hükmün, Medeni Kanunun 84. maddesine aykırı olduğu, bu nedenle gerekli düzeltmenin yapılması hususuna ilişkin 21.5.2002 günlü işlemin iptali istemiyle açılan dava sonucunda; Manisa İdare Mahkemesince davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen 25.2.2003 tarih ve E:2002/639, K:2003/141 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.
D.Tetkik Hakimi: Yunus Çetin

Düşüncesi : Davacı derneğin tüzüğünde yapılması istenilen değişikliğin yapılmaması hali, Dernekler Yasasının ilgili hükümlerine göre yaptırım uygulanması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olan ve ilgilinin hukukunu etkileyen dava konusu işleme karşı açılan davada, uyuşmazlığın esasının incelenmesi gerekirken, ortada idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir idari bir işlem bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Bilgin Arısan

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.ir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

Dava; davacı derneğin tüzüğünün 12/a maddesindeki hükmün, Medeni Kanunun 84. maddesine aykırı olduğu, bu nedenle gerekli düzeltmenin yapılması hususuna ilişkin 21.5.2002 günlü işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Manisa İdare Mahkemesince, 2908 sayılı Dernekler Kanununun 8. ve 10. maddelerine göre, valiliklerin veya İçişleri Bakanlığının derneklerin kuruluş bildirisi ve ekleri ile tüzüklerinde yapacakları inceleme neticesinde tespit ettikleri noksanlıkların geçici yönetim kurulunca noksanlık kabul edilmeyerek giderilmemesi halinde, derneği idari bir kararla kapatma yetkilerinin bulunmadığı, Cumhuriyet Savcılığına yapılacak ihbar üzerine savcılıkça yetkili mahkemeye başvurulması ve mahkemece bu yönde bir karar verilmesi halinde derneğin faaliyetlerine son verileceği, Valilik veya İçişleri Bakanlığınca dernekten giderilmesi istenen noksanlıkların, noksanlık olup olmadığının veya derneğin kapatılıp kapatılmayacağının hukuki denetimini yapma yetkisinin savcılığa ve yetkili mahkemeye ait olduğu, bu nedenle Valillikçe eksiklerin giderilmesinin istenilmesine ilişkin yazının kesin ve icrai bir nitelikte olmadığı ve idari davaya konu edilemeyeceği gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, usul ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülen anılan İdare Mahkemesince verilen kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı derneğin 13.4.2002 tarihli genel kurul toplantısında dernek tüzüğünün bazı maddelerinde değişiklikler yapıldığı, yapılan bu değişikliklerden 12. maddenin (a) fıkrasındaki; "dernek yönetim kurulu üyelerinin 5 asil ve 5 yedek üyeden az olmamak üzere dernek tüzüğünde belirtilen sayıda üyeden oluşur" kuralının, Medeni Kanununun 84. maddesine aykırı bulunduğu, bu nedenle gerekli düzeltmenin yapılmasının 21.5.2002 tarihli dava konusu işlemle istenildiği, davacı dernek tarafından bu işleme karşı 31.5.2002 tarihli dilekçeyle yapılan itirazın 19.6.2002 tarihli işlemle reddedilmesi üzerine bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde; iptal davalarının; idari işlemler aleyhine, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacağı hükme bağlanmıştır.

Dava konusu işlem ile, dernek tüzüğünde değişiklik yapılmasının istenildiği ve bu yapılmadığı takdirde 2908 sayılı Yasanın ilgili maddesine göre adli yargı yerinde davacı derneğin kapatılmasına ilişkin prosedürün başlatılacağı açıktır. Davacı dernek tüzüğünde, davalı idarenin yapılmasını istediği değişikliğin yerinde olup olmadığını irdeleme yetkisi idari

yargı yerine ait bulunmaktadır. Adli yargı yeri ise, bu işlemin idari yargı denetiminden sonra derneğin kapatılması hususunda inceleme yapmaya ve karar vermeye yetkilidir.

Dava konusu kararın bu haliyle adli yargı yerince denetlenmesi mümkün olmadığı gibi, bir ön işlem olarak nitelendirilmesi de yerinde değildir.

Bu durumda, ortada idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari bir işlem bulunmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar veren idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesine uygun bulunan davacının temyiz isteminin kabulüne, Manisa İdare Mahkemesinin 25.2.2003 tarih ve E:2002/639, K:2003/141 sayılı kararının bozulmasına, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine 19.4.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2003/2567
Karar No : 2005/1980

Özeti : Vasi atanması görevinin sulh hukuk mahkemesine ait olduğu, henüz vasi atanmadığından kişinin vekili aracılığıyla açtığı davayı ehliyet yönünden reddeden idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmediği hakkında.

Temyiz Eden (Davacı): …
Vekili : Av. …
Karşı Taraf (Davalılar): 1- Adalet Bakanlığı -ANKARA
2- İçişleri Bakanlığı -ANKARA

İstemin Özeti : 26.9.1999 tarihinde Ankara Merkez Kapalı Cezaevine güvenlik kuvvetlerince düzenlenen operasyon sırasında davacının yaralandığından bahisle uğradığı ileri sürülen 5.000.000.000.- lira manevi zararın olay tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan dava sonucunda; Ankara 4. İdare Mahkemesince, davanın ehliyet yönünden reddi yolunda verilen 31.12.2002 tarih ve E:2001/130, K:2002/1633 sayılı kararın davacı tarafından temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Davalı idarelerce yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi: Elmas Mucukgil

Düşüncesi : Medeni Kanun'da, bir sene veya daha fazla süreli hapis cezasına mahkum olan kişilere vasi tayin edileceği, hükmü uygulamakla görevli idarenin mahkumun cezasını görmeye başladığını Sulh Mahkemesine hemen ihbarla yükümlü olduğu, Sulh Mahkemesinin hükümlüye vasi tayin edeceği, mahcurların kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı dışında ancak vasilerin rızası aracılığıyla tasarrufta bulunabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Bu yasal duruma göre, davacının davayı vasisi aracılığıyla açıp takip ettirmesi gerekmekte ise de, hükmü icrayla yükümlü idarenin durumu sulh mahkemesine hemen ihbar yükümlülüğünü yerine getirmeyerek vasi atanmasını sağlamamış olmasının; davacının doğrudan açtığı davada, ehliyet yönünden ret kararı verilerek hak arama özgürlüğünü ortadan kaldıracak sonuçlar doğuracak şekilde değerlendirilmesi; Anayasanın 36. maddesine aykırılık oluşturduğu kadar vesayet müessesesinin amacına ve hakkaniyete de aykırıdır.

Öte yandan, yargısal ve bilimsel içtihatlarda, dava ehliyeti olmayan kişinin doğrudan dava açması halinde mahkemenin kanuni temsilcisinin icazet verebilmesi için ilgiliye süre vereceği, kanuni temsilcisi yoksa mahkemenin, vasi atandıktan sonra vasiye, davacının açmış olduğu davaya icazet verip vermeyeceğini bildirmesi için ek süre vermesi gerektiği, icazet verirse kanuni temsilci tarafından devam edileceği hususları genel kabul görmüş olan ve mevzuata uygun bulunan uygulamalardır.

Bu durumda, yukarıda belirtilen süreç işletilmeden, davanın vasi tarafından açılmadığı gerekçesiyle ehliyet yönünden reddi yolunda verilen temyize konu Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Bilgin Arısan

Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp idare mahkemesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle idare mahkemesi kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

Dava, Davacının, 26.9.1999 tarihinde Ankara Merkez Kapalı Cezaevine güvenlik kuvvetlerince düzenlenen operasyon sırasında yaralandığından bahisle uğradığı ileri sürülen 5.000.000.000.- lira manevi zararın olay tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

Ankara 4. İdare Mahkemesince, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 38. maddesi ile 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 14., 16. ve 357. maddeleri belirtilerek, 12 yıl 6 ay ağır hapis cezası ile hükümlü bulunan davacıya vasi tayin edilmediği, davanın davacı tarafından verilmiş bulunan vekaletname dayanak alınarak vekil tarafından açıldığı, vasi tarafından açılmayan davanın incelenmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, vasiliğin kısıtlı olan kişinin haklarını ve maddi çıkarlarını korumak için öngörülmüş bir düzenleme olduğu davacının hastalık nedeniyle tahliye edildiği belirtilerek anılan Mahkeme kararının temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

Anayasanın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılama hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır.

765 sayılı Türk Ceza Kanununun 33. maddesinde, "Beş seneden ziyade ağır hapis cezasına mahkum olanlar ceza müddetleri zarfında mahcuriyeti kanuniye halinde bulundurulur ve emvalini idaresinde mahcurlar hakkındaki kanuni medeni ahkamı tatbik olunur." hükmü öngörülmüştür.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 38. maddesinde, dava ehliyetinin Medeni Kanun ile tayin olduğu kurala bağlanmış, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 14. maddesinde, ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyetinin olmadığı,16.maddesinde, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlıların yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri, karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rızanın gerekli olmadığı, 407. maddesinde ise, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olan her erginin kısıtlanacağı, cezayı yerine getirmekle görevli makamın, böyle bir hükümlünün cezasını çekmeye başladığını, kendisine vasi atanmak üzere hemen yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlü olduğu, 413. maddesinde de, vesayet makamının bu görevi yapabilecek yetenekte olan bir ergini vasi olarak atayacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda belirtilen yasal düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden; bir yıl veya daha fazla süreli hapis cezasına mahkum olanların cezalarını çekmeye başlamaları üzerine, hükmü icra ile görevli idarenin durumu Sulh Mahkemesine hemen ihbar ederek vasi atanmasını sağlamakla yükümlü olduğu, mahcurun kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davalar dışındaki davaları ancak vasilerinin rızası ve aracılığıyla açabilecekleri anlaşılmaktadır.

Dava ve temyiz dosyasının incelenmesinden; davacının Ankara 1 No'lu Devlet Güvenlik Mahkemesinin kararıyla 12 yıl 6 ay hapis cezasına mahkum olduğu, davacının vermiş olduğu vekaletnameye dayanılarak vekil aracılığıyla 29.1.2001 tarihinde açılan davanın; davacıya vasi tayin edilmemiş olduğu, vasi tarafından açılmayan davanın incelenmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle ehliyet yönünden reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Medeni Kanunun yukarıda belirtilen hükümleri uyarınca, hükümlüye vasi atanmasına ilişkin işlemleri başlatma yükümlülüğü hükmü icraya memur daireye verilmiş olup, vasi atanması görevi de Sulh Hukuk Mahkemesine ait bulunmaktadır.

Bu durumda, Mahkemece davacının hükümlü olduğunun tesbiti üzerine, öncelikle davacıya vasi tayin edilmesinin gerekip gerekmediğinin, vasi tayini gereken bir durum var ise vasi tayin edilip edilmediğinin araştırılması, vasi tayin edilmiş ise vasi tarafından icazet verilebilmesi ve davanın takip edilebilmesi için durumun vasiye bildirilmesi, vasi tayin edilmemiş ise, vasi atanması prosedürünün tamamlanmasına kadar 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 42. maddesi uyarınca yargılamanın durdurularak sonucun beklenilmesi, vasi atandıktan sonra da davacının açmış olduğu davaya icazet verip vermeyeceğini bildirmesi için ek süre verilmesi, icazet verilmesi halinde davaya kanuni temsilci tarafından devam edilmesi, icazet verilmemesi halinde davanın ehliyet yönünden reddedilmesi gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen sürecin takip edilmesi, Anayasanın 36 ncı maddesinde öngörülen hak arama hürriyetinin kullanımının sağlanması bakımından bir zorunluluk olup, bunun vesayet müessesesinin amacına da uygun olacağı tartışmasızdır.

Bu itibarla, davanın vasi tarafından açılmadığı gerekçesiyle ehliyet yönünden reddi yolunda verilen temyize konu Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesine uygun bulunan davacı temyiz isteminin kabulüne, Ankara 4. İdare Mahkemesinin 31.12.2002 tarih ve E:2001/130, K:2002/1633 sayılı kararının bozulmasına, yeniden karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine, 20.4.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2003/2683
Karar No : 2005/1981

Özeti : İhalenin sözleşmeye bağlanmasından önce geçici teminat mektubunun irat kaydı idari işlem niteliğinde olup, denetiminin idari yargının görev alanında olduğu hakkında.

Temyiz Eden (Davacı): … Kimyevi Maddeler İth. İhr. San. ve Tic. A.Ş.
Vekili : Av. …
Davalı : Maliye Bakanlığı ANKARA
İstemin Özeti : Gebze - Muallimköyü sınırlarında bulunan 12 pafta 3318 sayılı Hazine adına kayıtlı taşınmazın 30.5.2002 tarihinde yapılan ve davacı üzerinde kalan satış

ihalesinin feshi talebiyle yapılan başvurunun reddi ve teminatın irat kaydedilmesine ilişkin işleminin iptali istemiyle açılan dava sonucu Sakarya 1. İdare Mahkemesince, davanın görev yönünden reddi yolunda verilen 31.12.2002 tarih ve E:2002/1237, K:2002/1996 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

D.Tetkik Hakimi: Elmas Mucukgil

Düşüncesi : İhalenin sözleşmeye bağlanmasından önce geçici teminat mektubunun irat kaydı, ihalenin iptali istemine bağlı tek yanlı idarece tesis edilecek bir idari işlem niteliği taşımakta olup, davacı üzerinde kalan ihalenin iptali ile geçici teminatın iadesi istemiyle yapılan başvurunun reddi üzerine açılan bu davada, uyuşmazlığın ihale bedelinin ödenmesi aşamasında meydana geldiği dikkate alındığında ihalenin kesinleştiğinden sözedilemeyeceğinden davanın adli yargıda görüm ve çözümü gerektiği yolunda verilen idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Bilgin Arısan

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

Dava, Gebze - Muallimköyü sınırlarında bulunan 12 pafta 3318 sayılı Hazine adına kayıtlı taşınmazın 30.5.2002 tarihinde yapılan ve üzerinde kalan satış ihalesinin feshi talebiyle yapılan başvurunun reddi ve teminatın irat kaydedilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

İdare mahkemesince, ihalenin sonuçlanmasından sonra oluşan ve sözleşmeden kaynaklanan alacak verecek konusunda, meydana gelen uyuşmazlığın görüm ve çözümünde adli yargı yerleri görevli olduğundan davanın esasının incelenmesi olanağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacı, hukuka uyarlık bulunmadığı iddiasıyla anılan idare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

8.9.1983 gün ve 2886 sayılı Devlet İhale Yasası'nın 1. maddesinde, genel bütçeye dahil dairelerle, katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin, alım, satım, hizmet , yapım, kira, trampa mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin bu Yasada yazılı hükümlere göre yürütüleceği öngörülmüş, 53.maddesinde, bütün ihalelerin bir sözleşmeye bağlanacağı, sözleşmenin idare adına ita amiri tarafından imzalanacağı kuralına yer verilmiştir.

Bu Yasa hükümlerine göre yapılan ihalenin, ihale kararının kesinleşmesine kadar idarece tesis olunan işlemleri kapsadığı Yasa'nın incelenmesinden anlaşılmaktadır.

2886 sayılı İhale Yasasına dayanılarak sözleşme aşamasına kadar idarece alınan kararlar ve yapılan işlemler idari niteliktedir. İhale kararı alınması, ihale şartlarının tespiti, şartnamenin hazırlanması, tahmini bedel tayini, ihale komisyonun teşkili, ihalenin ilanı, tekliflerin değerlendirilmesi, ihale kararı, komisyonun ihaleyi yapıp yapmamakta serbest olması, ihale kararının onayı ve iptali gibi tüm hazırlıkların, idarenin, yasanın verdiği yetkiye dayanılarak gerçekleştirdiği tek yanlı ve buyurucu nitelikte bir dizi işlemler olduğu görülmektedir. Bu nedenle bu tür işlemlere karşı açılacak davalar idari yargının görevinde olup sözleşmenin imzalanmasından sonra sözleşme hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar ise adli yargının görevine girecektir.

Dava dosyasının incelenmesinden, Gebze İlçesi Muallimköy sınırları içerisinde bulunan 12 pafta, 3318 parsel no'lu taşınmazın 30.5.2002 tarihinde yapılan satış ihalesinin davacı üzerinde kaldığı, 17.6.2002 tarihinde onaylanarak 24.6.2002 tarihli yazıyla davacıya 15 gün içerisinde satış bedelinin ödenmesi aksi halde ihalenin, feshedilerek geçici teminatın Hazineye irat kaydedileceğinin bildirildiği, davacının 19.6.2002 tarihli başvuru ile ihaleye konu alanın 22.5.2002 tarihli tescil ile Organize Sanayi Bölgesi sınırları içerisinde kaldığından, bahisle ihalenin iptal edilerek teminatın iadesini istediği, dava konusu işlemle bu talebin reddi üzerine bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Henüz ihale sonrası sözleşme aşamasına gelinmediği, ihale bedelinin ödenmemesi halinde geçici teminat mektubunun davacıya iade edilip edilmeyeceği noktasından kaynaklanan bu uyuşmazlıkta, idarenin ihaleyi iptal etmesinden sonra geçici teminat mektubunu iade etmemesi ihalenin iptaline bağlı bir idari işlem niteliği taşımakta olduğundan bu işlemin Yasaya uygun olup olmadığının denetimi de idari yargının görevi içerisinde yer almaktadır.

Bu durumda dava konusu işlemin adli yargı yerinde irdelenip karar verilmesi gerektiği yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, davacı temyiz isteminin kabulü ile Sakarya 1. İdare Mahkemesinin 31.12.2002 tarih ve E:2002/1237, K:2002/1996 sayılı kararının bozulmasına, yeniden karar verilmek üzere dosyanın anılan mahkemeye iadesine 20.4.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2004/12625
Karar No : 2005/1363

Özeti : Davacı şirketin yapımını üstlendiği ihale işi ile ilgili keşif artışının kısmen iptal edilmesine dair işlemin iptali istemiyle açılan davanın idari yargı yerince çözümlenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz Eden (Davacı): … İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Vekili : Av. …
Karşı Taraf (Davalılar): 1- Bayındırlık ve İskan Bakanlığı-ANKARA
2- Karayoları Genel Müdürlüğü-ANKARA
Vekili : Av. …

İstemin Özeti : Davacı şirketin yapımını üstlendiği ihale işi ile ilgili keşif artışının kısmen iptaline ilişkin 5.5.2004 tarih ve 3704 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada, uyuşmazlığın adli yargının görev alanına ilişkin olduğundan bahisle davanın görev yönünden reddi yolunda Ankara 9. İdare Mahkemesince verilen 13.7.2004 gün, E:2004/1910, K:2004/1103 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Davalı idarelerce yerinde olmadığı ileri sürülen temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

D.Tetkik Hakimi: Yunus Çetin

Düşüncesi : İhale safhasından sonra tesis edilmiş olmakla birlikte, sözleşmeden kaynaklanmayan, tamamen idare hukuku kuralları çerçevesinde tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümü idari yargının görevinde olduğundan mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Mehmet Karaoğlu

Düşüncesi **:** Davacı şirketin yapımını üstlendiği ihale işi ile ilgili keşif artışının kısmen iptaline dair işlemin iptali istemiyle açılan davanın, adli yargının görev alanında bulunduğu gerekçesiyle görev yönünden reddine ilişkin idare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Dava konusu işlem, sözleşmeden kaynaklanmayıp, İhale safhasından sonra idarece tesis edilen idari işlem olduğundan, buna karşı açılan davanın görüm ve çözümü idari yargıya ait bulunmaktadır.

Davanın görev yönünden reddine dair idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle idare mahkemesi kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince, dosyanın tekemmül ettiği anlaşılmakla yürütmenin durdurulması istemi hakkında bir karar verilmeden işin esasına geçildi gereği görüşüldü:

Dava; davacı şirketin yapımını üstlendiği ihale işi ile ilgili keşif artışının kısmen iptaline ilişkin 5.5.2004 tarih ve 3704 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 9. İdare Mahkemesince, 2886 sayılı Yasaya uygun olarak gerçekleştirilen ihale sonucunda 28.8.2000 tarihinde imzalanan sözleşme uyarınca işi yüklenen davacının idareyle özel hukuk ilişkisi içine girdiği, uyuşmazlığın da bundan kaynaklandığı gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından usul ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülen anılan İdare Mahkemesince verilen kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

2577 sayılı Yasanın 2. maddesinde, idari işlemler hakkında menfaati ihlal edilenler tarafından açılacak iptal davaları idari dava türleri arasında gösterilmiştir.

Bilindiği gibi idari işlemler, idarenin, İdare hukuku kurallarına dayanarak tek yanlı irade açıklamasıyla yaptığı işlemlerdir. Bunların hukuki sonuç doğurabilmesi için idarenin iradesini açıklaması yeterlidir. Karşı tarafın herhangi bir işlemde bulunmasına gerek yoktur. Bu işlemler, idarenin, idare hukuku alanında yaptığı tek yanlı, kesin ve doğrudan uygulanabilir hukuki işlemlerdir.

Öte yandan, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun Sözleşmede Belirtilen İşin Artış ve Eksilişi başlığını taşıyan 63. maddesinde; "Yapım işlerine ait bir sözleşmenin uygulanması sırasında keşif ve sözleşmede öngörülmeyen iş artışı veya eksilişi zorunlu hale gelirse, müteahhit, keşif bedelinin %30 oranına kadar olan değişikliği, süre hariç, sözleşme ve şartnamesindeki hükümler dairesinde yapmakla yükümlüdür.

Keşif bedeli artışının %30'u geçmesi halinde sözleşme feshedilir. Ancak, bu durumda müteahhit işin keşif bedeli ve %30 keşif artışının karşılığı işleri sözleşme ve şartnamesindeki hükümler çerçevesinde yapmaya zorunludur. Taahhüdün %30 keşif artışı ile bitmemesi ve tasfiye edilmesi halinde müteahhit, idareden hiçbir masraf ve tazminat isteyemez. %30 oranından fazla artış; temel, tünel ve benzeri işler ile tabii afetler gibi nedenlerden ileri gelmiş ise; idarenin isteği, müteahhidin kabulü ve ilgili bakanın onayı ile süre hariç, aynı sözleşme ve şartname hükümleri içinde %30'u geçen işler de aynı müteahhide yaptırılabilir.

Keşif bedelinin %70 inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işler de, müteahhit işi bitirmeye zorunludur. Bu durumda, müteahhide belgelemek şartı ile yapmış olduğu gerçek giderlerine karşılık olarak, ihale bedelinin %70'i ile yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının %5'ine kadar ödeme yapılabilir." hükmü düzenlenmiştir.

Ayrıca, Emanet İşlere Ait Uygulama Yönetmeliğinin 22. maddesinde, "Taşaronla yapılan anlaşmaya esas olan keşif bedeline göre iş miktarında bir azalma meydana gelirse iş

bu kadarla bitirilmiş olur ve taşeron iş miktarının, azalmasından dolayı hiçbir istekte bulunamaz.

Ancak, taşeronla yapılan anlaşmaya esas olan keşif bedeline göre iş miktarında keşif bedelinin %30'una kadar bir artma meydana gelirse, bu iş emanet komisyonunca aynı taşerona aynı anlaşma şartlarıyla yaptırılabilir. Bu takdirde taşeron süre uzatımı hariç hiçbir hak ve talepte bulunamaz.

İşin anlaşmaya esas keşif bedelinin %30 fazlasıyla da ikmal edilemeyeceğinin anlaşılması halinde komisyon işi bu haliyle bittiğini kabul ederek madde 27 ve 28'e göre taşeronun ilişiğini kesebileceği gibi, %30 oranından fazla artış; temel, tünel ve benzeri işler ile tabii afetler gibi nedenlerden ileri gelmiş ise taşeronun %30'dan fazla artış gösteren işleri de, süre uzatımı hariç, ayni anlaşma şartlarıyla yapmayı kabul etmesi ve Emanet Komisyonunca da aynı taşerona yaptırılmasında fayda görülmesi halinde komisyonca alınacak gerekçeli kararın kuruluşun en yetkili amirlerince tasdiki kaydıyla %30'undan fazla artış gösteren işler de aynı taşerona yaptırılabilir.

Ancak, işin keşif artışı nedeniyle müteakip yıla geçen kısımlarına 13.madde hükümleri uygulanır." Hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Akşehir (Yalvaç, Şarkikaraağaç) Ayr. yolunun toprak işleri, sanat yapıları, alttemel ve temel yapılması ile sathi kaplama mıcırı temini gibi işlerin ihalesi 2886 sayılı Yasa uyarınca gerçekleştirilerek 28.8.2000 tarihli sözleşmeye bağlanmak suretiyle davacı şirkete verildiği, daha sonra, 18.10.2002 tarihli Bakanlık oluru ile ihale konusu yolun 1. keşfinde yeralmayan, fakat işin tamamlanabilmesi için zaruret arz eden iş kalemlerinin işin bünyesine dahil edilmesi ve mevcut iş kalemlerindeki miktarların artmasından dolayı 1. keşfe göre %30 artış dahil olmak üzere %524,23 keşif artışı gösteren ilave işlerin aynı sözleşme ve şartname hükümleri çerçevesinde aynı şirkete yaptırılmasına karar verildiği, konunun teftiş kuruluna intikalinden sonra düzenlenen rapor esas alınarak komisyon oluşturulduğu, sözkonusu komisyonca, 18.10.2002 tarihli keşif artışı olurundan %156,69'luk kısmına karşılık gelen işlerin yapılmasının gerekli olduğu, %337,54'lük artışı meydana getiren işlerin ise yapılmasının gerekli olmadığının belirlenmesi üzerine dava konusu işlemle keşif artışının %337,54'lük kısmının iptal edildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, yukarıda yazılı mevzuat hükümlerine göre, idare hukuku kuralları uyarınca tesis edilen, davacının 2886 sayılı Yasaya göre imzaladığı 28.8.2000 tarihli sözleşmeden kaynaklanmayan işlemin görüm ve çözümü idari yargı yerine ait olduğundan davanın görev yönünden reddi yolunda verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklana nedenlerle, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesine uygun bulunan davacının temyiz isteminin kabulüne, Ankara 9. İdare Mahkemesinin 13.7.2004 tarih ve E:2004/1910, K:2004/1103 sayılı kararının bozulmasına, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine, yürütmenin durdurulması harcının istemi halinde davacıya iadesine, 28.3.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2004/12712
Karar No : 2005/1612

Özeti : Davacıya ait eczane ile kamu kurum ve kuruluşlar arasında özel hukuk hükümleri çerçevesinde yapılan anlaşmanın uygulanmasından kaynaklanan

uyuşmazlığa ilişkin davanın görüm ve çözümünün adli yargının görevine girdiği hakkında.

Temyiz Eden (Davacı): …
Vekili : Av. …
Temyiz Eden ve Karşı Taraf (Davalı): Van Defterdarlığı

İstemin Özeti : Davacıya ait eczanede müfettiş tarafından yapılan denetimler sonucunda, bazı ilaçlardan zorunlu olduğu halde katkı payı alınmadığı, bazı ilaçların da belirlenen satış fiyatının üzerinde bir fiyatla satıldığı öne sürülerek fazla ödendiği saptanan tutarın davacıdan tahsili yoluna gidilmesi üzerine, tahsil edilen tutarın iadesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 16.12.1999 tarih ve 65005 sayılı işlemin iptali ve tahsil edilen ana para ve faiz toplamı olan 2.809.494.000- TL'nın ödeme tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan dava sonucunda; Van İdare Mahkemesince, dava konusu işlem Kısmen İptal edilerek, "Octanate" adlı ilaca ilişkin tazminat isteminin kabulü, "Humarope Flk" isimli ilaca yönelik ise davanın reddi yolunda verilen 12.9.2000 tarih, E:2000/21, K:2000/521 sayılı kararın davacı ve davalı idare tarafından aleyhlerine olan kısımlarının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmaların Özeti: Savunma verilmemiştir.

D.Tetkik Hakimi: Aydın Akgül

Düşüncesi : Özel hukuk hükümlerine göre düzenlenen sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın görüm ve çözümü adli yargının görev alanında bulunduğundan, davanın görev yönünden reddi gerekirken esası hakkında karar veren temyize konu mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Eren Sonbay

Düşüncesi : İdare ve Vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Taraflar temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, sözkonusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, taraflar temyiz isteminin reddi ile temyiz edilen mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

Davacıya ait eczanede müfettiş tarafından yapılan denetimler sonucunda, bazı ilaçlardan zorunlu olduğu halde katkı payı alınmadığı, bazı ilaçların da belirlenen satış fiyatının üzerinde bir fiyatla satıldığı öne sürülerek fazla ödendiği saptanan tutarın davacıdan tahsili yoluna gidilmiş; davacının, incelemenin hatalı olduğu iddiasıyla tahsil edilen tutarın iadesi istemi ise reddedilmiştir. Davacı, başvurusunun reddine ilişkin 16.12.1999 tarih ve 65005 sayılı işlemin iptali ve tahsil edilen ana para ve faiz toplamı olan 2.809.494.000-TL'nın ödeme tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle bu davayı açmıştır.

Van İdare Mahkemesi, uyuşmazlığın esasını inceleyerek; "Octanate" isimli ilaca yönelik davacının ilacın reçete ve fatura tarihinde geçerli satış fiyatını esas aldığı, bu nedenle "Octanate" isimli ilaç üzerinden yapılan tahsilatta hukuka uyarlık bulunmadığı; "Humatrope Flk" isimli ilacın ise, Mali Yıl Bütçe Uygulama Talimatı'na ekli listede büyüme hormonu kategorisinde yer aldığı ve ilaçtan hasta katılım payı alınacağı öngörüldüğü halde , bu ilaca ilişkin faturalarda hasta katılım payının alınmadığı, bu itibarla "Humatrope Flk" isimli ilaca ilişkin yapılan tahsilatın ise hukuka uygun olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemi kısmen iptal ederek, "Octanate" adlı ilaca ilişkin tazminat isteminin kabulü, "Humarope Flk" isimli ilaca yönelik ise davanın reddine karar vermiştir.

Davacı ve davalı idare, anılan mahkeme kararının aleyhlerine olan kısımlarının hukuka aykırı olduğu iddiasıyla temyizen incelenip bozulmasını istemektedir.

İdari yargının görev alanı; idare hukuku kuralları içinde, kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla, kamu gücü kullanılarak tesis edilen idari işlemler, idari eylemler ve idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar nedeniyle açılan davaların görüm ve çözümüyle sınırlıdır.

Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için sürekli bir kamu hizmetinin görülmesi amacını taşıması, taraflardan birinin idare olması ve kamu hukukuna özgü, kamu hukukundan doğan şart ve hükümlerin sözleşmede yer alması zorunludur.

Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında 178. sayılı KHK'nin 10. maddesiyle tanınan düzenleme yetkisini kullanarak çıkardığı 6.3.1999 tarih ve 23631 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 1999 Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatı ve Protokolü'nün " Eczanelerde Yapılacak Anlaşma" başlıklı 14. maddesinin ilk üç bendinde, " 14.1. Tedavi Yönetmeliği gereğince, kurumlarca ilaç ve gereçlerin sağlanmasının mümkün olmadığı hallerde, kurumlarla eczaneler arasında yapılacak anlaşmaya esa teşkil etmek üzere Türk Eczacıları Birliği Merkez Heyeti ile Bakanlığımız arasında PROTOKOL (Ek-4) imzalanmıştır.

14 a) Kurumlarla anlaşma yapmak isteyen eczacının, protokol ekindeki "başvuru formu'nu bağlı bulunduğu Türk Eczacıları Birliği Bölge Eczacı Odasına onaylatması gerekmektedir. 14 b) Kurumlar "Protokol'de yer alan usul ve esaslar çerçevesinde %5 indirimli ve yukarıda belirtilen işlemleri tamamlayan her eczane ile protokol ekinde yer alan örnek "eczanelerle yapılacak anlaşma" formuna göre (bu protokoldeki hükümlere aykırı hareketleri nedeniyle anlaşmaları feshedilenler hariç) anlaşma yapacaktır (...)" denilmiş ve konuya ilişkin diğer hususlar ise takip eden 6 bent halinde belirlenmiştir.

Maliye Bakanlığı ile Türk Eczacıları Birliği Merkez Heyeti arasında "Devlet Memurlarının Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliği" uyarınca kurum mensuplarının eczanelerden temin edecekleri ilaçlarla ilgili olarak, kurumlarla eczaneler arasında yapılacak anlaşma için; protokol kapsamına kimlerin girdiği; ilaçların verilmesi, bedelinin tahsili, fiyat küpürlerinin reçeteye yapıştırılması gibi hangi esasların uygulanacağı; eczanelerin sözleşmelerinin hangi hallerde feshedileceği ve fesih süreleri ile eczanelerin sözleşmeyi ne şekilde feshedebileceği; ödemelerin ne kadar sürede yapılacağı; ihtilaf halinde ne yapılacağı; kurumlarla eczaneler arasında bu protokol esaslarına göre anlaşma yapılacağı ve yürürlük hususlarında görüş birliğine varılarak protokol imzalanmıştır.

Bu düzenlemelere göre, reçete muhteviyatı ilaçları %5 indirimli olarak vermeyi kabul eden ve protokol ekinde yer alan "Başvuru Formu" nu bağlı bulunduğu T.E.B. Bölge Eczacı Odasına onaylatarak kurumlara başvuran eczanelerle (başvuru formuyla bütün halde olan " Eczanelerde Yapılacak Anlaşma") anlaşma imzalanacağı ve protokolde belirlenen hükümlerin de bu anlaşmanın ekini oluşturacağı anılan anlaşmanın da özel hukuk hükümlerine tabi olduğu anlaşılmaktadır.

Olayda, davacıya ait eczane ile kamu kurum ve kuruluşları arasında yukarıda aktarılan düzenlemeler çerçevesinde anlaşma yapılması, uyuşmazlığın da anlaşmanın eki sayılan Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatı ve Protokolü'nün uygulanmasından kaynaklanması karşısında, uyuşmazlığın özel hukuk hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekmektedir.

Bu durumda, taraflar arasında kamu hukuku kuralları çerçevesinde yapılmayan ve kamu gücü kullanılmayan özel hukuk sözleşmesinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlığa ilişkin davanın, görüm ve çözümünün adli yargının görevine girdiği gerekçesiyle görevden reddi gerekirken, işin esasına geçilerek karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyiz istemlerinin kabulüne, Van İdare Mahkemesinin 12.9.2000 tarih, E:2000/21, K:2000/521 sayılı kararının görev yönünden bozulmasına, dava dosyasının yeniden bir karar

verilmek üzere anılan mahkemeye gönderilmesine 11.4.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2005/1082
Karar No : 2005/1489

Özeti : 4077 sayılı Kanundan kaynaklanan para cezasının tahsiline yönelik düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davada verilen kararın temyizen incelenmeyeceği hakkında.

Temyiz Eden (Davacı): …
Vekilleri : Av. …
Karşı Taraf (Davalı): Beyoğlu Vergi Dairesi Başkanlığı/İSTANBUL
İstemin Özeti : Davacının yönetim kurulu üyesi olduğu şirkete 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca verilen para cezasının, şirketten tahsili olanağı kalmadığından bahisle davacıdan tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davada; İstanbul 5. İdare Mahkemesince davanın reddi yolunda verilen 14.10.2004 tarih ve E:2004/195, K:2004/1182 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Danıştay Tetkik Hakimi: Aydın Akgül
Düşüncesi : Kamu alacağının 4077 sayılı Kanun uyarınca verilen para cezasından doğmuş olması, 6183 sayılı Kanun uyarınca düzenlenen dava konusu ödeme emrinin hukuka uygunluk denetiminin yapılmasına engel oluşturmamaktadır.
Belirtilen nedenle, uyuşmazlığın esasının incelenmesi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince 2577 sayılı Kanunun 14. maddesi uyarınca hazırlanan Tetkik Hakiminin raporu ve sözlü açıklamaları dinlenildikten sonra gereği görüşüldü :

4077 sayılı Yasanın 26/2 maddesinde; bu Kanunda öngörülen para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebileceği, itirazın idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmayacağı ve zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılacağı, itiraz üzerine idare mahkemesince verilen kararların kesin olduğu hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, 6183 sayılı Yasanın 55. maddesinde; amme alacağını vadesinde ödemeyenlere 7 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumunun bir ödeme emri ile tebliğ olunacağı; 58. maddesinde ise, kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahsın böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zaman aşımına uğradığı hakkında tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde dava açılabileceği kuralı yer almıştır.

Bu durumda, 4077 sayılı Yasa uyarınca verilen para cezalarına yapılan itiraz üzerine İdare Mahkemesince verilen kararlar kesin olduğundan ve anılan Yasada para cezalarının tahsili aşamasına yönelik farklı bir düzenlemeye yer verilmediğinden, ödeme emrinin iptali istemiyle açılan bu davada verilen kararın temyizen incelenmesine de hukuken olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin incelenmeksizin reddine, yürütmenin durdurulması harcının istemi halinde davacıya iadesine, dosyanın İstanbul 5. İdare Mahkemesine gönderilmesine 4.4.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No : 2003/1545
Karar No : 2005/1547

Özeti : Dayanak oluşturan düzenleyici işlemin iptali sonrasında eksik yapılan ödemenin iadesi için 2577 sayılı Yasanın 10. maddesi uyarınca yapılan başvuru üzerine açılan davayı süre yönünden reddeden idare mahkemesi kararında yasaya uyarlık bulunmadığı hakkında.

Kararın Düzeltilmesini İsteyen (Davacı): … Çelik Endüstrisi A.Ş.
Vekili : Av. …
Karşı Taraf (Davalı): Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı ANKARA
İstemin Özeti : Para Kredi ve Koordinasyon Kurulu'nun 95/2 sayılı Kararının Danıştay 10. Dairesince iptali üzerine noksan ödendiği ileri sürülen 137.082.957.000.-TL. navlun priminin reeskont faizi ile birlikte ödenmesi istemiyle açılan dava sonucu Ankara 10. İdare Mahkemesince, davanın süre yönünden reddi yolunda verilen 22.11.2001 tarih ve E:2001/1239, K:2001/1584 sayılı kararı onayan Dairemizin 23.9.2002 tarih ve E:2002/1361, K:2002/3195 sayılı kararının yeniden incelenerek düzeltilmesi istenilmektedir.
Savunmanın Özeti: Karar düzeltme isteminin hukuki dayanağının bulunmadığı ileri sürülerek reddi gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi: Elmas Mucukgil.
Düşüncesi : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. maddesinde ilgililerin, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilecekleri öngörülmüştür.
İdare hukuku ilkelerine göre iptal kararları ise, iptali istenilen işlemi tesis edildiği tarih itibariyle ortadan kaldırarak, o işlemin tesisinden önceki hukuki durumu ortaya koyar.
Dava dosyasının incelenmesinden, navlun primi ödenmesinde esas alınan Para Kredi ve Koordinasyon Kurulu Kararının Danıtayca iptal edilmesi üzerine, davacı, davalı idareye başvurarak eksik ödendiği belirtilen miktarın iadesini istediği, isteminin reddi üzerine ödenen meblağın faizi ile birlikte iadesi istemiyle bu davayı açtığı anlaşılmaktadır.
Bu durumda, 95/2 sayılı Para Kredi ve Koordinasyon Kurulu Kararı iptal edilip hukuk aleminden kalktığından, davacı tarafından iptal kararına dayalı olarak yapılan başvurunun 2577 sayılı Yasanın 10. maddesi kapsamında yapılan bir başvuru olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.
Açıklanan nedenle, karar düzeltme isteminin kabulüyle Dairemiz kararının kaldırılarak davayı süre yönünden reddeden İdare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı: Emin Celalettin Özkan.
Düşüncesi : Karar düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54.maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onuncu Dairesince, karar düzeltme dilekçesinde ileri sürülen hususlar Dairemizce verilen 23.9.2002 tarih ve E.2002/1361, K:2002/3195 sayılı kararın kaldırılmasını gerektirecek nitelikte görüldüğünden karar düzeltme isteminin kabulü ile anılan Dairemiz kararı kaldırılarak temyiz istemi yeniden incelendi, gereği görüşüldü.

Dava, Para Kredi ve Koordinasyon Kurulu'nun 95/2 sayılı Kararının Danıştay 10 . Dairesince iptali üzerine noksan ödendiği ileri sürülen 137.082.957.000.-TL. navlun priminin reeskont faizi ile birlikte ödenmesi istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince, davacının navlun primini tahsil ettiği 24.2.1995 ve 11.4.1995 tarihlerinden itibaren yukarıda yer alan hükümlere göre 60 gün içinde ya idareye başvurulması ya da dava açılması gerekirken bu süreler geçtikten çok sonra 28.8.2001 tarihinde açılan bu davanın süre aşımı nedeniyle esastan incelenme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın süre yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacı, davanın süresinde açıldığını ileri sürerek anılan idare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacı firmanın ihracatın desteklenmesine dair mevzuat çerçevesinde 1994 yılında yaptığı ihracattan dolayı ödenmesi gereken navlun priminin 24.2.1995 ve 11.4.1995 tarihinde ödendiği, ancak davacının fiili ödeme tarihindeki T.C. Merkez Bankası döviz alış kuru üzerinden ödeme yapılmadığı ve 95/2 sayılı Para Kredi ve Koordinasyon Kurulu Kararının Danıştay Onuncu Dairesince iptal edildiğinden bahisle uğranıldığı ileri sürülen kur farkı zararının tazmini için yaptığı başvurunun reddi üzerine bu davayı açtığı anlaşılmaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 10. maddesinde, ilgililerin, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem ve eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilecekleri kurala bağlanmıştır.

İdare hukuku ilkelerine göre iptal kararları, iptali istenilen işlemi tesis edildiği tarih itibariyle ortadan kaldırmaktadır.

Navlun primi ödenmesine esas oluşturan 95/2 sayılı Para Kredi ve Koordinasyon Kurulu Kararının iptali istemiyle daha önce Danıştay Onuncu Dairesinin E:1996/9616 sayılı esas dosyasında açılan davanın, 6.10.1998 tarihinde iptal ile sonuçlandığı ve İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 9.4.1999 tarih ve K:1999/441 sayılı kararıyla onanıp, 10.12.1999 tarih ve K:1999/1221 sayılı kararıyla karar düzeltme istemi de reddedilerek kesinleştiği görülmektedir.

Uyuşmazlığa konu 95/2 sayılı Para Kredi ve Koordinasyon Kurulu Kararının yargı kararı ile iptal edilerek hukuk aleminden kaldırılması sonucu yeni bir hukuki durum doğmuş olup, davacının meydana gelen bu hukuki durum çerçevesinde yaptığı başvurunun 2577 sayılı Yasanın 10. maddesi kapsamında yapılan bir başvuru olarak kabulü gerekmektedir.

Bu durumda, 25.6.2001 tarihinde yapılan başvurunun reddi üzerine 28.8.2001 tarihinde açılan bu davanın esasının incelenmesi gerekirken davayı süre yönünden reddeden idare mahkemesi kararında mevzuata uyarlık bulunmamıştır.

Açıklanan nedenle, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca davacının temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 10. İdare Mahkemesinin 22.11.2001 tarih ve 2001/1239, K:2001/1584 sayılı kararının bozulmasına, yeniden karar verilmek üzere dosyanın anılan mahkemeye iadesine 6.4.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ONBİRİNCİ DAİRE KARARLARI

AFET İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2001/2549
Karar No : 2005/183

Özeti : Devlet tarafından egemenlik gücüne dayanılarak deprem riskinin karşılanması ve bunun toplumun katılımıyla sağlanması amacıyla kurulan, kar amacı gütmeyen ve meydana gelebilecek depremler sonrası devletin 7269 sayılı Yasadan doğan yükümlülüklerini ortadan kaldırmayı amaçlayan "Zorunlu Deprem Sigortası"nın uygulanmasında, hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Davacı : ...
Davalı : T.C.Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı-ANKARA
Davalı Özeti : Davacı tarafından, 4452 sayılı yetki yasasına dayanılarak çıkarılan 587 sayılı Zorunlu Deprem Sigortasına Dair Kanun Hükmünde Kararname uyarınca düzenlenen Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları ve aynı Kararname ile kurulan Doğal Afet Sigortaları Kurumu'nun kadro cetveli ile zorunlu deprem sigortası uygulamasının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Zorunlu deprem sigortasının hukuki dayanağı 4452 sayılı Doğal Afetlere Karşı Alınacak Önlemler ve Doğal Afetler Nedeniyle Doğan Zararların Giderilmesi İçin Yapılacak Düzenlemeler Hakkında Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan 587 sayılı Zorunlu Deprem Sigortasına Dair Kanun Hükmünde Kararname olup, dava konusu Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartlarının,bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 10. maddesine dayanılarak çıkarıldığı, Doğal Afet Sigortaları Kurumunun da söz konusu Kanun Hükmünde Kararname ile kurulduğu, Kurumun yönetim kurulunun kimlerden oluşacağı, kurulun yönetimi ve görevlerinin yine kararnamede belirtildiği, ülkenin aktif bir deprem kuşağı üzerinde yer alması ve büyük bir bölümünün deprem riski ile karşı karşıya bulunması nedeniyle riskin gerçekleşmesi durumunda karşılanması zor olan büyük maddi ve manevi zararların meydana geleceğinin açık olması karşısında riskin topluma dengeli bir şekilde dağılımını sağlamak ve depremin mali yükünü uluslararası sermaye ve sermaye piyasalarına dağıtmak gibi gerekli önlemlerin alınmasının amaçlandığı, bu Kurumun personeli ve kadro cetvelinin bulunmadığı, uygulamanın hukuka uygun olduğu ileri sürülerek yasal dayanaktan yoksun olan davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi: Şenol Bolat

Düşüncesi : Dava, Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları ile Doğal Afet Sigortaları Kurumunun kadro cetvelinin ve zorunlu deprem sigortası uygulamasının iptali istemiyle açılmıştır.

4452 sayılı yetki yasası uyarınca çıkarılan 587 sayılı Zorunlu Deprem Sigortasına Dair Kanun Hükmünde Kararname hükümleri dikkate alındığında bu kararnameye dayanılarak düzenlenen Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları ve zorunlu deprem sigortasının uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Doğal Afet Sigortaları Kurumunun kadro cetvelinin iptali istemine gelince; söz konusu kuruma ait kadro cetveli bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu istem hakkında karar verilmesi mümkün değildir

Açıklanan nedenlerle davanın, Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları ile zorunlu deprem sigortası uygulamasına ilişkin kısmının reddi, Doğal Afet Sigortaları Kurumu kadro cetveline ilişkin kısmı hakkında ise karar verilmesine yer olmadığı gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Sadri Bozkurt

Düşüncesi : Dava; Hazine Müsteşarlığı tarafından 8.9.2000 gün ve 27.9.2000 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak 27.9.2000 tarihli yürürlüğe giren Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları ile Doğal Afet Sigortaları Kurumu kadro cetveli ve zorunlu deprem sigortası uygulamasının iptali istemiyle açılmıştır.

Dava dosyasının incelenmesi sonucunda Hazine Müsteşarlığı tarafından 8.9.2000 gün ve 24164 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartlarının 4452 sayılı Doğal Afetlere Karşı Alınacak Önlemler ve Doğal Afetler Nedeniyle Doğan Zararların Giderilmesi için Yapılacak Düzenlemeler Hakkında Yetki Kanununa dayanılarak hazırlanan 587 sayılı Zorunlu Deprem Sigortasına Dair Kanun Hükmünde Kararnameye istinaden düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Ülkemizin deprem kuşağında yer alması ve 17 Ağustos ve 12 Kasım 1999 tarihlerinde yaşanan deprem felaketinin çok büyük coğrafi alanı içine alması ve binlerce binanın ziyaı veya hasarlanması nedeniyle mevcut olanaklarla afetzedelerin acil barınma ihtiyaçlarının zamanında karşılanmasında zorlanılması nedeniyle Doğal Afet Sigortaları Kurumunun kurulduğu, bu kuruluş tarafından bağımsız bölüm veya binaların değerinin 20 milyar Türk Lirası gibi çok az miktarının zorunlu deprem sigortası kapsamına alındığı ve bu miktarda sınırlıda olsa bir koruma sağlandığı, aşan kısım için ihtiyari sigorta yaptırmak yolunun açıldığı, adı geçen kurumun zorunlu deprem sigorta faaliyeti,serbest piyasada faaliyette bulunan sigorta şirketlerinin,sigortacılık faaliyetlerine engel olmadığı,hatta sigorta poliçelerinin belli bir miktar karşılığında bu şirketler aracılığı ile düzenlendiği,zaten ticari ve sınai tesisler zorunlu deprem sigortası kapsamına alınmayarak asıl risk taşıyan tesislerin isteğe bağlı sigorta sistemi içinde tutulduğu böylelikle devletin deprem sigortasına verdiği önem gösterilerek bina sahiplerinin ihtiyari deprem sigortasını yaptırmaya yönlendirildiği, benzeri doğal afet hallerinde sigorta şirketlerinin yüklendiği risk miktarıda azaltılarak sigorta şirketlerinin serbest piyasa koşullarında faaliyetlerinin güçlendirildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Doğal Afet Sigortaları Kurumu davacının ileri sürdüğü gibi tamamen denetim dışı bırakılmamış olup, anılan Kanun Hükmünde Kararname ile Hazine Müsteşarlığınca denetleneceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla zorunlu deprem riskini karşılamak için sağlanan birikimlerin amaç dışı kullanılması mümkün değildir.

Bu durumda dava konusu Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartlarında ve zorunlu deprem sigortasının uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır

Davanın Doğal Afet Sigortaları Kurumunun kadro cetveline ilişkin kısmına gelince;

Doğal Afet Sigortaları Kurumunda 587 sayılı Kanun Hükmünde Kararnemenin 4. maddesi ile kurulmuş 5, 6, 7. ve 8. maddelerinde bu kurumla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak bu kuruma ilişkin kadro cetveli ihdas edilmemiştir. Bu nedenle bu istem hakkında karar verilmesi mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle davanın Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları ile Zorunlu deprem sigortası uygulamasına ilişkin kısmının reddi, Doğal Afet Sigortaları kurumu kadro cetveline ilişkin kısmı hakkında karar verilmesine yer olmadığı düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dava, 4452 sayılı Yetki Yasasına dayanılarak çıkarılan 587 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca Başbakanlık Hazine Müsteşarlığınca düzenlenen Zorunlu Deprem

Sigortası Genel Şartları ile anılan Kanun Hükmünde Kararnamede öngörülen Doğal Afet Sigortaları Kurumu kadro cetvelinin ve zorunlu deprem sigortası uygulamasının iptali istemiyle açılmıştır.

4452 sayılı Doğal Afetlere Karşı Alınacak Önlemler ve Doğal Afetler Nedeniyle Doğan Zararların Giderilmesi İçin Yapılacak Düzenlemeler Hakkında Yetki Kanununun 1. maddesinde, bu kanunun amacının, doğal afetlere karşı alınacak önlemlerin belirlenmesi, bu afetler nedeniyle doğan zararların giderilmesi, yeni yerleşim alanlarının kurulması, ihale, müteahhitlik, müşavirlik hizmetleri ile kültür ve tabiat varlıklarını koruma, sivil savunma, mevcut fonların işleyişi ve gerektiğinde ilave fon kurulması, her türlü bağış ve yardımların etkin kullanımı, ekonomik konularda düzenleme, doğal afetler sonucunda doğacak zararların karşılanmasına yönelik bir sigorta sisteminin oluşturulması, doğal afet bölgelerinde yeni belediyeler kurulması ve teşkilat kanunlarında yapılacak değişiklikler ile ivedi ve zorunlu hallere münhasır olmak üzere Bakanlar Kuruluna yetki vermek olarak belirtilmiştir.

4452 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan 587 sayılı Zorunlu Deprem Sigortasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin 1. maddesinde, bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacının meydana gelecek deprem afeti sonucu bina maliklerinin veya intifa hakkı sahiplerinin binalarının ziyaı veya hasarlanması nedeniyle uğrayacakları maddi zararların karşılanmasını teminen zorunlu deprem sigortası yaptırmalarına ilişkin usul ve esasları belirlemek olduğu açıklanmış, aynı Kararnamenin 4. maddesinde, sigorta yapmak ve bu Kanun Hükmünde Kararname ile kendisine verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere Bakanlık nezdinde kamu tüzel kişiliğine haiz Doğal Afet Sigortaları Kurumu kurulduğu, "Sigorta teminatı tarife ve talimatlar, komisyonlar" başlıklı 10. maddesinde de zorunlu sigortaya ilişkin teminat tutarları, genel şartlar, tarife ve talimatlar, primlerin ödenme usul ve esasları ile kurum idarecisine ve yetkili sigorta şirketlerine ödenecek komisyonların Bakanlıkça tespit edileceği ve Resmi Gazete'de yayımlanacağı, sigorta primlerinin tespitinde binanın yüzölçümü, inşaat sınıfı ve kalitesi, binanın üzerinde bulunduğu arazinin jeolojik özellikleri deprem riski ve benzeri faktörlerin dikkate alınacağı hükmüne yer verilmiştir.

Davacı tarafından, zorunlu deprem sigortasının yasalara aykırı ve tek yanlı uygulama olduğu, tüm yapıların sigorta kapsamına alınmadığı, sigortanın değeri yirmi milyar liraya kadar olan binalar için yapıldığı ve binaların içindeki eşyalar için teminat verilmediği, sigorta priminin peşin alındığı, oysa özel sigortaların talebe göre müşterilerden teminat aldığı ve sigorta priminin bir kısmının peşin geri kalanını taksitle tahsil ettikleri, zorunlu deprem sigortasında havuzda yeterli para yoksa varolan paranın hasar görenler arasında paylaştırılacağının belirtildiği, oysa özel sigorta şirketlerinin hasarının tamamını her poliçeye ayrı ayrı ödeme yükümlülüğünün bulunduğu, zorunlu deprem sigortasının güvence altına aldığı yirmi milyar lirayı aşan kısım ile eşyalar için özel sigorta şirketlerine sigorta yaptırılabilmelerinin öngörüldüğü, sigorta acentalarına zorunlu deprem sigortası yapılması karşılığında verilen % 12,5 komisyonun vergi ve genel giderler nedeniyle yeterli olmadığı, bu nedenle birçok özel sigorta acentasının zorunlu deprem sigortası poliçesi kesmediği, zorunlu deprem sigortasının kararname ile tapu dairelerindeki işlemlerde zorunlu hale getirildiği, Doğal Afet Sigortaları Kurumuna gerek olmadığı çünkü Devletin sigorta şirketlerinin olduğu, bu Kurumun Sayıştay denetiminden çıkartıldığı, bunun deprem riskini karşılamak için toplanan paraların amacına uygun kullanılmayacağını gösterdiği, zorunlu deprem sigortasına değil uygulamaya karşı olduğu ileri sürülerek Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları ile Doğal Afet Sigortaları Kurumunun kadro cetveli ve zorunlu deprem sigortası uygulamasının iptali istenilmektedir.

Aktif bir deprem kuşağı üzerinde bulunan ülkemizin bir deprem riskiyle karşı karşıya olması nedeniyle meydana gelecek depremlerde büyük zararların oluşacağı kuşkusuzdur.Özel sigorta şirketlerinin mevcut durumları itibariyle ülke çapında kapsamlı bir programı yürütebilecek mali güçten yoksun bulunmaları nedeniyle deprem riskinin yüksek olduğu bölgelerde teminat vermekten kaçınabilecekleri, toplumda sigorta bilincinin yeterince

yerleşmemesi, sadece deprem riski yüksek olan bölgelerde yaşayanların sigorta yaptırması, ihtiyari deprem sigortası olmasına karşın toplam konutların çok az bir kısmının sigortalandığı dikkate alındığında büyük afetlerden doğan finansman ihtiyacının karşılanması ve bunun toplumun geniş bir kesiminin katılımını sağlayarak yapılabilmesi için kamu destekli veya doğrudan kamu kurumu şeklinde yeni bir yapılanmaya gidilmesinin zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Söz konusu riskin karşılanması için gerekli olan finansmanın sağlanması amacıyla 4452 sayılı Yetki Yasasına dayanılarak çıkartılan 587 sayılı Zorunlu Deprem Sigortasına Dair Kanun Hükmünde Kararname ile depremin doğrudan veya dolaylı olarak neden olacağı zararları 10. madde gereğince belirlenen tutara kadar teminat altına alan zorunlu deprem sigortası yapmak ve bu Kanun Hükmünde Kararname ile verilen görevi yerine getirmek üzere Doğal Afet Sigortaları Kurumu kurulmuştur.

İptali istenilen Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartlarının, anılan Kanun Hükmünde Kararnamenin 10. maddesi uyarınca Başbakanlık Hazine Müsteşarlığınca düzenlenerek 8.9.2000 gün ve 24164 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 27.9.2000 tarihinde yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır.

Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartlarının incelenmesinden, 587 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olduğu sonucuna ulaşıldığından bu düzenlemede hukuka aykırılık görülmemiştir

Davanın Doğal Afet Sigortaları Kurumu'nun kadro cetvelinin iptali istemine ilişkin kısmına gelince;

Doğal Afet Sigortaları Kurumu 587 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4. maddesiyle kurulmuş olup, aynı Kararnamenin 6. maddesinde, kurumun Yönetim Kurulu tarafından yönetileceği, teknik işlerinin müsteşarlık tarafından bir sözleşme ile bir sigorta veya reasürans şirketine Kurum idarecisi sıfatıyla yürütmek üzere verileceği belirtilmiş, 7. maddesinde, Kurul üyelerinin kimlerden oluşacağı, atanma şekli, görev süreleri ve ücretinin neye göre ödeneceği açıklanmış, 8. maddesinde de Kurulun görevleri sayılmış ancak kadro cetveli düzenlenmemiştir. Davalı idarece 6. madde uyarınca kendileri ile Milli Reasürans T.A.Ş. arasında yapılan sözleşme ile Kurumun teknik işlerinin sözkonusu şirket tarafından yerine getirilmesinin kararlaştırıldığı belirtilmiştir. Personel ve kadro cetveli bulunmayan söz konusu Kurumun kadro cetvelinin iptali isteminin bu nedenle incelenmesi mümkün değildir.

Davanın zorunlu deprem sigortasının uygulanmasına ilişkin kısmına gelince;

Deprem sigortası konusunda kamu müdahalesini gerekli kılan ve yukarıda açıklanan nedenlerle kurulan zorunlu deprem sigortasının kendisine özgü bir yapısının bulunması nedeniyle Sigorta Murakabe Kanununa tabi olarak faaliyetini yürüten diğer sigorta şirketlerinden farklı bir mevzuata sahip olması tabiidir.

Zorunlu deprem sigortası 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamındaki bağımsız bölümler, tapuya kayıtlı ve özel mülkiyete tabi taşınmazlar üzerinde mesken olarak inşa edilmiş binalar, bu binalar içinde yer alan ticarethane, büro ve benzeri amaçlarla kullanılan bağımsız bölümler ile doğal afetler nedeniyle Devlet tarafından yaptırılan veya verilen kredi ile yapılan meskenler için getirilmiş, kamu kurum ve kuruluşlarına ait binalar ile köy yerleşik alanlarında yapılan binalar ile zorunlu deprem sigortası kapsamına alınan yapıların içindeki eşyalar sigorta kapsamı dışında bırakılmıştır. Anılan Kanun Hükmünde Kararnameye dayanılarak çıkartılan ve 8.9.2000 tarih ve 24164 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 27.9.2000 tarihinde yürürlüğe giren Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimatının 2. maddesinde zorunlu deprem sigortası kapsamında bir mesken için verilebilecek azami teminat tutarı tüm yapı tarzları için 20 milyar lira olarak belirlenmiştir. 6., 7. ve 8. maddelerde yer alan hükümlerden Doğal Afet Sigortaları Kurumu dışındaki kişi ve kuruluşların zorunlu deprem sigortası yapamayacakları, ancak bu sigortanın Doğal Afet Sigortaları Kurumu nam ve hesabına yetkili sigorta şirketleri ve bunların acentaları tarafından yapılabileceği, prim tutarlarını peşin tahsil edecekleri ve bunlara deprem sigortası primi

tutarının % 12,5'i oranında komisyon ödeneceği, zorunlu deprem sigortasının yapılmış olması kaydıyla bu teminat tutarının üzerindeki kısım için sigorta şirketlerince ihtiyari deprem sigortası yapılabileceği anlaşılmaktadır. Bu düzenlemelerle zorunlu deprem sigortasına tabi tutulan yapılar ve teminat altına alınacak miktar sınırlı tutularak bu miktarı aşan kısım ile zorunlu deprem sigortası dışında bırakılan yapıların deprem sigortaları özel sigorta şirketlerine bırakılmış, yine yetkili sigorta şirketlerine kesecekleri zorunlu deprem sigortası poliçeleri karşılığında sigorta priminin belli bir miktarı oranında komisyon ödenmesi öngörülmüştür. Davalı idarenin Dairemizin E:2001/2549 nolu dosyasında belirttiği rakamlara göre 27.4.2001 tarihine kadar kesilen 1.811.023 adet zorunlu deprem sigortası poliçesinden 1.470.109 tanesinin özel sigorta şirketlerince kesildiği anlaşıldığından zorunlu deprem sigortası poliçesi kesen özel sigorta şirketlerine ödenen komisyon miktarının yeterli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır Bu durumda özel sigorta şirketlerinin deprem sigortası konusunda tamamen devre dışı bırakıldığından söz edilmesi mümkün değildir.

Zorunlu deprem sigortası uygulamasının başarılı olması için 587 sayılı Kararnamenin 9. maddesi ile kararname kapsamına giren bina ve bağımsız bölümleri için zorunlu sigorta yaptırma zorunluluğu getirilmiş, 12. maddedeki düzenleme ile de kamu kurum ve kuruluşlarının, bu sigorta kapsamına giren binalar zorunlu deprem sigortası yaptırmaması ve priminin ödenmemesi durumunda söz konusu yapılarla ilgili tapu tescil işlemleri dahil hiçbir işlem yapamayacakları hüküm altına alınarak bina malikleri veya intifa hakkı sahiplerinin bu sigortayı yaptırmaları amaçlanmıştır. Aynı kararnamenin 17. maddesinde, sigortalı hasarın beklenenin üstünde olması ve kurumun kaynaklarını aşması durumunda ortaya çıkan zararın kurum kaynakları ve koruma miktarı toplamının, zorunlu sigorta kapsamında ödenmesi gerektiği toplam tazminatı olan oranı dahilinde karşılanacağı hükmü, kurum kaynaklarının istisnai şekilde yetersiz kalması durumunda kurum varlıklarının zarar gören sigortalılara dengeli bir şekilde dağıtımının sağlanması için getirilmiştir. Kaldı ki Doğal Afet Sigortaları Kurumunca uluslararası reasürans şirketleri ile reasürans anlaşmaları yapılarak tek başına yüklenilmesi mali açıdan mümkün olmayan rizikolar sigorta ettirilerek teminat altına alınmaktadır.

Zorunlu deprem sigortası yapmak ve Zorunlu Deprem Sigortasına Dair Kanun Hükmünde Kararname ile verilen görevleri yerine getirmek üzere kurulan Doğal Afet Sigortaları Kurumu Sayıştay denetiminden çıkartılmakla birlikte kurumun yıllık hesap, işlem ve harcamalarının Hazine Müsteşarlığı tarafından denetleneceği, kurumu yönetecek Yönetim Kurulunun görevleri ile kurum kaynaklarının kullanılacağı yerler söz konusu Kanun Hükmünde Kararname ile sayılmak suretiyle belirlenmiştir. Bu nedenle zorunlu deprem sigortasında deprem riskini karşılamak için toplanan paraların amaç dışı kullanılması mümkün olmadığından davacı tarafından ileri sürülen iddialarda hukuki isabet görülmemiştir.

Bu durumda Devlet tarafından egemenlik gücüne dayanılarak deprem riskinin karşılanması ve bunun toplumun tamamının katılımıyla sağlanması amacıyla kurulan, kar amacı gütmeyen ve meydana gelebilecek depremler sonrası Devletin 7269 sayılı Yasadan doğan yükümlülüklerini ortadan kaldıran zorunlu deprem sigortasına ilişkin olarak Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan 587 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca düzenlenen Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları ile bu sigortanın uygulanmasında kamu yararına, hizmet gereklerine ve hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına 14.1.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2002/3016
Karar No : 2005/1658

Özeti : Türk soydaşı olup Bulgaristan'da hemşire olarak görev yapmakta iken zorunlu göç kapsamında Türkiye'ye gelip Türk vatandaşlığına geçen ve 657 sayılı Yasaya tabi hemşire kadrosundan emekliye ayrılan davacının, Bulgaristan'da hemşire olarak geçen hizmet sürelerinin emeklilik intibakında değerlendirilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): ...
Vekili : Av. ...
Karşı Taraf (Davalı): T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü-ANKARA
Vekili : Av. ...
İsteğin Özeti : Manisa SSK Hastanesinde hemşire olarak görev yapmakta iken emekliye ayrılan davacının, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığına geçmeden önce Bulgaristan'da geçen hizmetlerinin intibakında değerlendirilmeyerek 2. derecenin 2. kademesinden yapılan intibakının iptali istemiyle açtığı davada, Ankara 5. İdare Mahkemesi 14.12.2001 gün ve E:2000/1641 K:2001/1675 sayılı kararıyla; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun intibaka ilişkin hükümlerinde, sağlık hizmetleri sınıfında görev yapan devlet memurlarının, T.C vatandaşlığına geçmeden önce yurt dışında geçen hizmetlerinin intibaklarında değerlendirileceğine dair bir düzenlemenin bulunmadığı, diğer taraftan, 149 seri No'lu Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliğinde de, Bulgaristan ile Türkiye arasında sosyal güvenlik anlaşması imzalanmadığından, muhacir belgelerine göre Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gibi işlem görerek devlet memurluğuna atanan kişilerin Bulgaristan'da görev yapmak suretiyle geçen hizmetlerinin emekli keseneğine esas aylıklarının ve kazanılmış hak aylıklarının tespitinde değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Davacı tarafından, mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : İstemin reddi gerektiği savunulmuştur.
Danıştay Tetkik Hakimi : Abdurrahman Şimşeksoy
Düşüncesi : Hemşire olarak görev yapmakta iken emekliye ayrılan davacı tarafından, T.C vatandaşlığına geçmeden önce Bulgaristan'da yine hemşire olarak geçen hizmetlerinin intibakında değerlendirilmemek suretiyle tespit olunan emeklilik intibakının iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 5/1. maddesinde, bu madde kapsamında bulunan kişilerden Devlet memurluğuna alınmasında Türk vatandaşı olma şartı aranmayarak bu kişilerin yabancı uyruklu iken dahi Devlet memurluğuna girebilmelerinin kabul edilmiş olması karşısında, davacının Bulgaristan uyruğunda iken geçen ve 657 sayılı Yasanın 36/C-2 maddesi kapsamında bulunan hizmetlerinin, emekli aylığına esas derece ve kademesinin tespitinde değerlendirilmemesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı **:** Mehmet Ali Samur

Düşüncesi **:** Davacının, Bulgaristan'da geçen hizmet sürelerinin emeklilik intibakında değerlendirmemesine ilişkin işleme karşı açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararının bozulması istenilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının Bulgaristan'da hemşirelik alanında eğitim veren Yarı Yüksek Tıp Enstitüsünden mezun olarak geçirdiği hizmetlerin, Bulgaristan'dan Türkiye'ye göç ederek Türk Vatandaşlığını kazanması sonucu Sosyal Sigortalar Kurumunda Hemşire kadrosunda göreve başlatılarak intibakında değerlendirildiği, anılan kurumda geçen hizmetlerine mukabil 1. derecenin 4. kademesine yükseltilidiği ve kurumunca bu derece ve kademe üzerinden emekliliğe sevkedildiği, ancak Emekli Sandığı Genel müdürlüğünce Bulgaristan'da geçen hizmetlerinin intibakında değerlendirilmeyerek emeklilik işlemlerinin buna göre oluşturulduğu anlaşılmaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun Ek Geçici 59. maddesi ile atıfta bulunduğu Ek Geçici 2. maddesi uyarınca, Bulgaristan'dan zorunlu göçe tabi tutulmaları sonuca Türkiye'ye gelen soydaşlardan Türk vatandaşlığına geçmiş olanların Devlet Memurluğuna atanmaları üzerine, sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfında bulunanların yurt dışında geçen hizmetlerinin 3/4'ünün intibakında değerlendirilmesi gerekeceğinden,kurumunca bu durumu dikkate alınarak intibakı yapılan ve nihayet 1. derecenin 4. kademesi üzerinden emekliye sevkedilen davacının, emeklilik intibakının da buna göre yapılması gerektiğinde kuşku bulunmadığından, aksi yönde tesis edilen işlemde ve bu işleme karşı açılan davayı reddeden idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Belirtilen nedenlerden dolayı, temyiz isteminin kabulü ile idare mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun Ek Geçici 59. maddesinde, bu kanuna tabi kurumlarda halen sürekli işçi statüsü veya sözleşmeli statüde çalışmakta olan Ahıska Türkleri ve Bulgaristan'dan zorunlu göçe tabi tutulan soydaşlardan, Türk vatandaşlığına geçmiş olanlardan yazılı olarak başvuranların, öğrenim durumlarına göre yükselebilecekleri tavanı aşmamak kaydıyla, bu kanunun Ek geçici 1, 2 ve 3 üncü maddeleri hükümlerine göre, 458 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri de dikkate alınmak suretiyle tespit olunacak derece ve kademeleri üzerinden sınav şartı aranmaksızın boş memur kadrolarına intibak ettirilebileceği, aynı yasanın Ek geçici 2. maddesinin (C/e) alt bendinde de, teknik hizmetler sınıfı, sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfında bulunanlar ile bu sınıflara girecek nitelikte olanların yurt içinde veya yurt dışında geçen hizmetlerinin 12 yılı geçmemek üzere 2/3'ünün intibaklarında değerlendirileceği hükme bağlanmıştır.

Yukarıda yer verilen yasa hükümlerinin birlikte incelenmesinden, Bulgaristan'da zorunlu göçe tabi tutulmaları nedeniyle Türkiye'ye gelen soydaşlardan, Türk vatandaşlığına geçmiş olup, istekleri üzerine devlet memurluğuna atananların, Bulgaristan'da geçen aynı nitelikteki hizmetlerinin belirli bir kısmının intibaklarında değerlendirileceği anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, 27.6.1989 günlü, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 5. maddesinde "Bulgaristan'dan Türkiye'ye mecburi göçe zorlanan ve Türkiye'de ikamet eden bu ülke uyruğuna mensup Türk soyundan olan kişilerin Devlet memuriyetine alınmalarında Türk vatandaşı olma şartı aranmaz" hükmüne yer verilmek suretiyle, Devlet memurluğuna alınmada aranan genel şartlar yönünden istisnai bir düzenlemeye gidilmiştir.

Kanun koyucu tarafından, 375 sayılı KHK'nin Geçici 5. maddesi kapsamında bulunan kişilerin Devlet memurluğuna alınmasında Türk vatandaşı olma şartı aranmayarak bu kişilerin yabancı uyruklu iken dahi Devlet memurluğuna girebilmeleri kabul edildiğine göre, bunların Bulgaristan uyruğunda iken geçen ve 657 sayılı Kanunun 36/C-2 maddesi kapsamında

bulunan hizmetlerinin kazanılmış hak aylık derece/kademelerinde değerlendirilmesi belirtilen yasal düzenlemelerin amacı ve hak ve nesafet ilkelerine uygun düşmektedir.

Dosyanın incelemesinden, Bulgaristan'da hemşire olarak görev yapmakta iken, zorunlu göçe tabi tutulması nedeniyle Türkiye'ye gelen davacının 31.3.1980 tarihinde Bursa SSK Hastanesinde 657 sayılı Yasaya tabi hemşire olarak göreve başladığı, 16.5.2000 tarihinde emekliye ayrılması üzerine, Bulgaristan'da geçen aynı nitelikteki hizmetlerinin emeklilik intibakında değerlendirilmemesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, Türk soydaşı olan ve Bulgaristan'da hemşire olarak görev yapmakta iken zorunlu göç kapsamında Türkiye'ye gelip Türk vatandaşlığına geçen ve 657 sayılı Yasaya tabi hemşire kadrosundan emekliye ayrılan davacının, Bulgaristan'da hemşire olarak geçen hizmet sürelerinin yukarıda yer verilen yasa hükümleri karşısında emeklilik intibakında değerlendirilmemesine ilişkin işlemde ve bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle Ankara 5. İdare Mahkemesinin 14.12.2001 gün ve E:2000/1641, K:2001/1675 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 30.3.2005 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, mahkeme kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından, aksi yönde verilen karara katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2004/3837
Karar No : 2005/612

Özeti : Emekli Sandığı Kanununda, emekli aylığından yapılacak kesinti oranı hakkında bir düzenleme bulunmadığı, ancak kanun koyucu bu oranı 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 71. maddesinde, "emekli aylığının 1/4'ünden az 1/3'ünden çok" olamayacağı şeklinde belirlediğinden, davacının adına çıkarılan borç nedeniyle emekli aylığından 1/2 oranında kesinti yapılarak tahsili yolundaki işlemde hukuka uyarlık görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …
Vekilleri **:** Av. …
Karşı Taraf (Davalılar) **:** 1**-** Milli Eğitim Bakanlığı - ANKARA
2- T.C.Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü - ANKARA
Vekili **:** Av. …
İstemin Özeti **:** İstanbul Beyoğlu … İlkokulu öğretmeni olarak görev yapmakta iken 16.10.1984 tarihinde isteği üzerine emekliye ayrılan ve 16.9.1998 tarihinde öğretmenliğe geri dönen davacının, öğretmenliğe geri dönüp çalışmaya başladıktan sonra da ödenmesine devam edilen emekli aylıkları nedeniyle adına 13.980.520.000.- TL borç çıkarılması ve bu tutarın maaşlarından 1/2 oranında kesinti yapılarak tahsili yolundaki işlemlerin iptali istemiyle açılan davayı; emekli aylığı almakta iken Emekli Sandığına tabi bir

göreve başlayan ve bu görevi karşılığı olarak aylık aldığı anlaşılan davacının 5434 sayılı Yasanın 99. maddesi uyarınca aylıklarının kesilmesinde ve yersiz olarak ödenen 13.980.520.000.- TL.'nın 5434 sayılı Yasanın 121. maddesi uyarınca maaşlarından kesilmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden Ankara 10. İdare Mahkemesinin 27.5.2004 gün ve E:2003/1711, K:2004/1090 sayılı kararının, hukuka aykırı olduğu öne sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmaların Özeti **:** Davalı idareler tarafından, istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi: R.Serdar Uyar

Düşüncesi **:** 6183 sayılı Yasa uyarınca, davacının maaşlarından 1/2 oranında kesinti yapılması hukuken mümkün olmadığından kararın bu kısmının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı **:** Dr. Ülkü Özcan

Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Dava, öğretmen olarak görev yapmakta iken 16.10.1984 tarihinde isteği üzerine emekliye ayrılan ve 16.9.1998 tarihinde öğretmenliğe geri dönen davacının, öğretmenliğe geri dönüp çalışmaya başladıktan sonra da ödenmesine devam edilen emekli aylıkları nedeniyle adına 13.980.520.000.- TL borç çıkarılması ve bu tutarın maaşlarından kesinti yapılarak tahsili yolundaki işlemlerin iptali istemiyle açılmış, İdare mahkemesince; emekli aylığı almakta iken Emekli Sandığına tabi bir göreve başlayan ve bu görevi karşılığı olarak aylık aldığı anlaşılan davacının 5434 sayılı Yasanın 99. maddesi uyarınca aylıklarının kesilmesinde ve yersiz olarak ödenen 13.980.520.000.- TL.'nın 5434 sayılı Yasanın 121. maddesi uyarınca maaşlarından kesilmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkün olup, davacı tarafından ileri sürülen hususlar kararın, yapılan fazla ödemelerin davacı adına borç çıkarılmasına ve maaşından kesinti yapılmasına ilişkin kısmının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Kararın; dava konusu işlemin, çıkarılan borcun maaşlarından 1/2 oranında kesinti yapılarak tahsil edileceği yönündeki kısmına gelince;

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 121. maddesinde, her ne suretle olursa olsun istihkaklarından fazla yapılan ödemelerin, ilgililerin, varsa sonraki her çeşit istihkaklarından hüküm alınmaksızın kesilmek suretiyle geri alınacağı, ancak ilgilinin Sandıkça yapılan bu muamelenin yersizliği hakkında Danıştay'da dava açabileceği hükmü yer almıştır.

Öte yandan, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 2347 sayılı Kanunun 9. maddesiyle değişik 71. maddesinde, aylıklar, ödenekler, her çeşit ücretler, intifa hakları ve hasılatı, ilama bağlı olmayan nafakalar, emeklilik aylıkları, sigorta ve emekli sandıkları tarafından bağlanan gelirlerin kısmen haczolunabileceği, ancak haczolunacak miktarın bunların üçte birinden çok dörtte birinden az olamayacağı hükmü öngörülmüştür.

Yukarıya metni alınan 5434 sayılı Kanunun 121. maddesi hükmü davalı idareye, ilgililere istihkaklarından fazla yapılan ödemeleri yargı organlarının kararına gerek kalmaksızın geri alma konusunda yetki vermekte ise de, emekli aylıklarında yapılacak kesintinin oranı

hakkında bir sınırlandırmanın bulunmaması, kesinti oranının emekli kişinin kendisinin ve ailesinin geçimini temin edecek asgari miktarı aşacak şekilde tespit etme yetkisi de vermemektedir.

Diğer yandan, 5434 sayılı yasada emekli aylıklarında yapılacak kesinti oranı hakkında hüküm yer almamış olmakla birlikte, kanun koyucu bu oranı, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 71. maddesiyle emekli aylığının 1/4'ünden az olamayacağı şeklinde saptamış olup, anılan kural uyarınca emekli aylıklarında yapılacak kesintilerde de takdir hakkının kanun koyucu tarafından pozitif hukuk kuralı haline getirilen bu ilke doğrultusunda kullanılması gerekmektedir.

Bu durumda, emekli aylığının en az 3/4'ünün emeklinin kendisinin ve ailesinin geçimi için ayrılması ve bu miktarın emekli aylığından düşüldükten sonra kalan kısmının istirdat edilmesi hak ve nasefet kurallarına uygun düşeceğinden, işlemin davacının emekli aylığının 1/2'sine el konulacak şekilde tesis edilen kısmında hukuka uyarlık bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kısmen kabulüyle, Ankara 10. İdare Mahkemesinin 27.5.2004 gün ve E:2003/1711, K:2004/1090 sayılı kararının; dava konusu işlemin, yapılan fazla ödemelerin davacı adına borç çıkartılması ve maaşından kesinti yapılmasına ilişkin kısmının onanmasına, çıkarılan borcun davacının maaşlarından 1/2 oranında kesinti yapılarak tahsil edileceği yönündeki kısmının ise bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine, 15.2.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2004/1804
Karar No : 2005/722

Özeti : Sosyal Sigortalar Kurumundan emekli iken belediye başkanı seçilen ve "seçimlik hakkı"nı Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi yönünde kullanan davacının, Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf (Davalı) **:** T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü-ANKARA
Vekili **:** Av. …
İsteğin Özeti **:** Sosyal Sigortalar Kurumundan emekli olan ve 27.3.1994-18.4.1999 tarihleri arasında belediye başkanı olarak görev yapan davacının, Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı; 5434 sayılı Kanunun 12. maddesinin (n) bendinde, Sandıkla ilgili hizmeti bulunmadan belediye başkanlığına seçilenlerin, yazı ile Sandıkla ilgilenmek üzere başvurmaları halinde seçim tarihini izleyen aybaşından itibaren Sandıkla ilgilendirileceklerinin hükme bağlandığı, herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emekli aylığı almakta iken belediye başkanlığına seçilenlerin ise Emekli Sandığıyla ilgilendirilecekleri yönünde gerek 5434 ve 657 sayılı Kanunlarda, gerekse 1580 sayılı Belediyeler Kanununda herhangi bir hüküm bulunmadığından bu durumda olanların Sandıkla ilgilendirilemeyeceği, 1580 sayılı Kanunun ek 16. maddesinde, emekli iken belediye başkanlığına seçilenlerin emekli maaşlarının kesilmeyeceğinin hükme bağlandığı, diğer taraftan davacının SSK emeklisi olması nedeniyle seçildikten sonra Sandıkla ilgisinin kurulmamış olması, bu yönde bir talebinin bulunmayıp isteği üzerine SSK emekliliğini sürdürmesi nedeniyle 2825 sayılı Kanunun 4505

sayılı Kanunla değişik 8. ve geçici 5. maddesi kapsamında da değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle reddeden Ankara 5. İdare Mahkemesinin 27.1.2004 gün ve E:2003/371, K:2004/63 sayılı kararının; hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti **:** Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi : Süleyman Kurt

Düşüncesi **:** Davacının durumunun, 4505 sayılı Kanunla değişik 2829 sayılı Kanunun 8. ve geçici 5. maddesi hükmü kapsamına girmesi nedeniyle Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşıldığından, aksi yönde verilen mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı **:** Dr. Ülkü Özcan

Düşüncesi **:** Sosyal Sigortalar Kurumundan emekli olan ve 27.3.1994-18.4.1999 tarihleri arasında belediye başkanı olarak görev yapan davacının Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararını davacı temyiz etmektedir.

5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 12. maddesinin II/e bendinde,emeklilik hakkı tanınan bir görevde bulunmuş olmaları şartıyla seçilmiş veya tayin edilmiş belediye başkanlarının bu Kanunla tanınan haklardan yararlanacakları hükmü yer almış;2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına tabi olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun'un 4505 sayılı Yasa ile değişik 8.maddesinin 2. fıkrasında,süresi kanunla belirlenen vazifelere atanma veya seçilme ve bağlı oldukları kurumun kanunla değiştirilmesi hallerinde ilgililere hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanacağı hükmü getirilmiş;aynı Kanunun geçici 5. maddesinde de, bu Kanunun yürürlük tarihinden önce kendilerine bu Kanunun 8.maddesinin birinci fıkrası hükmü uygulanmak suretiyle herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşunca aylık bağlananların veya bunlardan ölenlerin dul ve yetimlerinin istekleri halinde müracaat tarihini takip eden aybaşından itibaren aynı maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanmak suretiyle son defa tabi olduğu kurumca ve bu kurum mavzuatına göre aylık bağlanacağı ve ödeneceği, diğer sosyal güvenlik kuruluşlarınca bağlanmış aylıklarının aynı tarihten itibaren kesileceği kuralı yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden,davacının Sosyal Sigortalar Kurumundan emekli aylığı almakta iken belediye başkanı seçilmesi üzerine 2829 sayılı Kanunun 8/2.maddesi hükmü uyarınca bağlı olduğu sosyal güvenlik kurumunun değiştiği,bunun üzerine davacının Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi istemiyle davalı idareye başvurduğu anlaşılmakta olup,5434 Sayılı Kanunun 12. maddesi kapsamında bulunan ve 4505 sayılı Kanunla değişik 2829 sayılı Kanunun geçici 5. maddesi ile getirilen seçimlik hakkını Emekli Sandığı ile ilgilendirilme yönünde kullanan davacının isteminin kabul edilerek Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi gerekirken,isteminin reddine ilişkin işlemde yukarıda anılan Yasa kurallarına uygunluk görülmemiştir.

Belirtilen nedenlerle,davacının temyiz isteminin kabul edilerek davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 12.maddesinde, bu Kanunla tanınan haklardan (I) işaretli fıkrada yazılı yerlerde çalışanlardan, Türk uyruğunda olmak ve 18 yaşını bitirmiş olmak şartıyla (II) işaretli fıkrada gösterilenlerin faydalanacağı öngörülmüş olup, (I) işaretli fıkranın (ç) bendinde belediyeler, (II) işaretli fıkranın (e) bendinde de belediye başkanı sayılmıştır.

Öte yandan 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun'un 4505 sayılı Yasa ile değişik 8. maddesinde, birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden, ilgililere son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet

süresi fazla olan kurumca, hizmet sürelerinin eşit olması halinde ise eşit hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca kendi mevzuatına göre aylık bağlanacağı ve ödeneceği, ancak, malüllük, ölüm, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'na göre yaş haddinden re'sen emekli olma, süresi kanunla belirlenen vazifelere atanma veya seçilme ve bağlı oldukları kurumun kanunla değiştirilmesi hallerinde ilgililere hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanacağı hükmü ile Geçici 5.maddesinde, bu Kanunun yürürlük tarihinden önce kendilerine bu Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrası hükmü uygulanmak suretiyle herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşunca aylık bağlananların veya bunlardan ölenlerin dul ve yetimlerinin istekleri halinde, müracaat tarihini takip eden aybaşından itibaren aynı maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanmak suretiyle son defa tabi olduğu kurumca ve bu kurum mevzuatına göre aylık bağlanacağı ve ödeneceği, diğer sosyal güvenlik kuruluşlarınca bağlanmış aylıklarının aynı tarihten itibaren kesileceği kuralı öngörülmüştür.

Anılan kanun hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, 2829 sayılı Kanunun 8. maddesinde 4505 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emekli aylığı bağlanması durumunda ilgilinin sosyal güvenlik kurumunun değiştirileceğine ilişkin hüküm bulunmazken 2829 sayılı Kanununun 8. maddesinin 2. fıkrasındaki değişiklikle " süresi kanunla belirlenen vazifelere atanma veya seçilme ve bağlı oldukları kurumun kanunla değiştirilmesi" hali ayrıca düzenlenmiş ve geçici 5. maddesi ile de başka bir sosyal güvenlik kurumunca emekli aylığı bağlanmış olması halinde ilgililere seçimlik bir hak tanınmış olup, 8. maddenin 2. fıkrası hükmü uygulanmak suretiyle son defa tabi olduğu kurumca emekli aylığı bağlanacağı kuralı yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının, Sosyal Sigortalar Kurumundan emekli aylığı almakla birlikte 2829 sayılı Kanunun 8/2. fıkrası hükmü uyarınca "seçilme" nedeniyle bağlı olduğu sosyal güvenlik kurumunun değiştiği, bu değişiklik üzerine davacının da anılan Kanun'un geçici 5. maddesinde yer alan kural gereği seçimlik hakkını kullanarak emekli sandığı ile ilgilendirilmesi istemiyle davalı idareye başvurduğu, başvurusunun reddi üzerine temyize konu davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, esasen Emekli Sandığı Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca Emekli Sandığından faydalanacak durumda olmakla birlikte, 4505 sayılı Kanunla değişik 2829 sayılı Kanunun geçici 5. maddesi hükmü ile getirilen seçimlik hakkı, Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi yönünde kullanan davacının Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi gerekirken, isteminin reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile Ankara 5. İdare Mahkemesinin 27.1.2004 günlü, E:2003/371, K:2004/63 sayılı kararının bozulmasına, yukarıda belirtilen hususlar gözetilerek yeniden karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 18.2.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2002/332
Karar No : 2005/1557

Özeti : Türk Medeni Kanununun, evlenmenin kişiyi reşit kılacağı yolundaki düzenlemesi, kişinin medeni haklarını kullanmasına yönelik bir husus olup, bu anlamda davacının evli olarak 18 yaşından önce ve "kazai rüşt kararı" aldırmaksızın geçen hizmet

sürelerinin fiili hizmetten sayılmasına imkan bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …
Karşı Taraf (Davalılar) : 1-T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü-ANKARA
Vekili : Av. …
2-Sağlık Bakanlığı-ANKARA

İsteğin Özeti : … Merkez 1 No'lu Sağlık Ocağında ebe olarak görev yapan davacının 18 yaşını ikmalden önce hizmette geçirdiği sürelerin, emekliliğe esas hizmet sürelerinin hesaplanmasında değerlendirilmemesine yönelik 12.5.2000 tarihli Sağlık Bakanlığı işlemi ile 26.7.2000 tarihli Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü işleminin, 18 yaşından önce evlenmek suretiyle reşit olduğundan 18 yaş öncesi hizmetinin de emeklilik süresinin hesabında dikkate alınması gerektiği ileri sürülerek iptali istemiyle açılan davayı; 657 sayılı Kanunun 40. maddesinde, genel olarak 18 yaşını tamamlayanların devlet memuru olabileceği, bir meslek veya sanat okulunu bitirenlerin en az 15 yaşını doldurmuş olmak ve Türk Medeni Kanununun 12. maddesine göre kazai rüşt kararı almak şartıyla devlet memurluklarına atanabileceklerinin hüküm altına alındığı, 5434 sayılı Kanuna 1425 sayılı Kanunla eklenen ek 21. madde ile de bir meslek veya sanat okulunu bitirenlerden, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kazai rüşt kararı almak suretiyle Emekli Sandığına tabi ve öğrenimleri ile ilgili görevlere atananların, 12. maddede yazılı 18 yaşını bitirme şartı aranmaksızın bu Kanunla tanınan haklardan faydalanacaklarının kararlaştırıldığı, bu hükümler uyarınca 18 yaşından önce ve kazai rüşt kararı almaksızın 6.3.1980 tarihinde göreve başlayan davacının 18 yaşının altında geçen sürelerinin fiili hizmetten sayılmasına hukuken imkan bulunmadığı, her ne kadar davacı 27.10.1980 tarihinde evlenmek suretiyle reşit olduğu için ayrıca kazai rüşt kararı almasına gerek olmadığını ileri sürmekte ise de Türk Medeni Kanununun 11. maddesindeki evlenmenin kişiyi reşit kılacağı yolundaki düzenleme, kişinin medeni haklarını kullanmasına yönelik bir husus olduğundan davacının bu iddiasına itibar edilemeyeceği gerekçesiyle reddeden Konya İdare Mahkemesinin 28.6.2001 gün ve E:2000/1193, K:2001/1006 sayılı kararının; daha önce kazai rüşt kararı verilmesi istemiyle açtığı davanın, 22.12.1982 tarihli mahkeme kararıyla, evlenme nedeniyle zaten reşit olduğu gerekçesiyle reddedildiği, dolayısıyla kazai rüşt kararı almaksızın çalışmaya başladığı gerekçesiyle verilen kararda hukuki isabet bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Davalı idarelerce, davacı temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi : Süleyman Kurt

Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz isteminin reddi ile kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Mehmet Ali Samur

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

İdare mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen

nedenlerden birinin bulunması halinde mümkündür. Konya İdare Mahkemesince verilen 28.6.2001 günlü, E:2000/1193, K:2001/1006 sayılı karar ve dayandığı gerekçe, hukuk ve usule uygun olup bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına, 22.3.2005 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

AZLIK OYU

5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na 1425 sayılı Kanunla eklenen Ek 21. maddede "Bir meslek veya sanat okulunu bitirenlerden, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kazai rüşt kararı almak suretiyle Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığına tabi ve öğrenimleri ile ilgili görevlere atananlar hakkında, 5434 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde yazılı 18 yaşın bitirilmiş olması şartı aranmaz" hükmüne yer verilmiştir. Aynı Kanunun 12. maddesine istisna olarak getirilen bu hüküm ile bir meslek veya sanat okulunu bitirip, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığına tabi ve öğrenimleri ile ilgili bir göreve atananların kazai rüşt kararı almak kaydıyla bu kanunla tanınan haklardan faydalanmaları amaçlanmıştır.

Türk Medeni Kanunu'nun 11. ve 12. maddelerinde reşit (ergin) olmanın onsekiz yaşın doldurulması, evlenme ve onbeş yaşını dolduran küçüğün kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkeme kararı ile mümkün olabileceği öngörülmüştür. Doğurduğu hukuki sonuçlar açısından bu hallerden herhangi birinden dolayı reşit olmanın farkı bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle fiil ehliyetinin mevcudiyeti açısından sadece reşit olmak yeterli olup, reşitliğin hangi nedenle gerçekleştiğinin önemi bulunmamaktadır.

Bu durum karşısında yasa koyucunun Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ile tanınan haklardan sadece reşit olanların yararlanmasını amaçladığı gözetilmeden ve reşitliği "kazai rüşt" hali dışında "evlenme" ile kazananların Ek 21. madde hükmünden yararlanamayacağından hareketle verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Belirtilen nedenle davacının evlenme tarihi itibariyle reşit (ergin) olduğundan ve ek 21. madde uyarınca bu tarihten itibaren geçen hizmetlerinin emekliliğe esas hizmet süresinden sayılması gerektiğinden idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2003/598
Karar No : 2005/1496

Özeti : 2889 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden sonra işe giren ve ataması sakatlarla ilgili mevzuat hükümlerinden yararlandırılmadan yapılan davacının, 5434 sayılı Kanunun 39/j maddesi hükmünden yararlandırılarak emekli edilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf (Davacı) **:** ...
İsteğin Özeti **:** Dava, Erzincan Devlet Hastanesinde uzman doktor olarak görev yapan davacının, sakatlığı sebebiyle 5434 sayılı Yasanın 39/j maddesi hükmü uyarınca emekli edilmesi yolundaki başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. Ankara 3. İdare Mahkemesi 13.11.2002 gün ve E:2002/151, K:2002/1634 sayılı

kararıyla; 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 39/j maddesinde, sakatlıkları sebebiyle ilgili mevzuat uyarınca göreve atananlardan en az 15 yıl fiili hizmeti bulunanların, istekleri halinde emekli olabilecekleri, ek geçici 22. maddesinde de, sakat olup sakatlarla ilgili mevzuattan yararlanmaksızın ve 25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanununun 25. maddesine göre tescili yapılmaksızın T.C. Emekli Sandığına tabi görevlere giren ve bedensel ve zihinsel yeteneklerindeki eksiklik nedeniyle çalışma güçlerini en az %40 oranında yitirdiği sağlık kurulu raporu ile belgelenen ve 15 yıl ve daha fazla hizmeti olanların da 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun 39. maddesine, 13.11.1981 tarih ve 2559 sayılı Kanunla eklenen (j) fıkrası hükmünden yararlanacağı hükümlerine yer verildiği, bu durumda sakat olduğu, sakatlarla ilgili mevzuattan yararlanmaksızın göreve girdiği, işgücünü % 45 oranında kaybettiği ve onbeş yılın üzerinde fiili hizmetinin bulunduğu çekişmesiz olan davacının, anılan yasa maddesinde herhangi bir tarihte işe girmiş olma koşulunun öngörülmemesi karşısında, 5434 sayılı Kanunun 39/j maddesi hükmünden yararlandırılması gerekirken, aksi yönde tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmiştir. Davalı idare tarafından, 657 sayılı Kanunun 53. maddesine göre ataması yapılmayan ve 5434 sayılı Kanunun ek geçici 22. maddesinin yürürlüğe girdiği tarihten sonra işe başlayan davacının bu madde hükmünden hareketle erken emeklilik hakkından yararlanamayacağı ileri sürülerek mahkeme kararının bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti **:** İstemin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Ünal Demirci

Düşüncesi **:** Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz isteminin reddi ile kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı **:** Handan Yağuş

Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerinde verilen kararların incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 39/j maddesinde, sakatlıkları sebebiyle ilgili mevzuat uyarınca göreve alınanlardan en az 15 yıl fiili hizmeti bulunanların istekleri üzerine emekliye sevkedilebilecekleri hükme bağlanmış, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 53. maddesi hükmü uyarınca 27.7.1983 günlü, 18117 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulan, Sakatların Devlet Memurluğuna Alınma Şartları ile Hangi İşlerde Çalıştırılacakları Hakkında Yönetmeliğin olay tarihinde yürürlükte olan 6. maddesinde, kurum ve kuruluşların çalıştırmak zorunda oldukları sakat eleman sayısını ve bunları hangi kadrolarda çalıştıracaklarını Devlet Personel Dairesi ile İş ve İşçi Bulma Kurumuna bildirileceği hususuna değinilmiş, 8. maddesinde bu kişilerin, ilk defa Devlet Memurluğuna Atanacaklara Uygulanacak Sınav Yönetmeliğinde belirlenen esaslar dairesinde Devlet Personel Dairesince gerçekleştirilecek sınav sonucunda atanacakları belirtilmiş, 6. maddesinin son fıkrasında da, bu şekilde atananların takip ve kontrolü için bir ay içinde İş ve İşçi Bulma Kurumuna bildirileceği kuralına yer verilmiştir.

22.9.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2889 sayılı Kanunla 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun ek geçici 22. maddesinde ise, sakat olup sakatlarla ilgili mevzuattan yararlanmaksızın ve 1475 sayılı İş Kanununun 25. maddesine göre tescili yapılmaksızın Emekli Sandığına tabi görevlere girenlerin de 5434 sayılı Kanunun 39/j maddesi hükmünden yararlanabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 53. maddesi ve bu madde hükmü uyarınca yürürlüğe konulan Yönetmelik hükümlerinde yer verilen usul ve yönteme göre göreve başlatılan personelin, 5434 sayılı Kanunun 39/j maddesi hükmünden yararlanabilecekleri, 2889 sayılı Kanunla getirilen düzenlemenin ise, geçici mahiyette olduğu ve ancak bu Kanunun yürürlük tarihinden önce ilgili mevzuat hükümlerinden yararlanmaksızın göreve başlatılanları kapsadığı, nitekim 5434 sayılı Kanunun 39/j maddesinde bir değişiklik yapılmamış olmasının ve 2889 sayılı Kanunla getirilen düzenlemenin 5434 sayılı Kanuna "ek geçici madde" olarak eklenmesinin de bunu teyit ettiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Olayda ise, 2889 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden sonra 17.8.1984 tarihinde işe giren ve ataması yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerine göre yapılmayan, bir başka anlatımla işe girerken sakatlarla ilgili mevzuat hükümlerinden yararlanmayan davacının, 5434 sayılı Kanunun 39/j maddesi hükmü uyarınca 15 yılın üzerinde hizmeti bulunduğundan bahisle emekliye ayrılmasına olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda, tesis edilen işlemin iptali yolunda verilen mahkeme kararında mevzuata uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 3. İdare Mahkemesinin 13.11.2002 gün ve E:2002/151, K:2002/1634 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dava dosyasının anılan mahkemeye gönderilmesine 21.3.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

MEMURLAR VE DİGER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2002/5061
Karar No : 2005/1546

Özeti : Sağlık Hizmetleri Sınıfında sağlık memuru olarak görev yapan davacının H.Ü. Sağlık İdaresi Yüksek Okulundan mezun olması nedeniyle, "sağlık bilimi lisansiyeri" kabul edilip, maaş ve özlük haklarının bitirdiği üst öğrenime göre ödenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Sağlık Bakanlığı - ANKARA
Karşı Taraf (Davacı) : ...
Vekili : Av. ...
İsteğin Özeti : Antalya Devlet Hastanesinde Sağlık Hizmetleri Sınıfında sağlık memuru olarak görev yapan davacının Hacettepe Üniversitesi Sağlık İdaresi Yüksek Okulundan mezun olması nedeniyle maaş ve özlük haklarının bitirdiği üst öğrenime göre belirlenmesi talebiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ile maaş farklarının yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açtığı davada, Antalya 2. İdare Mahkemesi 27.6.2002 günlü ve E:2001/267, K:2002/640 sayılı kararıyla; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 36/III. maddesinde hemşirelerin ve sağlık idarecilerinin sağlık hizmetleri sınıfı içinde yer aldığının belirtildiği, Zam ve Tazminatlar başlıklı ek maddesi uyarınca yürürlüğe konulan 92/3922 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ekinde yer alan (I) ve (III) sayılı Cetvellerde sağlık hizmetleri sınıfına dahil kadroda bulunanlardan mesleki yüksek öğrenim görmüş olanlara

hangi oranda zam ve tazminat verileceğinin düzenlendiği, aynı Bakanlar Kurulu Kararının 3/D maddesinde ise, kurumların teknik ve sağlık hizmetleri sınıfına ait kadrolarında görevli olup da bu görevleri ile ilgili olmayan bir üst öğrenimi bitirenler için önceki öğrenim durumlarına ait özel hizmet tazminatı oranının esas alınacağının kurala bağlandığı, dosyanın incelenmesinden ise, Antalya Devlet Hastanesinde sağlık memuru olarak görev yapan davacının, Hacettepe Üniversitesi Sağlık İdaresi Yüksek Okulundan mezun olması üzerine 657 sayılı Yasanın 36/A-5 ve 12/d maddeleri uyarınca intibakının yapıldığı ancak bitirmiş olduğu okulun mesleğinin devamı niteliğinde olmadığı belirtilerek maaş ve özlük haklarının lise düzeyine göre ödendiğinin anlaşıldığı, bu durumda davacının bitirmiş olduğu üst öğrenim yaptığı görevle ilgili sayılarak intibakının yapılmış olması ve sağlık idarecileri ile sağlık memurlarının aynı sınıf içinde yer almaları karşısında davacıya yüksek öğrenim görmüş yardımcı sağlık personeline ödenen miktar ve oranda ek ücret ödenmemesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline, işlemden kaynaklanan maddi zararın idareye başvuru tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte tazminine hükmetmiştir. Davalı idare tarafından, usule ilişkin olarak, süresinde açılmayan davanın süre aşımı nedeniyle reddi gerektiği, esasa ilişkin olarak da dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı ileri sürülerek mahkeme kararının bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Fatma Özlü

Düşüncesi :Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz isteminin reddi ile kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Mehmet Ali Samur

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin "Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı" başlıklı (III). bendinde; bu sınıfın, sağlık hizmetlerinde (hayvan sağlığı dahil) mesleki eğitim görerek yetişmiş olan tabip, diş tabibi, eczacı, veteriner hekim gibi memurlar ile bu hizmet sahasında çalışan yüksek öğrenim görmüş fizikoterapist, tıp teknoloğu, ebe, hemşire, sağlık memuru, sosyal hizmetler mütehassısı, biyolog, psikolog, diyetçi, sağlık mühendisi, sağlık fizikçisi, sağlık idarecisi ile ebe ve hemşire, hemşire yardımcısı (fiziktedavi), laboratuvar, eczacı, diş anestezi, röntgen teknisyenleri ve yardımcıları, çevre sağlığı ve toplum sağlığı teknisyeni dahil sağlık savaş memuru, hayvan sağlık memuru ve benzeri sağlık personelini kapsayacağı hükme bağlanmıştır.

Görüleceği üzere "sağlık idarecisi", sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfı personeli içinde yeralmıştır.

657 sayılı Kanunun 43/B maddesinde ise, bu Kanuna tabi kurumların kadrolarında bulunan personelin aylıklarının, hizmet sınıfları görev türleri ve aylık alınan dereceler dikkate alınarak bu Kanuna ekli (I) ve (II) sayılı Cetvellerde gösterilen ek gösterge rakamlarının eklenmesi suretiyle hesaplanacağı belirtilmiş; Yasaya ekli (I) sayılı Ek Gösterge Cetvelinin Sağlık Hizmetleri Sınıfı bölümünün (b) bendinde, (a) bendinde sayılmayan diğer sağlık bilimleri lisansiyerlerine aylık derecesine göre ödenecek ek gösterge rakamlarına yer verilmiştir.

Yine 657 sayılı Yasanın mülga 213. maddesinden sonra gelen "Zam ve Tazminatlar" başlıklı ek maddesinde de hangi işi yapanlara ve hangi görevlerde bulunanlara ne miktarda hangi usul ve esaslara göre iş güçlüğü, iş riski ve temininde güçlük zammı ile mali sorumluluk ve özel hizmet tazminatı ödeneceğinin Bakanlar Kurulu Kararı ile belirleneceği hükme bağlanmış bulunmaktadır.

Olay tarihinde yürürlükte olan 4.2.1998 gün ve 23248 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 98/10548 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ekinde yer alan (I) sayılı Cetvelin (C) Sağlık Hizmetleri Sınıfı bölümünün 3. sırasında sağlık hizmetleri sınıfına dahil kadrolarda bulunanlardan mesleki yüksek öğrenim görmüş olanlara çalıştıkları yere göre ne miktarda iş güçlüğü, iş riski, temininde güçlük zammı ödeneceği belirlenmiş, (II) sayılı Cetvelin (F) Sağlık Hizmetleri Sınıfı bölümünün 6/a sırasında da mesleki yüksek öğrenim görmüş sağlık personeline yaptıkları öğrenimin 4 veya 4 yıldan az olması durumuna göre belirlenen oranlarda özel hizmet tazminatı verileceği kabul edilmiştir. Aynı Bakanlar Kurulu Kararının 3. maddesinin (D) bendine ise, kurumların teknik ve sağlık hizmetleri sınıfına ait kadrolarda görevli olup da, bu görevleriyle ilgili olmayan bir üst öğrenimi bitirenler için önceki öğrenim durumlarına ait özel hizmet tazminatı oranının esas alınacağı kuralı getirilmiştir.

Uyuşmazlık; sağlık hizmetleri sınıfına dahil sağlık memuru kadrosunda görev yapan davacının bitirdiği Hacettepe Üniversitesi Sağlık İdaresi Yüksek Okulunun mesleği ile ilgili üst öğrenim, diğer bir deyişle davacının sağlık bilimi lisansiyeri kabul edilip edilemeyeceğinden kaynaklanmıştır.

Dairemizde bulunan emsal davalarla ilgili dosyalarda mevcut yargı kararlarının incelenmesinden, "Sağlık Bilimi"nin ilgili literatürde sağlığın geliştirilmesi toplum veya halk sağlığı ile sağlık eğitimi ve sağlık idaresi, sağlık ve güvenlik eğitimi, okul sağlığı eğitimini, mesleki sağlık ve güvenlik ve ilgili alanlarda lisans ve yüksek lisans düzeyinde eğitim programlarını kapsayan bilim dalı olarak tanımlandığı, bu programda genel bilgilerin yanında tıp, biyolojik bilimler, halk sağlığı, psikoloji davranış bilimleri, eğitim ve sağlık hizmetlerinin sunumu ve yönetimi ile ilgili konuların işlendiği, Sağlık idaresinin insan sağlığı ve ilgili kaynakların tedavi süreç ve yöntemlerinin planlanmasını, organizasyonunu yönetimini kontrolünü ve koordinasyonunu yaparak insanların sağlık, tıbbi tedavi ve sağlıklı çevre gereksinimlerinin en ekonomik ve etkin bir düzeyde karşılanmasını inceleyen bilim dalı olduğu; Sağlık İdaresi Yüksek Okulunun amacının sağlık kurumlarına sağlık idaresi bilim dalının tanımına uygun nitelikleri haiz eleman yetiştirmek olduğu ve Üniversitelerarası Kurulun 29.12.1982 tarihli toplantısında aldığı bilim kollarını belirleyen kararda, Sağlık Kurumları Yönetiminin Tıp Bilim Kolunun Halk Sağlığı Bilim Alanının 101.17.05 kodlu bilim dalı olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, Sağlık idaresinin bilimsel açıdan sağlık bilimi kapsamında yer aldığı ve Sağlık İdaresi Yüksek Okulu mezunlarının da sağlık bilimi lisansiyeri olarak kabulü gerektiği, 657 sayılı Yasada sağlık idarecilerinin sağlık hizmetleri sınıfında sayıldığı gözönünde bulundurulduğunda, sağlık hizmetleri sınıfında sağlık memuru olarak görev yapan ve Sağlık İdaresi Yüksek Okulunu bitiren davacıya bitirdiği okulun mesleğinin devamı olmadığı ileri sürülerek mesleği ile ilgili yüksek öğrenimi bitiren sağlık personeli için belirlenen ek gösterge, özel hizmet tazminatı ve yan ödeme rakamlarından yararlandırılma isteğinin reddi yolunda tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddiyle Antalya 2. İdare Mahkemesinin 27.6.2002 günlü ve E:2001/267, K:2002/640 sayılı kararının yukarıda açıklanan gerekçeyle onanmasına 22.3.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2002/1132
Karar No : 2005/1079

Özeti : Vekaleten görevlendirmelerde asilde aranan koşulları taşıması halinde ilgiliye özel hizmet tazminatı ödeneceği, ilçe milli eğitim müdürlüğünü yürütmek üzere "tedviren" görevlendirilen davacıya bu görevi nedeniyle özel hizmet tazminatı ödenemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalılar): Tonya Kaymakamlığı
Karşı Taraf (Davacı) : ...
Vekili : Av. ...
İsteğin Özeti : Dava, Tonya ilçe milli eğitim şube müdürlüğünü tedviren yürütmek üzere görevlendirilen davacıya özel hizmet tazminatı ödenmemesine ilşkin işlemin iptali ve parasal haklarının yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır. Trabzon İdare Mahkemesi 22.11.2001 gün ve E: 2001/878 , K: 2001/ 1200 sayılı kararı ile; 657 sayılı Kanunun 86. maddesinde tedviren görevlendirmeye ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, 99 seri Nolu Genel Tebliğ uyarınca tedviren görevlendirilen davacının, Anayasanın "angarya" yasağı yolundaki 18. maddesi hükmü gereğince fiilen yürüttüğü görev karşılığı bir tazminata hak kazanacağının anlaşıldığı, bu durumda, boşalan ilçe milli eğitim müdürlüğüne vekalet eden davacıya yukarıda belirtilen mevzuat dahilinde vekalet aylığı tutarında meblağın tazminat olarak ödenmesinin hukuka uygun olacağı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline, yoksun kalınan parasal hakların dava tarihinden geriye doğru 120 günü geçmemek üzere ilk uygulama tarihi olan 15.5.2001 tarihinden itibaren tazminine fazlaya ilişkin kısmın süreden reddine karar vermiştir. Davalı idare tarafından, mahkeme kararının; mevzuata aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi : Erhan Çiftçi
Düşüncesi : 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 86. maddesinin birinci fıkrasında, memurların kanuni izin, geçici görev, disiplin cezası uygulaması veya görevden uzaklaştırma nedenleriyle işlerinden geçici olarak ayrılmaları halinde, yerlerine kurum içinden veya diğer kurumlardan veya açıktan vekil atanabileceği, dördüncü fıkrada aynı kurumdan birinci fıkrada sayılan ayrılmalar dolayısıyla atanan vekil memurlara, vekalet görevinin 3 aydan fazla devam eden süresi için vekalet aylığı ödeneceği, altıncı fıkrasında ise boş kadroya vekalet durumu düzenlenmiş ve boş kadrolara ait görevlerin lüzum görüldüğü takdirde memurlara ücretsiz olarak vekaleten gördürülebileceği hükmü yer almıştır.

Anılan yasanın mülga 213. maddesinden sonra gelen ek maddesi, 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 152. madde olarak "zam ve tazminatlar" başlığıyla kanunda yer almış olup anılan kanun maddesine istinaden hazırlanan ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve aynı Kanunun Ek Geçici 9. maddesi kapsamına giren kurumlardan aylık alanlara ne miktarda zam ve tazminat verileceğine ilişkin 19.1.1998 tarihli ve 98/10548 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının,karara ekli I, II ve III sayılı cetvellerdeki ortak hükümleri düzenleyen 6. maddesinin (H/b) bendinde, kurumlarınca bir göreve kurum içinden veya diğer kurumlardan vekalet ettirilenlere, bu kararnamede asli kadroları için öngörülen zam ve tazminatlarının toplamı ile vekalet ettikleri kadro için öngörülen zam ve tazminatların toplamının net tutarları mukayese edilerek fazla olanı; 657 sayılı Kanunun 175. maddesindeki oranlar dikkate alınmaksızın, vekalet görevine başlanıldığı tarihten itibaren ve bu görevin

fiilen yapıldığı sürece ödeneceği, ancak bu ödemenin yapılabilmesi için vekalet eden personelin 99 Seri No'lu Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliğinde açıklandığı üzere asilde aranan şartlara haiz olması gerektiği belirtilmiştir

657 sayılı yasaya göre devlet ve diğer kamu tüzel kişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevlerin kanunda öngörülen nitelikleri taşıyanlar arasından atanacak memurlar eliyle yürütülmesi esas olmakla beraber bu görevlerin koşulları kanunda gösterilmiş olan "vekalet,ikinci görev ve geçici süreli görevlendirme" şeklinde de yürütülmesi mümkün olup, bu görevlendirmelerin dışında kanunda ayrıca "tedviren" görevlendirme şekli bulunmamaktadır.

Olayda davacının 6.3.1998 tarihli bakanlık oluru ile ilçe milli eğitim şube müdürlüğü görevini yürütmekle görevlendirildiği, davacının 1. derecenin 4. kademesinde bulunduğu, yüksek okul mezunu olan davacının asilde aranan koşulları taşıdığı ancak görevlendirme şeklinin söz konusu olur yazısında belirtilmediği anlaşılmaktadır.

Bu durumda; mahkemece davacının görevlendirme şekli davalı idareden sorularak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 86.maddesinin altıncı fıkrası uyarınca boş kadroya vekalet ettiğinin saptanması halinde davacının talep ettiği özel hizmet tazminatına (98/10548 sayılı B.K.K nda öngörülen) başvuru tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekirken, bu araştırma yapılmadan davacının istemini vekalet aylığı şeklinde değerlendirip olayda maddi değerlendirme hatası yapmak suretiyle işlemin iptali ve tazminat isteminin kısmen kabulü yolunda verilen eksik incelemeye dayalı mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir

Açıklanan nedenle mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı **:** Sadri Bozkurt

Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 86. maddesinin birinci fıkrasında, memurların kanuni izin, geçici görev, disiplin cezası uygulaması veya görevden uzaklaştırma nedenleriyle işlerinden geçici olarak ayrılmaları halinde, yerlerine kurum içinden veya diğer kurumlardan veya açıktan vekil atanabileceği, dördüncü fıkrasında ise, aynı kurumdan birinci fıkrada sayılan ayrılmalar dolayısıyla atanan vekil memurlara, vekalet görevinin 3 aydan fazla devam eden süresi için vekalet aylığı ödeneceği, altıncı fıkrasında da boş kadroya vekalet durumu düzenlenmiş ve boş kadrolara ait görevlerin lüzum görüldüğü takdirde memurlara ücretsiz olarak vekaleten gördürülebileceği belirtildikten sonra anılan Yasanın 174. maddesinde, vekalet aylıklarının ödenebilmesi için görevin fiilen yapılmasının zorunlu olduğu hükmü yer almış, aynı Kanunun 175. maddesine 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile eklenen ikinci fıkrada, vekalet aylığı ödenebilmesi için vekilin asilde aranan şartları taşımasının zorunlu olduğu hükme bağlanmış bulunmaktadır.

Anılan Kanunun, mülga 213. maddesinden sonra gelen ek maddesi, 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 152. madde olarak "zam ve tazminatlar" başlığıyla kanunda yer almış olup anılan kanun maddesine istinaden hazırlanan ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve aynı Kanunun Ek Geçici 9. maddesi kapsamına giren kurumlardan aylık alanlara ne miktarda zam ve tazminat verileceğine ilişkin 19.1.1998 tarihli ve 98/10548 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının, karara ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerdeki ortak hükümleri düzenleyen 6. maddesinin (H/b) bendinde, kurumlarınca bir göreve kurum içinden veya diğer kurumlardan vekalet ettirilenlere, bu kararnamede asli kadroları için öngörülen zam ve

tazminatlarının toplamı ile vekalet ettikleri kadro için öngörülen zam ve tazminatların toplamının net tutarları mukayese edilerek fazla olanı; 657 sayılı Kanunun 175. maddesindeki oranlar dikkate alınmaksızın, vekalet görevine başlanıldığı tarihten itibaren ve bu görevin fiilen yapıldığı sürece ödeneceği, ancak bu ödemenin yapılabilmesi için vekalet eden personelin 99 seri No'lu Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliğinde açıklandığı üzere asilde aranan şartlara haiz olması gerektiği belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Tonya Şehit Cemil ilköğretim Okulu öğretmeni olan davacının 6.3.1998 tarihli Bakanlık oluru ile "tedviren" ilçe milli eğitim müdürlüğü görevini yürütmekle görevlendirildiği, 13.3.1998 tarihinde ilçe milli eğitim müdürlüğü görevine başlayan davacının 19.1.1998 tarihli ve 98/10548 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına göre vekaleten yürüttüğü görev için özel hizmet tazminatı ödenmesi yolundaki başvurusunun, tedviren görevlendirmelerde herhangi bir ödeme yapılamayacağı gerekçesiyle reddedildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda; 657 sayılı yasanın 86. maddesi uyarınca ancak, vekaleten görevlendirilenlere asilde aranan koşulları taşıması halinde, yukarda anılan Bakanlar Kurulu Kararında öngörülen özel hizmet tazminatı ödenmesi mümkün olup, ilçe milli eğitim müdürlüğünü yürütmek üzere görevlendirilen davacının, "tedviren" görevlendirme şekline karşı dava açmadığı dikkate alındığında, bu görevlendirme nedeniyle özel hizmet tazminatı ödenmesine hukuken olanak bulunmadığından, olayda maddi değerlendirme hatası yapmak suretiyle dava konusu işlemi iptal eden ve davacıya vekalet aylığı tutarında kısmen tazminata hükmeden mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle temyiz isteminin kabulü ile Trabzon İdare Mahkemesinin 22.11.2001 gün ve E:2001/878 , K:2001/ 1200 sayılı kararının bozulmasına yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan mahkemeye gönderilmesine 8.3.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2002/2317
Karar No : 2005/2024

Özeti : Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Tapu-Kadastro Meslek Yüksek Okulundan mezun olan ve kadastro teknisyeni unvanıyla görev yapan davacının, bitirdiği yüksek okulun "teknik" öğrenim sayılmaması ve dolayısıyla "tekniker" unvanını kazandırmaması karşısında, teknikerler için öngörülen özel hizmet tazminatından yararlandırılmasına olanak bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü
Karşı Taraf (Davacı) : …
İsteğin Özeti : Davalı idarede teknik hizmetler sınıfında kadastro teknisyeni olarak görev yapan davacının, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Tapu Kadastro Meslek Yüksek Okulu mezunu olması nedeniyle özel hizmet tazminatının mesleki ve teknik öğrenim veren yüksek okullardan mezun teknikerlere uygulanan oran üzerinden belirlenmesi yolundaki başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada, Samsun İdare Mahkemesinin 12.3.2002 gün ve E:2001/1405, K:2002/183 sayılı kararıyla; dosyanın incelenmesinden, kadastro teknisyeni olarak çalışan davacının 2001

yılında Tapu Kadastro Meslek Yüksek Okulunu bitirmesi nedeniyle intibakının 4. derecenin 3. kademesine yapıldığı, 15.10.2001 tarihli dilekçeyle kendisine %90 oranında özel hizmet tazminatı verilmesi istemiyle davalı idareye başvurduğu, 15.10.2001 tarihli dava konusu işlemle YÖK'nun 12.12.1990 gün ve 23583 sayılı yazısıyla Tapu Kadastro Meslek Yüksek Okulundan 27.11.1990 tarihinden sonra mezun olan personelin teknikerlik haklarından yararlanamayacağı ve "meslek elemanı" unvanı verileceğinin belirtildiği, ilgilinin de 3.10.2001 tarihinde anılan okuldan mezun olduğu belirtilerek isteminin reddi yolunda dava konusu işlemin tesis edildiğinin anlaşıldığı, olayda, 657 sayılı Kanunun "Zam ve Tazminatlara" ilişkin ek maddesinde, bitirilen üst öğrenimin göreviyle ilgili olması halinde bitirilen üst öğrenime göre özel hizmet tazminatı ödeneceği, göreviyle ilgili olmaması halinde önceki öğrenim durumlarına göre tazminat ödeneceği belirtilmiş olup, Tapu Kadastro Meslek Yüksek Okulu mezunlarına verilen unvanın tekniker ya da meslek elemanı olmasının bu yüksek okul mezunlarının mesleğe girişlerinde sınıf intibakları yapılırken dikkate alınacak bir husus olduğu, davacının teknik hizmetler sınıfında kadastro teknisyeni olarak çalıştığı ihtilafsız olup, bitirdiği iki yıllık yüksek okulun mesleğiyle ilgili olması nedeniyle 570 sayılı KHK ile değişik 657 sayılı Kanunun ek maddesi uyarınca %90 oranında özel hizmet tazminatı ödenmesi gerekirken davacıya %66 oranında özel hizmet tazminatı ödenmesinde mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Davalı idare, dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık görülmediğini ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti: Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi: Füsun Erkin

Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı: Zehra Birden

Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp İdare Mahkemesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle İdare Mahkemesi kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 213. maddesinden sonra gelen "Zam ve Tazminatlar" başlıklı Ek maddesinin "II- Tazminatlar" başlıklı bölümünde, görevin önem, sorumluluk ve niteliği, görev yerinin özelliği, hizmet süresi, kadro ünvan ve derecesi ve eğitim seviyesi gibi hususlar gözönüne alınarak bu Kanunda belirtilen en yüksek Devlet memuru aylığının brüt tutarının; Teknik Hizmetler Sınıfına dahil kadrolarda görev yapanlardan, dört yıldan aşağı yüksek öğrenim veren okul mezunları için % 100'üne kadar, bu nispetleri aşmamak üzere Bakanlar Kurulunca belirlenecek esas ölçü ve nispetler dahilinde özel hizmet tazminatı ödeneceği, "III- Ortak Hükümler" başlıklı maddesinde ise, bu tazminatın, hangi işi yapanlara ve hangi görevlerde bulunanlara ödeneceği miktarları, ödeme usul ve esaslarının ilgili kurumların yazılı isteği ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca bütün kurumları kapsayacak şekilde hazırlanıp Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulacağı hükme bağlanmıştır.

Bu yasal düzenleme uyarınca yürürlüğe konulan 19.1.1998 günlü, 98/10548 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 3. maddesinde, özel hizmet tazminatının ödenmesinde, teknik hizmetler sınıfında bulunanlar bakımından işgal edilen kadroların sınıfı ve personelin kariyerinin esas alınacağı öngörülmüş ve Karar ekindeki (II) sayılı Cetvelde hangi görevde olanların ne oranda özel hizmet tazminatından yararlanacakları gösterilmiştir.

Söz konusu (II) sayılı Cetvelde, en az iki yıl süreli mesleki teknik yüksek öğrenim görmüş yüksek teknikerler ve teknikerler için farklı, lise üzerine en az 2 yıl süreli mesleki teknik öğrenim veya mesleki teknik kurs görenler için farklı, lise dengi mesleki teknik okul mezunları için farklı miktar ve oranlarda özel hizmet tazminatı oranları belirlenmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davalı idarede teknik hizmetler sınıfında kadastro teknisyeni olarak görev yapan davacının, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi 2 yıllık Tapu Kadastro Meslek Yüksek Okulundan mezun olması nedeniyle iki yıl süreli mesleki teknik yüksek öğrenim görmüş teknikerler için öngörülen özel hizmet tazminatı oranından yararlandırılması yolundaki başvurusunun reddi üzerine davalı idarece tesis olunan işlemin iptali istemiyle bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere, yukarıda yer verilen kanun hükmünde belirtilen özel hizmet tazminatının, hangi öğrenimi görmüş ve hangi unvana sahip olanlara ne miktarda ödeneceğine ilişkin hususlar, Kanunun verdiği yetki çerçevesinde Bakanlar Kurulu Kararıyla belirlenmiş ve bu belirlemeye göre de teknikerler için öngörülen özel hizmet tazminatı oranından yararlanabilmek için en az iki yıl süreli mesleki teknik yüksek öğrenim görmüş tekniker olmak gerekmektedir.

Olayda ise, davacının teknisyen görev ve kadro unvanıyla görev yaptığı, bitirdiği yükseköğrenimin ise kendisine tekniker unvanını kazandırmadığı, zira davalı idarenin savunmasından Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının 16.9.1986 tarihli toplantısında alınan kararla, Tapu Kadastro Meslek Yüksek Okulundan mezun olanlara "Meslek Elemanı" unvanının verildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, teknisyen olan davacının teknikerler için öngörülen özel hizmet tazminatı oranından yararlandırılması mümkün olmadığından, ilgili mevzuata uygun bulunan dava konusu işlemin iptali yolunda verilen idare mahkemesi kararında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle, Samsun İdare Mahkemesinin 12.3.2002 gün ve E:2001/1405, K:2002/183 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere adı geçen idare mahkemesine gönderilmesine, 19.4.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

SÖZLEŞMELİ PERSONEL

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2001/4505
Karar No : 2004/5239

Özeti : Koruma-güvenlik işleri, 24 saat ve vardiyalı olarak yürütülen bir hizmet niteliği taşıdığından, sözleşmeli personel statüsünde koruma ve güvenlik görevlisi olarak görev yapan davacının, normal çalışma süreleri çerçevesinde dini ve milli bayramlara rastlayan çalışma süreleri için "fazla çalışma ücreti" ödenemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): TKİ Kurumu Genel Müdürlüğü - ANKARA
Vekilleri **:** Av. ...
Karşı Taraf (Davacı) **:** ...

İsteğin Özeti **:** Dava, sözleşmeli personel statüsünde koruma ve güvenlik görevlisi olarak görev yapan davacı tarafından, ulusal ve dini bayramlarda fazla çalışma ücreti ödenmeksizin çalıştırılmasına dair uygulama işleminin iptali ve anılan bayramlardaki çalışmalarından kaynaklanan 56.160.000.-TL. tutarındaki ücretin yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır. Eskişehir İdare Mahkemesi 11.5.2001 gün ve E:2000/543, K:2001/550 sayılı kararıyla; resmi tatil olan ulusal ve dini bayram günlerinde çalışılan sürelerin normal çalışma saatleri içinde olduğunun kabul edilmesinin mümkün olmaması karşısında, davacının dini ve ulusal bayramlarda fazla çalışma ücreti verilmeksizin çalıştırılmasına ilişkin uygulama işleminde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline, fazla çalışma ücretinin yasal faiziyle birlikte tazminine, fazlaya ilişkin talebin ise, süre aşımı yönünden reddine hükmetmiştir. Davalı idare tarafından, mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmiştir.

Savunmanın Özeti **:** Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi **:** Ahmet Pesen

Düşüncesi **:** Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz isteminin reddi ile kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı **:** Handan Yağuş

Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

399 sayılı KHK'nin "Çalışma Saatleri" başlıklı 20. maddesinde; "Sözleşmeli personelin, haftalık çalışma süresi 40 saattir. İş ve işyerinin çalışma şartları dikkate alınarak tatil ve çalışma günleri, günlük çalışmanın başlama ve bitme saatleri ile günün 24 saatinde devamlılık gösteren hizmetlerdeki çalışma şekillerinin tespitine teşebbüs veya bağlı ortaklıkların yönetim kurulları yetkilidir." hükmüne yer verilmiştir.

Olay tarihinde yürürlükte bulunan 3832 sayılı Kanunun 1. maddesiyle değişik 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanunun "Amaç" başlıklı 1. maddesinde; "Milli ekonomiye veya Devletin savaş gücüne önemli ölçüde katkısı bulunan, kısmen veya tamamen yıkılmaları, hasara uğratılmaları veya geçici bir zaman için dahi olsa çalışmadan alıkonulmaları, ülke güvenliği, ülke ekonomisi veya toplum hayatı bakımından olumsuz neticeler yaratacak, kamuya veya özel kişilere ait kurum ve kuruluşların sabotaj, yangın, hırsızlık, soygun, yağma, yıkma, burada bulunanların zorla işten alıkoyma, sağlıklarını ve vücut bütünlüklerini tehdit ve tehlikelere karşı korunması ve güvenliklerinin sağlanması, yurt dışına giriş çıkış yapılan yerlerde giriş ve çıkışa yarayan belgelerin kontrolü ile giriş çıkış işlemlerinin yapılması, aranan ve giriş çıkışı yasaklananların resmi güvenlik görevlilerine tesliminin sağlanmasıdır." hükmü yer almıştır.

Öte yandan Fazla Çalışmanın Uygulama Esaslarını Gösterir 19.2.1975 tarih ve 7/9493 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki Yönetmeliğin 3/B maddesinde; nöbet hizmeti; kurumların faaliyetleri gereği, güvenliğin veya hizmetin devamını temin amacıyla, normal çalışma saatleri içinde veya dışında yapılan çalışma olarak tanımlanmış ve aynı Yönetmeliğin 5. maddesinde de, çalışma saatleri içinde ve dışında yürütülen nöbet hizmetlerinin fazla çalışma sayılmayacağı belirtilmiştir.

Bu hükümlere göre, yukarıda yazılı amacı gerçekleştirmek üzere kurulan birimde yer alan koruma ve güvenlik görevlilerinin çalışma süre ve saatlerinin farklı olacağı ve buna göre

düzenleme yapılabileceği, dolayısıyla koruma ve güvenlik görevlilerinin nöbetlerinin normal çalışma saatleri dışına rastlasa bile bunun fazla çalışma olarak kabulünün mümkün olmadığı, ancak normal çalışma sürelerini aşan çalışmalar nedeniyle fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, TKİ Kurumu GLİ Bölge Müdürlüğünde sözleşmeli personel statüsünde koruma ve güvenlik görevlisi olarak görev yapan davacı tarafından, resmi tatil olan ulusal ve dini bayram günlerinde fazla çalışma ücreti ödenmeksizin çalıştırılmasına dair uygulama işleminin iptali ve anılan günlerdeki çalışmalarından kaynaklanan 56.160.000.-TL. tutarındaki fazla çalışma ücretinin yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davada, idare mahkemesince, resmi tatil olan ulusal ve dini bayram günlerinde çalışılan sürelerin normal çalışma saatleri içinde olduğunu kabul etmenin mümkün olmadığı nedeniyle 399 sayılı KHK'nin 30/a maddesi hükmü uyarınca, ulusal ve dini bayram günlerinde fazla çalışma ücreti verilmeksizin çalıştırılmasına ilişkin uygulama işleminde hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline, fazla çalışma ücretlerinin 19.3.2000 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte tazminine, fazlaya ilişkin istemin ise süre aşımı yönünden reddine hükmedildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, koruma ve güvenlik işlerinin 24 saat ve vardiyalı olarak yürütülen bir hizmet niteliği taşıması karşısında, normal çalışma süreleri çerçevesinde dini ve milli bayramlara rastlayan çalışma süreleri nedeniyle fazla çalışma ücreti ödenemeyeceğinden, bu doğrultudaki uygulama işleminde hukuka aykırılık, aksi yönde verilen kararda ise hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüyle Eskişehir İdare Mahkemesinin 11.5.2001 gün ve E:2000/543, K:2001/550 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan mahkemeye gönderilmesine, 15.12.2004 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

AZLIK OYU

Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar 2577 sayılı Kanunun 49. maddesinin birinci fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz isteminin reddi ve mahkeme kararının onanması gerektiği görüşüyle aksi yönde verilen karara katılmıyorum.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2004/5740
Karar No : 2005/1355

Özeti : Sendikaların üyelerinin ortak hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla üyelerini temsile yetkili olduğu ve bu amaç doğrultusunda üyeleri adına dava açabileceği, ancak bu yetkinin üyelerin bireysel davalarını kapsamadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan Taraflar:
1. (Davalı) **:** Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü
Vekili **:** Av. …
2. (Davacı) **:** Kültür ve Sanat Emekçileri Sendikası

Vekili **:** Av. ...

İsteğin Özeti **:** Dava, Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğünde sahne marangozu olarak çalışan davacı adına Kültür ve Sanat Emekçileri Sendikası tarafından, davacının 527 sayılı KHK'nin 12. maddesi ile 657 sayılı Kanuna eklenen ek geçici 16.madde hükümlerinden yararlandırılması, puan esasına göre belirlenen sözleşme ücretinin 6388 sayılı Kanunun emekli keseneğine esas intibak unvanına göre 657 sayılı Kanunun ek geçici maddeleriyle getirilen mali hükümler çerçevesinde belirlenmesi isteminin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 30.4.2004 günlü, E:2003/794, K:2004/657 sayılı kararıyla; dosyanın incelenmesinden, sahne marangozu olan davacının 5441 sayılı Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkında Kanun hükümleri uyarınca "Devlet Tiyatrosu Sanatkarı" olarak adlandırıldığı ve 5441 sayılı Kanunda 1310 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Devlet tiyatrosu sanatkarlarının emeklilik yönünden sahip oldukları haklardan yararlanmaya devam edeceklerinin açık olduğundan bahisle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun Ek Geçici 16. maddesi hükmünden yararlanma istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka ve ilgili mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin davacının emeklilik yönünden sahip olduğu haklardan yararlandırılmamasına yönelik kısmının iptaline, davanın brüt sözleşme ücret tavanının yükseltilerek farklarının ödenmesi istemine ilişkin kısmının ise reddine karar verilmiştir. Taraflarca, mahkeme kararının aleylerine ilişkin kısmının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti **:** Taraflarca savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi **:** Gülsen Akın

Düşüncesi **:** Dosyanın incelenmesinden, dava dilekçesinin 2577 sayılı Kanunun 14/3-c ve 15/1-d maddeleri uyarınca ehliyet yönünden reddi gerekirken davanın esasının incelenmesi suretiyle verilen idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı **:** Dr. Ülkü Özcan

Düşüncesi **:** Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğünde sahne marangozu olarak çalışan davacı adına Kültür ve Sanat Emekçileri Sendikası tarafından, davacının 527 sayılı KHK'nin 12. maddesi ile 657 sayılı Kanuna eklenen ek geçici 16.madde hükümlerinden yararlandırılması, puan esasına göre belirlenen sözleşme ücretinin 6388 sayılı Kanunun emekli keseneğine esas intibak unvanına göre 657 sayılı Kanunun ek geçici maddeleriyle getirilen mali hükümler çerçevesinde belirlenmesi isteminin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; dava konusu işlemin iptaline, davanın kısmen reddine ilişkin idare mahkemesi kararını davalı idare ve davacı temyiz etmektedir.

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun 19. maddesinin (f) bendinde, sendika ve konfederasyonların kuruluş amaçları doğrultusunda üyelerin idare ile ilgili doğacak ihtilaflarında, ortak hak ve menfaaatlerinin izlenmesinde veya hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya mirasçılarını,her düzeydeki ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil edeceği veya ettireceği, dava açabileceği ve bu nedenle açılan davalarda taraf olabileceği kuralı getirilmiştir.

Yukarıda belirtilen Kanun hükmü uyarınca sendika ve konfederasyonların sadece üyelerinin ortak hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla üyelerini temsile yetkili olduğu ve üyeleri adına bu amaç dorultusunda dava açabileceği, bu yetkinin üyelerinin bireysel davalarını kapsamadığı açıktır.

Davacının 527 sayılı KHK'nin 12. maddesi ile 657 sayılı Kanuna eklenen ek geçici 16. madde hükümlerinden yararlandırılması, puan esasına göre belirlenen sözleşme ücretinin 6388 sayılı Kanunun emekli keseneğine esas intibak unvanına göre 657 sayılı Kanunun ek geçici maddeleriyle getirilen mali hükümler çerçevesinde belirlenmesi isteminin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan ve sadece davacının bireysel menfaatini ilgilendiren davanın, davacı veya davacı tarafından vekil tayin edilen avukat aracılığıyla açılması

gerekirken,davacı adına Kültür ve Sanat Emekçileri Sendikası tarafından açılmasında usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.

Belirtilen nedenle, dava dilekçesinin 2577 sayılı Kanunun 14/3-c ve 15/1-d maddeleri uyarınca reddedilmesi gerekirken davanın esasının incelenerek verilen idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun idari dava türlerinin sayıldığı 4577 sayılı Kanunla değişik 2. maddesinin 1/a bendinde iptal davaları, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlanmış olup, anılan kanunun 3622 sayılı Kanunla değişik 14. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendinde dava dilekçelerinin ehliyet yönünden inceleneceği, "İlk İnceleme Üzerine Verilecek Karar" başlığını taşıyan ve yine 3622 sayılı Kanunla değişik 15. maddesinin 1/b fıkrasında ise 14. maddenin 3/c bendinde yazılı hallerde davanın reddine karar verileceği kuralı yer almıştır.

Öte yandan, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun 19. maddesinin (f) bendinde, sendika ve konfederasyonların kuruluş amaçları doğrultusunda üyelerin idare ile ilgili doğacak ihtilaflarında, ortak hak ve menfaaatlerinin izlenmesinde veya hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya mirasçılarını, her düzeydeki ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil edeceği veya ettireceği, dava açabileceği ve bu nedenle açılan davalarda taraf olabileceği kuralı getirilmiştir.

Yukarıda belirtilen Kanun hükmü uyarınca, sendika ve konfederasyonların sadece üyelerinin ortak hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla üyelerini temsile yetkili olduğu ve üyeleri adına, bu amaç doğrultusunda dava açabileceği, bu yetkinin üyelerinin bireysel davalarını kapsamadığı açıktır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının 527 sayılı KHK'nin 12. maddesi ile 657 sayılı Kanuna eklenen ek geçici 16. madde hükümlerinden yararlandırılması, puan esasına göre belirlenen sözleşme ücretinin 6388 sayılı Kanunun emekli keseneğine esas intibak unvanına göre 657 sayılı Kanunun ek geçici maddeleriyle getirilen mali hükümler çerçevesinde belirlenmesi isteminin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan ve sadece davacının bireysel menfaatini ilgilendiren davanın, davacı veya davacı tarafından vekil tayin edilen avukat aracılığıyla açılması gerekirken, davacı adına Kültür ve Sanat Emekçileri Sendikası tarafından açılmasında usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.

Buna göre, 2577 sayılı Kanunun 14/3-c ve 15/1-b maddeleri uyarınca davanın ehliyet yönünden reddedilmesi gerekirken işin esasının incelenmesi suretiyle verilen idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, tarafların temyiz isteminin kabulüyle, İstanbul 1. İdare Mahkemesince verilen 30.4.2004 günlü, E:2003/794, K:2004/657 sayılı kararının bozulmasına, yukarıda belirtilen hususlar gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 16.3.2005 tarihinde, oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onbirinci Daire
Esas No : 2002/259
Karar No : 2005/680

Özeti : "Feragat" talebinin geçerli olabilmesi için feragat dilekçesinin davanın görüldüğü mahkeme başkanlığına hitaben yazılması gerektiği, davalı idareye verildiği ileri sürülen ve mahkeme kayıtlarına geçmediği anlaşılan feragat dilekçesi hakkında bir işlem yapılamayacağı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): T. Emlak Bankası A.Ş. Genel Müdürlüğü
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf (Davacı) **:** ...
Vekili **:** Av. ...
İsteğin Özeti **:** Davalı idarede 30.11.1979 tarihinde 1475 sayılı İş Kanunu hükümlerine istinaden çalışmaya başlayıp 15.7.1988 tarihinde 233 ve 308 sayılı KHK hükümlerine göre sözleşmeli personel statüsüne geçen ve emekli olduğu 2.12.1999 tarihine kadar bu statüde çalışan davacıya, sadece işçi olarak geçirdiği süreler dikkate alınarak bu süreler üzerinden kıdem tazminatının ödenmesi üzerine sözleşmeli personel olarak geçirdiği sürenin de kıdem tazminatının hesabında dikkate alınması yolundaki başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; 399 sayılı KHK'nin 12. maddesiyle, sözleşmeli personelin daha önce Sandıkla ilgilendirilip ilgilendirilmediğine bakılmaksızın Emekli Sandığına tabi olacağının kabul edilip bunun için ilgilinin isteğinin aranmadığı, idarenin üstlendiği kamu hizmetlerini yürütmek zorunda olduğu gibi istihdam ettiği personel yönünden de yasa ile getirilen düzenlemelerin gereğini yapmakla yükümlü olduğu, aksi halde hizmetin kusurlu işletilmesinden doğan zararın idarece tazmini gerektiği, olayda, T.Emlak Bankası A.Ş.'de 399 sayılı KHK uyarınca sözleşmeli personel olarak görev yapmakta iken emekli olan davacının, istihdam şekli itibariyle anılan KHK'nin 12. maddesi uyarınca Emekli Sandığı ile ilgilendirilmesi gerektiği halde bu ilgilendirme yapılmayarak davacının emekliliğinde çalışma süresinin (30.11.1979-15.7.1988) tarihleri arası olarak hesaplanıp tazminatının da bu süreye göre ödenmesinde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden İstanbul 2. İdare Mahkemesinin 30.4.2001 günlü, E:2000/742, K:2001/487 sayılı kararının; davalı idarece, davacının davasından feragat ettiği ve 4684 sayılı Yasanın Geçici 2. maddesi uyarınca uyuşmazlık konusu dönem için hesaplanan kıdem tazminatının davacıya ödenmesi nedeniyle davanın konusunun kalmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti **:** Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi **:** Sibel Kaya Saçmalı
Düşüncesi **:** Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz isteminin reddi ile kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı **:** Mehmet Ali Samur
Düşüncesi **:** 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31.maddesinin yollamada bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 91.maddesinde feragat, "İki taraftan birinin neticei talebinden vazgeçmesi" olarak tanımlanmakta; 95.maddesinde de feragatın kesin hükmün hukuki sonuçlarını doğuracağına işaret edilmektedir.

Olayda, davacı tarafından 26.7.2001 tarihli dilekçe ile davadan feragat edildiği ve idare mahkemesi kararının da temyiz edilmiş olmakla henüz kesinleşmediği anlaşıldığından, mahkemece bu hususun değerlendirilmek üzere bozulmasına karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbirinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinin yollamada bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 93. maddesinde, feragat ve kabul beyanının dilekçe ile veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılacağı hükme bağlanmıştır. Feragat talebinin geçerli olması için feragat dilekçesinin feragat edilen davanın görüldüğü mahkeme başkanlığına hitaben verilmesi gerekmektedir. Temyizen bakılan davada, davalı idarece ibraz edilen, davacının davadan feragat ettiğine dair dilekçenin idareye verildiği, ancak bu yönde bir dilekçenin idare mahkemesi kayıtlarına geçmediği görülmüştür. Bu nedenle davacının davasından feragat ettiğinin kabulüne olanak bulunmadığından davalı idarenin bu yöndeki iddiası yerinde görülmemiştir.

İdare mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkündür. İstanbul 2. İdare Mahkemesince verilen 30.4.2001 günlü, E:2000/742, K:2001/487 sayılı karar ve dayandığı gerekçe, hukuk ve usule uygun olup bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına, 16.2.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ONİKİNCİ DAİRE KARARLARI

MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2004/3530
Karar No : 2005/1518

Özeti : Atatürk Üniversitesi Kazım Karabekir Eğitim Fakültesi Fizik Öğretmenliği Bölümü mezunu olan ve sınıf öğretmenliği sertifikası bulunan davacının, kamu personeli seçme sınavında 70 puan alamaması nedeniyle, 2002 yılı 2. atama döneminde sınıf öğretmenliğine atanmamasında hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Milli Eğitim Bakanlığı
Karşı Taraf : ...
İsteğin Özeti : Ankara 5. İdare Mahkemesinin 20.5.2004 günlü, E:2003/105, K:2004/964 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Savunmanın Özeti : Temyizi istenen kararın usul ve kanuna uygun olduğu, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Aydın Kurtuluş
Düşüncesi : Dava konusu olayda, Atatürk Üniversitesi Kazım Karabekir Eğitim Fakültesi Fizik Öğretmenliği Bölümü mezunu olup, sınıf öğretmenliği sertifikası bulunan ve kamu personeli seçme sınavında 66.428 puan alan davacının, atanmak için gerekli olan en az 70 puan almış olma şartını taşımadığı açık olduğundan, işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı : Erkan Cantekin
Düşüncesi : Atatürk Üniversitesi Kazım Karabekir Eğitim Fakültesi Fizik Öğretmenliği bölümü mezunu olan ve sınıf öğretmenliği sertifikasına sahip olan davacının sınıf öğretmeni olarak atamasının yapılması istemi ile yapmış olduğu başvurusunun cevap verilmemek suretiyle reddedilmesine ilişkin işlemin iptali yolunda verilmiş olan idare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

3797 sayılı Milli Eğitim Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 8 inci maddesinde, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun 45 inci maddesinde belirtilen yetkilerin Bakanlık adına Talim ve Terbiye Kurulunca kullanılacağı hükme bağlanmıştır.

Talim ve Terbiye Kurulu'nun 1.6.2000 tarih ve 340 sayılı kararının Atamada Öncelik başlıklı 7.maddesinde, öğretmen atamalarında eğitim fakültesi mezunlarının birinci öncelik sırasında yer aldığı görülmektedir.

2002/2 Öğretmen Atama Klavuzunun 2. maddesinde toplam 5750 kadroya yapılacak sınıf öğretmeni atamasından, 750 sinin eğitim fakültelerinin sınıf öğretmenliği programından mezun olanlar ile eğitim fakültelerinin sınıf öğretmenliği dışındaki programlardan mezun olup, sınıf öğretmenliği sertifikası bulunanlardan, 5000 kadroya ise fen ve edebiyat fakültelerinin, Talim ve Terbiye Kurulunun 1.6.2000 gün ve 340 sayılı kararında herhangi bir alan öğretmenliğine kaynak gösterilen programlardan mezun olup

sınıf öğretmenliği sertifikası bulunanlardan atama yapılacağı öngörülmüş 3.1. maddesinin j bendinde ise; DMS, DMS-öğretmenlik 2000, KMS veya KPSS sınavlarından en az birisine girmiş ve en az 70 puan almış olmak koşuluna yer verilmiştir..

Bakılan davada, Eğitim Fakültesi Sosyal Bilgiler Öğretmenliği Bölümü mezunu olan ve kamu personeli seçme sınavında 66.428 puan alan davacının, 2002 yılı 2 nci atama döneminde atanmak için gerekli olan 70 puanı almış olma şartını taşımadığı açık olduğundan işlemin iptali yolunda verilmiş olan idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davalı idare temyiz isteminin kabulü ile idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava, Atatürk Üniversitesi Kazım Karabekir Eğitim Fakültesi Fizik Öğretmenliği Bölümünden mezun ve sınıf öğretmenliği sertifikasına sahip olan davacının sınıf öğretmeni olarak atanmasının yapılması istemi ile yapmış olduğu başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemi ile açılmıştır.

Ankara 5. İdare Mahkemesinin 20.5.2004 günlü, E:2003/105, K:2004/964 sayılı kararıyla; dosyanın incelenmesinden, Atatürk Üniversitesi Kazım Karabekir Eğitim Fakültesi Fizik Öğretmenliği Bölümü mezunu olup, sınıf öğretmenliği sertifikası bulunan ve kamu personeli seçme sınavında 66.428 puan alan davacının, sınıf öğretmeni olarak atanma istemi ile yapmış olduğu başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemi ile dava açtığının anlaşıldığı, davacının atamasının yapılması istemi ile başvurduğu 2002 yılı 2. atama döneminde 5750 adet kadro ayrıldığı, bu kadronun 5000 adetinin atama klavuzunun 2/b maddesi ile fen-edebiyat mezunları için ayrıldığı, sözkonusu klavuz hükmünün iptali istemi ile açılan davada ise, Danıştay Onikinci Dairesinin 29.9.2003 günlü, E:2002/5354, K:2003/2160 sayılı kararıyla iptaline hükmedildiği, bu durumda, 2002 yılı 2. atama döneminde ayrılan 5750 sınıf öğretmenliği kadrosunun 5000' inin fen-edebiyat mezunlarına ayrılmasına ilişkin klavuz hükmünün Danıştay' ca, mevzuata ve kamu yararına aykırı bulunduğundan bahisle iptal edildiğine göre, ortaya çıkan bu maddi ve hukuki durum karşısında, davacının durumu değerlendirilerek atanıp atanmayacağının saptanması, atanabilmesi için hukuken kabul edilebilir bir engeli bulunmaması halinde atamasının yapılması gerekirken, atanma isteminin reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesi ile dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Davalı idare, davacının kamu personeli seçme sınavında 66.428 puan aldığını, bu nedenle tesis edilen işlemin hukuka uygun olduğunu öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 43.maddesinde, öğretmenlik mesleğine hazırlığın genel kültür, özel alan eğitimi ve pedagojik formasyonla sağlanacağı, 45. maddesinin 2. fıkrasında; öğretmenlerin öğretmen yetiştiren yükseköğretim kurumlarından mezun olanlar arasından, Milli Eğitim Bakanlığınca seçileceği, 4. fıkrasında da; hangi derece ve türdeki eğitim, öğretim, teftiş ve yönetim görevlerine hangi seviye ve alanda öğretim görmüş olanların ne gibi şartlarla seçilebileceğinin Yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüş, 3797 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 8. maddesinde de bu yetkinin Bakanlık adına Talim ve Terbiye Kurulunca kullanılacağı hükme bağlanmıştır.

Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Öğretim Kurumlarına Öğretmen Olarak Atanacakların Atamalarına Esas Olan Alanlar ile Mezun Oldukları Yüksek Öğretim Programları ve Aylık Karşılığı Okutacakları Derslere İlişkin Esaslar'ın düzenlendiği Talim ve Terbiye Kurulunun 1.6.2000 günlü ve 340 sayılı kararının "Atamada Öncelik" başlıklı 7.maddesinin, işlemin tesis edildiği ve davanın açıldığı tarihteki mevcut şeklinde öğretmen atamalarında eğitim fakültesi mezunlarının birinci öncelik sırasında yer aldığı görülmektedir.

2002/2 Öğretmen Atama Klavuzunun 2. maddesinde, toplam 5750 kadroya sınıf öğretmeni atamasının yapılacağı belirtilmiş, anılan maddenin (a) fıkrasında, bu kadroların 750'sinin eğitim fakültelerinin sınıf öğretmenliği programından mezun olanlar ile eğitim fakültelerinin sınıf öğretmenliği dışındaki programlarından mezun olup, sınıf öğretmenliği sertifikası bulunanlar için kullanılacağı, (b) fıkrasında da, bu kadroların 5000'inin ise fen ve edebiyat fakültelerinin, Talim ve Terbiye Kurulunun 1.6.2000 günlü ve 340 sayılı kararında, herhangi bir alan öğretmenliğine kaynak gösterilen programlarından mezun olup sınıf öğretmenliği sertifikası bulunanlar için kullanılacağı öngörülmüştür.

Anılan Klavuzun Atanacaklarda Aranacak Koşullar başlığı altında düzenlenen 3.1. maddesinin j bendinde ise; DMS, DMS-Öğretmenlik 2000, KMS veya KPSS sınavlarından en az birisine girmiş ve en az 70 puan almış olmak koşuluna yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Atatürk Üniversitesi Kazım Karabekir Eğitim Fakültesi Fizik Öğretmenliği Bölümü mezunu olup, sınıf öğretmenliği sertifikası bulunan ve kamu personeli seçme sınavında 66.428 puan alan davacının, sınıf öğretmeni olarak atanma istemi ile yapmış olduğu başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemi ile dava açtığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, yukarıda yer alan mevzuat hükümleri uyarınca, sınıf öğretmenliğine sırasıyla; 70 taban puan ve üzerinde puan alan sınıf öğretmenliği bölümü mezunlarının, öğretmen gereksiniminin karşılanamaması halinde, belirlenen taban puanı almış olmak ve sınıf öğretmenliği sertifikası bulunmak şartı gözetilerek eğitim fakültesi mezunlarının, bu fakülte mezunlarından da gereksinimin karşılanamaması halinde diğer fakülte mezunlarının atamalarının yapılması gerektiği açık olup, Atatürk Üniversitesi Kazım Karabekir Eğitim Fakültesi Fizik Öğretmenliği Bölümü mezunu olup, sınıf öğretmenliği sertifikası bulunan ve kamu personeli seçme sınavında 66.428 puan alan davacının, atanmak için gerekli olan ve yukarıda belirtilen en az 70 puan almış olma şartını taşımadığı açıktır.

Netice olarak, İdare Mahkemesince, davacının kamu personeli seçme sınavında en az 70 puan almış olma şartını gerçekleştirip gerçekleştirmediği gözönünde tutulmadan, işlemin iptali yolunda verilen kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idare temyiz talebinin kabulü ile Ankara 5. İdare Mahkemesince verilen 20.5.2004 günlü, E:2003/105, K:2004/964 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen nedenler gözetilmek suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 22.4.2005 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı görüşü ile aksi yolda verilen çoğunluk kararına katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2004/3953
Karar No : 2005/763

Özeti : Ankara İli Çankaya ilçesinde bir lisede müdür başyardımcısı olan davacının, Çankaya İlçe Milli Eğitim Müdürü tarafından aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasında yetki yönünden hukuka uyarlık görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Ankara Valiliği - ANKARA
Karşı Taraf : ...
İsteğin Özeti : Ankara 7. İdare Mahkemesince verilen 31.5.2004 günlü, E:2003/2068, K:2004/1425 sayılı kararın dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Savunmanın Özeti : Temyizi istenen kararın usul ve kanuna uygun olduğu, ileri sürülen nedenlerin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesine uymadığı, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Demet Özen
Düşüncesi : İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından anılan kararın onanması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı : Efser Koçakoğlu
Düşüncesi : Çankaya Lisesi Müdür Başyardımcısı olan davacının 1/30 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemi iptal eden mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, müdür başyardımcısı olan davacının 657 sayılı Yasanın 125/C-d, maddesi uyarınca Çankaya İlçe Milli Eğitim Müdürü tarafından 1/30 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırıldığı anlaşılmaktadır.

Milli Eğitim Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği eki listenin Taşra Teşkilatı bölümünde merkez ilçede görev yapan öğretmenlerin ve müdür başyardımcılarının disiplin amirinin okul müdürü,üst disiplin amirinin ise, ilgili milli eğitim müdür yardımcısı yoksa şube müdürü olduğu belirtilmiştir.

Bu durumda anılan Yönetmelik uyarınca yetkisi bulunmayan Çankaya İlçe Milli Eğitim Müdürü tarafından davacının aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasında ve mahkemece işin esasına girilerek karar verilmesinde isabet görülmemektedir.

Açıklanan nedenle temyizen incelenen karar sonuç itibariyle yerinde bulunduğundan onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava, Çankaya Lisesi Müdür Başyardımcısı olan davacının, 657 sayılı Yasanın 125/C-d,ı maddesi uyarınca 1/30 oranında aylıktan kesme cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 7. İdare Mahkemesince verilen 31.5.2004 günlü, E:2003/2068, K:2004/1425 sayılı kararla; Çankaya Lisesi Müdür Başyardımcısı olarak görev yapan davacının 25.10.2000 tarihinde okul müdürlüğü görevini vekaleten yürütmeye başladığı, okul müdürlüğü tarafından Açık Öğretim Fakültesi sınavlarında görev alacakların listesinin 21.11.2002 tarihinde Ankara İl Sınav Koordinatörlüğüne bildirildiği, davacı tarafından imzalanan ve okulda görev yapan

öğretmenlerin isimlerini içeren bu listede iki memurun ismine de yer verildiği, okulun emekli memuru İsmail Yıldırım'ın soruşturmacıya verdiği ifadesinde, listeyi kendisinin hazırlamadığını belirttiği, ancak dava dilekçesi ekinde bir örneği yazılı 22.8.2003 günlü beyanında, listeyi kendisinin hazırladığını ve davacının listenin hazırlanmasında etkinliğinin bulunmadığını ifade ettiği, bu durumda, davacının hazırlanan listeyi kontrol etmemesi nedeniyle kusurlu olduğu sabit olmasına karşın söz konusu fiili kasten işlediği yolunda saptama bulunmaksızın 657 sayılı Yasanın 125/C-a maddesi uyarınca aylıktan kesme cezasıyla cezalandırılmasında hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline hükmedilmiştir.

Davalı idare, dava konusu işlemin mevzuata uygun olarak tesis edildiğini öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

3.6.1991 günlü 20890 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milli Eğitim Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği eki listenin "Taşra Teşkilatı" bölümünde merkez ilçede görev yapan öğretmenlerin ve müdür yardımcılarının disiplin amirinin, okul müdürü, üst disiplin amirinin ise, ilgili milli eğitim müdür yardımcısı yoksa şube müdürü olduğu hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; Ankara İli Çankaya İlçesi … Lisesi Müdür Başyardımcısı olarak görev yapan davacının, Çankaya İlçe Milli Eğitim Müdürü tarafından 27.8.2003 günlü, 2003/185 sayılı işlemle 1/30 oranında aylıktan kesme cezasıyla cezalandırıldığı, davanın bu işlemin iptali istemiyle açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, Ankara İli Çankaya İlçesinde bir okulda müdür başyardımcısı olan davacının, aylıktan kesme cezası ile cezalandırılması konusunda anılan yönetmelik hükmü uyarınca okul müdürü veya üst disiplin amiri olarak ilgili milli eğitim müdür yardımcısı yoksa şube müdürü yetkili olduğu halde Çankaya İlçe Milli Eğitim Müdürü tarafından aylıktan kesme cezasıyla cezalandırılmasında yetki yönünden mevzuata uyarlık bulunmadığından İdare Mahkemesince işin esasına girilerek karar verilmiş olmasında hukuki isabet görülmemiştir.

Öte yandan, dava konusu işlem 657 sayılı Yasanın 125/C-d,ı maddesi uyarınca tesis edilmesine karşın temyize konu kararda, dava konusu işlemin 657 sayılı Yasanın 125/C-a maddesi uyarınca tesis edildiği kabul edilerek, hukuki değerlendirmenin 657 sayılı Yasanın 125/C-a maddesi hükmü dayanak alınmak suretiyle yapılmasında da isabet bulunmadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz talebinin kabulü ile Ankara 7. İdare Mahkemesince verilen 31.5.2004 günlü, E:2003/2068, K:2004/1425 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen nedenler gözetilmek suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, kullanılmayan 5 YTL posta ücretinin istemi halinde davalı idareye iadesine, 14.3.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2002/3280
Karar No : 2005/472

Özeti : 399 sayılı KHK'ye tabi olarak çalışan davacının, 657 sayılı Yasanın 125/B-a maddesi uyarınca kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın esasının incelenmesi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …
Vekili **:** Av. …
Karşı Taraf **:** T. Şeker Fabrikaları A.Ş Genel Müdürlüğü,
Vekili **:** Av. …
İsteğin Özeti **:** Ankara 2.İdare Mahkemesinin 30.4.2002 günlü, E:2001/1688, K:2002/612 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Savunmanın Özeti **:** Temyizi istenen kararın usul ve kanuna uygun olduğu, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Metin Çağlar
Düşüncesi **:** İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından anılan kararın onanması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** Erkan Cantekin
Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava; 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Kanunun 125/B-a maddesi uyarınca kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 2.İdare Mahkemesinin 30.4.2002 günlü, E:2001/1688, K:2002/612 sayılı kararıyla; Anayasanın 129. ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 135 ve 136. maddelerinde yer alan hükümlerin birlikte değerlendirilmesi sonucu, 657 sayılı Kanun hükümleri uyarınca verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı dava açılamayacağı, sadece üst disiplin amirine, yoksa disiplin kuruluna itiraz edilebileceğinin anlaşıldığı, davacıya 657 sayılı Kanunun 125.maddesi uyarına verilen kınama cezasının iptali istemiyle açılan davanın esasının incelenmesi olanağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiştir.

Davacı; kınama cezasının usul açısından hukuka aykırı olarak verildiğini, disiplin kurulu tarafından kınama cezası verilemeyeceğini, üzerine atılı suçu işlemediğini öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

2709 sayılı Anayasanın, Temel Hak ve Ödevler Kısmının, Kişinin Hakları ve Ödevleri Bölümünde yer alan "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin 1. fıkrasında "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı merciileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" kuralına yer verilmiş, 129. maddesinde de; uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı belirtilmiştir.

Anayasanın 129. maddesindeki hüküm uyarınca, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği açık ise de, yukarıda anılan hak arama hürriyetine ilişkin 36. maddeye özel bir sınırlama getirilmiştir. Ancak bu sınırlamanın yalnızca yasama organı tarafından getirilebileceği de Anayasanın 13. maddesi gereğidir.

Olayda: davacının, 233 sayılı KHK'de Kamu İktisadi Kuruluşu olarak belirlenen T.Şeker Fabrikaları A.Ş Genel Müdürlüğü personeli olduğu açık olup, gerek 233 sayılı KHK'de,

gerekse de daha sonra yürürlüğe giren 399 sayılı KHK'de uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan bir hüküm mevcut değildir.

Bu durumda; 399 sayılı KHK'ye tabi olarak çalışan davacıya verilen kınama cezasına karşı açılan davada, hak ve nesafet kuralları gereğince, hangi mevzuat uyarınca ceza verildiği gözetilmeksizin işin esasının incelenmesi gerekirken, İdare Mahkemesince Anayasının 129.maddesi ve 657 sayılı Kanun hükümleri gereğince uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davacının temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 2.İdare Mahkemesince verilen 30.4.2002 günlü, E:2001/1688, K:2002/612 sayılı kararın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3.fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 18.2.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2004/2725
Karar No : 2004/4092

Özeti : Davacının hakkında yapılan bir soruşturma sonucu ceza verme yetkisinin zamanaşımına uğradığından bahisle, dosyanın işlemden kaldırılmasına ilişkin Yüksek Disiplin Kurulu kararının, davacının hukuki durumuna doğrudan etkisi olmadığından, bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): İçişleri Bakanlığı - ANKARA
Karşı Taraf **:** ...
İsteğin Özeti **:** İstanbul 2.İdare Mahkemesinin 31.12.2003 günlü, E:2002/1419, K:2003/1804 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Savunmanın Özeti **:** Temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Metin Çağlar
Düşüncesi **:** İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından anılan kararın onanması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** Yaşar Uğurlu
Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince, dosyanın tekemmül ettiği görüldüğünden yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeyerek işin gereği düşünüldü:

Dava; polis memuru olarak görev yapan davacının, üzerine atılı yetkisini veya nüfuzunu kendisine veya başkalarına çıkar sağlamak amacıyla veya kin veya dostluk nedeniyle kötüye kullanmak suçu nedeniyle açılan disiplin soruşturması sonucu, "ceza verme yetkisinin zamanaşımına uğradığı nedeniyle, dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilmesine" ilişkin Emniyet Genel Müdürlüğü Yüksek Disiplin Kurulunun 14.3.2002 günlü, E:2002/137 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

İstanbul 2.İdare Mahkemesinin 31.12.2003 günlü, E:2002/1419, K:2003/1804 sayılı kararıyla; olayda: davacının, … Emniyet Müdürlüğü kadrosunda görev yapmakta iken 28.5.1998 tarihinde İstanbul iİine atandığı, 1996-2001 yılları arasında iddia edilen fiilleri nedeniyle hakkında 36 arkadaşı ile birlikte soruşturma açıldığı, davacı ile ilgili olarak ifadesine başvurulan bir trafik müşavirinin, "davacıya 1997 yılında benzin parası olarak 10 ile 15 milyon lira verildiğini", başka bir trafik müşavirinin ise; "rüşvet verdiğini beyan etmesine rağmen bu ifadeyi baskı altında verdiğini, aslında rüşvet verdiğini söylediği şahıslara rüşvet vermediğini, bu işleri ortağının yaptığını" ifade ettiği, bu ifadeler nedeniyle davacının üzerine atılı suçu işlediği sonucuna varıldığı ancak, suçun 1997 yılında işlendiği, bu sebeple ceza verme yetkisinin zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle dava konusu işlemle, dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verildiğinin anlaşıldığı, davalı idarece davacının üzerine atılı disiplin suçu işlediği sonucuna varıldığı ancak, davacının İstanbul iline 1998 yılında atanmış olması ve rüşvet verdiğini iddia eden kişinin bu rüşveti 1997 yılında verdiğini ifade etmesi karşısında, sözkonusu tarihte bu yerde görevli olmayan davacının, bu parayı alarak üzerine atılı suçu işlediğinden sözedilemeyeceği bu durumda, davacının üzerine atılı suçu işlemediği nedeniyle ceza tayinine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken, iddia edilen disiplin suçunu işlediği ancak, ceza verme yetkisinin zamanaşımına uğradığı nedeniyle dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin davacıya ilişkin kısmının iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare; Mahkeme kararının hukuk ve usule uygun olmadığını öne sürmekte ve temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

İptal davasına konu edilebilecek idari işlemler, idarelerin, idari faaliyetleri nedeniyle, kamu gücü kullanılarak, kamu hukuku kurallarına göre, tek taraflı iradeyle yaptıkları kesin ve icrai (yürütülmesi gerekli) nitelikteki işlemler olup, bu nitelikte olmayan işlemlerin idari davaya konu edilmelerinin mümkün olmadığı idare hukukunun en belirgin ilkesidir.

Bir idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu sayılabilmesi ise; hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını da geçirmiş bulunmasına, bir başka idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine, yani idare edilenlerin hukukunu şu ya da bu yönde etkileyebilmesine bağlı bulunmaktadır.

Dava dosyanın incelenmesinden; davacının, İstanbul / … Trafik Tescil Şube Müdürlüğünde polis memuru olarak görev yaptığı, İstanbul, Ankara, Adana, Bursa ve İzmir illerinde, düşük modelli kamyon ve çekicilerin modellerinin yükseltilerek sahte belgelerle kayıtlarının yapıldığı duyumları üzerine konunun incelenmesi amacıyla soruşturma açıldığı, soruşturma sırasında, olaylara adları karışan 11 trafik müşavirinin alınan ifadelerinde; trafik tescil şube müdürlüğünde çalışan bazı emniyet mensuplarına işlemlerin hızlı yapılabilmesi için haftalık rüşvet verdiklerini beyan ettikleri, davacıya da bu kapsamda rüşvet verildiğinin iki trafik müşaviri tarafından ifade edildiğinin anlaşıldığı, fiillerin 1999 yılından önce işlenmiş olması ve eylemin meydana geldiği tarihten itibaren iki yıl içerisinde disiplin cezası verilemediğinden bahisle dava konusu işlemle, 657 sayılı Kanunun 127.maddesinin son fıkrası gereğince, ceza verme yetkisinin zamanaşımına uğradığından bahisle dosyanın

işlemden kaldırılmasına karar verildiği, davacı tarafından; suçun işlendiği belirtilen tarihte İstanbul ilinde görevli olmadığı, suçla ilgisinin bulunmadığı, her ne kadar ceza uygulanmamış ise de dava konusu işlemin sicil dosyasının içinde yer almasının mesleki durumunu olumsuz etkileyeceği öne sürülerek dava konusu işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

İptali istenilen Yüksek Disiplin Kurulu kararında; davacının üzerine atılı suçu işlediğine dair bir belirlemenin yer almadığı, trafik müşavirlerinin ifadelerine yer verilmesinin, fiilin işleniş tarihini, dolayısıyla zamanaşımının tesbit amacıyla yapıldığının anlaşılması karşısında, davacının hukuki durumunda doğrudan bir etkisi olmayan işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi gerekirken dava konusu işlemin iptali yolundaki Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle,davalı idarenin temyiz talebinin kabulü ile İstanbul 2.İdare Mahkemesince verilen 31.12.2003 günlü, E:2002/1419, K:2003/1804 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen nedenler gözetilmek suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 15.12.2004 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2005/373
Karar No : 2005/1204

Özeti : Komiser yardımcısı olan davacının, polis olmadan önce yaptığı askerlik süresinin, rütbe terfiinde sayılması gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): İçişleri Bakanlığı - ANKARA
Karşı Taraf **:** …
Vekili **:** Av. …
İsteğin Özeti **:** Konya 1. İdare Mahkemesinin 20.10.2004 günlü, E:2004/493, K:2004/984 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Savunmanın Özeti **:** Temyizi istenen kararın usul ve kanuna uygun olduğu, ileri sürülen nedenlerin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesine uymadığı, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : M.Önder Tekin
Düşüncesi **:** İdare Mahkemesince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmeleri için 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, sözkonusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı **:** E.Nur Necef
Düşüncesi **:** Konya 1.İdare Mahkemesinin 20.10.2004 gün ve E:2004/493, K:2004/984 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Uyuşmazlık; komiser yardımcısı olarak görev yapan davacının,askerlik hizmetinin rütbe teriinden sayılması istemiyle yaptığı başvurusunun cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlem ile,askerlik süresinin rütbe terfiinde değerlendirilerek komiserliğe yükseltilmesine

30.10.2003 tarihinden itibaren yoksun kaldığı özlük hakları ile maaş farklarının tazminine ilişkindir.

Davanın davacının askerlik hizmetinin rütbe terfiinde sayılması isteminin reddine ilişkin kısmına ilişkin idare mahkemesi kararının temyiz yoluyla incelenmesinde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 49 uncu maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunmadığı anlaşıldığından davalı idarenin ileri sürdüğü hususların reddi gerekmektedir.

Ancak, davacının askerlik hizmet süresinin rütbe terfiinde değerlendirilmesi istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemin idare mahkemesince hukuka aykırı bulunarak iptal edilmesinin davacının doğrudan bir üst rütbeye yükseltilmesini gerektirmeyeceği de açıktır. Askerlik hizmet süresinin rütbe terfiinde değerlendirilmesi isteminin reddine ilişkin işlemin iptali gözönüne alınarak davalı idarece yeniden belirlenecek kıdem durumu ile liyakat ve boş kadro durumları birlikte değerlendirilmek suretiyle 3201 sayılı Kanun ve Rütbe Terfiine İlişkin Yönetmelik hükümerine göre ilgilinin bir üst rütbeye yükseltilip yükseltilmeyeceği hususunda bir işlem tesisi gerekmektedir.

Bu durumda, davacının dava konusu işlemin iptalinden sonra bir üst rütbeye yükseltileceğinin belli olmaması nedeniyle maddi kaybı bulunmadığından tazminat talebini kabul eden Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Belirtilen nedenlerle Konya 1 inci İdare Mahkemesinin temyize konu kararın dava konusu işlemin iptaline yönelik kısmının onanması tazminat isteminin kabulüne yönelik kısmının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava, komiser yardımcısı olarak görev yapan davacının, askerlik hizmetinin rütbe terfiinden sayılması istemiyle yaptığı başvurusunun cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin iptali ile askerlik süresinin rütbe terfiinde değerlendirilerek komiserliğe yükseltilmesine 30.10.2003 tarihinden itibaren yoksun kaldığı özlük hakları ile maaş farklarının yasal faiziyle birlikte tazminine hükmedilmesi istemiyle açılmıştır.

Konya 1. İdare Mahkemesinin 20.10.2004 günlü, E:2004/493, K:2004/984 sayılı kararıyla; dosyanın incelenmesinden; 3201 sayılı Kanunun 55.maddesinin 14.fıkrasında yer alan "polis amiri olduktan sonra yapılan" ibaresinin Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmesi üzerine 31.3.2004 gün ve 19850-68024 sayılı genelge ile kamu görevlisi iken askerlik yapanların tespitinin istenildiği, bu kişilerin askerlik süresinin rütbe kıdeminde değerlendirildiği, davacının bu uygulamadan faydalandırılması yolunda yaptığı başvurusunun cevap verilmemek suretiyle reddedildiği ancak, T.C. Anayasasının 153.maddesinin son fıkrasında, " Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayınlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını gerçek ve tüzel kişileri bağlar" hükmüne yer verildiği, Anayasa Mahkemesinin 11.6.2003 günlü ve K:2003/63 sayılı iptal kararı üzerine 3201 sayılı Kanunun 55.maddesinin 14.fıkrasının; askerlik hizmetinde geçen sürenin rütbe terfiinde değerlendirileceği haline geldiği maddenin bu son haline göre, askerlik hizmetinin rütbe terfiinde değerlendirileceğinin açık olduğu, her ne kadar davalı idarenin 31.3.2004 gün ve 68024 sayılı genelgesi ile "askerliğini kamu görevlisi iken yapanların tespitini yaparak sadece bu kişilerin askerlik süresinin rütbe terfiinde değerlendirilmesi" uygulamasını gerçekleştirmek suretiyle, bir vatan hizmeti olarak nitelendirilen askerlik hizmetini polis olmadan önce yapanlar uygulama dışında bırakılmış ise de; Anayasa Mahkemesinin iptal kararı üzerine maddenin son halinde rütbe terfiinden sayılacak haller elirtilirken, kamu görevinden önce ya da sonra yapılması arasında hiç bir ayrıma yer verilmeksizin salt " askerlik hizmeti" ibaresi yer aldığına göre, polis olmadan önce yapılan askerlik süresinin rütbe kıdeminde değerlendirilmesine hukuken bir engel bulunmadığı; bu durumda, davacı isteminin bu sebeple kabul edilmesi gerekirken, cevap verilmeyerek aksine tesis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle iptaline, öte yandan, hukuka aykırılığı bu

şekilde ortaya konulan dava konusu işlem nedeniyle davacının yoksun kaldığı parasal haklarının 27.2.2004 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmiştir.

Davalı idare, Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin gerekçeli kararında askerlik hizmetinin değerlendirilmesinde personelin kamu görevlisi iken askerliğini yapmış olması gerektiğinin öncelikle vurguladığını, aksi bir düşüncenin "kanun önünde eşitlik" ilkesine de aykırı olacağını, kamu görevlisi deyiminin Anayasa'nın 128. maddesinde belirtildiği gibi, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten kişileri kapsadığını, Anayasa Mahkemesi kararında ve Danıştay 1.Dairesince belirtilen görüşün aksine İdare Mahkemesince davacının kamu görevlisi iken askerlik yapıp yapmadığı belirlenmeden verilen kararın eksik incelemeye dayandığını öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

İdare ve Vergi Mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkün olup, kararın dava konusu işlemin iptaline ilişkin kısmına yönelik olarak davalı idare tarafından ileri sürülen hususlar bunlardan hiçbirisine uymamaktadır.

Buna karşılık, davacının askerlik hizmet süresinin rütbe terfiinde değerlendirilmesi istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemin İdare Mahkemesince hukuka aykırı bulunarak iptal edilmesinin davacının doğrudan bir üst rütbeye yükseltilmesini gerektirmeyeceği de açıktır. Askerlik hizmet süresinin rütbe terfiinde değerlendirilmesi isteminin reddine ilişkin işlemin iptali gözönüne alınarak davalı idarece yeniden belirlenecek kıdemve liyakat durumları ile boş kadro sayısı birlikte değerlendirilmek suretiyle 3201 sayılı Kanun ve Rütbe Terfiine İlişkin Yönetmelik hükümlerine göre ilgilinin bir üst rütbeye yükseltilip yükseltilmeyeceği hususunda bir işlem tesisi gerekecektir.

Bu durumda,davacının dava konusu işlemin iptalinden sonra bir üst rütbeye yükseltileceğinin belli olmaması nedeniyle bu aşamada maddi kaybından söz edilemiyeceğinden, davacının yoksun kaldığı parasal haklarının 27.2.2004 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine yönelik İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Konya 1. İdare Mahkemesinin 20.10.2004 günlü, E:2004/493, K:2004/984 sayılı kararının, dava konusu işlemin iptali kısmı yönünden davalı idarenin temyiz isteminin reddi ile kararın bu kısmının onanmasına, tazminat isteminin kabulüne ilişkin kısmı yönünden ise davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile kararın bu kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince bu kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine,kullanılmayan 3.00.- YTL posta pulunun istemi halinde davalı idareye iadesine, 6.4.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2004/2961
Karar No : 2005/104

Özeti : Yargıtay Başkanlığında 657 sayılı Yasanın 4/B maddesi kapsamında sözleşmeli olarak çalışan davacının,

Yargıtay Yönetim Kurulunca hizmet sözleşmesinin yenilenmemesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davanın, idari yargının görevinde olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …
Karşı Taraf **:** Yargıtay Başkanlığı - ANKARA
İsteğin Özeti **:** Ankara 8. İdare Mahkemesinin 21.5.2004 günlü, E:2004/629, K:2004/836 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Savunmanın Özeti **:** Temyizi istenen kararın usul ve kanuna uygun olduğu, ileri sürülen nedenlerin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesine uymadığı, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Deniz Levent
Düşüncesi **:** İdare Mahkemesinin davanın adli yargının görevinde olduğu gerekçesiyle görev yönünden reddine ilişkin kararında hukuka uyarlık bulunmadığından bozulması gerektiği düşünülmüştür.
Danıştay Savcısı **:** Yaşar Uğurlu
Düşüncesi **:** Yargıtay Bilgi İşlem Merkezinde sözleşmeli çözümleyici koordinatör olarak görev yapan davacının, 2004 yılı hizmet sözleşmesinin yenilenmemesine ilişkin Yargıtay Yönetim Kurulunun 18.1.2.2003 gün ve 329 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davayı görev yönünden reddeden idare mahkemesi kararının davacı tarafından temyiz yoluyla bozulması istenilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının Yargıtay Hizmetlerini Güçlendirme Vakfı ile … Bilgisayar Yazılım Donanım Hizmetleri Anonim Şirketi arasındaki sözleşme ile ilgili olarak ortaya çıkan bir ihtilaf nedeniyle adı geçen şirket ile Yargıtay Bilgi İşlem Merkezi personelinin disiplin ve cezai sorumluluklarının araştırılması sonucunda, davacının hizmetin ifasında adil, eşit ve tarafsız çalışmadığından bahisle Yönetim Kurulu Kararıyla Sözleşmenin yenilenmemesine karar verildiği ve bu işleme karşı açılan davanın idare mahkemesince görev yönünden reddedildiği anlaşılmaktadır.

İdare Mahkemesince dava konusu işleme karşı açılan dava mahkemece görev yönünden reddedilmişse de, sözü edilen sözleşmenin Yargıtay Hizmetlerini Güçlendirme vakfı ile değil bir kamu kurumu olan Yargıtay Başkanlığı ile yapıldığı görülmektedir.

Bu durumda, bir kamu gücüne dayalı olarak tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümü idari yargıya ait bulunduğundan, uyuşmazlığın adli yargının görevinde olduğu gerekçesiyle verilen kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.

Temyiz isteminin kabulü ile idare mahkemesi kararının bozulmasının gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Yargıtay Bilgi İşlem Merkezinde sözleşmeli statüde çözümleyici koordinatör olarak görev yapan davacının, 2004 yılı hizmet sözleşmesinin yenilenmemesine ilişkin Yargıtay Yönetim Kurulunun 18.12.2003 günlü, 329 sayılı kararının iptali ile açıkta kaldığı süreye ilişkin aylık ve özlük haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle dava açılmıştır.

Ankara 8.İdare Mahkemesinin, 21.5.2004 günlü, E:2004/629, K:2004/836 sayılı kararıyla; incelenen davada, Yargıtay Hizmetlerini Güçlendirme Vakfı tarafından işletilen Yargıtay Bilgi İşlem Merkezinde sözleşmeli, çözümleyici koordinatör olarak görev yapan davacının, soruşturma sonucu 2004 yılı sözleşmesinin yenilenmemesi üzerine görülmekte olan davanın açıldığının anlaşıldığı, davacının görev yaptığı Yargıtay Hizmetlerini Güçlendirme Vakfının, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulduğu ve faaliyetlerini de özel hukuk

hükümlerine göre yürüttüğü, dolayısıyla özel hukuk hükümlerine göre faaliyette özel hukuk tüzel kişisi olan bu vakfın kamu kurum ve kuruluşu niteliğinde bir kuruluş olarak nitelendirilme olanağı bulunmadığından Yargıtay Hizmetlerini Güçlendirme Vakfı Yönetim Kurulunca tesis edilen işlem hakkında açılan davanın görüm ve çözümünün adli yargının görevinde bulunduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacı, 657 sayılı Yasanın 4/B maddesi uyarınca davalı idarede sözleşmeli personel statüsünde çalıştığını, söz konusu statüde çalıştırılacak personelin adet ve niteliklerinin genel bütçeye konularak Devlet Personel Başkanlığınca kuruluşun ihtiyacına göre onaylandığını ve onayı alınan personelin sözleşmesinin ise Maliye Bakanlığınca vize edildiğini, Yargıtay ile en son yaptığı sözleşmenin bu çerçevede 2003 Mali Yıl Bütçe Kanununa göre vize edildiğini, hizmet sözleşmesinin taraflarından olan Yargıtay Yönetim Kurulu kararı içeriğinde belirtilen sözleşmenin şahsının 657 sayılı Yasanın 4/B maddesi uyarınca Yargıtay ile yaptığı sözleşme olmadığını, akdinin feshine dayanak olan Yargıtay Yönetim Kurulu kararında bahsi geçen sözleşmenin Yargıtay Hizmetlerini Güçlendirme Vakfı ile … Bilgisayar Yazılım Donanım Hizmetleri A.Ş arasında hizmete yönelik yapılmış bir sözleşme olup dava konusu edilen ve sözleşmesinin yenilenmemesine ilişkin Yargıtay Yönetim Kurulu kararı ile hiçbir ilişkisinin bulunmadığını, feshedilen sözleşmeyi Medeni Kanuna göre kurulan Yargıtay Hizmetlerini Güçlendirme Vakfı ile değil, bir kamu kurumu olan ve 657 sayılı Yasa'ya göre personel istihdam eden Yargıtay Başkanlığı ile imzalandığını, belirtilen nedenlerle davanın idari yargının görevinde olduğunu öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun "İstihdam Şekilleri" başlıklı 4.maddesinin B)bendinde; Sözleşmeli Personel, "kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileri olduğu" hükmü yer almıştır.

2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun, Başkanlar Kurullarının Görevlerini belirleyen 17.maddesinin 1/d bendinde, Birinci Başkanlık Kurulunun, Yüksek Disiplin Kurulu ile Yönetim Kurulu kararlarına karşı yapılan itirazları kesin olarak karara bağlayacağı, 17.maddesinin son paragrafında, Başkanlar Kurullarının itiraz üzerine veya doğrudan doğruya verdikleri bütün kararlarının kesin olduğu, bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamayacağı hükmü, 20.maddesinde ise, Yönetim Kurulunun görevleri arasında, hakimlik ve savcılık sınıfından olmayan Yargıtay personelinin atama ve nakil, yükselme, disiplin ve sair özlük işlerini yürütmenin bulunduğu hükmü kurala bağlanmıştır.

Bir tasarruf yada kararın idari işlem sayılabilmesi için, o tasarruf veya kararın bir kamu kurumunca yada idare örgütü içinde yer alan bir idari makamca tesis edilmiş veya verilmiş olması ve idarenin kamu hukuku alanında gördüğü faaliyetlerle ilgisi bulunması gerekir. İdari işlemin, "idarenin kamu hukuku alanında gördüğü faaliyetlerle ilgisi bulunması gereği, idare mahkemelerinin görevini belirlemede kesin bir öneme sahiptir.Bu unsur, idari işlemleri idarenin özel hukuk hükümlerine dayanarak tesis ettiği tasarruflardan ayıran temel ölçü olmaktadır. İdari İşlemler kamu kurum ve kuruluşları tarafından kamu hukuku kuralları uyarınca tek taraflı olarak tesis edilen ve resen uygulanabilir nitelikte olan hukuki tasarruf olarak da tarif edilmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, davacının, Yargıtay Bilgi İşlem Merkezinde sözleşmeli statüde çözümleyici koordinatör olarak görev yaptığı, Yargıtay Hizmetlerini Güçlendirme Vakfı ile … Bilgisayar Yazılım Donanım Hizmetleri Anonim Şirketi arasındaki sözleşme ile ilgili olarak ortaya çıkan ihtilaf nedeniyle adı geçen şirket ile Yargıtay Bilgi İşlem Merkezi personelinin disiplin ve cezai sorumluluklarının araştırılması sonucunda, davacının hizmetin ifasında adil, eşit, tarafsız çalışmadığından bahisle Yargıtayın bir karar organı olan Yönetim

Kurulunun 18.12.2003 günlü, 329 sayılı kararıyla, 2004 yılı hizmet sözleşmesinin yenilenmemesine karar verildiği, bakılan davanın ise bu işlemin iptali istemiyle açıldığı anlaşılmıştır.

Olayda, 14.10.1992 günlü ve 157 sayılı Yönetim Kurulu kararıyla, bilgi işlem merkezinde programcı olarak göreve başlayan davacının, hizmet sözleşmesinin incelenmesinden; sözleşmenin diğer tarafının Yargıtay Başkanlığı olduğu ve söz konusu sözleşmenin 657 sayılı YasaInın 4/B maddesi ve 6.6.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Kararnamenin 14.maddesi uyarınca akdedildiği, davalı idarece, davacının temyiz dilekçesine verilen cevapta da, davacının 657 sayılı Yasa'nın 4/B maddesi uyarınca sözleşmeli personel statüsünde çalıştığının belirtildiği, öte yandan dosyada bulunan belgelerin incelenmesinden; davacının hizmet sözleşmesinin yenilenmemesine ilişkin dava konusu kararın Yargıtay Hizmetlerini Güçlendirme Vakfı Yönetim Kurulunca değil, Yargıtayın karar organı olan Yönetim Kurulu tarafından tesis edildiği görülmektedir.

Bu durumda, davalı idarede, 657 sayılı Yasa'ya tabi olarak sözleşmeli statüde çalışan davacının, bir kamu kurumu olan Yargıtay Başkanlığı ile yaptığı hizmet sözleşmesinin yenilenmemesine ilişkin dava konusu işlemin, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu uyarınca, hakimlik ve savcılık sınıfından olmayan Yargıtay personelinin atama, nakil, yükselme ve sair özlük işlemlerini yürütmek ve bunlarla ilgili kararlar almakla görevli Yönetim Kurulu kararıyla, kamu gücüne dayalı olarak ve tek taraflı bir şekilde idare hukuku ilkeleri içerisinde tesis edildiği anlaşılmış olup idare hukuku kuralları çerçevesinde yapılan işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümünün idari yargının yetki ve görevi içinde bulunması nedeniyle, uyuşmazlığın adli yargının görevinde olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddi yolundaki idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Öte yandan açılan dava, idari yargının görevinde olmakla birlikte, mahkemece dava konusu Yönetim Kurulu kararına karşı Başkanlar Kuruluna yapılacak itirazı düzenleyen 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 17.maddesi uyarınca idari mercii tecavüzü bulunup bulunmadığı yönünden de olayın değerlendirileceği tabidir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz talebinin kabulü ile Ankara 8.İdare Mahkemesince verilen 21.5.2004 günlü, E:2004/629, K:2004/836 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/c fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen nedenler gözetilmek suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, kullanılmayan 16.400.000 lira yürütmenin durdurulması harcı ile 3.000.000 lira posta pulu ücretinin isteği halinde davacıya iadesine, 28.1.2005 tarihinde esasta oybirliği gerekçede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Yargıtay Bilgi İşlem Merkezinde sözleşmeli çözümleyici koordinatör olarak görev yapan davacının, hizmet sözleşmesinin yenilenmemesine ilişkin Yönetim Kurulu kararının iptali istemiyle açtığı davada, Yargıtay Kanununun 17.maddesi uyarınca, Yönetim Kurulu kararına karşı Birinci Başkanlık Kuruluna itiraz yolunun öngörülmüş olması nedeniyle, mahkemece idari mercii tecavüzü yönünden davanın incelenerek reddine karar verilmesi gerektiğinden mahkeme kararının bu gerekçeyle bozulması gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına gerekçe yönünden katılmıyorum.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2004/2625
Karar No : 2005/1603

Özeti : Devlet memurluğundan çıkarma cezasına karşı itiraz yolu öngörülmediğinden, bu cezaya karşı yapılan itirazın reddi üzerine açılan davanın süresinde olmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …
Vekili **:** …
Karşı Taraf **:** Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı - ANKARA
Vekili **:** Av. …
İsteğin Özeti **:** Dava; Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığında Zabıta Komiser Yardımcısı olarak görev yapan davacının, Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işleme karşı yaptığı itirazın reddine ilişkin 8.10.2003 günlü, 7634 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 10. İdare Mahkemesinin 21.1.2004 günlü, E:2003/1857, K:2004/61 sayılı kararıyla; olayda; davalı idarede Zabıta Komiser Yardımcısı olarak görev yapan davacının, hakkında isnat edilen zimmet suçu nedeniyle açılan soruşturma sonucu suçun sübut bulunduğundan bahisle 31.7.2003 tarih ve 04/07 sayılı Ankara Büyükşehir Belediyesi Disiplin Kurulu kararıyla 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/E-g maddesi gereğince Devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla cezalandırıldığı, bu kararın davacıya 14.8.2003 tarihinde tebliğ edildiği, işlemin tebliğinden 48 gün sonra, 1.10.2003 tarihli dilekçesi ile itiraz ettiği, itirazın 10.10.2003 tarihinde tebliğ edilen 8.10.2003 tarihli işlemle reddedildiği, 3.11.2003 tarihinde kayda giren dilekçe ile bakılmakta olan davanın açıldığının anlaşıldığı, Devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla tecziyesine ilişkin işlemin davacıya 14.8.2003 tarihinde tebliğ edildiğine ve kanun hükümlerine göre uyarma ve kınama cezaları dışında kalan disiplin cezalarına karşı itiraz yolu düzenlenmediğine göre, davacının Devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işleminin tebliğ edildiği, 14.8.2003 tarihinden sonra 60 gün içinde ve 13.10.2003 tarihine kadar dava açması gerekirken, yasayla tanınmayan itiraz hakkını kullanarak 3.11.2003 tarihinde açtığı davada süre aşımı bulunduğu, diğer yandan; itiraz yolunu kullanarak verilen cevaba karşı dava açabileceği kabul edilse dahil; 31.7.2003 tarihli Devlet memurluğundan çıkarma cezasının 14.8.2003 tarihinde tebliğ edildiği, buna karşın 48 gün sonra bu işleme itiraz edildiği, dolayısıyla davalı idarenin 10.10.2003 tarihinde tebliğ ettiği red cevabından sonra kalan 12 gün içinde ve 20.10.2003 tarihine kadar dava açılması gerekirken bu süre de geçirildikten sonra açılan davada süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı; iptali istenen işlemin bağımsız bir işlem olduğunu, bu işlemin tebliğinden itibaren süresi içinde dava açıldığını öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti **:** Temyizi istenen kararın usul ve kanuna uygun olduğu, ileri sürülen nedenlerin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesine uymadığı, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Metin Çağlar

Düşüncesi **:** İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından anılan kararın onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı **:** E.Nur Necef

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

İdare ve Vergi Mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkündür. Ankara 10. İdare Mahkemesince verilen 21.1.2004 günlü, E:2003/1857, K:2004/61 sayılı karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davacı üzerinde bırakılmasına, 26.4.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2004/3660
Karar No : 2005/103

Özeti : 4. Sınıf Emniyet Müdürü olan davacının 2004 yılı terfi döneminde 3. sınıf emniyet müdürlüğüne yükseltilmediğini 12.5.2004 tarihinde öğrenmesi üzerine, 18.5.2004 tarihinde yaptığı başvurunun, 2.7.2004 tarihinde tebliğ edilen işlemle reddi üzerine 20.7.2004 tarihinde açılan davada süreaşımı bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …

Karşı Taraf : İçişleri Bakanlığı-ANKARA

İsteğin Özeti : Zonguldak İdare Mahkemesinin 6.8.2004 günlü, E:2004/1006, K: 2004/908 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Savunmanın Özeti : Temyizi istenen kararın usul ve kanuna uygun olduğu, ileri sürülen nedenlerin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesine uymadığı, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Deniz Levent

Düşüncesi : Davacının, 3.sınıf emniyet müdürlüğüne terfi ettirilmemesi üzerine 2577 sayılı Yasa'nın 11.maddesi uyarınca yaptığı başvurusu işlemin öğrenilmesi ile işlemeye başlayan 60 günlük dava açma süresini durdurması nedeniyle söz konusu başvurusunun reddi üzerine kalan süre içinde açılan davanın süresinde olduğu anlaşılmış olup aksi yönde verilen idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı : Erkan Cantekin

Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava,4 sınıf emniyet müdürü olan davacının 2003 yılı terfi döneminde 3.sınıf emniyet müdürlüğüne terfi ettirilmemesine ilişkin işlemin iptali ile yoksun kaldığı özlük ve maddi haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Zonguldak İdare Mahkemesinin 6.8.2004 günlü E:2004/1006, K:2004/908 sayılı kararıyla; dosyanın incelenmesinden; Kastamonu Emniyet Müdürlüğünde 4.sınıf emniyet müdürü olarak görev yapan davacının Emniyet Genel Müdürlüğü Yüksek Değerlendirme Kurulunca, 2004 yılında 4.sınıf emniyet müdürü rütbesinden 3.sınıf emniyet müdürü rütbesine terfilerine karar verilen personele ait listeden 12.5.2004 tarihinde 3. sınıf emniyet müdürlüğüne terfi ettirilmediğini öğrendiği, 18.5.2004 günlü dilekçesiyle terfi ettirilmeyişinin sebeplerinin tarafına bildirilmesini istediği, başvuruya verilen cevabın 2.7.2004 gününde tebliği üzerine bakılan davanın açıldığının anlaşıldığı, olayda, davacının bir üst rütbeye terfi ettirilmediğini 12.5.2004 tarihinde öğrendiği, bu tarihten itibaren altmış günlük dava açma süresinin başladığı, bu durumda sürenin son günü olan 12.7.2004 tarihi mesai bitimine kadar dava açılması gerekirken bu süre geçirilerek 20.7.2004 tarihinde açılan davanın süre aşımı nedeniyle esas yönünden incelenme olanağı bulunmadığı, davacı terfi ettirilmediğini 12.5.2004 tarihinde öğrendikten sonra 18.5.2004 tarihinde idareye başvuruda bulunmuş ise de terfi ettirilmeyişinin sebeplerin bildirilmesi istemine dair söz konusu başvurunun 2577 sayılı Yasanın 11.madde kapsamında bir istemi içermediği, bu nedenle dava açma süresini durduracak nitelikte bir başvuru olmadığı sonuç ve kanaatine varıldığı gerekçesiyle davanın süre aşımı yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacı, davalı idareye yapmış olduğu başvurusuna ilişkin dilekçenin itiraz mahiyetinde olduğunu, itiraz dilekçesinde, açıkça kararı kabul etmediğine dair ifade bulunmamasının nedeninin polis idari yapısının gereği böyle bir ifade kullanılmasının sakıncalı olmasından kaynaklandığını, aksi takdirde itiraz amacı olmayan bir dilekçeyi kuruma vermesinin nedeni olmayacağını, davanın süresinde açıldığını öne sürmekte ve idare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7.maddesinde, İdare Mahkemelerinde dava açma süresinin özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde yazılı bildirim tarihinden itibaren altmış gün olduğuna işaret edilmiş, 11. maddesinin 3. fıkrasında, "ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması, üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebileceği, bu başvurmanın işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durduracağı, 60 gün içinde bir cevap verilmezse isteğin reddedilmiş sayılacağı, isteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresinin yeniden başlayacağı ve başvurma tarihine kadar geçmiş sürenin de hesaba katılacağı kurala bağlanmıştır.

Olayda, İdare mahkemesince; 4.sınıf emniyet müdürü olarak görev yapan davacının, Emniyet Genel Müdürlüğü Yüksek Değerlendirme Kurulunca, 2004 yılında 3.sınıf emniyet müdürlüğü rütbesine yükseltilmesine karar verilen personele ait listeden 12.5.2004 tarihinde 3.sınıfa terfi ettirilmediğini öğrendiği, 18.5.2004 tarihinde idareye verdiği dilekçe ile terfi ettirilmeyişinin sebeplerinin bildirilmesine dair yaptığı başvurusunun 2577 sayılı Yasa'nın 11.maddesi kapsamında bir istemi içermediği, bu nedenle dava açma süresini durduracak

nitelikte bir başvuru olmadığından öğrenme tarihi olan 12.5.2004 tarihinden itibaren 60 günlük sürenin son günü 12.7.2004 tarihine kadar dava açmayarak 20.7.2004 tarihinde açılan davanın süre aşımı nedeniyle inceleme olanağı bulunamadığı gerekçesiyle dava reddedilmiş ise de;davacının 3.sınıf emniyet müdürlüğüne terfi ettirilmediğini 12.5.2004 tarihinde yayımlanan terfi listesinden öğrenmesi üzerine 2577 sayılı Yasa'nın 11.maddesinin tanıdığı başvuru hakkını kullanarak 18.5.2004 tarihinde davalı idare kayıtlarına geçen dilekçe ile yaptığı başvuruda, terfi ettirilen kişilerden rütbe terfi süresini yeni doldurmuş ve kıdem sırasında son sırada bulunan kişinin terfi ettiğini, kendisinin ise 32.sırada bulunmasına rağmen terfi ettirilmeyişinin nedenlerinin bildirilmesini istediği, bu durumda, 3.sınıf emniyet müdürlüğüne yükseltilmemesi işlemine karşı itirazına ilişkin iradesini ortaya koyarak yapmış olduğu 2577 sayılı Yasa'nın 11.maddesi kapsamında bulunan başvurusunun idareye ulaşması üzerine işlemin öğrenilmesi ile başlayan 60 günlük dava açma süresinin durduğu, başvurusunun idarece reddine ilişkin işlemin davacıya 2.7.2004 tarihinde tebliği ile yeniden işlemeye başlayan dava açma süresinden kalan 53 günlük süre içinde 20.7.2004 tarihinde kayda geçen dilekçe ile açılan davanın süresinde olduğu anlaşılmış olup davanın süre aşımı yönünden reddine ilişkin mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle,davacının temyiz talebinin kabulü ile Zonguldak İdare Mahkemesince verilen 6.8.2004 günlü, E: 2004/1006 , K:2004/908 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen nedenler gözetilmek suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, kullanılmayan 16.400.000..lira yürütmenin durdurulması harcının isteği halinde davacıya iadesine 28.1.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2003/2321
Karar No : 2004/4188

Özeti : Komiser yardımcılığına terfi tarihi 30.6.1999 olarak belirlenerek bu husus kendisine 9.3.2000 tarihinde bildirilen davacının, kıdem sıralamasının düzeltilmesi için 10.4.2000 tarihinde yaptığı başvurunun reddi üzerine dava açmayıp, 2002 yılında yeniden yaptığı başvurunun reddi üzerine açtığı davada süre aşımı bulunduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : İçişleri Bakanlığı-ANKARA
Karşı Taraf **:** …
İsteğin Özeti **:** Ankara 11. İdare Mahkemesinin 11.3.2003 günlü, E:2002/332, K:2003/336 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Savunmanın Özeti **:** Temyizi istenen kararın usul ve kanuna uygun olduğu, ileri sürülen nedenlerin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesine uymadığı, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Deniz Levent
Düşüncesi **:** Davacının terfi tarihinin düzeltilmesi istemiyle açtığı davanın süresinde olmadığı anlaşıldığından idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı **:** Yaşar Uğurlu

Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Komiser yardımcısı olan davacı, komiser yardımcılarının kıdem sıralamasını gösteren 14.3.2002 tarihli işlemin düzeltilmesi için 20.5.2002 tarihinde yaptığı başvurusunun reddine ilişkin 7.6.2002 günlü işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

Ankara 11.İdare Mahkemesinin 11.3.2003 günlü E:2002/332, K:2003/336 sayılı kararıyla; davacının 1998 yılında açılan komiser yardımcılığı kursunu tamamladıktan sonra 30.6.1999 tarihinde komiser yardımcısı olarak göreve başladığı, terfisinin aynı dönemde polis akademisi mezunları ile birlikte yapılmadığı, kıdem sıralamasını gösteren listenin Emniyet Genel Müdürlüğünün 14.3.2002 günlü işlemi ile duyurulduğu, davacının bu işlemin iptali istemiyle dava açtığının anlaşıldığı , Emniyet Hizmetleri Sınıfı Personelinin Rütbe Yükselmeleri ile Görev Ünvanlarında Uygulanacak Esaslara Dair Yönetmelik hükümlerinde polis amirlerinden polis akademesi mezunları ile 4 yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olan polis memurlarından 6 aylık komiser yardımcılığı kursunu başarı ile bitirmiş olanlar aynı grup içinde değerlendirildiği ve komiser yardımcılığına atananların aynı yıl yaz dönemi polis akademisi mezunları ile birlikte topluca yapılacağının belirtildiği, bu düzenlemenin emniyet personeli arasındaki eşitliğin sağlanmasına yönelik olduğu, her ne kadar davacının bulunduğu komiser yardımcılığı rütbesine terfi ettiği 30.6.1999 tarihi esas alınarak kıdem sıralaması yapılmış ise de, mevzuat hükümlerine göre davacının aynı yıl yaz dönemi polis akademesi mezunları ile birlikte topluca atanmasının yapılması gerektiğinden, dava konusu işlemde ilgininin atamasının yapıldığı tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem iptal edilmiştir.

Davalı idare, kararın usul ve yasaya aykırı olduğunu öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7/1.maddesinde, dava açma süresinin, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde idare mahkemelerinde altmış gün olduğu, 11.maddesinin ilk üç bendinde ise, ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılmasının, geri alınmasının, değiştirilmesinin veya yeni bir işlem tesis edilmesinin üst makamdan, üst makam yoksa işlemi tesis etmiş olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebileceği, bu başvurunun, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durduracağı, başvuruya altmış gün içinde cevap verilmezse isteğin reddedilmiş sayılacağı, isteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması durumunda ise dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı ve başvurma tarihine kadar geçen sürenin de hesaba katılacağı hükme bağlanmıştır.

Dava dosyasın da bulunan belgelerin incelenmesinden; polis memuru iken 1998 yılında açılan komiser yardımcılığı kursunu tamamlayarak 30.6.1999 tarihinde komiser yardımcılığına atanan ve aynı tarihte göreve başlayan davacıya, bu atama tarihi esas alınarak belirlenen kıdem sıralamasını gösteren 9.3.2000 günlü 501196 sayılı listenin tebliği üzerine 10.4.2000 tarihli dilekçesiyle, polis akademisi mezunlarıyla birlikte mezun olmadığını yayımlanan kıdem kitapcığından öğrendiğini belirterek kıdem sıralamasındaki yerinin düzeltilmesi istemiyle idareye başvurduğu, başvurusunun reddine ilişkin 9.5.2000 tarihli işlem davacıya 16.5.2000 tarihinde tebliğ edildiği halde bu işlemin iptali talebiyle dava açmadığı, ancak kendisiyle aynı durumdaki bir kişi tarafından açılan davada İdare Mahkemesince işlemin iptal edilmesi nedeniyle bu kişinin kıdem sıralamasındaki yerinin

düzeltildiğini 14.3.2002 tarihli kıdem sıralamasını gösteren listeden öğrendiğinden bahisle kendisinin de kıdem sıralamasındaki yerinin düzeltilmesi için 20.5.2002 tarihinde yaptığı başvurusunun reddedilmesine ilişkin 7.6.2002 günlü, işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlamıştır.

Olayda, 30.6.1999 tarihinde komiser yardımcılığına atanan ve aynı tarihte göreve başlayan davacının, 9.3.2000 tarihli kıdem listesinin tebliği üzerine 10.4.2000 tarihinde kıdem sıralamasının düzeltilmesi istemiyle 2577 sayılı Yasanın 11.maddesi uyarınca itirazda bulunduğu, bu başvurusunun reddine ilişkin 9.5.2000 tarihli işlem 16.5.2000 tarihinde kendine tebliğ edildiği halde kalan dava açma süresi içinde söz konusu işlemin iptali istemiyle dava açmadığı, bu süreler geçirildikten çok sonra aynı kıdem ve atama tarihini ihtiva eden 14.3.2002 tarihli kıdem sıralamasını gösterir listede mezuniyet tarihinin hatalı olduğunu öne sürerek 20.5.2002 tarihinde yaptığı başvurunun da yukarıda anılan 11.madde hükmü uyarınca yeni bir dava açma süresi ihya etmeyeceği açık olup İdare Mahkemesince bu hususlar gözetilerek bakılan davanın süre aşımı nedeniyle reddi gerekirken işin esası hakkında karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulü ile Ankara 11. İdare Mahkemesince verilen 11.3.2003 günlü, E:2002/332, K:2003/336 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen nedenler gözetilmek suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 21.12.2004 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2004/4077
Karar No : 2005/1353

Özeti : Eğitim Uzmanı olan davacının personel genel müdürlüğünde daire başkanlığı görevini yürüttüğü dönemine ilişkin, yapılan inceleme sonucu düzenlenen müfettiş raporunda yer alan bir daha yöneticilik görevi verilmemek üzere görevden alma ve kınama cezası verilmesi teklifinin kaldırılması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin kesin ve yürütülebilir işlem olduğu hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): …
Karşı Taraf **:** Sağlık Bakanlığı - ANKARA
İsteğin Özeti **:** Ankara 8. İdare Mahkemesinin 23.7.2004 günlü, E:2004/1687, K:2004/1205 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Savunmanın Özeti **:** Temyizi istenen kararın usul ve kanuna uygun olduğu, ileri sürülen nedenlerin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesine uymadığı, bu nedenle istemin reddi gerekeceği yolundadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : M.Önder Tekin
Düşüncesi **:** 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 14.maddesinin 3.fıkrasının (d) bendinde; dava dilekçesinin idari dava konusu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı yönünden inceleneceği, aynı Kanun'un 15.maddesinin 1/b bendinde de; 14.maddenin 3/d bendine aykırı olarak açılan davanın

reddine karar verileceği kuralı yer almıştır. Kesin ve yürütülebilir bir işlem olması deyimi ise; işlemin tamamlanması için gerekli idari usul kuralları uygulanarak, yetkili kamu görevlisi veya görevlileri tarafından imzalanan, bu durumu ile uygulamaya konulan ve kendi başına hukuki sonuçlar doğuran, idarenin tek taraflı ve buyurucu gücüne dayanan işlemleri ifade eder.

İdari yargı yerlerinde dava konusu edilen idari işlemlerin diğer unsurları ile birlikte kesin ve yürütülebilir bir işlem olması zorunludur.Kesin ve yürütülebilir bir işlem olmayan idari işlemlere karşı açılan davaların yukarıda yer verilen yasa hükmü uyarınca reddine karar verilmektedir.

Uyuşmazlık konusu olayda; davacı hakkında yapılan inceleme sonucu düzenlenen raporda yer alan teklif neticesinde, davacının kamu görevi süresince bir daha yöneticilik görevine atanmasının olanaksız olması karşısında, müfettiş raporunda yer alan teklif ile davacı arasında kişisel ve güncel bir menfaat ilgisinin bulunduğu kesindir.

Bu nedenle, davacı hakkında düzenlenen müfettiş raporunda yer alan "bir daha yöneticilik görevi verilmemek üzere görevden alma ve kınama cezası verilmesi" teklifinin kesin ve yürütülebilir bir işlem olması nedeniyle işin esasının incelenmesi gerekirken, ortada idari dava konusu olabilecek kesin bir işlem bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı **:** Erkan Cantekin

Düşüncesi **:** İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Dava, Sağlık Bakanlığı Sağlık Eğitimi Genel Müdürlüğü'nde Eğitim Uzmanı olan davacının, Personel Genel Müdürlüğü'nde Daire Başkanlığı görevini yürüttüğü döneme ilişkin yapılan inceleme sonucu düzenlenen 27.10.1999 günlü ve 50/11,33/7 sayılı müfettiş raporunda yer alan "bir daha yöneticilik görevi verilmemek üzere görevden alma ve kınama cezası verilmesi" teklifinin kaldırılması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 8. İdare Mahkemesinin 23.7.2004 günlü, E:2004/1687, K:2004/1205 sayılı kararıyla; dava dosyasının incelenmesinden; davacının Sağlık Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü Atama İşleri Daire Başkanı olarak görev yapmakta iken şikayet üzerine hakkında soruşturma açıldığı, bu soruşturma sonucu hazırlanan müfettiş raporunun "netice, kanaat" kısmında davacı ile ilgili olarak "kınama cezası ile tecziyesinin yanı sıra bir daha yöneticilik görevi verilmemek üzere görevinden alınmasının gerekli olduğu" şeklinde ifadenin yer aldığı, rapordaki teklifin kaldırılması için davacı tarafından 9.10.2003 tarihinde davalı idareye başvurulduğu, başvurunun davalı idarece 7.4.2004 tarih ve 1935 sayılı işlem ile reddedilmesi üzerine görülmekte olan davanın açıldığının anlaşıldığı; yasal mevzuatın dava konusu olay ile birlikte incelenmesinden, davacı hakkında soruşturma sonucunda hazırlanan rapordaki teklifin müfettişlerin kanaatini içerdiği, davacının mevcut hukuki durumunda bir değişiklik meydana getirmemesi nedeniyle idari davaya konu olabilecek kesin bir işlem olmadığı gerekçesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 14/3-d ve 15/1-b maddeleri uyarınca davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı; Anayasanın 125.maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunun belirtildiğini, Sağlık Bakanlığı Müfettişlerince yapılan soruşturma sürecinde 4455 sayılı Yasa hükümlerine uyulmadan hareket edildiğini, rapor sonucunda getirilen teklifte emredici ifadelerin kullanıldığını, isnat edilen fiil nedeniyle

Kırıkkale 1.Asliye Ceza Mahkemesinde yapılan yargılama sonucunda beraat kararı verildiğini, suç olarak sayılmayan,sarahaten suç olmayan bir fiilden ceza verilemiyeceği ilkesine aykırı olarak düzenlenen rapor teklifine karşı açtığı davanın esasının incelenmesi gerektiğini öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14.maddesinin 3. fıkrasının (d) bendinde; dava dilekçelerinin, iptali istenen işlem yönünden idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı noktasından inceleneceği, aynı Kanun'un 15.maddesinin 1/b bendinde de; 14.maddenin 3/d bendinde aykırı olarak açılan davanın reddine karar verileceği kuralı yer almıştır.

Hukuk aleminde idarenin değişiklik, yenilik doğuran irade açıklamaları şeklinde genel ifadesini bulan "idari işlem"ler, Anayasal sınırlar içinde "görev ve yetki"lere haiz olan idarenin yükümlülüklerini yerine getirme ve özellikle kamu hizmetlerini görebilmede sahip olduğu başlıca vasıtalardan biridir.Kişilerin hukuksal durumlarının, statülerinin belirlendiği idare hukuku alanında bu statülere giriş ve çıkış hep idari işlemler vasıtasıyla olmaktadır.

Yasal bir tanımı olmayan, idari işlemin nitelikleri öğreti ve idari yargı kararlarıyla belirlenmektedir.Buna göre bir tasarruf veya kararın idari işlem sayılabilmesi için bunun bir kamu kurumunca ya da idare örgütü içinde yer alan bir idari makamca verilmiş olması ve idarenin idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili bulunması gerekir. Diğer bir deyişle idarece kullanılan yetki ile serdedilen kamusal irade, etki ve sonuçlarını idare hukuku alanında göstermelidir.

İdari işlemlerin genel kabul görmüş temel nitelik ve özellikleri olarak tek yanlılık, kanunilik ve uygulanabilirlik olarak sıralanabilir.

İdari yargı yerinde iptal davası açılabilmesi için idari işlemin kesin ve yürütülebilir olması zorunludur. Kesin ve yürütülebilir bir işlem deyimi; işlemin tamamlanması için gerekli idari usul kuralları uygulanarak yetkili kamu görevlisi veya görevlileri tarafından imzalanan, bu durumu ile uygulamaya konulan ve kendi başına hukuki sonuçlar doğuran, idarenin tek taraflı ve buyurucu gücüne dayanan işlemleri ifade etmektedir.

İdari işlemin kesinliği; işlemin uygulanmaya hazır, tamam bir işlem olduğunu göstermektedir.

İdari işlemin yürütülebilirlik özelliği ise; kamu gücü ve kudretinin üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemlerdir.

Dosyanın incelenmesinden; Sağlık Eğitimi Genel Müdürlüğünde Eğitim Uzmanı olan davacının Personel Genel Müdürlüğü'nde Daire Başkanlığı görevini yürüttüğü döneme ilişkin yapılan inceleme sonucu düzenlenen raporda; davacının Daire Başkanı olarak beş usulsüz geçici görev erteleme onayı teklifine paraf imzası ile iştirak ettiği, ayrıca bu kişilerden birisine paraf imzası ile olumsuz cevap verdiği halde, aynı kişinin geçici görevinin ertelenmesi onayını paraf ettiği gerekçesi ile altı kez kınama cezası ile cezalandırılması ve kamu hizmetinin şaibeden uzak,etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesi, sağlık hizmetinin ve personelin dengeli dağılımının tayini için bir daha yöneticilik görevi verilmemek üzere görevinden alınması teklifinin getirildiği,teklif doğrultusunda kınama cezası verildiği ve önce Daire Başkanlığı görevinden A.P.K. Uzmanlığına daha sonra da A.P.K. Uzmanlığı görevinden Eğitim Uzmanlığına atandığı, 9.10.2003 tarihinde başvuruda bulunarak 27.10.1999 günlü ve 50/11, 33/7 sayılı müfettiş raporunda yer alan "bir daha yöneticilik görevi verilmemek üzere görevinden alma ve kınama cezası" teklifinin kaldırılmasını istediği, başvurunun reddi üzerine davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Kamu görevini yürüten kişiler hakkında düzenlenen raporlarda getirilen teklifler bağlayıcıdır.Bu kişilerin yöneticilik görevine getirilmelerinde ya da bulundukları yöneticilik görevlerine devam edip edemeyecekleri ile ilgili raporda yer alan öneriler dikkate alınmak zorundadır.

Yönetici olan bir kişinin müfettiş raporunda getirilen teklif doğrultusunda yöneticilik görevinden alınmasından sonra, bir daha yöneticilik görevi verilmeme teklifi yer almışsa, yeniden yöneticiliğe atanmaması konusunda yeni bir işlem tesisine ihtiyaç bulunmamaktadır.

İdare, o kişinin hizmetine ihtiyaç duysa bile raporda yer alan teklifi dikkate alarak yönetici olarak atamayacaktır.

Bu nedenle, hakkında düzenlenen bir müfettiş raporunda, "bir daha yöneticilik görevi verilmemek üzere görevden alınma" teklifi getirilen bir kişinin kamu görevini yürüttüğü sürece yöneticilik görevine getirilemeyeceği için getirilen teklif nedeniyle menfaati de doğrudan etkilenmektedir.

Uyuşmazlık konusu olayda, davacı hakkında getirilen teklif doğrultusunda görevinden alınmış ve ceza uygulanmıştır. Davacının kamu görevi süresince bir daha yöneticilik görevine getirilmesine yasal olanak yoktur. Ancak; idari yargı yerlerinin, getirilen teklifin, hukuka uygun olup olmadıkları yönünden inceleme yetkileri bulunmaktadır.

Bu durumda, dava konusu işlemin hukuki sonuçları gözönüne alındığında, bu işlemin kesin ve yürütülebilir bir işlem olduğu ve dolayısıyla iptal davasına konu edilebileceği anlaşıldığından, idare mahkemesince davanın esasının incelenerek karar verilmesi gerekirken, dava konusu işlemin kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz talebinin kabulü ile Ankara 8. İdare Mahkemesinin 23.7.2004 günlü, E:2004/1687, K:2004/1205 sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen nedenler gözetilmek suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, kullanılmayan 16.400.000. lira yürütmenin durdurulması harcı ile 3.000.000.- .lira posta pulu ücretinin istemi halinda davacıya iadesine,13.4.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onikinci Daire
Esas No : 2002/2239
Karar No : 2005/169

Özeti : Davacının iş akdinin feshine ilişkin işlemin iptali üzerine açtığı tam yargı davasından sonra 60 gün içinde verdiği ek dilekçe ile faiz talebinde bulunmasının, davanın genişletilmesi olarak değerlendirilemeyeceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Taraflar): 1- TÜPRAŞ Genel Müdürlüğü
Körfez/İZMİT

Vekili : Av. ...
2-...

Vekili : Av. ...

İsteğin Özeti : Diyarbakır İdare Mahkemesinin 19.10.2001 günlü, E:2000/84, K:2001/874 sayılı kararının dilekçede yazılı nedenlerle temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Deniz Levent

Düşüncesi **:** İdare Mahkemesince verilen karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir neden de bulunmadığından anılan kararın onanması gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı **:** Fahrünnisa Tunca

Düşüncesi **:** 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 3.maddesinin 2/d bendinde tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın dava dilekçelerinde gösterileceği kurala bağlanmıştır.

Temyizen incelenen dava dosyasında, davalı idareye bağlı Batman Rafineri Müdürlüğünde uzman olan davacının iş akdinin feshedilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davanın iptal kararı ile sonuçlanmasından sonra aylık ve ücretlerinin verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddedilmesi üzerine aylık, ikramiye vesair ücretlerinin ödenmesi istemiyle açtığı davanın Mahkemece kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Kamu görevlilerinin parasal haklarının tazmini istemiyle İçtihatı Birleştirme Kurulu kararı uyarınca miktar belirtmeksizin dava açabilmeleri ancak işlemin iptali istemiyle aynı dilekçede tazminat isteminin bulunması halinde mümkün olabileceği tartışmasızdır.

Davacı tarafından işlemden doğan tam yargı davasının iptal dava açıldıktan ve karara bağlandıktan sonra açılmasına karşılık tazmini istenilen miktarın belirtilmediği görülmektedir.

Açıklanan nedenle, 2577 sayılı Yasanın 3.maddesine uygun düzenlenmeyen dilekçenin reddedilmesi gerekirken dosyanın tekemmül ettirilerek verilen kararın bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onikinci Dairesince işin gereği düşünüldü:

Batman Rafineri Müdürlüğünde uzman olarak görev yapan davacı iş akdinin feshedilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada verilen iptal kararı üzerine açıkta geçen sürede yoksun kaldığı aylık, ikramiye vesair ücretlerinin ödenmesine karar verilmesi istemiyle dava açmıştır.

Diyarbakır İdare Mahkemesinin 19.10.2001 günlü, E:2000/84, K:2001/874 sayılı kararıyla; dosyanın incelenmesinden, Batman Rafineri Müdürlüğünde uzman olan davacının iş akdinin feshedildiği, Diyarbakır İdare Mahkemesinde işlemin iptali istemiyle açtığı davada verilen 27.4.1998 gün ve 1998/494 sayılı yürütmenin durdurulması kararı üzerine davacının 28.6.1999 tarihinde görevine iade edildiği, bilahare 20.10.1999 gün ve E:1998/494, K:1999/592 sayılı kararı ile işlemin iptaline karar verildiği, bu kararın idarece temyiz edildiği, kararın davacıya tebliği üzerine açıkta kaldığı sürelere ilişkin aylık ve ücretlerinin ödenmesi istemiyle 29.12.1999 tarihinde idareye noter aracılığı ile ihtarname çekildiği, 4.1.2000 tarihli cevap ile talebinin reddedilmesi üzerine 2.2.2000 tarihinde bakılan davanın açılmış olduğu, Danıştay Onikinci Dairesince, davacının iş akdinin feshedilmesine ilişkin işlemin iptali yolunda verilen kararın onanarak kesinleştiği, bu durumda, iş akdinin feshine ilişkin işlemin kesinleşen yargı kararı ile iptal edilerek ortadan kaldırılması nedeniyle davacının iş akdinin feshedildiği tarihten mahkemenin 27.4.1998 tarih ve E:1998/494 sayılı yürütmenin durdurulması kararı üzerine tekrar göreve iade edildiği 28.6.1999 tarihine kadar olan açıkta geçen süreler için yoksun kaldığı tüm parasal haklarının davalı idarece hesaplanarak davacıya ödenmesi gerektiği, davacının yasal faiz istemine gelince ilk dava dilekçesinde yasal faiz isteminde bulunmayıp dava açıldıktan sonra verilen 9.2.2000 tarihli ayrı bir dilekçe ile faiz isteminde bulunduğundan, mahkemelerin ilk dava dilekçesindeki taleplerle bağlı olması ve ilk dava dilekçesindeki istemlerin sonradan genişletilmesine ve ek talepte bulunulmasına usul yönünden imkan bulunmadığından davanın, yoksun kalınan parasal hakların tazmini istemiyle incelendiği gerekçesiyle davanın kabulüne, davacının açıkta bulunduğu sürelere ilişkin yoksun kaldığı tüm parasal haklarının davalı idarece hesaplanarak davacıya ödenmesine karar verilmiştir.

Davalı idare, davacının Kapsamdışı Personel Yönetmeliği, İş Kanunu ve genel hukuk kurallarına göre yapılan iş akdinin 399 sayılı KHK uyarınca feshine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığını, davacı ise; faiz isteminin parasal haklarının fer'i mahiyetinde olduğunu, davalı idareye dava dilekçesi tebliğ edilmeden önce sunulan ek dilekçede, faiz istemine ilişkin ayrıca bildirimde bulunduğunu, bu durumun da dava dilekçesinin genişletilmesi ve ek talepte bulunulması biçiminde değerlendirilemeyeceğini, iptal edilen işlemin tesisi tarihinden itibaren tüm maddi haklarının ödenmesi gerektiğinden ve faiz istemi de bu kapsamda bulunduğundan davanın genişletilmesi biçiminde kabul edilemeyeceğini öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenere bozulmasını istemektedirler.

İdare ve Vergi Mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkün olup, davalı idare tarafından ileri sürülen hususlar, kararın, açıkta bulunduğu sürelere ilişkin yoksun kaldığı tüm parasal haklarının davacıya ödenmesine ilişkin kısmının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmamaktadır.

Kararın, davacının yasal faiz istemine yönelik kısmına gelince; mahkemece, davacının dava dilekçesinde yasal faiz isteminde bulunmaması nedeniyle dilekçedeki istemleri ile bağlı olması ve bu isteminin sonradan genişletilemeyeceği ve ek talepte bulunulmayacağı gerekçesiyle faiz istemi yerinde görülmeyerek bu hususta hüküm kurulmamış ise de; davacının iş akdinin feshine ilişkin işlemin iptaline dair kararın 13.12.1999 tarihinde tebliği üzerine 29.12.1999 tarihli dilekçesiyle, iptal kararının uygulanması ve açıkta kaldığı sürede ödenmeyen aylık ve ikramiye vesair ücretlerinin ödenmesi istemiyle idareye yaptığı başvurusunun 4.1.2000 günlü işlemle reddi üzerine 2.2.2000 tarihinde açtığı davada, dava dilekçesinde görevden alındığı döneme ilişkin aylık vesair ücretlerinin ödenmesine karar verilmesini istediği, bilahare söz konusu ücretlerinin yasal faizi ile birlikte ödenmesi istemiyle 9.2.2000 tarihinde kayda geçen ek dilekçeyle istemde bulunduğu anlaşılmış olup, yasal faizin 60 günlük dava açma süresi içinde mahkeme kaydına geçen dilekçeyle talep edilmiş olması karşısında, söz konusu talebin davayı genişletme olarak kabulü mümkün olmadığından yasal faiz istemi konusunda hüküm kurulmamasına ilişkin kısmı yönünden idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Diyarbakır İdare Mahkemesinin 19.10.2001 günlü, E:2000/84, K:2001/874 sayılı kararının, davacının açıkta bulunduğu sürelere ilişkin yoksun kaldığı tüm parasal haklarının davalı idarece hesaplanarak ödemesine ilişkin kısmı yönünden davalı idarenin temyiz isteminin reddi ile kararın bu kısmının onanmasına, davacının faiz istemine yönelik hüküm kurulmamasına ilişkin kısmı yönünden ise davacının temyiz isteminin kabulü ile kararın bu kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Yasa ile değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar gözetilerek yasal faiz ödenmesine ilişkin istem hakkında bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 2.2.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ONÜÇÜNCÜ DAİRE KARARLARI

ELEKTRONİK HABER ARAÇLARI

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2005/560
Karar No : 2005/1545

Özeti : Yayın ilkelerine aykırılık nedeniyle uygulanacak yaptırımların cezai nitelikteki işlemler olduğu, cezai işlemlerin, uygulanması sırasındaki yasal düzenlemeye uygun olmaları gerektiği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: … Televizyon Prodüksiyon A.Ş.
Vekili : Av. …
Karşı Taraf : Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
Vekili : Av. …

İstemin Özeti : Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin 29.04.2003 tarih ve E:2002/356, K:2003/652 sayılı kararının; işlemin dayandığı Yasa maddesinin, hem işlemin tesis edildiği hem de mahkemece karar verildiği tarihte yürürlükte bulunmadığı, bu nedenle İdare Mahkemesi kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbiri bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Muammer TOPAL'ın Düşüncesi: Dava, "…" logosuyla yayın yapan davacı yayın kuruluşunda yayınlanan "…" adlı programın, 3984 sayılı Yasa'nın 4/m bendine aykırılık teşkil ettiğinden bahisle, televizyon yayınının bir gün süreyle geçici olarak durdurulmasına ilişkin Radyo ve Tevizyon Üst Kurulu'nun 08.02.2002 tarihli işleminin iptali istemiyle açılan davada, Ankara 9. İdare Mahkemesinin, 14.06.2002 tarih ve E:2002/292 sayılı kararıyla, bilirkişi raporuna göre, daha önce verilmiş olan yürütmenin durdurulmasına ilişkin karar kaldırıldığından, Üst Kurul kararının uygulanabilmesi amacıyla tesis edilen, televizyon yayınının 11.08.2002 Pazar günü saat 00.00'dan başlayarak bir gün süreyle geçici olarak durdurulmasına ilişkin Üst Kurul'un 10.07.2002 tarihli işleminin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce davanın reddine karar verilmiştir.

21.05.2002 tarih ve 24761 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 15.05.2002 tarih ve 4756 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, Basın Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu ile Kurumlar Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. ve 16. maddeleriyle, 3984 sayılı Kanun'un 4. ve 33. maddeleri tamamen değiştirilerek, yayın ilkeleri ve bu ilkelere aykırı yayın yapılması halinde uygulanacak yaptırımlar yeniden belirlenmiştir.

İdare Hukuku ilkelerine göre idarenin ve kamu görevlilerinin yetkileri önceden yasalarla belirlenmiş olup, idare ve kamu görevlileri yasaların kendisine tanımadığı bir yetkiyi kullanamaz. İdareye yetki veren yasaların kaldırılması ile idarenin yetkisi sona erer ve idare yetkisini ancak, yetkili olduğu süre içinde, bu yetkinin dayanağı olan yasalar yürürlükte olduğu sürece kullanabilir. Yayın ilkelerine aykırılık nedeniyle uygulanacak yaptırımlar cezai nitelikteki işlemlerdir. Cezai işlemlerin, uygulanması sırasındaki yasal düzenlemeye uygun olmaları gerekir.

Olayda, dava konusu işlemin dayanağı olarak gösterilen 3984 sayılı Kanun'un 4. ve 33. maddelerinin 4756 sayılı Kanun'la tamamen değiştirilerek, getirilen yeni hükümlerle, yayın ilkelerine aykırılığı saptanan yayına uygulanacak yaptırımlar da değiştirildiğinden, dava konusu işlemin uygulanma tarihi itibariyle uygulanacak yaptırımın hukuki temeli ve sonuçları da farklılık arz etmektedir.

Bu durumda, yaptırım konusu olan yayın, yasa değişikliğinden önce gerçekleşmiş ise de uygulama işleminin Yasa değişikliğinden sonraki bir tarihe kaldığı göz önüne alındığında, İdare Mahkemesi'nce, davalı idarece tesis edilen uygulama işleminin konusu olarak gösterilen yayın ilkelerine aykırı yayının, mevcut yeni yasal düzenlemeye göre değerlendirilmek suretiyle karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüyle İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mehmet KARAOĞLU'nun Düşüncesi: İdare ve Vergi Mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hakimi'nin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, "..." logosuyla yayın yapan davacı yayın kuruluşunda yayınlanan "..." adlı programın, 3984 sayılı Yasa'nın 4/m bendine aykırılık teşkil ettiğinden bahisle, televizyon yayınının bir gün süreyle geçici olarak durdurulmasına ilişkin Radyo ve Tevizyon Üst Kurulu'nun 08.02.2002 tarihli işleminin iptali istemiyle açılan davada, Ankara 9. İdare Mahkemesinin, 14.06.2002 tarih ve E:2002/292 sayılı kararıyla, bilirkişi raporuna göre, daha önce verilmiş olan yürütmenin durdurulmasına ilişkin karar kaldırıldığından, Üst Kurul kararının uygulanabilmesi amacıyla tesis edilen, televizyon yayınının 11.08.2002 tarihinde saat 00.00'dan başlayarak bir gün süreyle geçici olarak durdurulmasına ilişkin Üst Kurul'un 10.07.2002 tarihli işleminin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce, bir günlük yayın durdurma işlemine karşı açılan davada Ankara 9. İdare Mahkemesince uyuşmazlığın esasının incelenerek davanın reddine karar verildiği anlaşıldığından, yayın durdurma gününün tesptine yönelik olarak tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 4756 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önceki "Yayın İlkeleri" başlıklı 4. maddesinin (m) bendinde televizyon yayınlarının, "Çocukların ve gençlerin fiziksel, zihinsel, ruhsal ve ahlaki gelişimini olumsuz yönde etkileyebilecek yayın yapılmaması esasına" uygun olmak suretiyle yapılması gerektiği belirtilmiş; "Uyarı, Durdurma, İptal" başlıklı 33. maddesinde de "Üst Kurul, öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmeyen, izin şartlarını ihlal eden, yayın ilke ve esaslarına aykırı yayın yapan özel radyo ve televizyon kuruluşlarını uyarır. Bu uyarıda, ihlalin niteliği, ağırlığı ve tekrarı halinde sonuçları açıkça belirtilir. İhlalin tekrarlanması halinde, ihlalin ağırlığına göre izin uygulaması bir yıla kadar geçici olarak durdurulur veya yayın izni iptal edilir." hükümlerine yer verilmiştir.

21.05.2002 tarih ve 24761 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 15.05.2002 tarih ve 4756 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, Basın Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu ile Kurumlar Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. ve 16. maddeleriyle, 3984 sayılı Kanun'un 4. ve 33. maddeleri tamamen değiştirilmiş, anılan Kanun'un "Yayın İlkeleri" başlıklı, değişik 4. maddesinin (z)

bendinde, "Gençlerin ve çocukların fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimini zedeleyecek türden programların, bunların seyredebileceği zaman ve saatlerde yayınlanmaması" ilkesine yer verilmiş; "Uyarı, para cezası, durdurma ve iptal" başlıklı, değişik 33. maddesinin 1. fıkrasında, "Üst Kurul, öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmeyen, izin şartlarını ihlal eden, yayın ilkelerine ve bu Kanunda belirtilen diğer esaslara aykırı yayın yapan özel radyo ve televizyon kuruluşlarını uyarır veya aynı yayın kuşağında açık şekilde özür dilemesini ister. Bu talebe uyulmaması veya aykırılığın tekrarı halinde ihlale konu olan programın yayını, bir ila oniki kez arasında durdurulur. Bu süre içinde programın yapımcısı ve varsa sunucusu hiçbir ad altında başka bir program yapamaz. Yayını durdurulan programların yerine, aynı yayın kuşağında ve reklamsız olarak, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına Üst Kurulca hazırlattırılacak eğiitim, kültür, trafik, kadın ve çocuk hakları, gençlerin fiziksel ve ahlaki gelişimi, uyuşturucu ve zararlı alışkanlıklarla mücadele, Türk dilinin güzel kullanımı ve çevre eğitimi konularında programlar yayınlanır." hükmü yer almış; aynı maddenin, 4. ve 5. fıkralarında, "İhlalin, ihlal tarihinden itibaren, takip eden bir yıl içinde tekrarı halinde bu idari para cezaları yüzde elli oranında artırılır. İhlalin, ihlal tarihinden itibaren takip eden bir yıl içinde üçüncü kez tekrarında ihlalin ağırlığına göre izin uygulaması bir yıla kadar geçici olarak durdurulur. 4 üncü maddenin ikinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerindeki ilkelere aykırı yayın yapılması halinde uyarı yapılmaz ve yayın kuruluşunun yayını bir ay durdurulur. İhlalin tekrarı halinde yayın süresiz olarak durdurulur ve yayın lisans izni iptal edilir."; 7. ve 8. fıkralarında ise, "Uyarı cezasını gerektiren haller dışındaki ihlallerde ilgili tarafın savunması alınır. Cezaların uygulanış usulleri ile gerekçeli olarak kamuoyuna duyuruluş şekli yönetmelikle belirlenir." hükmüne yer verilmiştir.

İdare Hukuku ilkelerine göre idarenin ve kamu görevlilerinin yetkileri önceden yasalarla belirlenmiş olup, idare ve kamu görevlileri yasaların kendisine tanımadığı bir yetkiyi kullanamaz. İdareye yetki veren yasaların kaldırılması ile idarenin yetkisi sona erer ve idare yetkisini ancak, yetkili olduğu süre içinde, bu yetkinin dayanağı olan yasalar yürürlükte olduğu sürece kullanabilir.

İdari makamlar tarafından tesis edilen yaptırım işlemlerinin, işlemlerin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan yasalara uygun olması gerektiği gibi bu işlemlerin uygulamasının farklı bir zaman diliminde olması halinde de uygulama işleminin, uygulama tarihinde yürürlükte olan yasalara uygun olması gerekmektedir.

Olayda, dava konusu işlemin dayanağı olarak gösterilen 3984 sayılı Kanun'un 4. ve 33. maddelerinin 4756 sayılı Kanun'la tamamen değiştirilerek, getirilen yeni hükümlerle, yayın ilkeleri ve bu ilkelere aykırılığı saptanan yayına uygulanacak yaptırımlar da değiştirildiğinden, dava konusu işlemin uygulanma tarihi itibariyle uygulanacak yaptırımın hukuki temeli ve sonuçları da farklılık arz etmektedir. Yayın ilkelerine aykırılık nedeniyle uygulanacak yaptırımlar cezai nitelikteki işlemlerdir. Cezai işlemlerin, uygulanması sırasındaki yasal düzenlemeye uygun olmaları gerekir.

Bu durumda, yaptırım konusu olan yayın, yasa değişikliğinden önce gerçekleşmiş ise de uygulama işleminin Yasa değişikliğinden sonraki bir tarihe kaldığı göz önüne alındığında, davalı idarece tesis edilen uygulama işleminin konusu olarak gösterilen yayın ilkelerine aykırı yayın nedeniyle uygulanan yaptırımın, mevcut yeni yasal düzenlemeye göre değerlendirilmek suretiyle karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlığın esası hakkında açılan davanın reddedildiği gerekçesiyle, yürürlükten kalkmış bir yasa hükmü uyarınca televizyon yayınının bir gün süreyle geçici olarak durdurulmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin 29.04.2003 tarihli; E:2002/356, K:2003/652 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 15.03.2005 tarihinde oybirliği karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2005/5390
Karar No : 2005/2879

Özeti : Gerçekleşen sözleşme ihlâlleri nedeniyle sözleşmenin uygulanmasının ve devamının artık mümkün olmadığının anlaşması karşısında; bakanlık ile şirket arasında imzalanmış olan imtiyaz sözleşmesi'nin, şirketin kusuru nedeniyle sözleşmenin feshini düzenleyen 19. maddesi uyarınca feshine karar verilmesi ile bu feshin hukuki sonucu olan şirketçe işletilen tesislere ve bu tesislerin mütemmin cüzleri ile işletme faaliyeti için gerekli tüm araç ve gerece bakanlık tarafından el konulmasında ve bu konuda bakanlar kurulu kararıyla görevli şirketin görevlendirilmesinin kaldırılmasında hukuka aykırılık görülmediği hakkında.

Davacı **:** … Elektrik A.Ş.
Vekilleri **:** Av. …
Davacı Yanında Müdahiller : 1-… Kooperatifleri ve Birlikleri Personeli Sosyal Yardım Vakfı
Vekilleri **:** Av. …
2-…
Vekilleri **:** Av. …, Av. …
1. …
Davalılar **:** 1-Başbakanlık /ANKARA
2-Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı /ANKARA
Davalılar Yanında Müdahiller: 1- Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü
Vekilleri **:** Av. …
2- Elektrik Üretim A.Ş. Genel Müdürlüğü
Vekilleri **:** Av… - Av. …
3-Türkiye Elektrik İletim A.Ş. Genel Müdürlüğü
Vekili **:** Av. …
4-Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. Genel Müdürlüğü
Vekilleri **:** Av. …, Av. …, Av. …

İstemin Özeti **:** Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ... Elektrik A.Ş. arasında imzalanan 09.03.1998 tarihli Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi'nin feshine, şirketçe işletilen tesislere ve bu tesislerin mütemmim cüzleri ile işletme faaliyeti için gerekli tüm araç ve gerece elkonulmasına ilişkin Bakanlığın 11.06.2003 tarih ve 9176 sayılı, aynı Bakanlığın fesih ve el koyma kararının re'sen uygulanmasıyla ilgili olarak tesis ettiği 11.06.2003 tarih ve 1921 sayılı, 12.06.2003 tarih ve 1929-1930-1931 sayılı işlemlerinin; Bakanlar Kurulu'nun 17.06.2003 tarih ve 25141 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2003/5712 sayılı kararının, ... Elektrik A.Ş'nin 1. Görev Bölgesinde (Adana, Mersin, Hatay, Osmaniye İlleri ile Kahraman Maraş ilinin üç köyü) görevlendirilmesine dair 26.09.1988 tarih ve 88/13314 sayılı Kararname ile işletme haklarının bazı şirketlere verilmesine ilişkin

23.06.1989 tarih ve 89/14305 sayılı Kararname'nin ... Elektrik A.Ş'ne ilişkin hükmünün yürürlükten kaldırılması yolundaki kısımlarının; davacı şirket tarafından, 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındakı Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesinde, elektrik satış anlaşması (ESA) yapılmasının zorunlu olarak öngörülmediği, Kanun'a göre ESA'nın yapılabilmesi için Bakanlar Kurulu kararına gerek bulunmasına karşın, bu yolda bir karar alınmadığı, TEK ile imzalanan 20.06.1988 tarihli ESA'nın halen yürürlükte bulunduğu, TEDAŞ'a ait dağıtım tesislerinin işletme hakkının devredilmemesinin sorumluluğunun da idareye ait olduğu, devrin gerçekleştirilmediğinden bahisle idari yargıda dava açıldığı, şirketin kamulaştırılan taşınmazları değil, normal yollarla edindiği taşınmazları şirket adına tapuya tescil ettirdiği, kaldı ki, bu taşınmazların da sözleşme gereği zaten devlete kalacağı, bu konuda İmtiyaz Sözleşmesi'nde bir hüküm bulunmadığı, Bakanlığın 2001 yılı denetim raporunda da anlaşılacağı üzere yatırımların süresinde gerçekleştirildiği, bu raporda şirketin iyi işletildiğinin ifade edildiği, yatırımların yetersizliği konusunda bir uyarı yapılmadığı, DSİ, TEDAŞ, TEİAŞ, TETAŞ ile şirket arasında sürekli ihtilâf yaşanmasının sözleşmeyi fesih nedeni olarak gösterilemeyeceği, DSİ ile yaşanan "su hakkı bedeli" ne ilişkin çıkan ihtilâfın tamamen mali konuya ilişkin ve halen yargıda olan bir sorun olduğu, 3096 sayılı Kanun'a aykırı olarak faaliyet gösteren otoprodüktör şirketlerin çıkarını savunmanın Bakanlığın görevi olmadığı, 3096 sayılı Kanun'da otoprodüktör usulde elektrik üretimine izin verilmediğinden, otoprodüktör şirketlere izin veren yönetmeliğin iptali istemiyle davaların açıldığı, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun Anayasa'ya aykırı olduğu, bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanmasından hiçbir zaman kaçınılmadığı, sadece kazanılmış hakların korunması amacıyla imzalanmış olan İmtiyaz Sözleşmesi'nin yeni sisteme makul bir adaptasyon olanağının oluşturulmaya çalışıldığı, sözleşmenin 19. maddesi ile hüküm altına alınan şirket kusurunun oluşmadığı, 19. maddede yer alan uyarı yapılmadan ve geçici önlemler alınmadan sözleşmenin fesh edilemeyeceği, alınan tek ihtarın 10.02.2003 tarihli iletim tesislerinin TEİAŞ'a devri konusunda olduğu, fesih ve el koyma için gereken "işlerin tamamen ihmali"nin yaşanmadığı, gerekli işlemler ve uyarı yapılmadan sözleşmeyi feshin ve şirket'n mallarına el koymanın ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil ettiği, sözleşmenin 21/h maddesi uyarınca, şirketin mülkiyet hakkını ihlâl edici ve sonradan çıkan mevzuata uyma sorumluluğunun bulunmadığı, mallara el koymayla ilgili olarak adli yargıdan alınan ihtiyati tedbir kararına karşın, el koyma eylemine girişilmesinin yetki yönünden hukuka aykırı olduğu, fesih kararının, dava konusu Bakanlar Kurulu kararından önce alınarak usulde parelellik ilkesinin ihlâl edildiği; davacı yanında müdahil Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Personeli Sosyal Yardım Vakfı tarafından ise, davalı idarelerin işlemlerinin hukuka aykırı bulunduğu, hisse senedi sahiplerinin hakları yönünden koruyucu önlemler alınarak uygulamaya geçilmesi gerekirken bunun yapılmadan işlemlerin tesis edildiği, davalı idarelerin, hukuk devleti ilkesinin gereklerinden olan "istikrarlı idare", "hukuki güvenlik" ve "idarenin işlemlerinin belirliliği" ilkelerini çiğnediği; davacı yanında diğer müdahil Cem Cengiz ... tarafından da, dava konusu işlemlerin hukuka aykırı olarak tesis edildiği, şirketin sözleşmesinin fesh edilmesinin ve mallarına el konulmasının 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'na aykırı bulunduğu iddialarıyla iptalleri istenilmektedir.

Davalı İdarelerinin Savunmalarının Özeti: Dava konusu uyuşmazlığın imtiyaz sözleşmesinden doğması nedeniyle iptal davasına konu edilemeyeceği, bu konuda ancak tam yargı davası açılması gerektiği, şirketin 3096 sayılı Kanun'un 9. maddesine, Sözleşme'nin 12. maddesine uygun olarak tarife yapısını oluşturacak ESA yapmaktan sözleşmeye aykırı olarak sürekli kaçtığı, anılan sözleşmenin imzalanmadığı, 1998 yılında yeni bir İmtiyaz Sözleşmesi imzalanması nedeniyle artık 1988 tarihli ESA'nın geçerli olamayacağı, şirket açısından kârın makul kalmasının ve şirketin gelir-gider dengesinin denetimini sağlamanın tek yolunun ESA ile mümkün bulunduğu, ESA yapılması için Bakanlar Kurulu kararının gerektiği iddiası, ancak bir yıldan uzun süreli ESA'lara ilişkin bulunduğu, ESA yapılmaması nedeniyle fiyat konusunda

sürekli ihtilâflar yaşandığı, sözü edilen uyuşmazlık konusu bedelin 100 trilyon Türk Lirası'na ulaştığı, İmtiyaz Sözleşmesi'nin 5. maddesi uyarınca sözleşmeye konu dağıtım tesislerinin şirkete devredilmesinin gerektiği, bu konuda şirketle 29.05.1998 tarihli İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi imzalandığı, Devir Kurulu'nun devrin fiilen gerçekleşebilmesi için ESA'nın öncelikle yapılması gerektiğinin bildirmesine karşın, ESA yapılmaması nedeniyle fiili devrin gerçekleşemediği, şirket yetkililerince imzalanan devir protokolünde yer alan şartların hiçbirinin yerine getirilmediği, bu konuda Danıştay'da açılan davada davacı şirketin samimi bulunmadığı, kamulaştırılan taşınmazların Hazine adına değil şirket adına tescil edildiği, bir daha tekerrür etmeyeceği yolunda verilen taahhütnameye karşın devirlerin tamamlanmadığı ve aynı yolda uygulamanın sürdürüldüğü, böylece 3096 sayılı Kanun'un 11. maddesine ve sözleşmenin 21/a-2. maddesine aykırı davranıldığı, adli yargıda mülkiyete ilişkin davaların açıldığı, ilgili Uyuşmazlık Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere, mülkiyet iddialarının dayanaksız olduğu, şirketin çeşitli defalar uyarılmasına karşın taahhüt edilen yatırımların yapılmadığı, yatırımların yetersiz olduğunun TEDAŞ ve TEAŞ tarafından Bakanlığa gönderilen yazılarda da ifade edildiği, bu konuda hazırlanan 19.07.2002 tarihli raporda yatırımların gerçekleşme oranının çok az olarak gerçekleştiğinin belirtildiği, şirket tarafından yatırımı gerçekleştirilen Berke Barajı ile ilgili olarak birçok olumsuzluğun bulunduğu, böylece sözleşme hükmüne aykırı olarak haksız kazanç elde edildiği, şirketin görev bölgesinde yürüttüğü faaliyetler nedeniyle DSİ, TEİAŞ ve TETAŞ ile etkin ve yoğun bir işbirliğine ihtiyaç bulunmasına karşın, şirket tarafından sergilenen dayanaksız ve haksız tutum nedeniyle şirketle anılan kuruluşlar arasında sürekli ihtilâfların yaşandığı, Seyhan ve Yüreyir HES'nin işletilmek üzere devri kapsamında ödenmesi gereken amortisman, baraj işletme ve bakım masrafları karşılığı olan "su hakkı" bedelinin ödenmediği, böylece sözleşmeye aykırı davranıldığı, otoprodüktör şirketlerinin iletim sistemine bağlanmasının 3096 sayılı Kanun'a ve ilgili yönetmeliklere aykırı olarak engellendiği, bu konuda şirkete çeşitli ihtarnamelerde bulunularak aksi halde sözleşmenin 19. maddesine göre işlem yapılacağının bildirildiği, bu konuda Rekabet Kurulu kararıyla şirketin hâkim durumunu kötüye kullandığının tespit edildiği, şirketin otoprodüktör şirketlerle ilgili olarak Ankara İdare Mahkemeleri'nde açtığı davalarla, Danıştay'da ilk dereceden ilgili yönetmeliğin iptali istemiyle açtığı davaların retle sonuçlandığı, buna rağmen şirketin tutumunu değiştirmediği, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun 05.06.2003 tarihli yazısında belirtildiği üzere, otoprodüktör şirketlerin, şirket tarafından 4628 sayılı Kanun ve İmtiyaz Sözleşmesi'ne aykırı şekilde engellendiği ve iletim sistemine bağlantısının yapılmadığı, şirketin 4628 sayılı Kanun ve ilgili mevzuata uymakta sürekli olarak kaçındığı, iletim tesislerini TEİAŞ'a devretmediği, iletim faaliyetinin TEİAŞ tarafından tek elden yapılmasında kamu yararı olduğu, 4628 sayılı Kanun'a göre serbest tüketicilerin tedarikçisini seçme hakkı bulunduğu, buna rağmen şirketin yapılan başvuruları reddettiği, 4628 sayılı Kanun'un 3096 sayılı Kanun'u dolaylı olarak değiştirdiği, bu itibarla şirketin 2058 yılına kadar iletim hatları üzerinde imtiyaz hakkı bulunduğu yönündeki iddiasının yerinde olmadığı, başka bir anlatımla 4628 sayılı Kanun, 3096 sayılı Kanun'u fiilen yürürlükten kaldırmamış olmakla birlikte, uygulama alanını tamamen düzenlemek suretiyle tükettiği, 4628 sayılı Kanun'la serbest ve rekabetçi bir elektrik piyasası oluşturmak amacıyla yeni baştan düzenlendiği, şirketin iletim hatlarını devir yükümlülüğünün yasal bir zorunluluk olduğu ve sözleşmenin 21/h. maddesi uyarınca mevzuat değişikliğine uyma mecburiyetinin bulunduğu, şirketin tüm ihtar ve uyarılara rağmen iletim hatlarının devrine yanaşmayarak ve bu davranışını ısrarla sürdürerek yasalardan ve sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlâl ettiği, bu konuda yapılması istenen toplantılara mazeret bildirmeksizin katılmadığı, şirketin bu konuda Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na yazdığı yazıda Tadil-Devir Yönetmeliği'ne uymayacağını belirterek iradesini ortaya koyduğu, şirketin yürürlükte bulunan kanun ve yönetmeliklerin bağlayıcı hükümlerine uymama hakkı olmadığından bu tür davranışların sözleşme ihlâli niteliği taşıdığı, böylece sözleşmenin 19. maddesindeki sözleşmeyi fesih şartlarının gerçekleştiği, kaldı ki, iletim tesislerinin devrinin bedelsiz olarak

gerçekleşeceğinin öngörülmediği, devrin yöntem ve kapsamının sözleşmede yer alan hak ve yükümlülük ile Yönetmelik hükümleri dikkate alınrak taraflarca belirleneceği, dolayısıyla devre ilişkin esasların belirlenmesinde tarafların iradesinin muhtar olduğu, belirtilen tüm bu nedenlerle sözleşmenin uygulanmasının ve devamının artık mümkün olmadığı anlaşılarak, Bakanlık ile şirket arasında imzalanmış olan 09.03.1998 tarihli Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi'nin, şirketin kusuru nedeniyle sözleşmenin feshini düzenleyen 19. maddesi uyarınca feshine karar verildiği, şirketçe işletilen tesislere ve bu tesislerin mütemmim cüzleri ile işletme faaliyeti için gerekli tüm araç ve gerece Bakanlık'ça el konulduğu ve bu konuda Bakanlar Kurulu'nun 2003/5712 sayılı kararıyla, ...'ın görevlendirilmesinin kaldırıldığı ileri sürülerek hukuki dayanaktan yoksun bulunan davanın usul ve esastan reddi gerektiği savunulmaktadır.

Davalı İdareler Yanında Davaya Katılan Müdahillerin Savunmalarının Özeti : Dava konusu işlemlerin iptal davasına konu edilemeyeceği, Bakanlık'ça tesis edilen İmtiyaz Sözleşmesi'nin feshi ile işletmeye ait tesis ve varlıklara el koymaya ilişkin işlemlerin yetki, şekil, usul, sebep, konu ve maksat unsurları bakımından hukuka uygun olduğu ileri sürülerek davanın usul ve esastan reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Ahmet EĞERCİ'nin Düşüncesi: Dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden, sözleşme ihlâlleri nedeniyle sözleşmenin uygulanmasının ve devamının artık mümkün olmadığı anlaşılmakla, Bakanlık ile şirket arasında imzalanmış olan 09.03.1998 tarihli Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi'nin, şirketin kusuru nedeniyle sözleşmenin feshini düzenleyen 19. maddesi uyarınca feshine karar verilmesi ile şirketçe işletilen tesislere ve bu tesislerin mütemmim cüzleri ile işletme faaliyeti için gerekli tüm araç ve gerece Bakanlık tarafından el konulmasında ve bu konuda Bakanlar Kurulu'nun 2003/5712 sayılı kararıyla, ...'ın görevlendirilmesinin kaldırılmasında hukuka aykırılık görülmediğinden davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mehmet KARAOĞLU'nun Düşüncesi: Dava, ... Elektrik A.Ş.'ye elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti yapma görevi veren kararnamenin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin 12.6.2003 tarihli ve 2003/5712 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının ve imtiyaz sözleşmesinin feshiyle, elektrik üretimi,iletimi ve dağıtımı tesislerine el konulmasına ilişkin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı işleminin ve bu işlemin uygulanmasına dair anılan Bakanlık işlemlerinin iptali istemiyle açılmıştır.

Davacının, 4628 sayılı Kanunun Geçici 3.maddesinin (b) bendinin 2.fıkrasının ve 3.maddesinin (c) bendinin 3 numaralı alt bendinin 4. ve 5.fıkralarının Anayasaya aykırı olduğu yolundaki iddiası ciddi görülmemiştir.

Elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin yaptırılması yolunda verilen görevlendirmenin sona ermesini düzenleyen 3096 sayılı Kanun'un 8. maddesinde, belli bir süreyi kapsayan sözleşmeler, süre uzatımı talep edilmediği takdirde sürenin bitimi ile son bulacağı, bu takdirde tüm tesisler ile tüm taşınır ve taşınmaz malların her türlü borç ve taahhütlerinden ari olarak Devlete bedelsiz olarak geçeceği, sözleşmelerin görevli şirketin acze düşmesi veya sözleşme şartlarını ihlal etmesi halinde süresinden önce fesh edilebileceği, sözleşmelerin sona ermesine ilişkin hükümler ile sona ermesinin sonuçlarının sözleşmede düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Bu hükme istinaden taraflar arasında imzalanan Sözleşme'nin 19. maddesinde, Şirket kusuru nedeniyle sözleşmenin feshi hali düzenlenmiştir. Buna göre, "Şirket sözleşme hükümlerine aykırı davranır veya kamu güvenliğini bozacak durumlara yol açar veya işletmenin bakım ve onarımında esaslı ihmalleri görülür ve Bakanlıkça uygun süre verilerek bunların önlenmesi istenildiği halde bu isteği yerine getirmez ise, Bakanlık masrafları şirkete ait olmak üzere bunları yaptırmaya ve gerekli önlemleri almaya yetkilidir.

Bakanlığın yukarıda belirtilen yazılı uyarısına ve geçici olarak aldığı önlemlere rağmen, Şirket, işlerini tamamen ihmal eder, umumun emniyet ve selametini bozacak

hallerin tekrarına veya devamına meydan verirse, Bakanlık işletmeye el koymak ve sözleşmeyi iptal etmek yetkisine sahiptir.

Şirket bu durumda Bakanlıktan hiçbir ödeme ve tazminat talebinde bulunamaz"kuralı taraflar arasında kararlaştırılmıştır.

Belirtilen hükümler uyarınca idari sözleşmenin tarafı olan ve hizmetin asıl sahibi ve sorumlusu olan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na şartların oluşması halinde sözleşmeyi feshetme ve işletmeye elkoyma yetkisi açık olarak tanınmış bulunmakta olup, bu yetki aynı zamanda Bakanlığın görevlendirmeye ilişkin Bakanlar Kurulu Kararının iptali için Başbakanlığa teklifte bulunmasını da içermektedir.

Dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; anılan şirketin 3096 sayılı Kanun'un ve sözleşme'nin amacı doğrultusunda görevli olduğu bölgelerdeki yıllar içinde elektrik üretimi, dağıtımı ve iletimi hizmetini kendi kaynaklarıyla aksatmaksızın sağlaması gerekirken, yapılan uyarılara rağmen yıllar içinde yatırımlarının düşük seviyede kalması sonucu görev sahasında elektrik üretiminde fazla bir atış olmadığı, şirketin sattığı elektriğin büyük bölümünün yine Devlet'ten aldığı elektrikle kaşlılandığı, şirket kaynaklarının yatırımların gerçekleşmesi yerine, Grup Şirketleri'nin finansman açığını kapatmak amacıyla kulanıldığı, sözleşmenin amacına ve 14. maddesindeki şirketin tesislerin iyi ve işler halde bulundurma yükümlülüğüne aykırı bir biçimde davranıldığı, mevzuat ve sözleşme hükümleri uyarınca görevli şirket tarafından hazırlanıp Bakanlığın onayına sunulması gereken Elektrik Satış Anlaşmasının imzalanmaması ve TEDAŞ'a ait dağıtım tesislerinin devredilememesi konusunda anılan şirketçe kusurlu davranılarak, 3096 sayılı Kanun'un 9. ve imtiyaz sözleşmesi'nin 5 ve 12. maddelerinin ihlal edildiği, kamulaştırılan taşınmazların şirket adına tescil ettirilmesi nedeniyle sözleşme hükmünün ihlal edildiği, sözleşmede, sözleşmenin imzalandığı tarihten sonra mevzuatta meydana gelecek değişikliklerin tarafları etkileyen hükümlerinin uygulanacağı taraflarca kabul edilmesine karşın, 4628 sayılı Kanun ve getirdiği mevzuat hükümlerine uymayan şirketin sözleşme'nin 21/h maddesi hükmünü ihlal ettiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, sözleşme ihlalleri nedeniyle sözleşme'nin uygulanmasının ve devamının artık mümkün olmadığının açıkça anlaşılmış olması karşısında, anılan kamu hizmetinin daha düzgün ve verimli şekilde yürütülmesini temin amacıyla, Bakanlık ile şirket arasında imzalanmış olan 9.3.1998 tarihli Görev verilmesine ilişkin imtiyaz sözleşmesinin feshine karar verilmesi ile şirketçe işletilen tesislere ve bu tesislerin işletme faaliyeti için gerekli tüm araç ve gerece Bakanlıkça el konulmasında ve bu konuda Bakanlar Kurulu'nun 2003/5712 sayılı kararıyla ...'ın görevlendirilmesinin kaldırılmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Davacının diğer iddia ve talepleri ise yerinde görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davanın reddinin gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce duruşma için taraflara önceden bildirilmiş bulunan 31.05.2004 tarihinde, davacı vekili Av. …ın, davacı yanında müdahil Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Personeli Sosyal Yardım Vakfı vekili Av. …'nun, davacı yanında müdahil …'ın ve vekili Av. …'ın, davalı Başbakanlığı temsilen Hukuk Müşaviri …'in, davalı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nı temsilen Hukuk Müşavirleri … ve …'in, davalılar yanında müdahiller Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü vekili Av. …'in, Elektrik Üretim A.Ş. Genel Müdürlüğü vekilleri Av. … ve Av. …'ın, Türkiye Elektrik İletim A.Ş. Genel Müdürlüğü vekili Av. …'in, Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. Genel Müdürlüğü vekilleri Av. … ve Av. …'in geldikleri, Danıştay Savcısı'nın hazır olduğu görülmekle açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi alındıktan sonra taraflara son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. Dava dosyası incelenip, gereği görüşüldü;

Dava, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ... Elektrik A.Ş. arasında imzalanan 9.3.1998 tarihli Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesinin feshine, şirketçe işletilen tesislere ve bu tesislerin mütemmim cüzleri ile işletme faaliyeti için gerekli tüm araç ve gerece elkonulmasına ilişkin Bakanlığın 11.6.2003 tarih ve 9176 sayılı, aynı Bakanlığın fesih ve el koyma kararının re'sen uygulanmasıyla ilgili olarak tesis ettiği 11.6.2003 tarih ve 1921 sayılı, 12.6.2003 tarih ve 1929-1930-1931 sayılı işlemlerinin; Bakanlar Kurulu'nun 17.6.2003 tarih ve 25141 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2003/5712 sayılı kararının, ... Elektrik A.Ş'nin 1. Görev Bölgesinde (Adana, Mersin, Hatay, Osmaniye İlleri ile Kahraman Maraş ilinin üç köyü) görevlendirilmesine ilişkin 26.9.1988 tarih ve 88/13314 sayılı Kararname ile işletme haklarının bazı şirketlere verilmesine ilişkin 23.6.1989 tarih ve 89/14305 sayılı Kararname'nin ... Elektrik A.Ş'ne ilişkin hükmünün yürürlükten kaldırılması yolundaki kısımlarının iptalleri istemiyle açılmıştır.

Davaya konu işlemler, 09.03.1998 tarihli İmtiyaz Sözleşmesi'nin 19. maddesine ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesine dayanılarak tesis edilmiş olup, uygulanan yasa kuralı 3096 sayılı Kanun'un 8. maddesi hükmüdür. Bu nedenle; davacının, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 3. maddesinin (c) bendinin (3) numaralı alt bendinin dördüncü ve beşinci paragrafları ile geçici 3. maddesinin (b) bendinin (2) numaralı alt bendinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasının bu davada değil, ancak bu Kanun'a dayanılarak tesis edilen düzenleyici veya bireysel işlemlere karşı açılan davalarda ileri sürülmesi mümkündür. Nitekim, 4628 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesinin (b) bendinin (2) numaralı alt bendine dayanılarak yürürlüğe konulan "Elektrik Piyasasında Birden Fazla Piyasa Faaliyetini Sürdürmekte Olan Tüzel Kişilerin Mevcut Sözleşmelerinde Yapılacak Tadillere ve İletim Faaliyeti ve Vazgeçilen Faaliyetlerin Devrine İlişkin Yönetmelik" in iptali istemiyle davacı şirket tarafından Danıştay'da açılan davada, Anayasa'ya aykırılık iddiasının incelenebileceği kuşkusuzdur.

Davalı idareler ve davalı idareler yanında yer alan müdahillerin usule ilişkin itirazları yerinde görülmeyerek işin esasına geçildi:

10.06.1910 tarihli Menafi-i Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkındaki Kanuna dayanılarak 25.06.1953 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile ... Elektrik A.Ş.'ne Seyhan Hidroelektrik Santralinin işletilmesi ve üretilecek enerjinin 500 KW'ı aşan müşterilere satış imtiyazı 49 yıl süre ile verilmiş, 04.12.1984 tarihli 3096 sayılı Kanun'un 19.12.1984 tarih ve 18610 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesinden sonra, şirketin sözü geçen Kanun'un geçici 2. maddesine dayanılarak, bu Kanun kapsamında görevli şirkete dönüşme başvurusunda bulunması üzerine, Kanun'un 3. ve geçici 2. maddesine göre çıkarılan 26.08.1988 tarih ve 88/13314 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile ... Elektrik A.Ş. 1 No'lu görev bölgesinde 70 yıl süre ile elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticaretini yürütmek üzere görevlendirilmiş, Bakanlar Kurulu Kararı çerçevesinde Bakanlık ile şirket arasında 19.10.1988 tarihinde "Görev Verme Sözleşmesi" imzalanmıştır. 3096 sayılı Kanun'un 5. maddesine dayanılarak çıkarılan 23.06.1989 tarih ve 89/14305 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile de, elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesislerinden, üzerinde mutabakata varılan tesislerin işletme haklarının Şirkete devredilmesi kararlaştırılmıştır. Bakanlık ile şirket arasında imzalanan 19.10.1988 tarihli sözleşme, 1996 yılında Danıştay incelemesinden geçerek Adana, Mersin, Hatay, Osmaniye İlleri ile Kahramanmaraş İlinin Üç Köyünde Elektrik Üretim, İletim, Dağıtım ve Ticareti Hizmetlerinin Yapılması İçin Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi 09.03.1998 tarihinde, Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. ile Şirket arasında dağıtım tesislerinin işletme haklarının devrini düzenleyen Devir Sözleşmesi de 29.05.1998 tarihinde imzalanmıştır.

3096 sayılı Kanun'un 8. maddesinde, belli bir süreyi kapsayan sözleşmeler, süre uzatımı talep edilmediği takdirde sürenin bitimi ile son bulacağı, bu takdirde tüm tesisler ile tüm taşınır ve taşınmaz malların her türlü borç ve taahhütlerinden ari olarak Devlete bedelsiz

olarak geçeceği, sözleşmelerin görevli şirketin acze düşmesi veya sözleşme şartlarını ihlâl etmesi halinde süresinden önce fesh edilebileceği, sözleşmelerin sona ermesine ilişkin hükümler ile sona ermesinin sonuçlarının sözleşmede düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Anılan kurala göre taraflar arasında imzalanan İmtiyaz Sözleşmesi'nin 19. maddesinde, şirket kusuru nedeniyle sözleşmenin feshi hali düzenlenmiştir. Buna göre, "Şirket, sözleşme hükümlerine aykırı davranır veya kamu güvenliğini bozacak durumlara yol açar veya işletmenin bakım ve onarımında esaslı ihmalleri görülür ve Bakanlıkça uygun süre verilerek bunların önlenmesi istenildiği halde bu isteği yerine getirmez ise, Bakanlık masrafları şirkete ait olmak üzere bunları yaptırmaya ve gerekli önlemleri almaya yetkilidir.

Bakanlığın yukarıda belirtilen yazılı uyarısına ve geçici olarak aldığı önlemlere rağmen, Şirket, işlerini tamamen ihmal eder, umumun emniyet ve selametini bozacak hallerin tekrarına veya devamına meydan verirse, Bakanlık işletmeye el koymak ve sözleşmeyi iptal etmek yetkisine sahiptir.

Şirket bu durumda Bakanlıktan hiçbir ödeme ve tazminat talebinde bulunamaz." kuralı taraflar arasında kararlaştırılmıştır.

Belirtilen hükümler uyarınca idari sözleşmenin tarafı ve hizmetin asıl sahibi ve sorumlusu olan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na şartların oluşması halinde sözleşmeyi feshetme ve işletmeye el koyma yetkisi açık olarak tanınmış bulunmakta olup, bu yetki aynı zamanda Bakanlığın görevlendirmeye ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı'nın iptali için Başbakanlığa teklifte bulunmasını da içermektedir.

Şirket'in kusuru nedeniyle sözleşmenin feshini düzenleyen 19. maddesine dayanılarak sözleşmenin fesh (iptal) edilmesi halinde şirketin görev bölgesinde faaliyet göstermesi mümkün olmadığından, şirketçe işletilen tesislere ve bu tesislerin mütemmim cüzleri ile işletme faaliyeti için gerekli tüm araç ve gerece Bakanlık'ça el konulduğunun bildirimine ilişkin olarak Bakanlığın 11.06.2003 tarih ve 9176 sayılı işleminin incelenmesinden; şirketin 3096 sayılı Kanun kapsamında görevli şirkete dönüştüğü 19.10.1988 tarihinden bu yana geçen süre içerisinde, 3096 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre tarife yapısını oluşturacak Enerji Satış Anlaşmasının yapılmamış olması, sözleşmede yer almasına karşın dağıtım tesislerinin işletme haklarının devrinin gerçekleştirilmemesi, sözleşmenin 21(a) maddesi hükmüne karşın, gerçekleştirilen satın almalar ve yapılan kamulaştırmalar çerçevesinde şirketin görev bölgesindeki hizmetlerde kullanılan arazilerin, sözleşmeye aykırı olarak mülkiyetinin şirket adına tescil ettirilmesi, bunların Hazineye devrinin tamamlanamaması ve bunların maliki olduğuna ilişkin iddiaların yargı mercilerinde sürdürülerek, ilgili kamu hukuku tüzel kişileri aleyhine dayanaksız ve haksız davaların açılması, sözleşmenin 6. maddesinde hükme bağlandığı üzere, görev bölgelerinde hizmetlerin kesintisiz, sağlıklı ve gereği gibi yerine getirilmesi için gerekli yatırımların yapılması, tesislerin iyi bir şekilde işletilmesi taahhüt edilmiş olmasına karşın, gerekli yatırımların şirketçe zamanında yapılmamış olması, Bakanlık'ça onaylanan yatırım programlarının gerçekleşmesinin sözleşme ve mevzuata aykırı olarak uzun yıllar çok düşük seviyelerde kalması, bu nedenle kamu hizmetlerinin kusurlu olarak aksatılması, davacı görev bölgesinde yürütülen faaliyetlerin kaçınılmaz olarak DSİ, TEDAŞ, TEİAŞ ve TETAŞ (Mülga TEAŞ) ile etkin bir işbirliğini gerektirmesine karşın, sergilenen dayanaksız ve haksız tutum nedeniyle şirketle anılan kuruluşlar arasında sürekli ihtilaflar yaşanıyor olması, diğer yandan Seyhan Hidroelektrik Santrali ve Yüreğir Hidroelektrik Santrali devri kapsamında ödenmesi gereken amortisman, baraj, işletme ve bakım masrafları karşılığı olan "su hakkı" bedellerinin başta DSİ olmak üzere ilgili kuruluşlara uzun bir süreden beri yapılan değişik tarihli uyarılara rağmen ödenmemesi, bu durumun ilgili devir sözleşmelerine ve konuya ilişkin mevzuata açık bir aykırılık oluşturması, görev bölgesi içerisinde Bakanlıkla otoprodüktör sözleşmesi imzalayan şirketlerin tesislerinin iletim sistemine bağlantısının yapılmaması, sistem kullanım ve bağlantı anlaşmalarının imzalanması konularında sürekli olarak sorunlar çıkarması ve geciktirilmesi, mevcut otoprodüktörlerin çalışmalarını engelleyici ve tesislerin kuruluşlarını

geciktiren her türlü yolun denenmesi, bu konuda çıkan sorunların çözümlenmesi için Bakanlık'ça sürekli olarak müdahalede bulunmak zorunda kalınması, bu davranışlarla 3096 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik hükümlerine aykırı tutum sergilenmesi gibi nedenlerin sözleşmenin uygulanmasını ve devamını çekilmez hale getirmekle birlikte, görevin şirkete verilmesindeki amacın yerine gelmemesi, bu güne kadar yukarıda belirtilenlerle sınırlı olmamak üzere, değişik davranışları ile ilgili mevzuatı ve 09.03.1998 tarihli sözleşmeyi ihlâl eden şirketin son olarak kabul edilmesi mümkün olmayan 4628 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerini uygulamaktan kaçınması ve halen kaçınmakta olması Bakanlık tarafından sözleşmenin fesih ve el koyma nedenleri olarak gösterildiği anlaşılmaktadır.

Davacının, davalı idare tarafından yukarıda özetlenen nedenlere dayanılarak tesis ettiği işlemlerin iptali istemiyle açtığı bu davada, anılan işlemlerin hukuka uygunluk denetimi için, 3096 sayılı Kanun ile 03.03.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4628 sayılı Kanun ve İmtiyaz Sözleşmesi hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinin yapılması gerekmektedir.

3096 sayılı Kanun'un 9. maddesinde, enerji tarifelerinin görevli şirketin teklifi ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının onayı ile yürürlüğe gireceği, tarifelerin tespitinde, yıllık işletme, bakım ve onarım giderleri, faiz ve kur farkı garantisi verilmemiş ise kur farkları, teknik ve sermaye amortismanları, diğer masraf ve harcamalar ile ortaklara dağıtılacak makul bir temettü için gerekli gelirin sağlanmasının esas alınacağı, görevli şirketler ile üretilen elektriğin satılacağı kurum ve şirketler arasında bu satışların miktar ve şartlarını tanzim eden ve bir yıldan fazla süreli olabilen sözleşmelerin yapılması ve bu sözleşmelere tarifeler ile ilgili özel hükümler konulmasının Bakanlar Kurulu Kararı ile mümkün olduğu hükme bağlanmıştır.

Taraflar arasında imzalanan İmtiyaz Sözleşmesi'nin 3(ı) maddesinde ESA'nın, TEAŞ ile şirket arasında enerji satış ve satınalma ilkelerini düzenleyen "Elektrik Satış Anlaşması" anlamında kullanıldığı belirtilmiş, 5. maddesinde de, sözleşmeye konu dağıtım tesisleri ve ilgili birimlerin, sözleşme süresi sonuna kadar işletilmek üzere TEDAŞ tarafından sözleşmede belirlenen esaslar çerçevesinde devir sözleşmesi ile şirkete devredileceği kurala bağlanarak sözleşmede yer alacak usul ve esaslar belirlenmiştir. Sözleşmenin 12. maddesinde ise, elektrik enerjisi satış tarifelerinin, yürürlükteki mevzuat hükümleri ve sözleşmenin bu maddesinde taraflarca kabul edilen masraf kalemlerinin gözönünde bulundurulmak suretiyle hazırlanarak, şirketin önerisi ve Bakanlığın onayıyla yürürlüğe gireceği öngörülmüştür.

Yasa ve sözleşme hükümlerinden, görevli şirkete, görev bölgesindeki TEDAŞ elektrik dağıtım tesislerinin işletme hakkının devredilmesi, elektrik satış anlaşmasının görevli şirket tarafından hazırlanarak Bakanlığın onayına sunulması gerektiği açıkça anlaşılmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden, 29.05.1998 tarihinde TEDAŞ ile ... Elektrik A.Ş. tarafından imzalanan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi ile Adana, Mersin, Hatay ve Osmaniye İllerinin tamamı, Kahramanmaraş İlinin Merkez İlçesi Merkez Bucağı Küçüksır ve Yeşildere Köyleri ve Merkez İlçe Yeniköy Bucağına bağlı Kısıklı Köyünün sınırladığı Görev Bölgesindeki TEDAŞ elektrik dağıtım tesislerinin işletme haklarının devredilmesinin, İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi hükümlerinin yerine getirilmesi ve işletme hakkı devir edilecek tesislerin devirlerini gerçekleştirmek amacıyla Bakanlık, TEDAŞ ve şirket temsilcilerinden Devir Kurulu'nun oluşturulacağının karara bağlandığı, dağıtım tesislerinin işletme hakkının şirkete devri ile ilgili yapılan çalışmalar sonucunda oluşturulan Devir Kurulu'nun 07.09.1998 tarihli toptantısında da karara bağlandığı üzere, aynı gün Bakanlık ile şirket arasında yapılan protokol gereği ESA'nın bir an önce hazırlanarak imzalanması gerektiğinin taraflarca kararlaştırıldığı, dolayısıyla ESA yapılmadan fiili devrin mümkün olmadığının belirlendiği, ancak söz konusu ESA taslakları üzerinde yapılan görüşmeler neticesinde mutabakat sağlanamaması üzerine, Bakanlık'ça 18.06.2001 tarih ve 2639 sayılı yazı ile davacının uyarıldığı, sonuç alınamaması üzerine 26.07.2001 tarihli ve 3375 sayılı yazı ile de, şirketin TEAŞ'tan alacağı enerji alış fiyatının belirlenmesini içeren enerji satış anlaşmasını akdetmeyi herhangi bir şart ileri sürmeden kabul ettiğine dair (on) gün içerisinde noter onaylı yazılı

taahhütte bulunması, aksi takdirde İmtiyaz Sözleşmesi çerçevesinde gerekli yasal işlemlerin yapılacağı konusunda uyarıldığı, davacının bu yazıya vermiş olduğu 09.08.2001 tarihli cevabi yazı eki taahhütnamede, enerji satış anlaşması yapacağını taahhüt ettiği, Bakanlık'ça 07.10.2001 tarihli ve 4854 sayılı yazı ile, ön şart içermeyen bir taahhütnamenin (on) gün süre verilerek yeniden istendiği, ancak sözleşmenin fesh edildiği ve Şirket'e el konulduğu tarihe kadar ESA'nın imzalanmadığı ve bu nedenle de dağıtım tesislerinin davacı şirkete fiili devrinin gerçekleşemediği anlaşılmaktadır.

Görüldüğü gibi, ESA'nın imzalanamaması ve TEDAŞ'a ait dağıtım tesislerinin devredilememesi konusunda, davacı ... Elektrik A.Ş. kusurlu davranarak, 3096 sayılı Kanun'un 9. ve İmtiyaz Sözleşmesi'nin 5 ve 12. maddelerini açıkça ihlâl etmiştir.

Her ne kadar davacı, 20.06.1988 tarihinde imzalanan ESA'nın halen yürürlükte olduğunu, 3096 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca ESA'nın imzalanabilmesi için Bakanlar Kurulu Kararına ihtiyaç bulunduğunu ileri sürmekte ise de; davacı ile davalı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı arasında 09.03.1998 tarihinde yeni bir imtiyaz sözleşmesi yapılması ve ESA'nın bu sözleşme hükümlerine göre belirlenen taraflar arasında yeniden imzalanmasının gerekmesi, diğer yandan Bakanlık ile davacı arasında ESA konusunda mutabakat sağlanamadığından, mutabakata varılmayan bir hususun süresinin de bilinemeyeceği gerçeği karşısında, davacı iddiaları yerinde görülmemiştir.

Sözleşmenin ihlâline neden olarak gösterilen ve kamulaştırılan taşınmazların tapuya Hazine adına değil, şirket adına tescil edildiği iddiasına gelince;

3096 sayılı Kanun'un 11. maddesinde görevli şirketlerin yapacağı üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin onaylanmış tatbikat projelerine göre, kamulaştırma ihtiyacı çıktığında, kamulaştırma bedeli görevli şirket tarafından ödenmek kaydı ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca genel hükümlere göre kamulaştırma yapılacağı hükme bağlanmıştır. İmtiyaz Sözleşmesi'nin 21(a) maddesinde ise, kamulaştırma, şirketçe yapılması gereken yollar, çeşitli yerlerde kurulacak santraller, transformatörler, enerji nakil hatları, açılacak tünel ve kanallar, işletme ve bakım evleri v.s. gibi her türlü tesisin işgal edeceği arazi milli emlâktan ise şirkete görev süresi sonuna kadar bedelsiz olarak tahsis edileceği, şahıslara ait taşınmaz malların, şirket tarafından satın alınacağı veya kamulaştırılacağı, tesisler için gerekli kamulaştırma işlemlerinin, bedeli ve masrafı şirket tarafından karşılanmak kaydıyla Bakanlık tarafından gerçekleştirileceği, kamulaştırma işlemlerinde taşınmazların mülkiyetinin Hazineye, kullanım hakkının sözleşme süresinin sonuna kadar şirkete ait olacağı taraflarca kararlaştırılmıştır.

Görüldüğü üzere, kamulaştırılan taşınmazların mülkiyetinin Hazine adına tescil edileceği konusu sözleşmede açık olarak kurala bağlandığından, aykırı hareketin sözleşme ihlâline neden olacağında kuşkuya yer bulunmamaktadır.

Dava dosyasında yer alan bu konuya ilişkin bilgi ve belgelerin incelenmesinden, Bakanlık'ça 03 Kasım 1995 tarihinde davacı ... Elektrik A.Ş.'ye sözleşme hükümleri gereğince el konulurken, şirketin 3096 sayılı Kanun ve 19.10.1998 tarihli "Görev Verme Sözleşmesi" hükümlerine aykırılık teşkil eden şirketin işlem ve faaliyetleri arasında; kamulaştırılmış taşınmazların tapuda Hazine adına tescilinin yaptırılması gerekirken tescilin şirket adına yaptırılmış olmasının da gösterildiği, buna karşın davacı tarafından 1996-2003 yılları arasında Bakanlığa gönderilen yazılarda, kamulaştırılan taşınmazların mülkiyetinin bedelsiz olarak Maliye Hazinesine devri ve imtiyaz hakkının 19.10.2058 yılına kadar şirkete ait olacak şekilde tapu tescil işlemlerine başlanıldığı belirtilerek, açıkça, taşınmazların şirket adına tapuya tescil edildiğinin şirketçe kabul edildiği, kamulaştırılan taşınmazların şirket adına değil, Maliye Hazinesi adına tescil edilmesi gerektiği konusunda şirketin Bakanlık tarafından birçok kez uyarıldığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla davacı ... Elektrik A.Ş'nin, kamulaştırılan taşınmazları şirket adına tescil ettirerek, sözleşme hükmünü açıkça ihlâl ettiği ve kusurlu davrandığı sonucuna ulaşılmıştır.

Taahhüd edilen yatırımların yapılmadığı, bu konuda şirketin çeşitli defalar uyarılmasına karşın, yatırımların yetersiz olduğu yönündeki sözleşmenin fesih nedenine gelince;

Sözleşme'nin 2. maddesinde sözleşmenin konusu; ... Elektrik Anonim Şirketince Adana, Mersin, Hatay, Osmaniye İllerinin tamamı, Kahramanmaraş İlinin Merkez İlçesi, Merkez Bucağı, Küçüksır ve Yeşildere Köyleri ve Merkez İlçe Yeniköy Bucağına bağlı Kısıklı Köyünün sınırladığı görev bölgesi içinde bulunan Seyhan I-II, Kadıncık I-II, Yüreğir ve Sır Hidroelektrik Santralleri ile yapımı devam etmekte olan Berke Hidroelektrik Santrallerinin işletilmesi, aynı bölgedeki TEDAŞ bünyesinde bulunan dağıtım tesislerinin işletme haklarının şirkete devri, yeni üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin yapımı, görev bölgesi içerisinde enerji ticareti yapılması ve sözleşme süresinin sonunda söz konusu tesislerin şirket tarafından Bakanlığa veya Bakanlığın göstereceği kuruluşa devredilmesi olarak belirlenmiştir. Bu hükümle aynı zamanda sözleşmenin yapılmasındaki amaç da ifade edilmiştir. Buna göre, sözleşmenin amacı; davacı şirketin görev bölgesinde elektrik üretimi, dağıtımı, iletimi ve ticareti işini, sözleşme süresince sözleşme hükümlerine uygun biçimde yürütme yükümlülüğünü kabul etmesidir.

Dava dosyasının incelenmesinden, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'nca hazırlanan Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş. 1995 Yılı Raporu'nda ...'la ilgili olarak, şirketin kendi görev bölgesinde sarfedilenin çok altında elektrik enerjisi ürettiği, buna göre, Türkiye elektrik enerjisi üretiminin %2.1 oranında, 1.776.0 Gwh'i ... tarafından üretildiği, buna karşın, 1995 yılında TEAŞ'ın, ...'a 4.428.1.Gwh elektrik enerjisini sattığı, böylece söz konusu üretim şirketinin bölgenin ihtiyacı olan enerji açığını TEAŞ elektrik şebekelerinden satınalma yoluyla karşıladığı, şirketin elektrik üretimini düşük maliyetli hidrolik kaynaklara dayandırıldığı, büyük ölçüde TEAŞ'tan aldığı enerjiyi daha yüksek bedelle hem de aktif enerjiye ilâveten reaktif enerji için ayrıca karşılık ödeterek tekrar TEAŞ ve TEDAŞ'a sattığı, bu bölgedeki TEDAŞ dağıtım müesseselerinin, şirketten aldığı bu pahalı enerjiyi büyük kayıp ve kaçaklı, düşük tarifeli veya ücret alınmayan abone ve yerlere vererek, bu yüzden zararlı işletme faaliyeti gösterdiği, sıfır kayıplı müşterilerin ise tamamen şirkete kaldığı tespitlerinin yer aldığı, ...'ın taahhüt ettiği yatırımları yapmadığından veya yapmakta geciktiğinden dolayı Bakanlık tarafından müteaddit defalar uyarıldığı, ...'ın 2002 yılı Yatırım Programının "Şirketinizin daha önce ve bu konularda bir çok defa ve son olarak 17.04.2001 tarih ve 1698 sayılı yazımız ile uyarıldığı ve 2001 Yılı Yatırım Programının bu esaslar çerçevesinde Bakanlığımızca onaylandığı dikkate alınarak, bugüne kadar gecikmiş olan projelerinizin Ek'te gönderilen Onaylı Yatırım Programında belirtilen sürelerde bitirilmesi, yatırım gecikmelerinin tekerrür etmemesi için gerekli tüm tedbirlerin alınması ve yeni bir uyarıya gerek bırakmadan gereğinin yapılması şartıyla yukarıda belirtilen yatırımlarınız onaylanmıştır." şartıyla onaylandığı, Bakanlık ve ilgili kuruluşlarca müştereken hazırlanan 18.07.2002 tarihli Özet Rapor'da, ...'ın onaylı yatırımlarının, fiili gerçekleşme oranlarının 1996 yılı için %5.9, 1997 yılı için %5.2, 1998 yılı için %8.1, 1999 yılı için %4.8, 2000 yılı için %26.5, 2001 yılı için %59.0, olarak çok düşük seviyelerde kaldığı, 07.01.2003 tarihinde fiilen denetim çalışmalarına başlanılan ve Bakanlık'ça hazırlanan 18.06.2003 tarihli ve 1 No'lu, Şirket'in 1988-2002 Yılları Denetim Raporu'nda 1996-1997-1998-1999-2000-2001-2002 yılları ile ilgili olarak Bakanlık'ça onaylanan yatırımlar ortaya konarak, onaylı yatırım programlarında yer alan dağıtım ve iletim tesislerinin bitiş tarihlerine uyulmadığının saptandığı, aynı Raporda, kurulu güce ve barajlara gelen su miktarına bağlı olarak değişen 1988-2001 yılları arasındaki şirket üretiminin, şirketin bölgeye olan toplam satışlarının, üretimin en düşük olduğu yılda %13,18'ini, üretimin en yüksek olduğu yılda %37.4'ünü, 14 yılın ortalamasında ise %26,53'ünü karşılayabildiği, bu durum, şirketin görev bölgesindeki elektrik enerjisi tüketiminin büyük bir kısmını mülga TEK, TEAŞ ve TETAŞ'tan satın alarak karşıladığı gerçeğini ortaya koyduğu, gerçekten 1988-2001 yılları arasında şirketin TEK, TEAŞ ve TETAŞ'tan satın aldığı elektrik enerjisinin toplam net satışlarına oranı en düşük %62,1, 2001 yılında ise bu oranın %89.6'ya kadar yükseldiği

tesbitine yer verildiği, ...'ın 19.10.1988 tarihinden sözleşmenin feshedildiği tarihe kadar gelen süredeki gelirleri ile yakıt ve malzeme masrafları, su masrafları, bakım-onarım masrafları, vergi, resim ve harçlar, fonlar, yatırım ve işletme için sağlanan kredilere ilişkin ana para, faiz ve kur farkları ve diğer giderler şeklinde sayılabilecek her türlü giderlerinin tespiti, gelirleri ile giderleri arasındaki net farkların belirlenmesi ve bu gelir ve giderlerin 3096 sayılı Kanun ve sözleşmedeki tarife unsurları açısından değerlendirilmesi şeklinde kapsamlı bir mâli denetim yapmak amacıyla Bakanlığın 16.07.2003 tarih ve 2376 sayılı Bakan Olur'u ile Bakanlığın ilgili kuruluşları TEDAŞ, EÜAŞ, TEİAŞ, TETAŞ'tan mali ve teknik konularda birer adet uzman elemanın ayrıca Sermaye Piyasası Kurulu Başkanlığı ile Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü'nden birer denetim elemanının katılımıyla oluşturulan ve 15.8.2003 tarihinde fiilen denetim çalışmalarına başlanılarak hazırlanan 6.10.2003 tarih ve 1 No'lu Rapor'da, ...'ın üretmiş olduğu elektriği, yıllar itibariyle değişmekle birlikte %96-%322 kâr koyarak sattığı, dışarıdan alınan elektrik enerjisinden elde edilen kârın ise %15-%31 seviyelerinde olduğu, buna göre ...'ın enerji satışlarında Ulusal Enerji Satış Tarifesi'ni uygulaması yoluyla elde ettiği fiili gelirlerin %10 temettü varsayımı altında elde edeceği gelirlerin çok üzerinde olup, 1993-2003/Mart döneminde ...'ın Ulusal Enerji Tarifesi Uygulaması sonucunda fazladan elde ettiği gelir tutarının 2003/Mart sonu itibariyle değeri 84.714.501.599.598.-TL (49.592.470.- ABD Doları) olduğu, diğer bir deyişle, %10 makul temettü dağıttığı varsayımı altında, ...'ın sözleşmenin 12. maddesinde hükmedilen tarife yöntemine göre değil de Ulusal Enerji Tarifesi'ni uygulamak yoluyla; dışarıdan alınan enerji bedeli, genel yönetim giderleri, pazarlama-dağıtım-satış giderleri gibi faaliyet giderlerinin ve Berke Barajı'nın yapımında kullanılan kredi masraflarının karşılandığı, bütün bu giderler düşüldükten sonra 2003/Mart sonu değerleri üzerinden 84.714.501.599.598.-TL. fazladan kazanç sağlandığının saptandığı, ayrıca Rapor'da ...'dan çeşitli yıllarda ... Grubu'nun kontrolündeki banka ve şirketlere örtülü kazanç dağıtımı yapıldığının Maliye Bakanlığı Hesap Uzmanları Kurulu ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun ... bünyesinde geçmiş yıllardaki denetimler de dahil olmak üzere denetim raporlarında, rakamsal belirlemeler yapıldığı, örneğin 25.9.2000 tarihli Sermaye Piyasası Kurulu'nun denetim raporundan atıf yapılarak, Şirket'in 1998 ve 1999 yıllarında … Bank Offshore Ltd. ve T. … Bankası T.A.Ş.'den kullanmış olduğu sözleşmeli krediler yoluyla 1998 yılı için herhangi bir kaynak aktarımı olmadığı, ancak 1999 yılı için şirketçe grup bankalarına yaklaşık 6.4 trilyon TL. üzerinden kaynak aktarıldığının saptandığı, benzer şekildeki kaynak aktarımının Maliye Bakanlığı Hesap Uzmanları Kurulu Başkanlığı'nın, Sermaye Piyasası Kurulu Başkanlığı'nın 10.10.2000 tarih ve DEDA-1-0202/1888/12365 sayılı yazısı üzerine ...'ın 1998 ve 1999 yıllarına ilişkin vergi incelemesinin yapıldığı 11.11.2002 tarih, 996/127-8 sayılı Vergi Tekniği İnceleme Raporu ile de saptandığı, başka bir anlatımla, Sermaye Piyasası Kurulu'nun şirketin denetimine ilişkin raporlarında ve özellikle dosya içerisinde mevcut bulunan 25.09.2000 tarihli Rapor'da saptandığı üzere, elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve ticareti işi ile 3096 sayılı Kanun uyarınca görevlendirilen şirketin kaynaklarının grup şirketlerine kullandırılması sonucu, grubun "finans şirketi" haline dönüştüğü anlaşılmaktadır.

Bu tespitler ışığında, şirketin 3096 sayılı Kanun'un ve sözleşmenin amacı doğrultusunda görevli olduğu bölgedeki yıllar içinde elektrik üretimi, dağıtımı ve iletimi hizmetinin aksatılmaksızın sağlanması için gerekli yatırımların yapılması gerekirken, şirket kaynaklarının grup şirketlerinin finansman açığını kapatmak amacıyla kullanılması, yıllar içinde yatırımların düşük seviyelerde kalması sonucu görev sahasında elektrik üretiminde fazla bir artış olmaması, şirketin sattığı elektriğin büyük bir bölümünün yine Devlet'ten aldığı elektrikle karşılanması karşısında, şirketin sözleşmenin amacına aykırı bir biçimde davrandığı anlaşılmaktadır.

Otoprodüktör şirketlerin iletim sistemine bağlanmasının 3096 sayılı Kanun'a ve ilgili yönetmelik hükümlerine aykırı olarak engellenmesi ile 4628 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uymaktan sürekli olarak kaçınması, iletim hat ve tesislerinin TEİAŞ'a devredilmesi ile ilgili sözleşme fesih sebeplerine gelince;

İmtiyaz Sözleşmesi'nin 21(h) maddesinde, sözleşmenin imzalandığı tarihten sonra mevzuatta meydana gelecek değişikliklerin tarafları etkileyen hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre, sözleşmenin tarafı özel hukuk tüzel kişisinin, sözleşmenin imzalanmasından sonra mevzuatta meydana gelecek değişikliklere ilişkin düzenlemelere uyacağını, bu değişiklikler kapsamında mevcut sözleşmenin müzakereye açılarak sözleşmenin değişeceğini kabul etmiş olduğu kuşkusuzdur.

3096 sayılı Kanun'un 4.maddesinde, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın, Devlet Planlama Teşkilatının olumlu görüşünü almak suretiyle sadece elektrik üretmek amacı ile kurulacak sermaye şirketlerine, elektrik üretimi yapacak tesisi kurma işletme müsadesi verebileceği, bu tesiste üretilecek elektrik enerjisinin, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca tespit olunacak tarifeye göre bölgelerinde Türkiye Elektrik Kurumuna veya o bölgede faaliyet gösteren görevli şirkete satılacağı, anılan Kanun'un 10.maddesinde de, Kanun'un uygulanması ile ilgili hususları düzenleyen yönetmeliğin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca hazırlanarak Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulacağı hükme bağlanmıştır.

Anılan Kanun'un 10. maddesi uyarınca 17.04.1996 tarih ve 22614 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik" te otoprodüktör şirketlerin elektrik enerjisi ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulabileceği öngörülmüştür.

Bu durumda, davacının otoprodüktör şirketlerin Kanun'a aykırı olarak faaliyet gösterdiği iddiası yerinde görülmemekle birlikte, tüm uyarılara rağmen davacının sözleşmenin 21/h maddesine aykırı biçimde 3096 sayılı Kanun'a ve ilgili mevzuatına uygun olarak kurulan otoprodüktör şirketlerin ürettiği elektrik enerjisini iletim sistemine bağlamaması veya bağlantısını haksız olarak kesmesi gibi davranışları şirketin kusurunu ortaya koymaktadır. Nitekim, otoprodüktör şirketlerin kurulmasına ve faaliyet göstermesine izin veren Yönetmelik maddelerinin iptali istemiyle Danıştay Onuncu Dairesi'nde açılan davalar da reddedilmiştir (E:1999/4016, K:2001/4978; E:2000/6066, K:2002/4417).

Öte yandan, 4628 sayılı Kanun, elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek, mâli açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanması amacıyla 03.03.2001 günlü, 24335 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kanun'un 2. maddesinde, elektrik piyasası faaliyetleri; elektrik üretimi, dağıtımı, iletimi, toptan satışı, perakende satış hizmeti, ithalat ve ihracat faaliyeti olarak sayılmış, anılan maddenin (b) bendinde ise, elektrik enerjisi iletim faaliyetlerinin Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi tarafından yürütüleceği, kamu mülkiyetindeki tüm iletim tesislerini devralmak, kurulması öngörülen yeni iletim tesisi için iletim yatırım planı yapmak, yeni iletim tesislerini kurmak ve işletmek Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi'nin görevine verilmiştir. Söz konusu Kanun'un Geçici 3. maddesinin (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde de, birden fazla piyasa faaliyetini sürdürmekte olan tüzel kişilerin, bu hizmetlerin yapılması için görev verilmesine ilişkin imtiyaz sözleşmelerinin, bunlardan doğan hak ve vecibeleri ile bu Kanun hükümleri gözönüne alınarak, Kurul tarafından belirlenen esaslar uyarınca tadil edileceği, Kurul'un tüzel kişilerce vazgeçilen faaliyetlerin sürdürülebilmesi için gerekli önlemleri alacağı, bu faaliyetlerden iletim faaliyetleriyle ilgili hususların Kurul'un yönetmelikle belirleyeceği esaslar çerçevesinde yürütüleceği hükmü yer almaktadır.

Bu çerçevede, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (Kurum) tarafından hazırlanarak 28.11.2002 tarih ve 24950 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Elektrik Piyasasında Birden Fazla Piyasa Faaliyetini Sürdürmekte Olan Tüzel Kişilerin Mevcut Sözleşmelerinde Yapılacak

Tadillere ve İletim Faaliyeti ve Vazgeçilen Faaliyetlerin Devrine İlişkin Yönetmelik" yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Kurum'un 07.02.2003 tarih ve 258 sayılı Bakanlığa muhatap yazısında, 4628 sayılı Kanun ve Yönetmelik hükümleri dikkate alındığında, ... tarafından iletim tesislerinin TEİAŞ'a devrinin yapılmamış olmasının mevzuata aykırılık teşkil ettiğinin, konunun bu çerçevede değerlendirilerek, gereğinin yapılması gerektiğinin bildirildiği, bu yazıya göre ...'a 28.02.2003 tarihine kadar söz konusu mevzuat hükümlerine uyması, aksi takdirde İmtiyaz Sözleşmesi uyarınca gerekli işlemlerin tesis edileceğinin Ankara 26. Noterliği kanalıyla keşide edilen 10.02.2003 tarih ve 3471 sayılı ihtarname ile bildirildiği, belirtilen ihtarnamenin iptali istemiyle Danıştay Onuncu Dairesi'nin 2003/1677 esasına kayıtlı açılan davada, Daire'nin 13.10.2003 tarih ve E:2003/1677 sayılı kararıyla davacının yürütmeyi durdurma isteminin reddedildiği, yine davacı tarafından yukarıda sözü edilen Yönetmeliğin iptali istemiyle Danıştay Onuncu Dairesi'nin 2003/174 esasına kayıtlı davada, davacının yürütmenin durdurulması isteminin anılan Daire'nin 08.07.2003 tarih ve E:2003/174 sayılı kararıyla reddedildiği, bu karara karşı İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'na yapılan itirazın da reddedildiği, sonuçta, davacı ... tarafından, sözleşmesinin feshi tarihine kadar iletim tesislerinin TEİAŞ'a devrinin sağlanamadığı, diğer yandan, 4628 sayılı Kanun'la serbest tüketici sınıfına giren gerçek ve tüzel kişilerin tedarikçisini seçme hakkı tanınmasına karşın, ...'ın bölgedeki serbest tüketici niteliğine sahip olduklarını gösterir bir belge alma taleplerinin reddedildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, sözleşmenin imzalandığı tarihten sonra mevzuatta meydana gelecek değişikliklerin tarafları etkileyen hükümlerinin uygulanacağı taraflarca kabul edilmesine karşın, 4628 sayılı Kanun ve getirdiği mevzuat hükümlerine uymayan görevli şirketin, sözleşmenin 21/h hükmünü açıkça ihlâl ettiği sonucuna varılmıştır.

Yukarıda belirtilen sözleşme ihlâlleri nedeniyle sözleşmenin uygulanmasının ve devamının artık mümkün olmadığının anlaşılması karşısında, Bakanlık ile Şirket arasında imzalanmış olan 09.03.1998 tarihli Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi'nin, şirketin kusuru nedeniyle sözleşmenin feshini düzenleyen 19. maddesi uyarınca feshine karar verilmesi ile bu feshin hukuki sonucu olan şirketçe işletilen tesislere ve bu tesislerin mütemmim cüzleri ile işletme faaliyeti için gerekli tüm araç ve gerece Bakanlık tarafından el konulmasında ve bu konuda Bakanlar Kurulu'nun 2003/5712 sayılı kararıyla ...'ın görevlendirilmesinin kaldırılmasında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Duruşmada davacı şirketin yanında müdahil olarak davaya katılan ...'ın şirketin sözleşmesinin fesh edilmesinin ve mallarına el konulmasının 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'na aykırı bulunduğu iddiası yerinde görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle hukuki dayanaktan yoksun bulunan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına 31.05.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2005/485
Karar No : 2005/1685

Özeti : Aliağa I, II, III Rüzgar Enerji Santralleri projelerinin otoprodüktör statüsüne geçirilmesine veya bunun mümkün olmaması halinde adı geçen projelerin 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'na göre üretim şirketi statüsünde gerçekleştirilmesine izin verilmesi

konusundaki başvurunun, idarece belli gerekçelerle yap-işlet-devret modeli ile elektrik üretiminden vazgeçilmesi nedeniyle, bu konuda yapılacak bir işlem bulunmadığı yönündeki dava konusu işlemde ve bu bağlamda, 4628 sayılı Kanun uyarınca projelerin üretim şirketine dönüştürülmesi yönündeki isteminin; uygulayıcı idarenin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu olması karşısında zımmen reddinde hukuka aykırılık görülmediği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı - ANKARA
Karşı Taraf **:** … İnş. Elektronik Sok. ve Tic. A.Ş.
Vekili **:** Av. …
İstemin Özeti **:** Ankara 1.İdare Mahkemesi'nin 18.12.2002 tarih ve E:2002/677, K:2002/1302 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan idare mahkemesi kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Ahmet EĞERCİ'nin Düşüncesi: Dava, davacı şirketin İzmir Aliağa I., II., III. Rüzgar Enerji Santralleri'nin otoprodüktör statüsünde kurulmasına izin verilmesi veya bunun mümkün olmaması halinde, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'na göre özel sektör üretim şirketi statüsünde gerçekleştirmek istenilmesine yönelik 25.9.2001 tarih ve 2001/091 sayılı başvurunun reddine ilişkin 08.03.2002 tarih ve 1149 sayılı davalı idari işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

3096 sayılı Kanun'un 4. maddesinde elektrik üretmek amacıyla kurulacak sermaye şirketleri için Devlet Planlama Teşkilatı'ndan olumlu görüş alınması zorunluluğu getirilmiş olup, otoprodüktör şirketler için böyle bir zorunluluğun olmadığını kabul etmek olanağı bulunmamaktadır. Kanun'un 4. maddesinde belirtilen sermaye şirketlerine (üretim şirketi) elektrik enerjisi üretim tesisi kurma, işletme ve Türkiye Elektrik Kurumu'na veya bölgede faaliyet gösteren görevli şirkete elektrik enerjisi satışına dair esasları kapsayan ve sermaye şirketlerine elektrik enerjisi üretim tesisi kurma ve işletme izni verilmesine dair esas ve usulleri belirlenmek amacıyla 16.08.1985 tarih ve 85/9799 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla çıkarılan Yönetmelikte, otoprodüktör şirketlerin kurulması izni verilmesi hususunda Devlet Planlama Teşkilatı'nın olumlu görüşünün aranması zorunluluğunun öngörülmemesi, Kanun'daki zorunluluğu ortadan kaldırmayacağından, İdare Mahkemesi'nin otoprodüktör üretim tesisinin kuruluşu sırasında Devlet Planlama Teşkilatı'nın olumlu görüşünün alınmasını zorunlu kılan bir kurala yer verilmediği gerekçesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Kaldı ki, davacının Aliağa I, II, III Rüzgar Enerji Santralleri projelerinin otoprodüktör olarak gerçekleştirilmesine izin verilmesi yolunda yaptığı başvurulara, davalı idarece verilen cevapta ve dava aşamasındaki savunmalarda kuruluş görüşlerinin tamamlanmasını müteakip gerekli değerlendirmenin yapılacağı belirtilmiştir. Bu aşamada 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve Kanun'un getirdiği mevzuatın yürürlüğe girmesi nedeniyle, otoprodüktör şirkete kuruluş izni veya lisansı verilmesi konusundaki yetkinin artık Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından kullanılacağı açık bulunmaktadır.

Diğer yandan, yap-işlet-devret modelinde enerji üretim tesisi projelerinin gerçekleştirilebilmesi için 3096 sayılı Kanun hükümleri uyarınca Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı'nın uygun görüş vermesi zorunluluğu bulunmasına karşın, Müsteşarlık'ça enerji sektöründe yeniden yapılanma çalışmaları çerçevesinde yap-işlet-devret projelerine görüş bildirmeyeceğinin davalı idareye bildirilmesi nedeniyle, Bakanlık'ça bu modelle rüzgar enerji santralleri kurulması projelerinden vazgeçilmiştir.

Bu itibarla, davacının Aliağa I, II, III Rüzgar Enerji Santralleri projelerinin otoprodüktör statüsüne geçirilmesine izin verilmesi veya bunun mümkün olmaması halinde ise adı geçen projelerin 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'na göre üretim şirketi statüsünde gerçekleştirilmesine izin verilmesi konusundaki başvurunun, yap-işlet-devret modeli ile elektrik üretiminden vazgeçilmesi nedeniyle, bu konuda yapılacak bir işlem bulunmadığı yönündeki dava konusu işlemde hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır. Bu bağlamda, davacının 4628 sayılı Kanun uyarınca projelerin üretim şirketine dönüştürülmesi yönündeki istemin; uygulayıcı idarenin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu olması karşısında bu istemin zımmen reddinde de hukuka aykırılık görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, temyize konu İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Nevzat ÖZGÜR'ün Düşüncesi: 3.3.2001 günlü 24335 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 2.maddesinde elektrik üretiminin elektrik piyasası faaliyeti olduğu, 3.maddesinde elektrik piyasası faaliyetleri ile iştigal edecek tüzel kişilerin faaliyetlerine başlamadan önce her tesis için ayrı ayrı lisans almak zorunda oldukları, otoprodüktörler ve otoprodüktör grupları hariç olmak üzere iletim ve dağıtım sistemi ile paralel çalışmayan ve çıkarılacak yönetmeliğe göre yalnızca kendi ihtiyacını karşılamak için elektrik üretimi yapan gerçek ve tüzel kişilerin üretim lisansına tabi olmadıkları, Geçici 3.maddesinde bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren onsekiz aylık süreyi ifade eden hazırlık dönemi süresince piyasada faaliyet göstermekte olan tüzel kişilerin lisans alma zorunluluklarının bulunmadığı belirtilmiştir.

Aktarılan bu Yasa hükümlerine göre 4628 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 3.3.2001 tarihinde elektrik piyasasında faaliyet göstermekte olan tüzel kişilerin onsekiz aylık hazırlık dönemi süresince Enerji Piyasası Düzenleme Kurulundan lisans almak zorunda olmadıkları, keza iletim ve dağıtım sistemi ile paralel çalışmayan ve yalnızca kendi ihtiyacını karşılamak için elektrik üretimi yapan gerçek ve tüzel kişilerin hazırlık döneminden sonra da, üretim lisansına tabi olmadıkları, ancak otoprodüktörler ve otoprodüktör gruplarının üretim lisansına tabi oldukları açıktır.

Öte yandan, 3096 sayılı Kanunun 4.maddesinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Devlet Planlama Teşkilatının olumlu görüşünü almak suretiyle sadece elektrik üretmek amacı ile kurulacak sermaye şirketlerine elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve tesisi işletme müsaadesi verebileceği belirtildiğinden, Devlet Planlama Teşkilatının olumlu görüşü alınmadan elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve tesisi işletme izninin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca verilemeyeceği ve bu konuda kurulacak elektrik üretim tesisinin hangi amaçla yapıldığının bir öneminin bulunmadığı kuşkusuzdur.

Başka bir anlatımla, 3096 sayılı Yasa hükümlerine göre kurulacak elektrik üretim tesisinin piyasaya elektrik satma amacıyla kurulması ile otoprodüktör statüsünde kurulması arasında Devlet Planlama Teşkilatının olumlu görüşünü alma zorunluluğu yönünden bir fark bulunmamaktadır.

Diğer taraftan 85/9799 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan Yönetmeliğin 4.maddesinin (f) bendinde otoprodüktör üretim tesisinin kuruluşu sırasında Devlet Planlama Teşkilatının olumlu görüşünün alınmasını zorunlu kılan bir kurala yer verilmemiş olması Yasada öngörülen olumlu görüş alma zorunluluğunu bertaraf edemeyeceğinden, Devlet Planlama Teşkilatının olumlu görüşü alınmayan tesislere türleri ve nitelikleri ne olursa olsun Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca kurma ve işletme müsaadesi verilemeyeceği kuşkusuzdur.

Nitekim, anılan Yönetmeliğin 4.maddesinin (f) bendinde otoprodüktör üretim tesislerinde ihtiyacın üzerinde üretilen elektrik enerjisinin Bakanlık tarafından onaylanacak tarifeye göre TEK'e veya görevli şirkete satılacağının belirtilmiş olması da otoprodüktör

üretim tesislerinin sadece kendi ihtiyaçlarına yetecek kadar üretim yapmak zorunda olmadıklarını, ihtiyaç fazlasını satacaklarını göstermektedir.

Bu itibarla, Devlet Planlama Teşkilatının olumlu görüşü alınmayan bir elektrik üretim tesisini kurma izni verilmesi sonucunu doğuran temyize konu kararın bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, davacı şirketin İzmir Aliağa I., II., III. Rüzgar Enerji Santralleri'nin otoprodüktör statüsünde kurulmasına izin verilmesi veya bunun mümkün olmaması halinde, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'na göre özel sektör üretim şirketi statüsünde gerçekleştirmek istenilmesine yönelik 25.9.2001 tarih ve 2001/091 sayılı başvurunun reddine ilişkin 08.03.2002 tarih ve 1149 sayılı davalı idari işleminin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce; 3096 sayılı Kanun'un 4.maddesi ile 04.09.1985 gün ve 18858 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye Elektrik Üretim, İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik hükümleri ile kendi faaliyet alanlarının enerji ihtiyacını karşılamak üzere otoprodüktör statüde enerji üretim tesisi kurma ve işletme izni verilmesi konusunda Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na takdir yetkisi tanınmış olmakla birlikte bu yetkinin kamu yararı ile sınırlı olduğunun kabulü gerektiği, Yönetmelikte tanımlandığı üzere otoprodüktör grubunun ticaret yapmak amacıyla değil yalnızca kendi faaliyet alanlarının enerji ihtiyacını karşılamak amacıyla kurulduğu, yurt içindeki üretim olanakları yeterli olmadığından, enerji ihtiyacının bir kısmını yurt dışından karşılamak zorunda kalan ülkemizde, bu tesislerin gerek kendi ihtiyaçlarına yönelik üretimi, gerekse ilgili mevzuat çerçevesinde ürettiği ihtiyaç fazlası enerjiyi Bakanlıkça belirlenen tarifeye göre TEAŞ, TEDAŞ veya görevli şirkete satabilmesi nedeniyle kamu yararına uygun olduklarının açıkça görüldüğü, her ne kadar 3096 sayılı Kanun'un 4.maddesinde, Devlet Planlama Teşkilatı'nın olumlu görüşünün alınması zorunlu kılınmış ise de; Yasa hükmü incelendiğinde açıkça görüldüğü üzere bu zorunluluğun yalnızca ticari amaçlı elektrik üretimi yapan sermaye şirketleri için getirilmiş olduğu, otoprodüktör şirketler için bu zorunluluktan söz edilemeyeceği, esasen Yönetmeliğin otoprodüktör üretim tesisinin kuruluşuna imkan tanıyan 4/f maddesinde de, kuruluş sırasında Devlet Planlama Teşkilatı'nın olumlu görüşünün alınmasını zorunlu kılan bir kurala da yer verilmediği, bu durumda davacı firmanın otoprodüktör rüzgar enerji santrali kurma izni talebinin reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun'un 4.maddesinde, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın, Devlet Planlama Teşkilatı'nın olumlu görüşünü almak suretiyle sadece elektrik üretmek amacı ile kurulacak sermaye şirketlerine, elektrik üretimi yapacak tesisi kurma işletme müsadesi verebileceği, bu tesiste üretilecek elektrik enerjisinin, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nca tespit olunacak tarifeye göre bölgelerinde Türkiye Elektrik Kurumu'na veya o bölgede faaliyet gösteren görevli şirkete satılacağı, anılan Kanun'un 10.maddesinde de, Kanun'un uygulanması ile ilgili hususları düzenleyen yönetmeliğin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nca hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulacağı hükme bağlanmıştır.

Sözü edilen Kanun uyarınca 04.09.1985 tarih ve 18858 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik" in 2.maddesinde, Yönetmeliğin 3096 sayılı Kanun'un 4.maddesinde belirtilen sermaye şirketlerine (üretim

şirketi) elektrik enerjisi üretim tesisi kurma, işletme ve Türkiye Elektrik Kurumu'na veya bölgedeki faaliyet gösteren görevli şirkete elektrik enerjisi satışına dair esasları kapsayacağı belirtilmiş, 17.04.1996 tarih ve 22614 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik" te ise, Yönetmeliğin adı da değiştirilerek otoprodüktörün; kendi faaliyet alanlarının enerji ihtiyacını karşılamak üzere bu Yönetmeliğin 4.maddesinin (g) bendinde belirtilen şartları taşıyan üretim tesisi kurup elektrik üreten tüzel kişileri ifade edeceği belirtilmiş, 4.maddesinin (g) bendinde de; "Otoprodüktör veya otoprodüktör grubu şirketi, otoprodüktör statüsünde üretim tesisi kurup işletme izni almak amacıyla Bakanlığa başvurur.

Otoprodüktör grubunun bir defada teşekkül ettirilmesi ile otoprodüktör grubunu oluşturan ortakların müracaat aşamasında belirlenmesi ve Bakanlıkça onaylanması esastır. Otoprodüktör grubu şirketin kuruluş aşamasından sonra grubu oluşturan ortak sayısındaki ve grubun elektrik enerjisi ihtiyacını etkileyecek mahiyetteki ortaklık değişiklikleri Bakanlığın iznine tabidir. Üretilen enerjiyi kullanacak şirketlerin aynı şirketler grubu (aralarında resmi iştirak ilişkisi bulunan veya hissedarları aynı olan şirketler) veya holding bünyesinde olması halinde otoprodüktör grubu şirketi kurulması şartı aranmaz.

Otoprodüktör veya otoprodüktör grubu şirketlerin ürettiği ihtiyaç fazlası enerjiyi TEAŞ, TEDAŞ veya Görevli Şirketlere satıp, satmamasına bakılmaksızın enterkonnekte sisteme bağlantısı bulunması halinde şirket, "otoprodüktör statüsünde üretim tesisi kurulması, işletilmesi ve enerji fazlasının TEAŞ, TEDAŞ ve bağlı ortaklıkları veya görevli şirkerlere satışına izin verilmesine ilişkin sözleşme" yi Bakanlık ile imzalar." hükmü yer almıştır.

Yukarıda usul ve esasları açıklanan, elektrik enerjisi üretim tesisi kurma ve işletme izni başvurusunda bulunan sermaye şirketlerine, anılan yatırımların ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektirmesi ve üretilen mal ve hizmetin alıcısının sınırlı olmasına dayalı olarak, sözü edilen yatırımların yap-işlet-devret modeliyle yaptırılması da mümkündür.

Nitekim, kamu kurum ve kuruluşlarınca (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) ifa edilen, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılmasını sağlamak amacıyla 13.06.1994 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un 2.maddesine, 20.12.1999 günlü, 4493 sayılı Kanun'un 1.maddesiyle "elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti" eklenerek; "Bu Kanun, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar.

Birinci fıkrada öngörülen yatırım ve hizmetlerin bu Kanuna göre sermaye şirketleri veya yabancı şirketler eli ile gerçekleştirilmesi bu yatırım ve hizmetlerin, ilgili kamu ve kuruluşları (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) tarafından görülmesine ilişkin kanunların istisnasını teşkil eder." hükmü ile Kanun'un kapsamı genişletilmiş, böylelikle, 3096 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütülen veya yeni başlanacak elektrik üretim, iletim ve dağıtım ticaretinin, aynı zamanda 3996 sayılı Kanun kapsamında yaptırılabilmesine olanak sağlanmıştır.

Diğer yandan, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir

düzenleme ve denetimin sağlanması amacıyla 03.03.2001 günlü, 24335 Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

4628 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, elektrik piyasası faaliyetleri; elektrik üretimi, dağıtımı, iletimi, toptan satışı, perakende satış hizmeti, ithalat ve ihracat faaliyeti olarak sayılmış, piyasada, bu Kanun hükümleri uyarınca lisans almak koşuluyla yerine getirilebilecek faaliyetler ve faaliyet gösterebilecek tüzel kişiler belirlenmiştir. Maddenin (3) numaralı bendinde "Bir otoprodüktör ya da otoprodüktör grubu, ürettiği elektrik enerjisinin, bir takvim yılı içinde yüzde yirmisini aşmamak kaydıyla Kurul tarafından belirlenecek orandaki miktarını rekabet ortamında satabilir. Olağanüstü hallere münhasır olmak üzere, Kurul bu oranı yarısı kadar artırabilir. Bir takvim yılı içinde Kurulca belirlenen orandan daha fazla elektrik enerjisinin satılması halinde üretim lisansı alınması zorunludur." hükmü öngörülmüştür. Sözü edilen Kanun'un, Kanun kapsamında Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından verilecek lisansların tabi olacağı usul ve esaslar ile lisanslarda yer alacak asgari şartların belirlendiği 3.maddesinin (b) numaralı bendinde de; otoprodüktör ve otoprodüktör grubu lisansının; kendi ihtiyaçlarını karşılamak üzere elektrik enerjisi üretimi yapan ve iletim ve/veya dağıtım sistemi ile paralel çalışan otoprodüktörlerin ve ortaklarına elektrik enerjisi temin eden otoprodüktör gruplarının Kurum'dan almak zorunda oldukları lisansı ifade edeceği kurala bağlanmıştır.

4628 sayılı Kanun'un geçici 3.maddesinde ise, hazırlık döneminin, bu Kanun'un yayımı tarihinden itibaren oniki aylık süreyi ifade edeceği, Bakanlar Kurulu tarafından bu sürenin bir defaya mahsus olmak üzere altı aya kadar uzatılabileceği kurala bağlandıktan sonra, maddenin (a) bendinin (3) numaralı alt bendinde, hazırlık döneminde bu Kanun'la düzenlenmesi gereken yönetmeliklerin hazırlanacağı ve yayımlanacağı, bu Kanun hükümlerine göre çıkarılacak yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar mevcut yönetmeliklerin uygulanmasına devam olunacağı öngörülmüştür.

Bu çerçevede Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından hazırlanarak 04.08.2002 tarih ve 24836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanıp yayımlandığı tarihte yürürlüğe giren Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği ile 4628 sayılı Kanun'a göre oluşturulması öngörülen elektrik piyasasında faaliyet gösterecek tüzel kişilere verilecek lisanslara ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir.

Bu hukuki durum karşısında, 3096 sayılı Kanun'un 4.maddesiyle, Devlet Planlama Teşkilatı'nın olumlu görüşünün alınmak suretiyle, sadece elektrik üretmek amacıyla kurulacak sermaye şirketlerine, elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve tesise işletme izni konusundaki Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın görev ve yetkileri, Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin Resmi Gazete'de yayımı tarihinden itibaren Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na geçmiş bulunmaktadır.

Başka bir anlatımla; 4628 sayılı Kanun ve getirdiği mevzuat hükümlerinden önce; elektrik enerjisi üretim tesisi kurma ve işletme izni başvurusunda bulunan sermaye şirketlerine, ülkenin enerji planlaması ve politikaları yönünden ihtiyaç duyduğu enerji ihtiyacını karşılamak amacıyla, elektrik enerjisi üretim tesisi kurma ve işletme izni verilebilmekte, yapılacak yatırımın türü ve kapasitesi ile görev bölgelerinin tespit ve işletme izni verilecek kuruluşu seçme gibi yetkiler Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın elinde bulunmaktadır.

Bu bağlamda, otoprodüktör santraller de, Yönetmeliğin 3.maddesinde tanımlandığı üzere, kendi faaliyet alanlarının enerji ihtiyacını karşılamak üzere, 4/g maddesindeki şartları taşıyan tüzel kişiler tarafından kurulacak elektrik üretim tesisleri olmakla birlikte, anılan tesisler için verilecek otoprodüktör santral kurma izinlerinde de, yine belirli ihtiyaçlar ve enerji politikaları doğrultusunda, enerji tesisi kurulmak istenen bölgedeki enerji miktarı, ihtiyaçlar, oluşacak enerji fazlalığının kullanılacağı alanlar, üretim tesisinin kapasitesi gibi hususların Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nca gözönünde bulundurularak karar verileceği açıktır.

Dava dosyasının incelenmesinden; ülkenin enerji ihtiyacı ve enerji politikaları gözönüne alınarak 3096 sayılı Kanun'un 4.maddesi ve ilgili Yönetmelik hükümleri çerçevesinde yap-işlet-devret modeli ile 8 ayrı bölgede rüzgar enerjisi santralleri kurma ve işletme izni verileceğinin 09.09.1999 tarih ve 23811 sayılı Resmi Gazete'de duyurulduğu, aralarında davacının da bulunduğu sermaye şirketlerinin hazırlamış oldukları fizibilite raporlarının davalı idareye sunulduğu, davalı idarenin 24.9.2001 tarih ve 4272 sayılı yazısı ile davacı şirkete bildirilen işlemle; yap-işlet-devlet modeli bazında enerji üretim tesisi projelerinin gerçekleştirilebilmesi için DPT Müsteşarlığı tarafından uygun görüş bildirilmesinin 3096 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik hükümleri gereği olduğu, ancak DPT Müsteşarlığı'nca enerji sektöründe yeniden yapılanma çalışmaları çerçevesinde yap-işlet-devret modeli projelerine görüş bildirmeyeceğinin belirtildiği, bu nedenle projelere ilişkin işlemlere devam edilmesinin mümkün görülmediğinin; diğer yandan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile Hazine garantisi verilmesi ve Elektrik Satış Anlaşması yapılması yönünden de yap-işlet-devret projelerine kısıtlamalar getirildiği, bu çerçevede, Bakanlık Makamlarının Oluru ile bu durumdaki projelere ilişkin işlemlere devam edilmeyeceğinin, geçici teminat mektuplarının iade edilmesinin uygun görüldüğünün belirtildiği, bu kapsamda davacının hazırlamış olduğu fizibilite raporların da iade edildiği, davacının, bu yazıyı ilgi tutarak yaptığı 25.9.2001 tarih ve 2001/091 sayılı başvurusuyla; Aliağa-I, Aliağa-II, Aliağa-III Rüzgar Enerji Santralleri projeler ile ilgili olarak 270.000 $'ın üzerinde masraf yapıldığı, ikibuçuk yıla aşkın suredir üzerinde çalıştıkları ifade edilerek adı geçen projelerin şirketlerince otoprodüktör statüsünde gerçekleştirilmesine izin verilmesinin veya bunun mümkün olmaması halinde ise, adı geçen projelerin 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'na göre özel sektör üretim şirketi statüsünde gerçekleştirmek istenildiği, bu istemin dava konusu 08.3.2002 tarih ve 1149 sayılı işlemle, daha önceki işlem olan 24.9.2001 tarih ve 4272 sayılı yazı hatırlatılarak, yapılan başvuruyla ilgili olarak yap-işlet-devret modeli prensipleri çerçevesinde Bakanlıklarınca yapılacak bir işlem bulunmadığının davacıya bildirilmesi üzerine, bu işlemin iptali istemiyle davanın açıldığı, diğer yandan davacının yine 24.9.2001 tarihli yazısını ilgi tutarak yaptığı 26.9.2001 tarih ve 2001/093 sayılı başvuruyla, Aliağa Rüzgar Enerji Santrali projelerinin yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilmesinin bazı nedenlerle Bakanlıkça vazgeçildiği belirtilerek, söz konusu toplam 90 MW gücündeki Aliağa I-II-III Rüzgar Enerji Santralleri projelerinin otoprodüktör olarak gerçekleştirilmesine izin verilmesinin istenildiği, bu istemin 10.1.2002 tarih ve 2002/004 sayılı başvuruyla tekrarlandığı, davalı idarenin dava konusu işlemden sonraki 29.03.2002 tarih ve 1607 sayılı yazısıyla verdiği cevapta, söz konusu projenin, mevzuat gereği görüşleri alınmak üzere ilgili kuruluşlara gönderildiği, kuruluş görüşlerinin tamamlanmasına müteakip gerekli değerlendirmenin yapılacağının davacıya bildirildiği, davalı idarenin savunmasında ve Mahkeme'nin yaptığı ara kararına verdiği cevapta da, davacının talep ettiği otoprodüktör statüsündeki rüzgar enerji santralleri projelerinin EÜAŞ, TEİAŞ, TETTAŞ,TEDAŞ ve Elektrik İşleri Etüd İdaresi Genel Müdürlüğü'ne gönderildiğinin, TEİAŞ ve Elektrik İşleri Etüd İdaresi Genel Müdürlüğü'nden görüşlerin henüz Bakanlığa ulaşmadığının, ancak bu arada 4628 sayılı Kanun hükümleri doğrultusunda 2 Kasım 2001 tarihinde Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu üyelerinin atanarak çalışmalarına başladığının, bu çerçevede otoprodüktör projelerine ilişkin işlemlerin 4628 sayılı Kanun çerçevesinde çıkarılacak lisans yönetmeliği hükümleri doğrultusunda Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından yürütüleceğinin bildirildiği anlaşılmaktadır.

3096 sayılı Kanun'un 4. maddesinde elektrik üretmek amacıyla kurulacak sermaye şirketleri için Devlet Planlama Teşkilatı'ndan olumlu görüş alınması zorunluluğu getirilmiş olup, otoprodüktör şirketler için böyle bir zorunluluğun olmadığını kabul etmek olanağı bulunmamaktadır. Kanun'un 4. maddesinde belirtilen sermaye şirketlerine (üretim şirketi) elektrik enerjisi üretim tesisi kurma, işletme ve Türkiye Elektrik Kurumu'na veya bölgede faaliyet gösteren görevli şirkete elektrik enerjisi satışına dair esasları kapsayan ve sermaye şirketlerine elektrik enerjisi üretim tesisi kurma ve işletme izni verilmesine dair esas ve

usulleri belirlemek amacıyla 16.08.1985 tarih ve 85/9799 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla çıkarılan Yönetmelikte, otoprodüktör şirketlerin kurulması izni verilmesi hususunda Devlet Planlama Teşkilatı'nın olumlu görüşünün aranması zorunluluğunun öngörülmemesi, Kanun'daki zorunluluğu ortadan kaldırmayacağından, İdare Mahkemesi'nin otoprodüktör üretim tesisinin kuruluşu sırasında Devlet Planlama Teşkilatı'nın olumlu görüşünün alınmasını zorunlu kılan bir kurala yer verilmediği gerekçesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Kaldı ki, davacının Aliağa I, II, III Rüzgar Enerji Santralleri projelerinin otoprodüktör olarak gerçekleştirilmesine izin verilmesi yolunda yaptığı başvurulara, davalı idarece verilen cevapta ve dava aşamasındaki savunmalarda kuruluş görüşlerinin tamamlanmasını müteakip gerekli değerlendirmenin yapılacağı belirtilmiştir. Bu aşamada 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanun ve Kanun'un getirdiği mevzuatın yürürlüğe girmesi nedeniyle, otoprodüktör şirkete kuruluş izni veya lisansı verilmesi konusundaki yetkinin artık Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından kullanılacağı açık bulunmaktadır.

Diğer yandan, yap-işlet-devret modelinde enerji üretim tesisi projelerinin gerçekleştirilebilmesi için 3096 sayılı Kanun hükümleri uyarınca Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı'nın uygun görüş vermesi zorunluluğu bulunmasına karşın, Müsteşarlık'ça enerji sektöründe yeniden yapılanma çalışmaları çerçevesinde yap-işlet-devret projelerine görüş bildirmeyeceğinin davalı idareye bildirilmesi nedeniyle, Bakanlık'ça bu modelle rüzgar enerji santralleri kurulması projelerinden vazgeçilmiştir.

Bu itibarla, davacının Aliağa I, II, III Rüzgar Enerji Santralleri projelerinin otoprodüktör statüsüne geçirilmesine izin verilmesi veya bunun mümkün olmaması halinde ise adı geçen projelerin 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'na göre üretim şirketi statüsünde gerçekleştirilmesine izin verilmesi konusundaki başvurunun, yukarıda sözü edilen gerekçelerle yap-işlet-devret modeli ile elektrik üretiminden vazgeçilmesi nedeniyle, bu konuda yapılacak bir işlem bulunmadığı yönündeki dava konusu işlemde hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır. Bu bağlamda, davacının 4628 sayılı Kanun uyarınca projelerin üretim şirketine dönüştürülmesi yönündeki isteminin; uygulayıcı idarenin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu olması karşısında zımmen reddinde de hukuka aykırılık görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 18.12.2002 tarih ve E:2002/677, K: 2002/1302 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine 25.03.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İDARİ PARA CEZALARI

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2005/5969
Karar No : 2005/2401

Özeti : 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun kapsamında; gübre üreticisi sayılmasına olanak bulunmayan davacının, üretici kabul edilerek piyasaya güvenli mal sunmadığı gerekçesiyle idari para cezası uygulanmasında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: İzmir Valiliği (İl Tarım Müdürlüğü)

Karşı Taraf : ...

İstemin Özeti : İzmir 1. İdare Mahkemesi'nin 02.06.2004 tarihli ve E:2003/796, K:2004/701 sayılı kararının; Bursa İl Emniyet Müdürlüğünün 08.04.2003 tarih ve 2003/ S. No:115 sayılı yazısından davacının sahte gübre ve sahte gübre yapımında kullanılan malzemeler ile yakalanıp tutuklandığı ve havale yolu ile para gönderilen şahıslara bu gübreleri sattığının tespit edildiği anlaşılması karşısında kesilen para cezasının kanun ve usule uygun olduğunu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Fikret ERKAN'ın Düşüncesi: Yasal dayanaktan yoksun temyiz isteminin reddiyle mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Metin ÇETİNKAYA'nın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, İl Müdürlüğü'nün kimyevi gübre denetçileri tarafından 24.03.2004 tarihinde yapılan ihbar denetiminde Tire ilçesindeki bir dağıtıcının deposunda tespit edilen üzerinde Bağfaş firmasının ambalaj etiketi bulunan ve dağıtıcıya fatura ile girişi bulunmayan 71 torba Amonyum Sülfat gübresi numunelerinde yapılan fiziksel ve kimyasal analizler sonucu gübre standardına uygun olmadığının saptanması ve dağıtıcının söz konusu gübreleri davacı tarafından pazarlandığını beyan etmesi üzerine piyasaya güvenli mal arz etmediği nedeniyle davacı adına 4703 sayılı Kanunun 5. maddesinin 3. fıkrasına aykırı hareket ettiği ileri sürülerek anılan Kanunun 12/b maddesi uyarınca verilen idari para cezasının kaldırılması istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce; 4703 sayılı Kanunun 5. maddesinin 3. ve 4. fıkralarına "üretici, piyasada sadece güvenli ürünleri arz etmek zorundadır. Teknik düzenlemelere uygun ürünlerin güvenli olduğu kabul edilir. Teknik düzenlemenin bulunmadığı hallerde, ürünün güvenli olup olmadığı, ulusal ve uluslararası standartlara, bunların olmaması halinde ise söz konusu sektördeki iyi uygulama kodu veya bilim ve teknoloji düzeyi veya tüketicinin güvenliğe ilişkin makul beklentisi dikkate alınarak değerlendirilir. Üretici güvenli olmadığı tespit edilen ürünün kendisi tarafından piyasaya arz edilmediğini veya ürünün güvenli olmaması halinin ilgili teknik düzenlemeye uygunluktan kaynaklandığı ispatlandığı takdirde sorumluluktan kurtulur" hükmünün yer aldığı, anılan Kanunun 12/b maddesinde de 5. maddenin üçüncü fıkrasına aykırı hareket eden üreticiler hakkında on milyar Türk lirası idari ceza uygulanacağı ifade edildiğini, olayda İzmir Tire ilçesinde gübre satış bayiliği yapan E. A.'a ait gübre satış bayii deposunda bir ihbar üzerine yapılan denetimde 71 torba sahte Amonyum Sülfat Gübresi bulunduğu, yapılan analiz sonucu söz konusu gübrelerin standartlara uymadığı, gübrelerin H. A.'a ait olduğu , bu kişinin gübreleri davacıdan aldığı ve depoda emaneten depoda bırakıldığının tespit edilmesi üzerine davacı adına uyuşmazlık konusu ceza kesilmiş ise de, gübrelerin davacı tarafından H. A.n'a satıldığına dair herhangi bir fatura veya bir belgenin bulunmadığı, dosya içeresindeki bilgi ve belgelerden Ercüment Arslan tarafından başka kişilere de satıldığı anlaşılmakta, standartlara uygun olmayan söz konusu gübrelerin davacı tarafıdan üretilip satıldığını kabulüne imkân bulunmadığından ve bu konuda açık bir tespitte olmadığından para cezasına ilişkin işlemde hukuka uygun bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idarece temyiz edilmiştir.

4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanunun Tanımlar başlıklı 3. maddesinin (c) bendinde ürün: piyasaya arz edilmesi hedeflenen tüm ürünleri, (g) bendinde üretici: bir ürünü üreten, imal eden, ıslah eden veya ürüne adını, ticari markasını veya ayırt edici işaretini koymak suretiyle kendini üretici olarak tanıtan gerçek veya tüzel kişiyi, üreticinin Türkiye dışında olması halinde, üretici tarafından yetkilendirilen temsilciye ve/veya ithalatcıyı; ayrıca, ürünün tedarik zincirinde yer alan ve faaliyetleri ürünün güvenliğine ilişkin özellikleri etkileyen gerçek veya tüzel kişiyi ifade edeceği düzenlenmiş, bu düzenlemeye paralel olarak Kimyevi Gübre Yönetmeliğinin 4. maddesinin (f) bendinde de, üretici; kimyevi gübre üreten, imal eden, ıslah eden veya ürüne adını, ticari markasını veya ayırt edici işaretini koymak suretiyle kendini üretici olarak tanıtan gerçek veya tüzel kişi, üreticinin Türkiye dışında olması halinde, üretici tarafından yetkilendirilen temsilci ve/veya ithalatcı ve ürünün tedarik zincirinde yer alan, faaliyetleri ürünün güvenliğine ilişkin özelliklerini etkileyen gerçek ve tüzel kişi olarak tanımlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, İzmir Tire ilçesinde gübre satış bayiliği yapan E. A.'a ait satış deposunda bir ihbar üzerine yapılan denetimde Bağfaş Firmasının etiketleri üzerinde olan ve kimyevi gübre standartlarına uygun olmadığı tespit edilen 71 torba Amonyum Sülfat gübresinin tespit edilmesi ve bu gübrenin davacıdan satın alındığının belirlenmesi üzerine davacı kimyevi gübre üreticisi kabul edilerek uyuşmazlık konusu cezanın verildiği anlaşılmaktadır. Ancak, yukarıda belirtilen yasal düzenlemelerde açıkça ifade edildiği gibi üzerine adını, ticari markasını veya ayırtedici işaretini koymak suretiyle kendini üretici olarak tanıtan ve kimyevi gübre üreten, imal eden, ıslah eden, gerçek veya tüzel kişiler üretici olarak kabul edildiğinden yasal düzenlemelerde öngörülen bu özellikleri taşımayan davacının üretici olarak kabul edilerek piyasaya güvenli mal sunmadığı nedeniyle ceza verilmesinde hukuki isabet görülmediğinden uyuşmazlık konusu işlemin bu gerekçeyle iptali gerektiğinden temyize konu Mahkeme kararı sonucu itibariyle yerindedir.

Dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu İzmir 1. İdare Mahkemesi'nin 02.06.2004 tarihli ve E:2003/796, K: 2004/701 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin 1.fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan Mahkeme kararının belirtilen gerekçeyle onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 27.04.2005 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

AZLIK OYU

Temyize konu mahkeme kararının aynen onanması gerektiği oyu ile kararın değişik gerekçeyle onanmasına katılmıyoruz.

ÖZELLEŞTİRME

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2005/5031
Karar No : 2005/2686

Özeti : Özelleştirme kapsamındaki kuruluşlarda devlete söz ve onay hakkı tanıyan imtiyazlı hissenin, imtiyazlı hisse oluşturulmasında öngörülen sebep unsurunun ortadan kalkmasına bağlı olarak sona erdirilebileceği hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunanlar: 1- ...
2- ...
Vekili **:** Av. Dr. ...
Karşı Taraf **:** 1-Başbakanlık - ANKARA
2-Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı
Vekili **:** Av. ...
Davalılar Yanında Müdahil: Petrol Ofisi A.Ş.
Vekili **:** Av. ...
İstemin Özeti **:** Ankara 6.İdare Mahkemesi'nin 15.04.2004 tarih ve E:2002/1717, K:2004/631 sayılı kararının; imtiyazlı hissenin el değiştirilmesinde kamusal gereklilik bulunmadığını, şirketin küçük ortaklarının zarara uğradığını ve kamu menfaatine aykırı işlem tesis edildiğini ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Yasal dayanaktan yoksun temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi Fikret ERKAN'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddiyle mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülen AYDINOĞLU'nun Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, özelleştirme kapsamına alınan Petrol Ofisi A.Ş.'nin C Grubu hisselerine ilişkin olarak nama yazılı imtiyazlı hisseye tanınan hakların sona erdirilmesine ve anılan hisselerin hamiline yazılı hale dönüştürülerek A Grubu hisselere ilave edilmesine ilişkin 15.4.2002 tarih ve 2002/25 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; 4046 sayılı Kanunun 1.maddesinde Kanunun amacı, kamu iktisadi teşebbüsleri statüsü dışında kalmakla beraber sermayesinin tamamı veya yarısından fazlası devlete ve/veya diğer kamu tüzel kişilerine ait olan ticari amaçlı kuruluşlardaki kamu payları ile bu kuruluşlara ait müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ve varlıklarının, iştiraklerindeki kamu paylarının, ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak için özelleştirilmelerine ilişkin esasları düzenlemek olduğu belirtilmiş, özelleştirme uygulamalarındaki ilkelerin düzenlendiği 2.maddesinin (d) bendinde, oluşabilecek tekelci bir yapının olumsuz etkilerinin önlenmesi, (g) bendinde ise, stratejik konularda devletin sahip olacağı imtiyazlı hisse oluşturulması anılan ilkeler arasında sayılmış, anılan maddenin son fıkrasında; yukarıda belirtilen amaç ve ilkeler doğrultusunda alınacak kararlarda öncelikler ile bunların tabi olacağı özelleştirme uygulamalarına ilişkin esas ve usuller kuruluşların nitelikleri ve ülke ekonomisinin gerektirdiği şartlar da dikkate alınarak Özelleştirme Yüksek Kurulunca belirleneceği hükmüne yer verildiği, aynı Kanunun 13.maddesinde ise; özelleştirme programına alınan kuruluşlarla ilgili olarak; a) stratejik sayılacak konu ve kuruluşları tespit etmeye, b) tekelleşmenin önlenmesi dahil, ekonomi ve güvenlik ile ilgili olarak milli yararın korunması amacıyla, (a) bendi gereğince tespit edilecek stratejik kuruluşlardaki kamu payının %50'nin altına düşmesi durumunda bu kuruluşların yetkili kurullarında alınacak kararlardan söz ve onay hakkı verecek imtiyazlı hisselerin miktarını ve bu paylara dayanarak

Devletin sahip olacağı imtiyazlı hakları belirlemeye, imtiyazlı hisselerin miktarını ve bunlarla ilgili imtiyazlı hakları değiştirmeye, stratejik konu ve kuruluş olarak tespit edilenleri bu kapsamdan çıkarmaya Kurulun yetkili olduğu hükmüne yer verilmiş, maddenin devamında da; Türk Hava Yolları A.O., T.C. Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası A.Ş:, T.M.O. Alkoloid Müessesesi ve Türkiye Petrolleri A.O. nın sermayelerinin %49'undan fazlasının özelleştirilmesine karar verilmesi halinde, bu kuruluşlarda imtiyazlı hisseler oluşturulmasının zorunlu olduğu hükme bağlandığı, anılan bu hükümler uyarınca yapılacak özelleştirmelerde; sayılan kuruluşlarda imtiyazlı hisseler oluşturulmasının zorunlu olduğu belirtilmiş, bunun dışında kalan stratejik sayılacak konu ve kuruluşları tespit etmeye Özelleştirme Yüksek Kurulunun yetkili olduğu öngörülmüş, uyuşmazlık konusu olayda da Petrol Ofisi A.Ş.'nin özelleştirilmesi aşamasında, POAŞ bünyesinde yer alan ANT (Askeri Nato İkmal Tesisleri) aracılığı ile Milli Savunma Bakanlığı ve NATO'ya verilen hizmetler dikkate alınarak, kamu payının %50'nin altına düşmesinden itibaren 5 yıl süre ile geçerli olmak üzere şirketin faaliyetlerinin tasfiyesi veya önemli ölçüde sınırlandırılması, rafine petrol ürünlerinin Doğu ve Güneydoğu Anadolu'da satışını sekteye uğratacak veya sağlıklı bir şekilde yürütülmesini engelleyecek düzenlemeler yapılması, idarenin kabul edebileceği alternatif düzenlemeler yapılıncaya kadar, ANT aracılığı ile Milli Savunma Bakanlığı ve NATO'ya verilen hizmetlere son verilmesi ve ana sözleşmede veya hisselere tanınan haklarda herhangi bir değişiklik yapılması hususlarına ilişkin alınacak kararlarda Devlete söz ve onay hakkı veren bir adet imtiyazlı hisse ihdas edilmesine karar verilmiş, Rekabet Kurulu kararıyla da, 5 yıllık imtiyaz süresinin yetersiz kalacağından bahisle imtiyazlı hissenin, ANT ile ilgili yasal düzenleme yapılıncaya kadar varlığını sürdürmesi gerektiği belirtilmiş olduğu, dolayısıyla, imtiyazlı hisse ihdasına ilişkin kurucu işlemin sebep unsurunu; Milli Savunma Bakanlığına ve NATO'ya verilen hizmetlerin aksatılmadan sürdürülmesine yönelik olup sözü edilen düzenlemenin 13.04.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4636 sayılı Kanunla yapıldığı anlaşıldığından, POAŞ bünyesinde yer alan ANT Başkanlığınca, Milli Savunma Bakanlığı ve NATO'ya verilen hizmetlerin aksatılmadan sürdürülmesini sağlamak amacıyla öngörülen ve bu şarta bağlı olarak özelleştirilmesine karar verilen Petrol Ofisi A.Ş.'nin hisselerinde oluşturulan ve anılan konularda Devlete söz ve onay hakkı tanıyan imtiyazlı hissenin sözü edilen sebep unsurunun ortadan kalkmasına bağlı olarak sona erdirilmesine ilişkin uyuşmazlık konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş, bu karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Ankara 6.İdare Mahkemesi'nin 15.04.2004 tarih ve E:2002/1717, K:2004/631 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin 1.fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan Mahkeme kararının onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 23.05.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

REKABET KURULU İŞLERİ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2005/1016
Karar No : 2005/2468

Özeti : 4054 sayılı Kanun'un 7., 10. ve 11. maddeleri gereğince birleşme ve devir işlemlerinin süresi

içerisinde Rekabet Kurulu'na bildirilmediğinden bahisle; kanun'un 16. maddesinin 1. ve 3. fıkraları uyarınca idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada, davacı şirket ile başka bir şirketin bilgisayar ürünlerini pazarlamak amacıyla … Bilgisayar Dağ. ve Tic. A.Ş. unvanlı ortak girişim kurmaları işlemine kanunun 10. maddesinin 2. fıkrası uyarınca izin başvurusunda bulunmuş olması nedeniyle, kanunun 16. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen idari para cezasının uygulanmasına yasal olanak bulunmadığı gibi, kanunun 11. maddesindeki, bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işlemi hakkında, kurulun bu birleşme veya devirden herhangi bir şekilde haberdar olması halinde ilgililere bildirimde bulunmadıkları için para cezasının verilebilmesi karşısında, dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediği hakkında.

Davacılar **:** 1-… Bilişim Teknolojileri San. ve Tic. A.Ş.
2-...
3- ...
4- ...
Vekili **:** Av. …
Davalı **:** Rekabet Kurumu
Vekili **:** Av. …

İstemin Özeti **:** 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7., 10. ve 11. maddeleri gereğince birleşme ve devir işlemlerinin süresi içerisinde Rekabet Kurulu'na bildirilmediğinden bahisle, davacı şirket ve yönetim kurulu üyelerine Kanun'un 16. maddesinin 1. ve 3. fıkraları uyarınca idari para cezası verilmesine ilişkin 27.09.2002 tarih ve 02-57/719-288 sayılı Rekabet Kurulu kararının; Kanun'da birleşme ve devralmaların bildirilmesi konusunun bir süre ile sınırlandırılmadığı, Kanun bildirime tâbi olup da taraflarca Kurul'a hiç bildirilmemiş olan birleşme ve devirlerin, Kurul tarafından resen öğrenilmesi halinde para cezası uygulanabileceğini öngördüğü öne sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 1997/6 sayılı Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulmasından Sonra Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 sayılı Kanun'dan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Tebliğin 7. maddesinin birlikte değerlendirilmesinden, Kurul kararına konu birleşme-devralma niteliğindeki işleme ilişkin bildirimin süresi içinde yapılmış olduğunun kabul edilebilmesi için, bildirimin birleşme-devralma işleminin gerçekleştirilmesinden önce yapılmış olması gerektiği, dava konusu olayda da, gerçekleştirildikten sonra Kurul'a bildirilmiş olan birleşme-devralma işlemine izin verildiği, ancak işlem gerçekleştirilmeden önce bildirimde bulunulmadığı için ilgililere para cezası verilmesine ilişkin dava konusu Kurul kararının alındığı öne sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Ahmet EĞERCİ'nin Düşüncesi: Davacı … Bilişim Tek. San. ve Tic. A.Ş. ile … Bilgisayar Sistemleri Müh. San. ve Tic. A.Ş.'nin bilgisayar ürünlerini pazarlamak amacıyla … Bilgisayar Dağ. ve Tic. A.Ş. unvanlı ortak girişim kurmaları işlemine Kanun'un 10. maddesinin 2. fıkrası uyarınca izin başvurusunda bulunması, bu hallerde Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen idare para cezasının uygulanmasına yasal olanak bulunmaması, Kanun'un 11. maddesindeki bildirilmesi zorunlu

olan birleşme ve devralma işlemi hakkında, Kurul'un bu birleşme veya devirden herhangi bir şekilde haberdar olması halinde ilgililere bildirimde bulunmadıkları için para cezasının verilebilmesi karşısında, dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle dava konusu işlemin iptali gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Metin ÇETİNKAYA'nın Düşüncesi: Dava, davacılara 4054 sayılı Yasanın 16/1-c ve 16/3 maddesi uyarınca idari para cezası kesilmesine dair 27.9.2002 gün ve 02/57/719-288 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali isteğiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16 ncı maddesinde kurula; birleşme veya devralmanın ya da 4 ncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların süresi içinde bildirilmemesi halinde para cezası öngörülmüş, tüzel kişiliği olan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin birinci fıkrada belirtilen para cezalarına çarptırılmaları halinde bu tüzel kişiliğin yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de şahsen verilen cezanın yüzde onuna kadar ayrıca para cezası uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; … Bilişim Teknolojileri Sanayi ve Ticaret A.Ş. (sentim) ile … Bilgisayar Sistemleri Mühendislik Sanayi ve Ticaret A.Ş. (…)nin … markalı ürünleri pazarlamak amacıyla 11.7.2002 günü kurdukları … Bilgisayar Dağıtım ve Ticaret A.Ş.(…) unvanlı ortak girişimin kuruluşunu 12.8.2002 tarihinde kurula bildirdikleri anlaşılmış olup,ilgili tebliğ uyarınca birleşmeden 30 gün önce kurula bildirilmesi gereken birleşme işleminin geç bildirimesi nedeniyle fiilin karşılığı olan idari para cezasının ilgili şirkete ve 1/10 oranında da yönetim kurulu üyelerine uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7., 10. ve 11. maddeleri gereğince birleşme ve devir işlemlerinin süresi içerisinde Rekabet Kurulu'na bildirilmediğinden bahisle, davacı şirket ve yönetim kurulu üyelerine Kanun'un 16. maddesinin 1. ve 3. fıkraları uyarınca idari para cezası verilmesine ilişkin 27.09.2002 tarih ve 02-57/719-288 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasında, bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu, 2. fıkrasında da, hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul'a bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul'un, çıkaracağı tebliğlerle ilan edeceği hükme bağlanmıştır. Aynı Kanun'un "Anlaşma, Birleşme ve Devralmaların Kurula Bildirilmesi " başlıklı 10. maddesinin ikinci fıkrasında ise, 7. madde kapsamına giren birleşme veya devralma anlaşmalarının Kurul'a bildirildiği tarihten itibaren Kurul'un, onbeş gün içinde yapacağı ön inceleme sonucunda birleşme veya devralma işlemine ya izin vereceği ya da bu işlemi nihai incelemeye almaya karar verdiği takdirde, ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte birleşme veya devralma işleminin nihaî karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını, gerekli gördüğü diğer tedbirlerle birlikte ilgililere usulüne göre tebliğ etmek zorunda olduğu, 11. maddesinin 1 fıkrasında da, bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işleminin Kurul'a bildirilmemiş olduğu hallerde, Kurul'un herhangi bir şekilde işlemden haberdar olduğu zaman kendiliğinden birleşme veya devralmayı incelemeye alacağı, inceleme sonunda Kurul'un, birleşme veya devralmanın Kanun'un 7. maddesinin birinci fıkrası kapsamına

girmediğine karar vermesi durumunda birleşme veya devralmaya izin vereceği, ancak ilgililere bildirimde bulunmadıkları için para cezası uygulayacağı kuralı yer almıştır.

Sözü edilen Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde düzenlenen Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesiyle, izne tabi birleşme ve devralmalar saptanmış olup, Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulmasından sonra Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 sayılı Kanun'dan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine ilişkin 1997/6 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinin 2. fıkrasıyla da, Rekabet Kurulu'nun iznine bağlı kılınan her türlü birleşme ve devralmanın, işlemin yapılmasından uygun bir süre (tercihen 30 gün) önce, Kurul'a bildirilmesi ve Kurul'dan izin alınması zorunluluğu getirilmiştir.

4054 sayılı Kanun'un idari para cezalarını düzenleyen 16. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde ise, birleşme veya devralmanın ya da 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların süresi içinde bildirilmemesi halinde Kurul tarafından, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerine para cezası verileceği, anılan maddenin 3. fıkrasında da, tüzel kişiliği olan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin birinci fıkrada belirtilen para cezalarına çarptırılmaları halinde, bu tüzel kişiliğin yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de şahsen verilen cezanın yüzde onuna kadar ayrıca para cezası uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda sözü edilen mevzuat hükümlerinden; bildirimi zorunlu bulunan birleşme ve devralma anlaşmalarından Kurul'un herhangi bir şekilde haberdar olması halinde, Kanun'un 16. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi uyarınca idari para cezası uygulanabileceği, taraflarca bildirimi yapılmış birleşme ve devir anlaşmalarının, Kanun'un 10. maddesi uyarınca Kurul'a yapılacak izin başvurularında, Kanun'da bildirim konusunda bir süre öngörülmemesi nedeniyle, bildirmeme nedeniyle idari para cezası uygulanmasına yasal olanak bulunmadığı sonucu çıkmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden; … Bilişim Teknolojileri Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile … Bilgisayar Sistemleri Müh. Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin "…" markalı ürünleri pazarlamak amacıyla … Bilgisayar Dağıtım ve Ticaret A.Ş. unvanlı ortak girişim kurmaları işlemine izin verilmesi istemiyle 12.08.2002 tarihinde başvurdukları, Kurul'ca yapılan değerlendirme sonunda, tarafların toplamı % 12 pazar payına ve 155.574.077.174.000.-TL ciroya sahip oldukları, dolayısıyla 1997/1 sayılı Tebliğin 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik hükümleri uyarınca Tebliğ'de öngörülen pazar payı eşiğinin aşılmadığı fakat ciro eşiğinin aşıldığı tespit edilerek, bildirim konusu işlemin Kurul'un iznine tabi olduğuna karar verildiği, ortak girişimin faaliyet göstereceği ilgili ürün pazarında tarafların pazar payının %12 olarak gerçekleştiği ve pazarın rekabetçi yapısı dikkate alındığında bildirim konusu işlem sonucunda, rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının sözkonusu olmadığı kanaatine varıldığı, diğer yandan Kurul tarafından işleme dayanak oluşturan anlaşmanın 11.07.2002 tarihinde imzalanmasına, anlaşma ile ilgili diğer işlemlerin aynı gün tamamlanmasına karşın, işlemin Kurum kayıtlarına ilk olarak 12.08.2002 tarihinde girdiği, 4054 sayılı Kanun'un 7.,10. ve 11. maddeleri ile düzenlenen birleşme ve devir işlemlerine ilişkin izin sisteminin, bu işlemlerin gerçekleştirilmeden önce Kurul'a bildirilmesini gerektirdiği, bu durumun teşebbüslerin hak ve yükümlülüklerinin belirlendiği 1997/6 sayılı Tebliğ'in 7/2. maddesinin, "Tebliğ kapsamındaki birleşme ve devralmalarda Tebliğ'in 2 nci ve 4 ncü maddesi ile Rekabet Kurulu'nun iznine bağlı kılınan her türlü birleşme ve devralmanın, işlemin yapılmasından uygun bir süre (tercihen 30 gün) önce, Kurulumuza bildirilmesi ve Kurul'dan izni alınması zorunludur." şeklindeki hükmünde de ifade edildiği değerlendirmeleri yapılarak dava konusu işlemle, birleşme-devir işleminin bildirilmesinde ilgili sürelere uyulmadığından bahisle, davacılara Kanun'un 16. maddesinin 1. ve 3. fıkraları uyarınca idari para cezalarının verildiği anlaşılmaktadır.

Davacı … Bilişim Tek. San. ve Tic. A.Ş. ile … Bilgisayar Sistemleri Müh. San. ve Tic. A.Ş.'nin bilgisayar ürünlerini pazarlamak amacıyla … Bilgisayar Dağ. ve Tic. A.Ş. unvanlı ortak girişim kurmaları işlemine Kanun'un 10. maddesinin 2. fıkrası uyarınca izin

başvurusunda bulunmuş olması nedeniyle, Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen idare para cezasının uygulanmasına yasal olanak bulunmadığı gibi, Kanun'un 11. maddesindeki bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işlemi hakkında, Kurul'un bu birleşme veya devirden herhangi bir şekilde haberdar olması halinde ilgililere bildirimde bulunmadıkları için para cezasının verilebilmesi karşısında, dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Davalı idare tarafından, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 2. fıkrası yasal dayanak alınarak çıkarılan 1997/6 sayılı Tebliğ'in 7. maddesiyle birleşme veya devir işleminin yapılmasından önce öngörülen uygun süre içerisinde Kurul'a bildirmeme nedeniyle dava konusu idari para cezasının verildiği ileri sürülmekte ise de; Kanun'da birleşme veya devir anlaşmalarının bildirimi konusunda süre öngörülmemesi, Kanun'un 10. maddesinin 2. fıkrasında sadece birleşme veya devir anlaşmalarının Kurul'a bildirilmesinden sonraki işlemlerin kurala bağlanması karşısında davalı idare iddiasına itibar edilmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacılara idari para cezası verilmesine ilişkin 27.09.2002 tarih ve 02-57/719-288 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptaline, aşağıda dökümü gösterilen 43,10YTL yargılama giderinin davalı idareden alınarak davacıya yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca davacı vekili için takdir olunan 350,00 YTL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacı vekiline verilmesine, artan posta giderinin istemi halinde davacıya iadesine 03.05.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2005/161
Karar No : 2005/2120

Özeti : Davacı şirketin, distribütörleriyle imzaladığı sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi gereğince, 05.05.1998 tarihine kadar kuruma bildirim yükümlülüğü olduğundan bahisle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada, sözleşmelerin kanunun anladığı anlamda henüz rekabet ihlaline neden olan bir anlaşma olarak değerlendirilmesinin mümkün bulunmaması; bunun saptanılmasının ancak, 4054 sayılı Kanun'da öngörülen idari usul kurallarının uygulanarak soruşturma sonunda verilecek nihai kararla mümkün bulunması karşısında; öte yandan kanunun geçici 2. maddesi ile belirlenen sürede, her türlü anlaşma ve kararların bildirilme zorunluğu getirilmişse de, bildirilmeme haline ilişkin bir müeyyide getirilmediğinden, 4. madde kapsamında olduğu belirlenmeksizin, herhangi bir anlaşmanın 5.11.1997 tarihinden itibaren 6 ay içinde bildirilmediği nedenine dayanarak 16. maddenin uygulanması suretiyle para cezası verilmesine yasal olanak bulunmadığından, idari işlemde bu

yönüyle de hukuka uyarlık görülmediğinden iptali hakkında.

Davacı : … Gıda San. Tic. A.Ş.
Vekili : Av. …
Davalı : Rekabet Kurumu
Vekili : Av. …

İstemin Özeti : Davacı şirketin, distribütörleriyle imzaladığı sözleşmelerin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu'nun geçici 2.maddesi gereğince 05.05.1998 tarihine kadar Kurum'a bildirim yükümlülüğü olduğundan bahisle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca şirkete idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 29.02.2000 tarih ve 00-9/89-44 sayılı kararının; 4054 sayılı Kanun gereğince Kurul'un para cezası uygulama yoluna gitmeden önce ilgililerden savunma alınmaması nedeniyle, bu yöndeki usul hükümlerinin ihlâl edildiği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Davacı şirketin, distribütörleriyle yapmış olduğu sözleşmenin, tek elden dağıtım sözleşmesi olması nedeniyle ancak Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde belirtilen koşulların sağlanması halinde bildirime gerek duyulamayacağı, aksi halde bildirimin gerekli olduğu, nitekim 1997/6 sayılı Tebliğin 3.maddesinde, teşebbüslerin 05.11.1997 tarihinde varolan ve Kanun'un 4.maddesi kapsamındaki anlaşmaları 6 ay içinde Kurul'a bildirmelerinin istenildiği, tek elden dağıtım anlaşmalarının doğaları gereği 4.madde kapsamında görüldüğünden, davacı şirketin anılan sözleşmeyi belirtilen zaman aralığı içinde bildirme yükümlülüğü altında olmamasının, sadece söz konusu sözleşmenin 1997/3 sayılı Tebliğ ile uyumlu olduğu hallerde mümkün olabileceği, önaraştırma raporu ve gerekçeli kararda ayrıntısıyla belirtildiği üzere, sözü edilen sözleşmenin Tebliğ'e aykırı hükümler içerdiğinin saptandığı, bu nedenle bildirim yükümlülüğü kapsamında yer aldığı ileri sürülerek hukuki dayanaktan yoksun bulunan davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Ahmet EĞERCİ'nin Düşüncesi: 4054 sayılı Kanun'un 40. maddesinden itibaren Rekabet Kurulunun inceleme ve araştırmalarında uyulması zorunlu usuller ayrıntılı olarak saptanarak bir çeşit idari usul öngörülmüştür. Buna göre Rekabet Kurulu ihbar, şikayet veya re'sen başka kaynaklardan öğrendiği bir rekabeti sınırlayan anlaşma, karar ya da uyumlu eylem hakkında ya doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açmaya gerek olup olmadığını anlamak için ön araştırma açmaya karar vereceği, soruşturma açmaya karar verilmesi halinde tarafları bu durumdan haberdar edeceği, böylece yazılı iddia ve savunmaların ileri sürülmesi aşamasına gelineceği, daha sonra taraflarca talep edilme halinde ya da Kurul'ca re'sen sözlü savunma toplantısı yapılmasından sonra nihai karar aşamasına ulaşılacağı Kanun'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da rekabet ilkelerinin saptanabilmesi amacıyla bir idari usul öngörüldüğünden Rekabet Kurulu'nun rekabet ihlaliyle ilgili bir karar alırken, konuyu Kanun'da öngörülen biçimde incelemek ve araştırmak zorunluluğu bulunmaktadır.

Bu durumda, Rekabet Kurulu'nca, davacı şirketin distribütörleriyle imzaladığı sözleşmelerin Kanun'un 4. ve 5. maddesine aykırı hükümler içerdiği, bu itibarla 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne aykırı hükümler içermesi nedeniyle bildirim zorunluluğu olan bir sözleşme olduğu, bu şekilde rekabetin ihlâl edildiğinin tespit edilmesine karşın, bu tespitler nedeniyle önaraştırma sonunda soruşturma açılması, ileri sürülen hususlarla ilgili olarak Kanun'da öngörülen savunma hakkının ilgililere kullandırılması gerekirken; 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci bendinin (c) fıkrası uyarınca idari para cezası verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Öte yandan, Kanun'un geçici 2. maddesi ile belirlenen sürede, her türlü anlaşma ve kararların bildirilme zorunluğu getirilmişse de, bildirilmeme haline ilişkin bir müeyyide getirilmemiştir. Bu nedenle 4. madde kapsamında olduğu belirlenmeksizin, herhangi bir anlaşmanın 5.11.1997 tarihinden itibaren 6 ay içinde bildirilmediği nedenine dayanarak 16. maddenin uygulanması suretiyle para cezası verilmesine yasal olanak bulunmamakta olup, idari işlemde bu yönüyle de hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptal edilmesi gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı Nevzat ÖZGÜR'ün Düşüncesi: Dava, 4054 sayılı Yasanın 4.maddesine aykırı bulunan anlaşmayı yasal süre içinde Rekabet Kuruluna bildirmediği gerekçesiyle davacı şirkete anılan Yasanın 16.maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca para cezası verilmesine ilişkin 00-9/89-44 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptaline karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16. maddesinin (c) bendinde 4. madde kapsamına giren anlaşma, eylem ve kararların süresi içerisinde bildirilmemesinin para cezasını gerektirdiği belirtilmiş, 4. maddesinde ise belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğuna değinildikten sonra, bu hallerin özellikle neler olduğu altı bent halinde sayılmıştır. 10. maddesinde de 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurula bildirileceği hükmüne yer verilmiştir.Bu Yasa hükümlerinden anlaşılacağı üzere 16. madde gereğince cezalandırılan husus, herhangi bir anlaşma, uyumlu eylem veya kararın Kurula bildirilmemesi olmayıp, rekabeti sınırlayıcı nitelikte olan anlaşma, uyumlu eylem veya kararların Kurula bildirilmemesidir.

4054 sayılı Yasanın Rekabet Kurulunun inceleme, araştırma ve karar verme usullerini düzenleyen dördüncü kısmında yer alan 41. maddesi hükmüne göre önaraştırma raporu üzerine Kurul soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vermek zorundadır.

Buna göre ileri sürülen iddialar ciddi ve gösterilen deliller yeterli bulunduğu takdirde soruşturma yapılması yolunda karar alınarak ve Yasanın 43, 44, 45,46 ve 47. maddelerinde öngörülen usul izlenerek hakkında soruşturma yürütülenin savunması alındıktan sonra nihai kararın verilmesi gerekmektedir. Bu usule uyulmadan Kurulca 4054 sayılı Kanun'un yasakladığı bir fiilin saptanması ve dolayısıyla ilgililere ceza verilmesi mümkün değildir.

4054 sayılı Yasanın Geçici 2.maddesinde; "Geçici Madde 1'de belirtilen esaslar çerçevesinde atanacak Rekabet Kurulu, Rekabet Kurumu teşkilatını oluşturduktan sonra bu durumu bir tebliğ ile ilan eder. İlan tarihinde var olan her türlü anlaşma ve kararlar, bu tarihten itibaren 6 ay içinde Kurula bildirilir." hükmüne yer verilmiş, bu düzenleme uyarınca Rekabet Kurulu, Rekabet Kurumu teşkilatını 5.11.1997 tarihi itibariyle oluşturduğunu 4.11.1997 tarih ve 23160 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1997/5 sayılı Tebliğ ile ilan etmiştir.

Bu duruma göre Yasanın 4. maddesinde belirtilen rekabeti engelleyici, bozucu ya da kısıtlayıcı nitelikteki anlaşmaların, yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde 10.madde uyarınca Kurula bildirilmesi gerektiği halde; Geçici 2. madde uyarınca bundan farklı olarak, ilan tarihinde var olan her türlü anlaşma ve kararların Rekabet Kurumu teşkilatının oluşturulduğuna ilişkin ilan tarihinden itibaren altı ay içinde Kurula bildirilmesi gerekmektedir.

Kanunların düzenledikleri konulara ilişkin olarak uygulanmaları, yürürlüğe girmelerinden itibaren olacağından, özel bir düzenleme getirilmedikçe yürürlük tarihinden önceki olaylara uygulanarak bunların yaptırıma bağlanması mümkün değildir.

4054 sayılı Yasanın 64. maddesinde de bu Kanunun idari para cezalarına ilişkin 16. maddesi ile 17. maddesinin yayımı tarihinden bir yıl sonra, diğer maddelerinin yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği belirtildiğinden ve Yasa 13.12.1994 tarihinde Resmi Gazetede yayımlandığından, 13.12.1995 tarihinden sonra 4054 sayılı Yasanın 4. maddesi kapsamında

olan rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın yasal süre içerisinde bildirilmemesi halinde 16. madde uyarınca para cezası uygulanması mümkün olacaktır. Ancak bunun için, anlaşmanın 4. madde kapsamında olduğunun Rekabet Kurulunca belirlenmesi gerekir.

Yasanın Geçici 2. maddesi ile belirlenen sürede her türlü anlaşma ve kararların bildirilmesi zorunluluğu getirildiği halde, bildirilmeme haline ilişkin bir yaptırım öngörülmediğinden, 4. madde kapsamında olduğu belirlenmeksizin, herhangi bir anlaşmanın 5.11.1997 tarihinden itibaren altı ay içinde Kurula bildirilmediğinden bahisle 16. maddenin uygulanması suretiyle para cezası verilmesine yasal imkan bulunmamaktadır.

Bakılan davaya konu olayda ise distribütörlük sözleşmesinin 4054 sayılı Yasanın Geçici 2.maddesi uyarınca 5.5.1998 tarihine kadar Kurula bildirilmesi gereken anlaşmalar kapsamında olmasına karşın bu yükümlülüğün süresi içinde yerine getirilmemesinden dolayı 16.madde uyarınca yaptırım uygulanması gerektiğinden bahisle sadece önaraştırma sonucu elde edilen bilgi ve belgelere dayanılarak ve 4054 sayılı Yasanın dördüncü kısmında düzenlenen idari usule uyulmadan, başka bir anlatımla soruşturma açılmadan ve Yasanın 40 ila 48.maddelerinde belirtilen usul kuralları yerine getirilmeden idari para cezası verildiği anlaşıldığından, açıkça usule aykırı olarak tesis edilen dava konusu idari işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Belirtilen nedenlerle dava konusu işlemin iptalinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, davacı şirketin, distribütörleriyle imzaladığı sözleşmelerin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu'nun geçici 2.maddesi gereğince 05.05.1998 tarihine kadar Kurum'a bildirilmesinin zorunlu olduğundan bahisle, 4054 sayılı Kanun'un 16.maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca şirkete idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 29.02.2000 tarih ve 00-9/89-44 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikleri teşebbüs birliği olarak tanımladıktan sonra, Kanun'un 4. maddesinde belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu kurala bağlanarak en çok rastlanılan rekabeti sınırlayıcı anlaşma örnekleri belirtilmiştir. Anılan Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasında ise, 4 üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurula bildirileceği, anılan hükme aykırı davranılması halinde Kanun'un 16/c hükmü uyarınca idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır.

Anılan madde hükümlerinde belirtildiği üzere 16. madde gereğince cezalandırılan husus; herhangi bir anlaşma, uyumlu eylem veya kararın bildirilmemesi olmayıp, rekabeti sınırlayıcı nitelikte olan anlaşma, uyumlu eylem veya kararların Kurum'a bildirilmemesidir.

Diğer yandan, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinde, Kurul'un, ihbar, şikayet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu kanunun 4, 6 ve 7. maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanunun dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan nihai bir karar bildireceği hükme bağlanmış, Kanun'un "Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında Usul" başlıklı dördüncü Kısmında, Rekabet Kurulu'nun inceleme ve araştırmalarında uyulması zorunlu usuller ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

Buna göre Kanun'un 41. maddesi gereğince Kurul, önaraştırma raporu üzerine soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verecektir. İleri sürülen iddialar ciddi ve

yeterli bulunduğu takdirde soruşturma yapılması yolunda karar verilip, Kanun'un 43, 44, 45,46 ve 47. maddelerinde öngörülen prosedür yürütülerek, hakkında soruşturma yürütülenin savunması alındıktan sonra nihai karar verilecektir.

Daha ayrıntılı olarak ifade edilecek olunursa Rekabet Kurulu'nun; ihbar, şikayet veya re'sen başka kaynaklardan öğrendiği bir rekabeti sınırlayan anlaşma, karar ya da uyumlu eylem hakkında ya doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açmaya gerek olup olmadığını anlamak için ön araştırma yapılmasına karar vereceği, soruşturma açmaya karar vermesi halinde tarafları bu durumdan haberdar edeceği, böylece yazılı iddia ve savunmaların ileri sürülmesi aşamasına gelineceği, daha sonra taraflarca talep edilme halinde ya da Kurul'ca re'sen sözlü savunma toplantısı yapılmasından sonra, nihai karar aşamasına gelineceği Kanun'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Doktrinde idari usul; idarenin kamu gücünü kullanarak, bireylerin hak ve çıkarlarını etkilemeden önce ilgililerin bir takım hak ve yetkilerle donatılarak, idare önünde menfaatlerini tam olarak korumalarını sağlayan kurallar bütünü olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da rekabet ihlalinin saptanabilmesi amacıyla bir idari usul öngörüldüğünden, Rekabet Kurulu'nun rekabet ihlaline ilişkin bir karar alırken, konuyu Kanun'da öngörülen biçimde incelemek ve araştırmak zorunluluğu bulunmaktadır.

Belirtilen prosedüre uyulmaksızın Kurul'ca, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un yasakladığı bir faaliyetin varlığının saptanmasına ve ceza takibine yasal olanak bulunmamaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı şirketin mısır çerezi ve patates cipsi "snack" pazarında rekabeti bozucu uygulamada bulunduğu iddiasıyla ilgili olarak yapılan şikayet üzerine, 4054 sayılı Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına karar verildiği, başlatılan önaraştırma sonucu düzenlenen 22.02.2000 tarih, 03/2/M.B-00/2 sayılı Önaraştırma Raporu'nun Rekabet Kurulu tarafından değerlendirilmesi sonunda dava konusu Kurul kararının alındığı, Kurul tarafından; %30'luk pazar payı düşüşü ile yıllık ortalamanın hayli altına inen pazar payını eski seviyesine getirmeyi hedefleyen fiyat indiriminin davacı şirketin hâkim durumunu kötüye kullanması olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varılarak, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca bu iddiayla ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına, diğer yandan önaraştırma aşamasında davacı şirketten elde edilen distribütörlük sözleşmelerinin, 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında olduğu için bu kapsamda ele alındığı, bu Tebliğ kapsamında yapılan incelemede sözleşmelerin 2. ve 14. maddelerinin Tebliğe aykırı hükümler içerdiğinin görüldüğü, bu hükümler nedeniyle de 4054 sayılı Kanun'un geçici 2.maddesi uyarınca 05.05.1998 tarihine kadar Kurum'a bildirilmesi gereken anlaşmalar kapsamında olduğu tespit ve değerlendirmeleri yapılarak, belirtilen yükümlülüğün süresi içerisinde yerine getirilmeyerek bildirimde bulunulmamasından dolayı şirkete, 4054 sayılı Kanun'un 16.maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi gereğince idari para cezası verilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere, Rekabet Kurulu'nca, davacı şirketin distribütörleriyle imzaladığı sözleşmelerin Kanun'un 4. ve 5. maddesine aykırı hükümler içerdiği, bu itibarla 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne aykırı hükümler içermesi nedeniyle bildirim zorunluluğu olan bir sözleşme olduğu, bu şekilde rekabetin ihlâl edildiğinin tespit edilmesine karşın, bu tespitler nedeniyle önaraştırma sonunda soruşturma açılması, ileri sürülen hususlarla ilgili olarak Kanun'da öngörülen savunma hakkının ilgililere kullandırılması gerekirken; 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci bendinin (c) fıkrası uyarınca idari para cezası verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Başka bir anlatımla, davacı şirketin distribütörleriyle imzaladığı sözleşmelerin Kanun'un anladığı anlamda henüz rekabet ihlaline neden olan bir anlaşma olarak

değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bunun saptanılması ancak, 4054 sayılı Kanun'da öngörülen idari usul kurallarının uygulanarak soruşturma sonunda verilecek nihai kararla mümkün bulunmaktadır.

Öte yandan 4054 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesinde; "Geçici Madde 1'de belirtilen esaslar çerçevesinde atanacak Rekabet Kurulu, Rekabet Kurumu teşkilatını oluşturduktan sonra bu durumu bir tebliğ ile ilan eder. İlan tarihinde var olan her türlü anlaşma ve kararlar, bu tarihten itibaren 6 ay içinde Kurula bildirilir." düzenlemesi yer almış; anılan düzenleme uyarınca Rekabet Kurulu, Rekabet Kurumu teşkilatını 5.11.1997 tarihi itibariyle oluşturduğunu 4.11.1997 tarih ve 23160 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1997/5 sayılı Tebliğ ile ilan etmiştir.

Görüldüğü üzere Kanun'un 4. maddesinde rekabeti engelleyen, bozan ya da kısıtlayan anlaşmalar, 10. maddesinde bu tür anlaşmaların yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde kurula bildirileceği düzenlendiği halde; Kanun'un geçici 2. maddesinde bundan farklı olarak, ilan tarihinde var olan her türlü anlaşma ve kararların Rekabet Kurumu teşkilatının oluşturulduğuna ilişkin ilan tarihinden itibaren 6 ay içinde kurula bildirilme zorunluluğu getirilmiştir.

Yasaların düzenledikleri konulara ilişkin uygulanması yürürlüğe girmelerinden itibaren olacağından, özel bir düzenleme getirilmedikçe yürürlüğünden önceki olaylara uygulanarak bunların müeyyideye bağlanması mümkün bulunmamaktadır.

4054 sayılı Kanun'un 64. maddesinde de, bu Kanun'un idari para cezasına ilişkin 16. maddesi ile 17. maddesinin yayımı tarihinden bir yıl sonra, diğer maddelerinin yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiş olup, Kanun 13.12.1994 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Bu itibarla yürürlük tarihi olan 13.12.1995 tarihinden sonra, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olan rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın yasal süresi içerisinde bildirilmemesi halinde, 16. madde uyarınca idari para cezası uygulanması mümkün olacaktır. Ancak bunun için, yukarıda açıklandığı üzere, öncelikle anlaşmanın 4. madde kapsamında olduğunun Rekabet Kurulu'nca saptanması zorunlu bulunmaktadır.

Kanun'un geçici 2. maddesi ile belirlenen sürede, her türlü anlaşma ve kararların bildirilme zorunluğu getirilmişse de, bildirilmeme haline ilişkin bir müeyyide getirilmemiştir. Bu nedenle 4. madde kapsamında olduğu belirlenmeksizin, herhangi bir anlaşmanın 5.11.1997 tarihinden itibaren 6 ay içinde bildirilmediği nedenine dayanarak 16. maddenin uygulanması suretiyle para cezası verilmesine yasal olanak bulunmamakta olup, idari işlemde bu yönüyle de hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacı şirkete idari para cezası verilmesine ilişkin 29.02.2000 tarih ve 00-9/89-44 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptaline, aşağıda dökümü gösterilen 42,65.YTL yargılama giderinin davalı idareden alınarak davacıya; yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca davacı vekili için takdir olunan 350,00 YTL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacı vekiline verilmesine 19.04.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2005/800
Karar No : 2005/2304

Özeti : Sermaye Piyasası Kurulu'nun , mali tabloların genel kabul görmüş muhasebe kavram, ilke ve standartlarına uygunluğunu denetleme ve şarta bağlı olaylar nedeniyle meydana gelebilecek zararların mali tablolara yansıtılmasını istemeye yetkili olduğu, ancak halka açık anonim ortaklıklar aleyhine açılacak alacak davalarında gösterilen miktarların niteliği ve tahmin edilebilir bir tutar olup olmadığı incelenmeksizin, muhtemel zarar olarak kabul edilmesinde ve mali tablolara yansıtılarak karşılık ayrılmasının istenilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan: Sermaye Piyasası Kurulu - ANKARA
Vekili **:** Av. ...
Karşı Taraf **:** ... Elektrik T.A.Ş.
Vekili **:** Av. ...

İstemin Özeti **:** Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 25.12.2002 tarihli ve E: 2002/330, K:2002/1816 sayılı kararının ; 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 16. ve 22/(e) maddeleri uyarınca Sermaye Piyasası Kurulunun malî tabloların düzenlenmesinde yetkili olduğu, Seri XI No: 1 sayılı Tebliğin 9. maddesinde ihtiyatlılık kavramının tanımlandığı ve işletmelerin muhtemel giderleri, zararları ve borçları için karşılık ayırmaları gerektiğinin belirtildiği, 41. maddede şarta bağlı olayların tanımlandığı, Tebliğin 2 numaralı ekindeki açıklamada şarta bağlı olaylardan biri olarak davam eden davaların gösterildiği, Kurulun dava konusu kararları almaya yetkili olduğu, DSİ tarafından açılan davanın aleyhe sonuçlanması kuvvetle muhtemel olduğundan karşılık ayrılmasının zorunlu olduğu, ihtiyatlılık kavramı gereği işletmenin risklere ve belirsizliklere karşı korunmasının amaçlandığı, karşılık ayrılmasının davanın aleyhe sonuçlanması halinde ödeme imkânı tanıdığı, yargı kararlarının bu yönde olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: DSİ Genel Müdürlüğünün davacı şirketten herhangi bir alacağı bulunmadığı, işletme aleyhine açılan hukuki davanın seyri ve geçmiş deneyimlerin dikkate alınması gerektiği, tutarı tahmin edilmeyen zararların dipnotlarda açıklanacağı, usul ve kanuna uygun bulunan Mahkeme kararının onanması gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Cengiz MASYAN'ın Düşüncesi: Temyiz isteminin reddi ile İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Nevzat ÖZGÜR'ün Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, DSİ Genel Müdürlüğü tarafından davacı şirket aleyhine açılan alacak davası nedeniyle davacı şirket tarafından hazırlanacak 31.12.2001 tarihli malî tablolarda dava konusu alacak tutarının tamamı için karşılık ayrılmasına ilişkin Sermaye Piyasası Kurulu Karar Organının 14.11.2001 tarih ve 53/1512 sayılı kararı ile bu karara yapılan itirazın reddine ilişkin 28.12.2001 tarih ve 61/1732 sayılı kararın iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; 2499 sayılı Yasayla, tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasının amaçlandığı, sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin korunmasını düzenlemek ve denetlemek görevinin Sermaye Piyasası Kuruluna verildiği, Kurulca, sözü edilen hususlara ilişkin çeşitli düzenlemeler yapıldığı, bu bağlamda tasarruf sahiplerinin tercihlerini belirleyecek ve tasarruflarında meydana gelebilecek değişiklikler konusunda tasarruf sahipleri, ortaklar ve diğer ilgililerin zamanında bilgilendirilmesini temin etmek amacıyla kimi zaman genel kabul görmüş muhasebe kavram, ilke ve standartlarının kullanılmasının, kimi zaman da ihraççılar ve sermaye piyasası kurumlarının konsolide olanlar dahil malî tabloların kamuya açıklanmasının öngörüldüğü, bu düzenlemelerle ihraççıların şirket yönetimi ve geleceğine yönelik risklerinin bertaraf edilerek tasarruf sahipleri, ortaklar ve diğer ilgililerin korunmasının amaçlandığı, ancak davalı idareye yüklenen bu görevin tasarruf sahipleri, ortaklar ve diğer ilgililerin zamanında bilgilendirilmesini temin etme ile sınırlı olup, şirketlerin yönetim ve sorumluluk esaslarının belirlenmesine ve karar olma yöntemine ilişkin kuralları ve serbestiyi ortadan kaldırmaması gerektiği, nitekim Türk Ticaret Kanununun 336. maddesinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk halleri düzenlenmiş olduğu, davalı idarece öngörülen yükümlülükleri yerine getiren yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının kalktığını söylemenin mümkün olmadığı, Sermaye Piyasasında Malî Tablo ve Raporlara İlişkin Tebliğde açıklandığı üzere, malî tabloların düzenlenmesi sırasında şarta bağlı olayların dikkate alınması zorunlu ise de, şarta bağlı zararın tahmin edilebilmesi halinde tahakkuk ettirilmesi ve malî tablolara yansıtılması gerektiği, tutarı belli edilemeyen zararların ise dipnotlarda açıklanabileceğinin öngörüldüğü, malî tablolarda gösterilecek ve karşılık ayrılacak zararların, şirket bilançosunda değişiklikler yapacağı, kâr - zarar durumunu etkileyeceği ve piyasaya sunulan hisse senetlerinin değerini etkileyeceği gözönüne alındığında şarta bağlı zararların "muhtemel" niteliğinin titizlikle irdelenmesi gerektiğini ortaya koymakta olup şirket aleyhine açılan her davanın şarta bağlı zarar kabul edilmesinin davalı idarece yapılan düzenlemelerin özüne aykırılık oluşturduğu, davacı şirket tarafından Manavgat Barajı HES tesislerinin inşa edilip işletilmesi ve buna karşılık taşkın tesislerinin masraflarından kurtulan DSİ tarafından ödenecek kamulaştırma masraflarının Bakanlar Kurulu kararı ve taraflar arasında imzalanan protokol uyarınca bölüştürülmesi öngörüldüğünden tarafların yaptığı masrafların bütünüyle belirlenmesi ve borçlu olan tarafın ortaya konulmasından sonra mahsuplaşma işleminin yapılmasının mümkün olduğu, davalı idarenin ihraççılar aleyhine açılmış alacak davalarına konu muhtemel zararların bilançoda gösterilmesi ve karşılık ayrılmasını isteme yetkisi bulunmakla beraber bu yetkinin kullanımında zararın niteliğinin incelenmesi, dipnotlarda gösterilecek nitelikte bir zarar olup olmadığının veya "özel durum açıklama" yoluyla tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunması gerekirken, miktarını DSİ Genel Müdürlüğünün belirlediği alacak davasındaki miktarın doğrudan doğruya muhtemel zarar kabul edilerek malî tablolarda gösterilmesi ve karşılık ayrılması gerektiği yolundaki dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.

Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki temyize konu Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 25.12.2002 tarihli ve E: 2002/330, K:2002/1816 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin 1.fıkrasında sayılan

bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan Mahkeme kararının onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 25.04.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DÜZENLEYİCİ – GENEL İŞLEMLER

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No :2005/213
Karar No :2005/1558

Özeti : Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi ve 3984 sayılı Yasa'da, tedavi ve rehabilitasyon kurum ve kuruluşların verdikleri hizmetlerin reklamının yapılamayacağına ilişkin bir sınırlama bulunmadığı halde, dava konusu yönetmelik hükmü ile dayanağı üst hukuk kurallarına aykırı düzenleme yapılmasında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında.

Davacı **:** … Sağlık Hizmetleri A.Ş.
Vekili **:** Av. …
Davalı **:** Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
Vekili **:** Av. …
İstemin Özeti **:** 17.4.2003 tarih ve 25082 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik"in 21.maddesinin (d) fıkrasının iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: 3984 sayılı Yasa ve Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi ve anılan Sözleşmeye değişiklik getiren Protokole uygun düzenleme içeren Yönetmelik hükmünde hukuka aykırılık bulunmadığı,davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Erkan DEMİRTAŞ'ın Düşüncesi: Hem Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi, hem de 3984 sayılı Yasa'da"Tedavi ve rehabilitasyon kurum ve kuruluşlarının verdikleri hizmetler"in reklâmlarının yapılamayacağına ilişkin bir sınırlama bulunmadığı halde, dava konusu Yönetmelik hükmü ile dayanağı üst hukuk kurallarına aykırı düzenleme yapılarak reçete ile satışına izin verilen ilaç ve tedavilerin reklâmına getirilen yasaklama genişletilerek, dürüst, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacak ve ferdin zarardan korunması gereklerine uygun şekilde reklamı mümkün, tedavi ve rehabilitasyon kurum ve kuruluşlarının verdikleri hizmetlerin de yasak kapsamına alınmasında hukuka uyarlık bulunmadığından, dava konusu düzenlemenin iptali gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Zümrüt ÖDEN'in Düşüncesi: Dava, 17.4.2003 günlü 25082 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin, "Reklamı, Tele-Alış Veriş Yayını ve Program Desteklemesi Yasaklanan Ürün ve Hizmetler" başlıklı 21. maddesinin (d) fıkrasında yer alan; "Tedavi ve rehabilitasyon kurum ve kuruluşlarının verdikleri hizmetler" kuralının, 3984 sayılı Kanunun 22. maddesine, Özel Hastaneler Yönetmeliğin 60. maddesine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istemiyle açılmıştır.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun "Belirli Ürünlerin Reklamları" başlıklı 22. maddesinde, alkol ve tütün ürünleri reklamına izin

verilmeyeceği, reçete ile satışına izin verilen ilaç ve tedavilerin reklamının yapılamayacağı, diğer ilaç ve tedavilerin reklamlarının dürüst, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacak ve ferdin zarardan korunması gereklerine uygun olacağı belirtilmiştir.

Buna göre, dava konusu edilen ve tedavi ve rehabilitasyon kurum ve kuruluşlarının verdikleri hizmetlere reklam yasağı getiren kural, anılan kuruluşların yürüttükleri sağlık hizmeti ve tedavinin ancak doktor denetiminde ve reçete ile satılan ilaçlarla mümkün bulunduğundan Kanuna aykırı düşmemektedir.

Bu nedenle, insan sağlığı gibi çok önemli bir konuda, ilaçların kötü amaçla tüketilmesini önlemek ve bireyin koruması açısından getirilen reklam yasağında hukuka aykırı bir husus saptanmadığından davanın reddi gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü;

Dava, 17.04.2003 tarih ve 25082 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik'in "Reklamı Tele-Alışveriş Yayını ve Program Desteklemesi Yasaklanan Ürün ve Hizmetler" başlıklı 21. maddesinin "tedavi ve rehabilitasyon kurum ve kuruluşlarının verdikleri hizmetler"e ilişkin reklam ve tele-alışveriş yayını yapılamayacağını öngören (d) bendinin iptali istemiyle açılmıştır.

3894 sayılı Yasa'nın kapsamı ile 8. maddesinin (p) bendinde yer alan, "bu Kanun ve Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi ilkelerine uygun biçimde çalışma ve faaliyetleri ile ilgili yönetmelikler hazırlamak" Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun görevleri arasında sayılmıştır.

04.11.1993 tarih ve 3915 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ve Bakanlar Kurulunca 22.11.1993 tarih ve 93/5038 sayılı kararla onaylanan "Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi"nin 15.maddesinin 1. fıkrasında, Tütün ürünleri reklâmlarına izin verilmeyeceği;

3. fıkrasında, ileten taraf ülkesinde sadece reçete ile satışına izin verilen ilaç veya tedavilerin reklâmının yapılmayacağı;.4. fıkrasında, diğer ilaç ve tedavilerin reklâmlarının, dürüst, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacağı ve kişinin zarardan korunma gereklerine uygun olacağı kurala bağlanmıştır.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun "Belirli Ürünlerin Reklamları" başlıklı 22. maddesinde, alkol ve tütün ürünleri reklamına izin verilmeyeceği, reçete ile satışına izin verilen ilaç ve tedavilerin reklamının yapılamayacağı, diğer ilaç ve tedavilerin reklamlarının dürüst, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacak ve ferdin zarardan korunması gereklerine uygun olacağı hükmüne yer verilmiştir.

Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesini Değiştiren Protokol 01.03.2002 tarihinde yürürlüğü girmiş, söz konusu Protokolün onaylanması 15.07.2003 tarih ve 4936 sayılı Yasa ile uygun bulunmuştur. Bu değişiklik getiren Protokolle 15. maddeye 5. Fıkra eklenmiş ve " İlaçlar ve tıbbi tedavi için tele- alışverişe izin verilmeyecektir." kuralı getirilmiştir.

Özel Hastaneler Yönetmeliğinin Reklam ve Tanıtım Başlıklı 60. Maddesinde ise; "özel hastaneler, tıbbî deontoloji ve mesleki etik kurallarına aykırı şekilde, insanları yanıltan ve yanlış yönlendiren, ruhsatında yazılı kabul ve tedavi ettiği uzmanlık dallarından başka hastaları tedavi ettiği intibaını uyandıran, diğer hastaneler aleyhine haksız rekabet yaratan davranışlarda bulunamazlar ve bu mahiyette reklam ve tanıtımlar yapamazlar. Özel hastaneler, ruhsatında kayıtlı ismi dışında başka bir isim kullanamaz ve böylece faaliyet gösteremezler.

Rekabetin korunması ve haksız rekabet ile ilgili diğer mevzuat hükümleri saklıdır kuralı bulunmaktadır."

Anayasa'nın 124. maddesi gereği Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla yönetmelikler çıkarabileceği açıktır. Yönetmelikler, yasa tekniğine uygun olmaması ve güçlükler bulunması nedeniyle yasal düzenlemelerde yer almayan ancak idarenin işleyişi ve kamu yararı için önceden belirlenmesi zorunlu bulunan teknik konu ve ayrıntıları yasal çerçeve içerisinde kalmak koşuluyla düzenleyebilir. Kamu idaresi tarafından görev alanına giren konularda yönetmelikler yapılırken dayanağı yasanın bütününe bağlı kalınması zorunlu olduğu gibi yasayı ve yasanın amacını aşar veya yasa konusu alanlara girer nitelikte düzenleme yapma olanağı da bulunmamaktadır.

Yukarıda yer verilen düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, hem Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi, hem de 3894 sayılı Yasa'da" Tedavi ve rehabilitasyon kurum ve kuruluşlarının verdikleri hizmetler"in reklâmlarının yapılamayacağına ilişkin bir sınırlama bulunmadığı halde, dava konusu Yönetmelik hükmü ile dayanağı üst hukuk kuralarına aykırı düzenleme yapılarak reçete ile satışına izin verilen ilaç ve tedavilerin reklâmına getirilen yasaklamanın genişletilerek, dürüst, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacak ve ferdin zarardan korunması gereklerine uygun şekilde reklamı mümkün olan tedavi ve rehabilitasyon kurum ve kuruluşlarının verdikleri hizmetlerin de yasak kapsamına alındığı görülmektedir.

Belirtilen bu duruma göre, dava konusu Yönetmeliğin düzenleniş amacına aykırı olarak ,üst hukuk kurallarında öngörülen çerçeve ve yetkiyi aşar nitelikte düzenleme getirildiği, bu haliyle de hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, davalı idare tarafından referans olarak sunulan 89/552 EEC sayılı " Sınır Tanımayan Televizyon Direktifi'nin 97/36 Ec sayılı 30 Haziran 1997 tarihinde yapılan değişiklik sonrası halinde de dava konusu yönetmelik hükmüne dayanak alınabilecek bir düzenleme bulunmadığı gibi, Özel Hastaneler Yönetmeliğindeki düzenlemenin de dava konusu Yönetmelik düzenlemesinin nedeni olamayacağı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu " Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik" in 21. maddesinin (d) fıkrasının iptaline, aşağıda dökümü yapılan 66,35 -YTL yargılama gideri ile kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 350.00.-YTL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacı vekiline verilmesine,artan 16,00 YTL posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, 16.03.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2005/216
Karar No : 2005/1578

Özeti : Çevre Bakanlığı tarafından cep telefonu baz istasyonlarının yer seçimine yönelik olarak düzenlenen 22.08.2001 tarih ve 2001/19 sayılı Genelge'nin ve bu genelge'nin dayanağı bulunan 12.07.2001 tarih ve 24460 sayılı Resmi Gazete'de Telekomünikasyon Kurumu tarafından yayımlanan 10 KHz-60 GHz Frekans Bandında Çalışan Sabit Telekomünikasyon Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddeti Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Ölçüm Yöntemleri ve Denetlenmesi

Hakkında Yönetmeliğin iptali istemiyle açılan davada;

1- Kendi görev alanı ile doğrudan ilgili bulunması nedeniyle Telekomünikasyon Kurumu'nun dava konusu Yönetmeliği çıkarmada yetkili bulunduğu;

2- Yönetmeliğin 5. maddesiyle, gerek cep telefonlarının gerekse bunların çalışmasını sağlamak üzere kurulan baz istasyonlarının elektromanyetik kirliliğe sebep olması nedeniyle, insan ve çevre sağlığına etkisini en aza indirebilmek üzere saptanan güvenlik mesafesi formülü gözönünde bulundurularak, bu süreçte kurum tarafından ayrıca uzman bir kurul olan mahalli çevre kurullarından da görüş alınarak baz istasyonunun yer seçiminin yapılmasının amaçlandığının anlaşılması karşısında, 406 ve 2813 sayılı Kanunlara aykırılık, bu itibarla çevre sağlığının korunması amacıyla Çevre Bakanlığı'nın yasal yetkisi çerçevesinde tesis edilen genelgede de hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında.

Davacı **:** Çankaya Belediye Başkanlığı - ANKARA
Vekii **:** Av. ...
Davalılar **:** 1-Çevre Bakanlığı
2-Telekomünikasyon Kurumu
Vekili **:** Av. ...

İstemin Özeti **:** Çevre Bakanlığı tarafından cep telefonu baz istasyonlarının yer seçimine yönelik olarak düzenlenen 22.08.2001 tarih ve 2001/19 sayılı Genelge'nin ve bu Genelge'nin dayanağı bulunan 12.07.2001 tarih ve 24460 sayılı Resmi Gazete'de Telekomünikasyon Kurumu tarafından yayımlanan 10 KHz-60 GHz Frekans Bandında Çalışan Sabit Telekomünikasyon Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddeti Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Ölçüm Yöntemleri ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliğin; 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesinde yapının tanımının yapıldığı, buna göre cep telefonu baz istasyonlarına ait konteynırların yapı olarak değerlendirilmesi gerektiği, anılan Kanun'un ilgili maddesinde de imar planlarının onayı hususunda yetki ve sorumluluğun düzenlendiği, buna göre, cep telefonu baz istasyonlarının yer seçiminin, belediye sınırları içerisinde bulunması halinde imar planları ile belirlenerek ilçe belediye meclisi kararı ile uygun görülmesi gerektiği, belediyelerin İmar Kanunu ve 3030 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ve bu Kanun'lar uyarınca çıkarılan yönetmelik hükümleri ile verilmiş olan yetkilerinin dava konusu Yönetmelik ve Genelge ile geri alındığı, yer seçiminin belediyeler, Çevre Bakanlığı ve Telekomünikasyon Kurumu'nun yasaların verdiği yetki çerçevesinde koordinasyon sağlanarak belirlenmesi gerektiği bu şekilde bir koordinasyon sağlanmadan baz istasyonu kurulabileceği yönündeki Yönetmelik'te hukuka uyarlık bulunmadığı ileri sürülerek iptalleri istenilmektedir.

Çevre Bakanlığı'nın Savunmasının Özeti: Dava konusu Yönetmeliğin 5. maddesi hükmüne dayanılarak mahalli çevre kurullarında yürütülecek çalışmalara ilişkin usul ve esasların Bakanlık ve Telekomünikasyon Kurumu arasında imzalanan protokolle belirlenerek, dava konusu Genelge ile gereğinin yapılması için valiliklere gönderildiği, 08.03.1993 tarih ve 21518 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Çevre Bakanlığı Mahalli Çevre Kurulları Çalışma Esas ve Usulleri Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve 9. maddesine Bir Fıkra Eklenmesine İlişkin Yönetmelikle mahalli çevre kurullarında yer alan

kurum ve kuruluş temsilcilerinin belirlendiği, büyükşehirlerde büyükşehir belediye başkanının, diğer illerde ise, belediye başkanının mahalli çevre kurulunun üyesi olduğu, bu durumda davacı Belediye'nin, baz istasyonlarının yer seçimi konusunda yetkili olmadıkları iddiasının mesnetsiz olduğu öne sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Telekomünikasyon Kurumu'nun Savunmasının Özeti: Davanın öncelikle süre yönünden reddi gerektiği, baz istasyonlarının teknik özelliği gereği önceden nereye kurulacağının belirlenerek imar planlarında yer almasının mümkün olmadığı, kaldı ki, baz istasyonunun yapı kavramı içinde değerlendirilemeyeceği için imar planında yer alma zorunluluğunun da bulunmadığı, aynı konuda birkaç kurumun yetkili sayılmasının, herbirinin farklı düzenlemeler yapmasının, uygulamada karışıklığa sebep olabileceği, hizmetin verilmesine engel olarak telekomünikasyon sektörünü tıkayabileceği, 4502 sayılı Kanun'la böyle bir karmaşaya yol açmamak için telsiz haberleşmesi ve telekomünikasyon hizmetleri ve altyapısı alanında düzenleme yapma, denetleme ve idari yaptırım uygulama yetkilerinin tamamının artık Kurum'a verildiği, dava konusu Yönetmelik'le kanunların Kurum'a verdiği yetkilerin kullanıldığı, başka bir kurumun yetkisini ortadan kaldırmadığı gibi, bu kurumların yerine geçerek herhangi bir işlem de yapılmadığı, Yönetmelik'de ruhsata tâbi bir baz istasyonu hakkında, ruhsat alınmamasına neden olacak ve belediyenin yetkisini kullanmasını engelleyecek bir hüküm bulunmadığı, Yönetmeliğin yer seçimi konusunda il mahalli çevre kurullarında, aralarında belediye temsilcisinin de yer aldığı tecrübeli ve yeterli sayıda personelin bulunduğu iddiasıyla hukuki dayanaktan yoksun olan davanın usul ve esastan reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Ahmet EĞERCİ'nin Düşüncesi: Davalı Telekomünikasyon Kurumu'nun görev alanıyla ilgili olarak hazırladığı Yönetmeliğin 5. maddesiyle, gerek cep telefonlarının gerekse bunların çalışmasını sağlamak üzere kurulan baz istasyonlarının elektromanyetik kirliliğe sebep olması nedeniyle insan ve çevre sağlığına etkisini en aza indirebilmek üzere saptanan güvenlik mesafesi formülü gözönünde bulundurularak, bu süreçte Kurum tarafından ayrıca uzman bir kurul olan mahalli çevre kurullarından da görüş alınarak baz istasyonunun yer seçiminin yapılmasının amaçlandığının anlaşılması karşısında, Yönetmeliğin dava konusu 5. maddesinin 406 ve 2813 sayılı Kanunlara aykırı bir yönü bulunmadığı gibi, çevre sağlığının korunması amacıyla Çevre Bakanlığı'nın yasal yetkisi çerçevesinde tesis edilen Genelge'de de hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Diğer yandan davacı baz istasyonlarının konteynırlerının yapı niteliğinin bulunması nedeniyle ruhsata tâbi olduğundan bahisle Yönetmeliğin 5. maddesinin 3194 sayılı Kanuna aykırı olduğunu ileri sürmekte ise de; 02.07.2004 tarih ve 25510 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesiyle 406 sayılı Kanun'a eklenen ek 35. maddesiyle getirilen hüküm karşısında yerinde bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı M. İclal Kutucu'nun Düşüncesi: Dava, 12.7.2001 günlü ve 24460 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "10 KHZ-G0 GHZ Frekans Bandında Çalışan Sabit Telekomünikasyon Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddeti Limit Değerlerinin Belirlenmesi Ölçüm Yöntemleri ve Denetlemesi Hakkında Yönetmelik" ile bu yönetmeliğin 5.maddesine dayanılarak cep telefonu baz istasyonlarının yer seçimine yönelik olarak Çevre Bakanlığı tarafından 22.8.2001 tarihinde çıkarılan 2001-19 sayılı genelgenin iptali istemiyle açılmıştır.

10 KHZ- 60 GHZ frekans bandında çalışan ve elektromanyetik alan oluşturan sabit telefon cihazlarının teknik özellikleri, oluşturduğu elektromanyetik alan limit değerlerinin ölçüm yöntemleri yanısıra kuruluş yeri, montajı ve denetlemesine ait hususları belli bir hukuk disiplini altına almayı ve elektromanyetik kirliliği en aza indirmeyi amaçlayan dava konusu yönetmelik, 4502 sayılı Kanunla değişik 2813 sayılı Telsiz Kanununun 5.maddesi ve 7.maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun, ek

27.maddesinin Telekomünikasyon Kurumuna tanıdığı görev ve yetkilere dayanarak çıkartılmış olup bu Yönetmeliğin 5.maddesinin son fıkrasında "Ancak yer seçimi yapılırken, kurum, İl Mahalli Çevre Kurullarının görüşünü alır. Bu kurullarda konu hakkındaki görüşlerini, kurumun talebi üzerine; gerekçeleri ile birlikte bir hafta içinde bildirir" şeklindeki düzenlemede belediyelerin imar mevzuatından kaynaklanan yetkilerini sınırlamadığı gibi belediyeler yerine geçerek bir işlemin tespitine imkan vermediğinden davacının ortada yetki gaspı ve yokluk bulunduğu şeklindeki iddiasında isabet bulunmamaktadır.

Dava konusu yapılan ve Çevre Bakanlığı tarafından çıkarılan 22 Ağustos 2001 günlü 2001/19 sayılı genelgeye gelince, yönetmeliğin 5.maddesine dayanılarak Mahalli Çevre Kurullarında yürütülecek çalışmalara ilişkin usul ve esasların Çevre Bakanlığı ve Telekomünikasyon Kurumu arasında imzalanan protokolle belirlendiği açıklanarak, protokolde yer alan hususlar belirtilmiştir. Buna göre işletici-işletmeci sisteme ait tüm ekipmanları kapsayan güvenlik mesafesi hesabını, sisteme ait koordinatları, sistemin kurulacağı alanın çevresindeki yapıları ve boyutları gösterir krokiyi, sistem adresini , yayın patentini ve Yönetmelik gereği ihtiyaç duyulan diğer bilgileri içeren dosyayı kuruma takdim edeceğine, Yönetmeliğe uygun bulunan dosyaların kurumun görüşü ile birlikte Mahalli Çevre Kurullarında görüşülmek üzere ilgili Valiliklere ileteceğine, Mahalli Çevre Kurulu gerek duyduğunda ilave bilgileri kurumdan isteyeceğine ilişkin hususların düzenlendiği ve baz istasyonlarının insan ve çevre sağlığını en az etkileyecek yerlerde kurulmasının sağlanmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır.

Cihazların yer seçiminde, İl Mahalli kurum kuruluş ve idare temsilcilerinden oluşan Çevre Kurumu tarafından yapılacak çalışmalar sonucuna göre sabit telekomünikasyon cihazlarının kurulup kurulmaması yönünde görüş bildirilmesine ilişkin hususları düzenleyen işlemde mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.

Bu durumda, elektromanyetik kirliği en aza indirmek amacıyla Telekomünikasyon kurum tarafından düzenlenen yönetmelikte ve bu yönetmeliğin 5.maddesinin son fıkrasına dayanılarak Çevre Bakanlığı tarafından çıkarılan genelgede hizmet gereklerine ve hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan 10 KHz-60 GHz frekans bandında çalışan sabit telekomünikasyon cihazlarının kapladığı alanda yapılaşma olması halinde belediyelerin imar mevzuatı ile ilgili hükümlerin uygulayacağı kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle yasal dayanağı bulunmayan davanın reddinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Çevre Bakanlığı tarafından cep telefonu baz istasyonlarının yer seçimine yönelik olarak düzenlenen 22.08.2001 tarih ve 2001/19 sayılı Genelge'nin ve bu Genelge'nin dayanağı bulunan 12.07.2001 tarih ve 24460 sayılı Resmi Gazete'de Telekomünikasyon Kurumu tarafından yayımlanan 10 KHz-60 GHz Frekans Bandında Çalışan Sabit Telekomünikasyon Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddeti Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Ölçüm Yöntemleri ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliğin iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı Telekomünikasyon Kurumu'nun süre itirazı yerinde görülmemiştir.

Davacı tarafından, dava konusu Yönetmeliğin Çevre Bakanlığı, Telekomünikasyon Kurumu ve belediyelerin birlikte koordinasyonu sağlanarak çıkarılması gerektiği ileri sürülerek tüm maddelerinin iptali istenilmekte ise de; uyuşmazlığın belirtilen iddia ve Yönetmeliğin 5.maddesinde düzenlenen baz istasyonunun kuruluş yerinin belirlenmesi hususuna ilişkin bulunduğu anlaşıldığından, dava konusu Yönetmelik yetki yönünden ve 5. maddeyle sınırlı olarak incelenmiştir.

Anayasa'nın 124. maddesinde; "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler." hükmü yer almıştır.

29.01.2000 tarihli, 23948 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4502 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile değişik 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun 5. maddesiyle; bu Kanun ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nda belirtilen genel esaslar çerçevesinde, Kanunlarla öngörülen yetki ve sorumlulukları uygulamak ve verilen diğer görevleri yapmak üzere kamu tüzel kişiliğini ve idari ve mali özerkliği haiz özel bütçeli "Telekomünikasyon Kurumu" kurularak, Türk telekomünikasyon sektöründe genel anlamda düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama görevleri verilmiştir.

2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun, 4502 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile değişik 7. maddesinde, Telekomünikasyon Kurumu'nun görevleri belirlenmiş olup, birinci fıkranın (j) bendinde; "Telsiz haberleşmesi ve telekomünikasyon hizmetleri ve altyapının işletimi ile ilgili olarak görev alanına giren konularda yönetmelik çıkartmak veya diğer idari işlemleri yapmak, işletmeciler, aboneler, kullanıcılar ve Türk telekomünikasyon sektörünü etkileyen tüm gerçek ve tüzel kişilerin ilgili mevzuata uymasını denetlemek, bu hususta ilgili makamları harekete geçirmek ve gereken hallerde kanunlarda öngörülen yaptırımları uygulamak", Kurum'un görevleri arasında sayılmış ve maddenin ikinci fıkrasında, Kurum'un, telekomünikasyon hizmetleri ve altyapısı ile ilgili yönetmeliklerin ve diğer genel idari işlemlerin yayınlanmasından önce ilgili tarafların görüşlerini bildirmesine imkan verebilmek için gerekli tedbirleri alacağı öngörülmüştür.

Diğer yandan, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesini ve telekomünikasyon altyapısı, tesisi ve işletilmesini düzenleyen 406 sayılı Kanun'un, 4502 sayılı Kanun ile değişik 1. maddesinde, "telekomünikasyon" un tanımı; her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro manyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması şeklinde; "telekomünikasyon altyapısı işletimi" nin tanımı; ilgili altyapıya ilişkin gerekli telekomünikasyon tesislerinin kurulması, kurdurulması, kiralanması veya herhangi bir surette temin edilmesi ile bu tesisin diğer işletmecilerin veya talep eden diğer gerçek ve tüzel kişilerin kullanımına sunulması şeklinde; "telekomünikasyon hizmeti"nin tanımı da; telekomünikasyon tanımına giren faaliyetlerin bir kısmının veya tümünün hizmet olarak sunulması şeklinde yapılmıştır.

Bu arada, 23.05.2001 tarihli, 24410 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4673 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 406 sayılı Kanun'a Ek 27. madde eklenmiş ve bu maddenin birinci fıkrasında, "Bu kanunda ve diğer mevzuatta Ulaştırma Bakanlığına, görev sözleşmesi veya imtiyaz sözleşmesi yapma veya telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin verme yetkisi ile bu yetkiye ilişkin yapılacak düzenlemeler ile ilgili her türlü göreve yönelik yapılan atıflar Kuruma yapılmış sayılır." hükmüne yer verilerek, Telekomünikasyon Kurumu'nun yetkileri genişletilmiştir.

4502 sayılı Kanun'la değişik 2813 sayılı Kanun ve 406 sayılı Kanun'un ilgili maddelerine dayanılarak Telekomünikasyon Kurumu tarafından hazırlanıp, 12.07.2001 tarihli, 24460 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulan "10 KHz-60 GHz Frekans Bandında Çalışan Sabit Telekomünikasyon Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddeti Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Ölçüm Yöntemleri ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik" ile; elektromanyetik alan oluşturan sabit telekomünikasyon cihazlarının kuruluş yeri, montajı ve denetlenmesine ait hususları; elektromanyetik alan limit değerlerini; ölçüm yöntemlerini ve ölçüm yapacak kuruluşları; ölçüm sonuçları elektromanyetik alan şiddeti limit değerlerine uygun olmayan, sabit telekomünikasyon cihazlarının limit değerlere uygun hale getirilmesine ilişkin, usul ve esasları ve bunlara uyulmaması halinde uygulanacak müeyyideleri belirlemek amaçlanmıştır.

Kamu tüzel kişiliğine haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu kurumu olan Telekomünikasyon Kurumu'nun, 4502 sayılı Kanun'la değişik 2813 sayılı Kanun ve 406 sayılı Kanun'un kendisine tanıdığı görevlerle ilgili olarak yönetmelik çıkarma yetkisi bulunduğu tartışmasızdır.

Kurum tarafından çıkarılan dava konusu Yönetmeliğin, düzenleniş amaçları ve kapsamı itibariyle, telekomünikasyon hizmeti ve telekomünikasyon altyapısı işletimi ile doğrudan ilgili bulunduğu; sabit telekomünikasyon cihazlarının kuruluşunu, teknik özelliklerini, işletilmesini, oluşturduğu elektromanyetik alan limit değerlerini, ölçüm yöntemlerini, denetimlerini düzenleyerek bu cihazları belli bir hukuk disiplini altına aldığı ve böylece sabit telekomünikasyon cihazları ile ilgili getirdiği düzenlemenin Kurum'un görev alanına girdiği sonucuna ulaşılmıştır.

Ayrıca Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 17.01.2003 tarihli, Y.D. İtiraz No:2002/1004 sayılı kararıyla saptandığı üzere, dava konusu yönetmeliğin yürürlüğe konulmadan önce, hazırlık aşamasında Telekomünikasyon Kurumu tarafından, Çevre Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Ulaştırma Bakanlığı da dahil olmak üzere, diğer ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Yönetmelik taslağının birçok kez müzakere edilerek, bu kurum ve kuruluşlara kendi mevzuatları ile belirlenen görev alanları ile ilgili görüş bildirmelerine imkan tanındığı ve en son Başbakanlığın koordinasyonu ile ilgili Bakanlık ve kuruluşlarca müzakere edilerek Yönetmeliğe nihai şeklinin verildiği görülmüştür.

Bu durumda, davaya konu Yönetmeliğin çıkarılması konusunda, kendi görev alanı ile doğrudan ilgili bulunması nedeniyle Telekomünikasyon Kurumu'nun yetkili bulunduğu ve sözkonusu Yönetmeliğin Çevre Bakanlığı, Telekomünikasyon Kurumu ve belediyeler ile müşterek hazırlayıp müşterek çıkarılarak yayımlanmasını gerektirecek bir yasal zorunluluktan da sözedilemeyeceği açık olup, davacının yetki itirazı yerinde görülmemiştir.

Davacı uyuşmazlığın esası ile ilgili olarak, kurulan/kurulacak baz istasyonları konteynerlerinin yapı olduğunu ve ruhsata tâbi olması gerektiğini ileri sürmektedir.

Dava konusu Yönetmeliğin 5. maddesinde, bu Yönetmelik kapsamındaki sabit telekomünikasyon cihazlarından; Radyo-TV verici cihazları için Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun, diğer cihazlar için Kurum tarafından verilen sistem kurma izinlerinde ve/veya onaylı yatırım planında belirtilen bölgelerde ve sayıda kurulacağı, kuruluş yerinin Yönetmeliğin 6.maddesinde hesaplanan güvenlik mesafesinde ve işletmecilerin kontrolü dışında yetkisiz kişilerin kolayca erişebileceği balkon ve teras gibi yerlerin dışında seçileceği, ancak yer seçimi yapılırken, Kurum'un il mahalli çevre kurullarının görüşünün alınacağı, bu kurulların konu hakkındaki görüşlerini, Kurum'un talebi üzerine gerekçeleriyle birlikte bir hafta içinde bildireceği kurala bağlanmıştır.

Yönetmeliğin 6. maddesinde ise, güvenlik mesafesinin nasıl hesaplanacağına ilişkin formül belirtilmiş, 7. maddesinde de; işletmecinin bu Yönetmeliğin yürürlüğe girmesine müteakip kuracağı sisteme ait tüm ekipmanları kapsayan projeyi Kurum'a onaylatacağı, Kurum tarafından onaylanan projeye ön izin anlamına gelen güvenlik sertifikasının, güvenlik mesafesi hesabına göre düzenleneceği, yapılacak denetim sonucuna göre bu sertifikanın Kurum tarafından onaylanacağı öngörülmüştür.

Diğer yandan Yönetmeliğin 5. maddesinin son bendinde yer alan "...Ancak yer seçimi yapılırken, Kurum, Mahalli Çevre Kurullarının görüşünü alır. Bu kurullar konu hakkındaki görüşlerini, Kurum talebi üzerine; gerekçeleri ile birlikte bir hafta içinde bildirir." hükmüne dayanarak mahalli çevre kurullarında yürütülecek çalışmalara ilişkin usul ve esaslar Çevre Bakanlığı ve Telekomünikasyon Kurumu arasında imzalanan protokol ile belirlenerek, bu protokolde yer alan hususların Çevre Bakanlığı'nın dava konusu 2001/19 sayılı Genelgesi ile tüm valiliklere duyurulması üzerine, Ankara Valiliği'nce Genelge'ye dikkat çekilerek, Çankaya Belediyesi Başkanlığı'nın baz istasyonlarının yer seçimine yönelik olarak çalışmalarının Genelge doğrultusunda sürdürülmesi istenilmiştir.

Davalı Telekomünikasyon Kurumu'nun görev alanıyla ilgili olarak hazırladığı Yönetmeliğin 5. maddesiyle, gerek cep telefonlarının gerekse bunların çalışmasını sağlamak üzere kurulan baz istasyonlarının elektromanyetik kirliliğe sebep olması nedeniyle insan ve çevre sağlığına etkisini en aza indirebilmek üzere saptanan güvenlik mesafesi formülü gözönünde bulundurularak, bu süreçte Kurum tarafından ayrıca uzman bir kurul olan mahalli çevre kurullarından da görüş alınarak baz istasyonunun yer seçiminin yapılmasının amaçlandığının anlaşılması karşısında, 406 ve 2813 sayılı Kanunlara aykırılık bulunmamaktadır.

Bu itibarla çevre sağlığının korunması amacıyla Çevre Bakanlığı'nın yasal yetkisi çerçevesinde tesis edilen Genelge'de de hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

Diğer yandan davacı baz istasyonlarının konteynırlerının yapı niteliğinin bulunması nedeniyle ruhsata tâbi olduğundan bahisle Yönetmeliğin 5.maddesinin 3194 sayılı Kanuna aykırı olduğunu ileri sürmekte ise de; 02.07.2004 tarih ve 25510 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5189 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesiyle 406 sayılı Kanun'a eklenen ek 35. maddenin 2. fıkrasında, "Elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan direk, kule, kulübe, konteynır, anten, dalga kılavuzu, enerji nakil hattı, alt yapı niteliğindeki tesisler gibi her türlü taşınır, taşınmaz mal ve teçhizat kanun hükümlerine ve Kurum tarafından çıkarılan yönetmeliklere uygun olarak kurulmak ve Kurumdan gerekli izin, ruhsat ve sertifikaları almak şartıyla, 3194 sayılı İmar Kanunu ve İmar Kanununa dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde belirtilen yapı ruhsatiyesine ve yapı kullanma iznine tâbi değildir." hükmü karşısında davacı iddiası yerinde bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca davalı Telekomünikasyon Kurumu avukatı için takdir olunan 350,00 YTL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak sözü edilen davalı idareye verilmesine 18.03.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2005/195
Karar No : 2005/2134

Özeti : **1**- Sermaye Piyasası Kurulu'nun yasa ile verilen yetkilerin kullanımına ilişkin usul ve esasları göstermek amacıyla, yasal çerçeve içinde kalmak ve yasada öngörülen amaç ve yetkileri aşmamak koşuluyla düzenleyici işlemler yapabileceği;

2- Yatırım danışmanlığı ve bu faaliyeti yapacak olan kurumlar ile sermaye piyasasında medya ve elektronik ortam da dahil yatırım tavsiyelerinde bulunacak kişi ve kuruluşlara ilişkin ilke ve esasları düzenlemeye yönelik olarak düzenlenen Seri:V, No:55 sayılı SPK Tebliği'nde hukuka aykırılık görülmediği hakkında.

Davacı **:** … İnteraktif Medya ve Yayın Grubu A.Ş.
Vekili **:** Av. …

Davalı : Sermaye Piyasası Kurulu - ANKARA
Vekilleri : Av. ... - Av. ...
İstemin Özeti : 22.04.2002 tarih ve 24734 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, Seri:V, No:55 sayılı Yatırım Danışmanlığı Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'in basın ve yayın özgürlüğüne aykırı düzenlemeler getirdiği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Dava konusu Tebliğin Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. maddesinin (s) ve (g) bentlerinde tanınan açık yetkiye dayanılarak çıkarıldığı, yasal dayanaktan yoksun davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi Aytaç KURT'un Düşüncesi: 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 1. ve 22. maddesinin (s) ve (g) bentlerindeki düzenlemeler çerçevesinde çıkarılan tebliğde hukuka aykırılık görülmediğinden davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Nevzat ÖZGÜR'ün Düşüncesi: Dava, Sermaye Piyasası Kurulunca çıkarılan ve 22.4.2002 günlü ve 24734 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Seri:V, No:55 sayılı Yatırım Danışmanlığı Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğin iptaline karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

İnternet sitesi aracılığı ile ekonomi ve borsa haberciliği yapan davacı, Tebliğin 18., 19. ve 20. maddelerinde yer alan kuralların basın hürriyetini tahdit ettiğini ve bu nedenle Anayasanın 26. ve 28.maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmektedir.

Dava konusu Tebliğin 1.maddesinde bu Tebliğin amacının yatırım danışmanlığı faaliyeti ve bu faaliyeti yapacak olan kurumlar ile sermaye piyasasında medya ve elektronik ortam da dahil yatırım tavsiyelerinde bulunacak kişi ve kuruluşlara ilişkin ilke ve esasları düzenlemek olduğu belirtilmiştir.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 22.maddesinin (s) bendinde sermaye piyasasında medya ve elektronik ortam da dahil yatırım tavsiyelerinde bulunacak kişi ve kuruluşların uyacakları ilke ve esasları belirlemek Sermaye Piyasası Kurulunun görev ve yetkileri arasında sayıldığından, dava konusu Tebliğin "yönlendirici nitelikteki yorum ve tavsiyelerde bulunması gerekli esaslar" başlıklı 18., "yönlendirici nitelikteki yorum ve tavsiyelerde bilgilendirme yükümlülüğü" başlıklı 19. ve "uyarı notunun yayımlanmasına ilişkin esaslar" başlıklı 20.maddesinde yer alan kuralların bu yasa hükmüne dayandığı açıktır.

Öte yandan, yorum ve tavsiyelerin özenle hazırlanması ve objektif olması, "en sağlam", "en iyi", "en güvenilir" gibi subjektif ve abartılı ifadelere kesinlikle yer verilmemesi, sunulan yorum ve tavsiyelerin güvenilir kaynak, belge , rapor ve analizlerle mutlaka desteklenmesi, sunulan yorum ve tavsiyelerde yararlanılan veri ve kaynaklara, kullanılan analiz yöntemi ile yöntemin varsayımlarına ilişkin bilgiye yer verilmesi ve yönlendirici nitelikteki yorum ve tavsiyelerde Tebliğin 1 nolu ekinde yer alan uyarı notuna yer verilmesi gibi zorunluluklar getiren Tebliğin sözü edilen maddelerinde yer alan kuralların yasa ile Sermaye Piyasası Kuruluna tanınan düzenleme yapma yetkisinin sınırlarını aşan bir niteliği bulunmadığı gibi içeriği itibariyle 2499 sayılı Yasanın amaç ve ilkelerini gerçekleştirmeye yönelik olması bakımından, kamu yararına aykırı bir yönüde bulunmamaktadır.

Bu itibarla, dava konusu Tebliğde yer alan söz konusu hükümlerin Anayasanın 26. ve 28.maddelerine aykırı olduğu yönündeki davacı iddiaları geçerli görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hakiminin raporu ve sözlü açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Dava, 22.04.2002 tarih ve 24734 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, Seri:V, No:55 sayılı Yatırım Danışmanlığı Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar

Hakkında Tebliğ'in basın ve yayın özgürlüğüne aykırı düzenlemeler getirdiği ileri sürülerek iptali istemiyle açılmıştır.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun " Görev ve Yetkiler" başlıklı 22. maddesinin (g) bendinde (Değişik: 15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı Kanun madde 10 ile) Sermaye piyasasını ilgilendiren her türlü iletişim araçları ile yapılan yayın duyuru ve reklamları izlemek ve bunlardan yanıltıcı olduğu tespit edilenleri yasaklamak ve gereği yapılmak üzere ilgili kuruluşlara bildirmek, aynı maddenin (s) bendinde ise (Ek:24.06.1995 - KHK/558, iptal: Ana Mah. 13.11.1995 tarih ve E.1995/45, K.1995/58 sayılı Kararı ile Yeniden Düzenleme: 15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı Kanun md.10) Sermaye piyasasında medya ve elektronik ortam da dahil yatırım tavsiyelerinde bulunacak kişi ve kuruluşların uyacakları ilke ve esasları belirlemek, Sermaye Piyasası Kurulu'nun görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun Yasa ile verilen yetkilerin usul ve esaslarını göstermek amacıyla, yasal çerçeve içinde kalmak ve yasada öngörülen amaç ve yetkileri aşmamak koşuluyla düzenleyici işlemler yapabileceği açıktır.

Dava konusu Tebliğin 1. maddesi ile tebliğin amacı, yatırım danışmanlığı faaliyeti ve bu faaliyeti yapacak olan kurumlar ile sermaye piyasasında medya ve elektronik ortam da dahil yatırım tavsiyelerinde bulunacak kişi ve kuruluşlara ilişkin ilke ve esasları düzenlemek olarak belirlenmiş; 18. maddesinde "Sermaye piyasasında medya ve elektronik ortam da dahil olmak üzere, sermaye piyasası araçları ile bunları ihraç eden ortaklık ve kuruluşlar hakkında ve sermaye piyasası ile ilgili diğer konularda yönlendirici nitelikte yorum ve tavsiyelerde bulunacak kişi ve kuruluşların aşağıdaki esaslara uymaları zorunludur.

a) Yorum ve tavsiyelerin özenle hazırlanması ve objektif olması,

b) Halkı yanıltan ve aldatan, bilgi ve tecrübe eksikliklerini istismar eden tarzda ifadelere kesinlikle yer verilmemesi,

c) " En sağlam", "en iyi", "en güvenilir" gibi subjektif ve abartılı ifadelere kesinlikle yer verilmemesi,

d) Sunulan yorum ve tavsiyelerin güvenilir kaynak, belge, rapor ve analizlerle mutlaka desteklenmesi,

e) Her hangi bir sermaye piyasası aracının halka arzına ilişkin olarak yapılan yorum ve analizlerde, yatırımcıların doğru ve eksiksiz bilgilendirilmesini teminen, yayımlanmışsa izahname ve sirkülerde yer alan bilgilerin kullanılması, aksi takdirde söz konusu halka arza ilişkin ayrıntılı bilgilerin yer aldığı izahname ve sirkülerin yayımlanacağının belirtilmesi,

f) Belli bir getirinin sağlanacağına dair harhangi bir vaad ve/veya taahhütte kesinlikle bulunulmaması,

g) Kurulun faaliyet alanına giren sonuçlanmış ya da sonuçlanmamış konular hakkında yalan, yanlış, yanıltıcı ve mesnetsiz bilgi, haber ve yorum surulmaması,

h) Sunulan yorum ve tavsiyelerin 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun ilke ve esaslarına uygun olması," kuralı yer almıştır.

Tebliğin 19. maddesinde ise "18 inci madde çerçevesinde sunulan yorum ve tavsiyelerde;

a) Hazırlayanın kimliğine ve/veya ticaret unvanına.

b) Yararlanılan veri ve kaynaklara.

c) Sunulan yorum ve tavsiyeleri hazırlayan ve/veya yayımlayan kişi veya kuruluşun basın yayın hizmeti karşılığında alınan olağan ücretler dışında kendisi ve/veya üçüncü şahıslar lehine harhangi bir menfaat temin etmesi halinde menfaat tutarına, yer verilmesi şarttır." düzenlemesine yer verildikten sonra, 20. maddesinde "Yönlendirici nitelikteki yorum ve tavsiyelerde; Tebliğin 1 nolu ekinde yer alan uyarı notuna aşağıdaki esaslara uygun olarak yer verilmesi zorunludur.

a) 3 üncü maddede belirtilen medya tanımı içinde bulunan gazete, dergi ve diğer periyodik yayınlarda yer alan yorum ve tavsiyelerde; yorum ve tavsiyelerle aynı yazı

karakterinde ve punto büyüklüğünde olmak kaydıyla, uyarı notuna dikkat çekici bir şekilde tavsiyenin yer aldığı metnin sonunda yer verilmesi,

b) 3 üncü maddede belirtilen elektronik ortam tanımı içinde yer alan bilgisayarla oluşturulan iletişim ağları vasıtasıyla sunulan yorum ve tavsiyelerde; yorum ve tavsiyelerle aynı yazı karekterinde ve punto büyüklüğünde olmak kaydıyla, uyarı notunun yorum ve tavsiyelerin yer aldığı sayfanın görüntülenmesi öncesinde ve dikkat çekici bir şekilde görüntülenmesi,

c) 3 üncü maddede belirtilen elektronik ortam tanımı içinde yer alan televizyon ve radyo gibi her türlü görsel ve işitsel kitle iletişim aracı vasıtasıyla sunulan yorum ve tavsiyelerde; uyarı notunun radyo da programın başında ve sonunda bir defa okunması; televizyon ekranında ise uyarı metnine, rahatlıkla okunabilmesini teminen ekranın bütününü kapsayacak şekilde olmak kaydıyla, programın başında ve sonunda 30 saniye süreyle yer verilmesi, ayrıca program süresince okumayı güçleştirmeyecek biçimde akan bir bant olarak iki defa sunulması" kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; Sermaye Piyasası Kanunu ile Sermaye Piyasası Kurulu'nca verilen yetkiler çerçevesinde 2499 sayılı Yasa'nın 22. maddesinin (g) ve (s) bentleri uyarınca belirlenen ilkeler uyarınca yatırım danışmanlığı ve bu faaliyeti yapacak olan kurumlar ile sermaye piyasasında medya ve elektronik ortam da dahil yatırım tavsiyelerinde bulunacak kişi ve kuruluşlara ilişkin ilke ve esasları düzenlemeye yönelik olarak dava konusu Tebliğin düzenlendiği, düzenleme ile 2499 sayılı Yasa'da öngörülen amaç ve ilkelerin gerçekleştirilmesinin amaçlandığı, yasayı aşan bir nitelik taşımadığı, basın ve yayın özgürlüğünü engelleyecek hükümler içermediği 2499 sayılı Yasa'ya ve hukuka uygun bulunduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle hukuki dayanağı bulunmayan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca davalı idare vekili için belirlenen 350,00.-YTL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, 19.04.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGILAMA USULÜ

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onüçüncü Daire
Esas No : 2005/208
Karar No : 2005/1561

Özeti : İdari yargıda "tespit" ve "yorum" davası adı altında dava türleri bulunmadığından, herhangi bir iptal talebi bulunmaksızın sadece söz konusu yönetmelik değişikliğinin, anayasaya, yasalara ve yargı kararlarına uygun olup olmadığının tespitinin ve yorumunun yapılması isteminin incelenmesine olanak bulunmadığı hakkında.

Davacı **:** … Radyo ve Televizyon Ticaret A.Ş.adına …
Karşı Taraf **:** Radyo ve Televizyon Üst Kurulu - ANKARA
Vekili **:** Av. …
Davanın Özeti **:** 22.01.2003 tarih ve 25001 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan

"Radyo ve Televizyon Kuruluşlarına Kanal veya Frekans Tahsisi Şartları ve Bunlara İlişkin İhale Usulleri İle Yayın ve İzni Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik "in bazı maddelerinin Anayasaya, Yasalara ve bazı mahkeme kararlarına uygun olup olmadığının tespit ve yorumunun yapılması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Dava dilekçesindeki talebe göre, davanın iptal davası olmadığı iptal davası olduğu kabul edilse dahi, Yönetmelik hükümleri kamu yararını ilgilendirdiğinden hukuka aykırılık bulunmadığı ve davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Erkan DEMİRTAŞ'ın Düşüncesi: İdari yargıda tespit ve yorum davası olarak bir dava türü bulunmadığından, herhangi bir iptal istemi bulunmaksızın bir Yönetmeliğin bazı maddelerinin Anayasaya, Yasalara ve yargı kararlarına uygun olup olmadığının tespit ve yorumunun yapılması istemiyle açılan davanın incelenmeksizin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mehmet KARAOĞLU'nun Düşüncesi: 22.01.2003 tarihli İzin Lisans ve Asgari Şartlar yönetmeliğinin değişiklik maddelerinin, Anayasa ve yasalara ve mahkeme kararlarına uygun olup olmadığının tesbitinin ve yorumunun yapılması istenilmektedir.

Davalı idare tarafından; dava dilekçesine göre talebin iptal davası olmadığı, dava iptal davası olarak kabul edilse dahi hukuki dayanağının bulunmadığı ileri sürülmüş; davacının 01.08.2003 günlü 2. dilekçesinde ise, istemlerinin idarece iptal davası gibi görüldüğü, oysa "tesbit ve yorum" davası açtıkları ve bu yolla idarenin yanlış uygulamasının önüne geçmeyi istedikleri öne sürülmüş bulunmaktadır.

2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde, idari dava türleri, idari işlemlere karşı açılan iptal davaları, idari işlem ve işlemlerden dolayı açılacak tam yargı davaları ve idari sözleşmelerden dolayı çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar olarak belirlenmiştir.

İdari yargıda "tesbit" veya "yorum" davası olarak müstakil bir dava türü bulunmadığından herhangi bir iptal talebi bulunmaksızın sadece sözkonusu yönetmelik değişikliğinin, yasalara ve yargı kararlarına uygun olup olmadığının tesbitinin ve yorumunun yapılması istemiyle açılan bu davanın esasının incelenmesine imkan bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davanın incelenmeksizin reddinin gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava,22.01.2003 tarih ve 25001 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Radyo ve Televizyon Kuruluşlarına Kanal veya Frekans Tahsisi Şartları ve Bunlara İlişkin İhale Usulleri İle Yayın ve İzni Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik "in bazı maddelerinin Anayasaya, Yasalara ve bazı mahkeme kararlarına uygun olup olmadığının tespit ve yorumunun yapılması istemiyle açılmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun İdare Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırları başlıklı 2. maddesinde, idari dava türleri, idari işlemlere karşı açılan iptal davaları, idari eylem ve işlemlerden dolayı açılacak tam yargı davaları ve idari sözleşmelerden dolayı çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar olarak belirlenmiş,idari dava türleri arasında " tespit" ve " yorum " davası adı altında dava türlerine yer verilmemiştir.

Aynı Yasanın "İdari Davalarda Delillerin Tesbiti" başlıklı 58.maddesinde yer alan "Taraflar, idari dava açtıktan sonra bu davalarla ilişkin delillerin tesbitini ancak davaya bakan Danıştay, İdare ve Vergi Mahkemelerinden isteyebilirler" yolundaki hüküm ise, 2. maddede sayılan idari davalardan birinin açılması halinde bu davayla ilgili "delillerin" tesbitinin de yine idari yargı mercilerinden istenebileceğini düzenlemektedir.

Dosyanın incelenmesinden;davacının 01.08.2003 tarihli 2. dilekçesinde açıkca belirtildiği üzere, kendisinin dava dilekçesinde adı geçen Yönetmelik maddelerinin iptalini

değil tespit ve yorumunu istediğini, idare hukukumuza göre davacıların tespit ve yorum davası açabileceklerini, bu yolla idarenin yanlış uygulamalarının önüne geçilebileceğini öne sürdüğü anlaşılmaktadır.

İdari yargıda "tespit" veya "yorum" davası adı altında dava türleri bulunmadığından, her hangi bir iptal talebi bulunmaksızın sadece sözkonusu yönetmelik değişikliğinin,Anayasaya,yasalara ve yargı kararlarına uygun olup olmadığının tesbitinin ve yorumunun yapılması isteminin incelenmesine olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, istemin reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca, 350,00 YTL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine,artan 13,50 YTL posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, 16.03.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.